

Glaktuell

> Ausgabe 5 / 10.2021 / 41. Jahrgang
> Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

Inhalt

Editorial.....	161	Insolvenzrecht	176
Information zur großen BRAO-Reform	162	Fehlerhafter Jahresabschluss / Gewinnausschüttung / Unentgeltlichkeit (BGH, Urt. v. 22.7.2021 – IX ZR 26/20)	
GI Entscheidungen	164	Rechtsdienstleistung durch Steuerberater	183
GI Literaturhinweis	204	Widerspruchsverfahren / Antrag von Saison-Kurzarbeitergeld / Rechtsdienstleistung Nebenleistung zur Lohnbuchhaltung? (LSG Sachsen, Urt. v. 07.01.2021 – L 3 AL 176/17)	
GI Literatur-Ecke	204	Rechtsanwaltshaftung	191
Steuerberaterhaftung	164	Zugewinnausgleichsanspruch / Auskunftersuchen / Abwehrberatung / Beschränktes Mandat (OLG Zweibrücken, Urt. v. 18.6.2021 – 2 U 52/20)	
Verjährung / Nachteilige Vertragsgestaltung / Belastender Steuerbescheid / Weitere Schadenpositionen (BGH, Beschl. v. 21.1.2021 – III ZR 161/19)		Rechtsanwaltshaftung	196
Auskunftsanspruch gegen Notar	164	Keine höchstrichterliche Rechtsprechung / Umfassende Beratung / Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens / Rechtsschutzversicherung (OLG Frankfurt, Urt. v. 14.7.2021 – 17 U 60/20)	
Grenzen des Auskunftsanspruchs / Verschwiegenheitspflicht (BGH, Beschl. v. 8.7.2021 – V ZB 42/19)			
Rechtsanwaltshaftung	167		
Sozietät / Scheingesellschafter / Gespräche mit Mandanten (LG Dessau-Roßlau, Urt. v. 27.9.2019 – 2 O 593/17)			
Steuerberaterhaftung	170		
Kassenführung / Schätzungsbescheid / Schaden / Mitverschulden (LG Hamburg, Urt. v. 3.8.2020 – 313 O 164/19)			



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.



www.hdi.de/cyberversicherung

Rafael Meixner
Rechtsanwalt



Editorial

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

Kommt es zu einer **Steuerschätzung** seitens des Finanzamtes, macht der Mandant häufig seinen Steuerberater hierfür verantwortlich. Neben den grundsätzlichen, in aller Regel anspruchsausschließenden Fragen bei solchen Konstellationen (keine Verantwortlichkeit des Steuerberaters für die Grundaufzeichnungen, Darlegung eines Schadens) nimmt das **LG Hamburg** darüber hinaus auch ein **überwiegendes Mitschulden des Mandanten** an: Der Mandant hätte sich zum einen mit seinem eigenen **Kassensystem** und dessen Funktionsweise **vertraut machen** müssen und zum anderen hätte er ein **Rechtsbehelfsverfahren** durchführen müssen.

Nach einer Entscheidung des **LSG Sachsen** handelt es sich bei dem Tätigwerden eines Steuerberaters als Bevollmächtigter im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens zur Beantragung von **Saison-Kurzarbeitergeld** um die Erbringung einer **Rechtsdienstleistung** im Sinne von § 2 Abs 1 RDG. Hierbei soll es sich nicht um eine Nebenleistung im Sinne von § 5 RDG handeln.

Das **OLG Zweibrücken** beschäftigte sich mit dem Pflichtenkreis im **beschränkten Anwaltsmandat**. Ist der Anwalt mit der **Abwehr eines güterrechtlichen Auskunftersuchens** mandatiert, so könne er sich schadensersatzpflichtig machen, wenn er seinen Mandanten nicht zu unverjährter Zeit auf die offensichtlich bestehende Erfolgs versprechende Möglichkeit der **Geltendmachung eines eigenen Zugewinnausgleichsanspruchs** hinweist.

Nach einer Entscheidung des **OLG Frankfurt** hat ein Rechtsanwalt bei seiner Rechtsrecherche unter anderem auch **juristische Datenbanken auszuwerten**.



Ihr Rafael Meixner

Das Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts

Rafael Meixner

Nachdem am 25.6.2021 das Gesetz zur „Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe“ – häufig auch nur kurz „große BRAO-Reform“ genannt – den Bundesrat passiert hat, wird es am 1.8.2022 in Kraft treten. Das Gesetz gibt Steuerberatern und Rechtsanwälten eine gesellschaftsrechtliche Organisationsfreiheit, schafft einheitliche und rechtsformneutrale Regelungen für sämtliche anwaltliche und steuerberatende Berufsausübungsgesellschaften und erleichtert die interprofessionelle Zusammenarbeit. Die wichtigsten Regelungen für Rechtsanwälte und Steuerberater zu deren beruflicher Zusammenarbeit und zum notwendigen Versicherungsschutz werden nachfolgend komprimiert dargestellt. Die Darstellung und Zitierung der jeweiligen Normen beziehen sich auf die ab dem 1.8.2022 geltende Fassung der BRAO bzw. des StBerG.

1. Gesellschaftsrechtliche Organisationsfreiheit

Anwälten und Steuerberatern werden sämtliche gesellschaftsrechtliche Organisationsfreiheiten gewährt. Nach § 59b BRAO, § 49 StBerG dürfen sich Rechtsanwälte/Steuerberater zur gemeinschaftlichen Ausübung ihres Berufs zu Berufsausübungsgesellschaften verbinden. Die „Berufsausübungsgesellschaft“ ist nicht ein durch die große BRAO-Reform eingeführter neuer Gesellschaftstyp. Die „Berufsausübungsgesellschaft“ ist vielmehr nur eine berufsrechtliche Bezeichnung für die gemeinsame Berufsausübung von Rechtsanwälten und Steuerberatern in einer Gesellschaft.

Für ihre berufliche Zusammenarbeit stehen Rechtsanwälten und Steuerberatern folgende Rechtsformen zur Verfügung:

1. Gesellschaften nach deutschem Recht einschließlich der Handelsgesellschaften,
2. Europäische Gesellschaften,
3. Gesellschaften, die zulässig sind nach dem Recht
 - a) eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder
 - b) eines Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum.

2. Berufsausübungsgesellschaft mit eigener berufsrechtlicher Verantwortlichkeit

Die berufsrechtlichen Neuregelungen basieren sämtlich auf dem Grundgedanken der sogenannten „Entität“: Nicht nur die einzelnen Berufsträger sind Adressat berufsrechtlicher Pflichten, sondern auch die Berufsausübungsgesellschaft selbst. Daraus ergibt sich Folgendes:

Nach § 59e BRAO gelten die §§ 43 bis 43b, 43d, 43e, 44, 45 Abs. 1 Nr. 2 und 3, die §§ 48, 49a bis 50, 53, 54, 56 Abs. 1 und 2 und die §§ 57 bis 59a für Berufsausübungsgesellschaften sinngemäß.

Genauso wie für den einzelnen Berufsträger hat auch die Berufsausübungsgesellschaft insbesondere die Regelungen zu allgemeinen anwaltlichen Grundpflichten, zur Werbung, zu Informationspflichten bei Inkassodienstleistungen, zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen, zu Tätigkeitsverboten bei nicht anwaltlicher Vorbefassung und zur Aktenführung zu beachten.

Eine entsprechende Regelung besteht für steuerberatende Berufsausübungsgesellschaften: Nach § 52 StBerG gelten die §§ 57 und 57a, 62, 62a, 63 bis 66, 69 bis 71 sowie 80 Abs. 1 Satz 1 und 2 sinngemäß.

Folge des entitätsbasierten, berufsrechtlichen Ansatzes ist natürlich nicht nur die bloße Auferlegung von Pflichten, sondern auch die Verleihung von Befugnissen: Nach § 59k BRAO sind Berufsausübungsgesellschaften befugt, Rechtsdienstleistungen im Sinne des § 2 des RDG zu erbringen. Nach § 59l BRAO sind sie ferner postulationsfähig. Entsprechendes gilt nach §§ 55c, 55d StBerG für steuerberatende Berufsausübungsgesellschaften.

3. Zulassung der Berufsausübungsgesellschaft

Gemäß § 59f Abs. 1 BRAO, § 53 Abs. 1 StBerG bedürfen Berufsausübungsgesellschaften der Zulassung durch die Kammer. Mit der Zulassung werden sie Mitglied der Kammer und unterstehen der Berufsaufsicht, § 74 Abs. 6 BRAO.

Keiner Zulassung bedürfen allerdings Personengesellschaften, bei denen keine Beschränkung der Haftung der natürlichen Personen vorliegt – dies betrifft also GbR, PartG und oHG – und denen als Gesellschafter und als Mitglieder der Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgane ausschließlich Rechtsanwälte oder Angehörige eines in § 59c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bzw. § 50 Abs. 1 Nr. 1 StBerG genannten Berufs angehören. Es besteht aber die Möglichkeit, freiwillig einen Antrag auf Zulassung zu stellen.

Folge der Zulassung einer Berufsausübungsgesellschaft von Rechtsanwälten ist, dass die Kammer gemäß § 31b Abs. 1 BRAO für die Berufsausübungsgesellschaft selbst ein beA einrichtet. Hierin liegt vor allem der Vorteil eines freiwilligen Antrags einer nicht zulassungspflichtigen Berufsausübungsgesellschaft.

4. Interprofessionelle Berufsausübungsgesellschaft

Das BVerfG hatte in der Vergangenheit die bisherigen Regelungen bezüglich des zulässigen Gesellschafterkreises und der

Mehrheitserfordernisse in interprofessionellen Berufsausübungsgesellschaften unter Beteiligung von Rechtsanwälten teilweise für verfassungswidrig erklärt (BVerfG v. 12.1.2016 – 1 BvL 6/13; BVerfG v. 14.1.2014 – 1 BvR 2998/11, 1 BvR 236/12). Das aktuelle Gesetz erleichtert nun die interprofessionelle Zusammenarbeit.

Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage erweitern vor allem die Vorschriften der § 59c Abs. 1 Nr. 4 BRAO, § 50 Abs. 1 Nr. 3 StBerG den Kreis der sozietätsfähigen Berufe. Denn danach ist nun die Zusammenarbeit mit Personen, die in der Berufsausübungsgesellschaft einen freien Beruf nach § 1 Abs. 2 PartGG ausüben, zulässig, es sei denn, dass die Verbindung mit dem Beruf des Rechtsanwalts/Steuerberaters/Steuerbevollmächtigten, insbesondere seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege, nicht vereinbar oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit gefährdet ist. Eine Zusammenarbeit mit gewerblichen Berufen ist nach wie vor nicht möglich.

Die Gesellschafter des sozietätsfähigen Berufs haben bei ihrer Tätigkeit für die Berufsausübungsgesellschaft die in der BRAO und BORA bestimmten Pflichten der in der Berufsausübungsgesellschaft tätigen Rechtsanwälte sowie der Berufsausübungsgesellschaft zu beachten (§ 59d Abs. 1 BRAO); Entsprechendes ist in § 51 StBerG geregelt. Ausdrücklich geregelt ist die gesetzliche Verschwiegenheit des sozietätsfähigen Gesellschafters (§ 59d Abs. 2 BRAO, § 51 Abs. 2 StBerG). Ein Verstoß hiergegen führt zur strafrechtlichen Ahndung gemäß § 203 StGB.

Die Aufsicht zur Einhaltung der BRAO und BORA erfolgt mittelbar dadurch, dass die anwaltlichen Gesellschafter für die Beachtung dieser Standards durch die nicht anwaltlichen Gesellschafter sorgen müssen. Denn nach § 59d Abs. 4 BRAO dürfen Rechtsanwälte ihren Beruf nicht mit anderen Personen ausüben, wenn diese in schwerwiegender Weise oder wiederholt gegen Pflichten, die in diesem Gesetz oder in der Berufsordnung nach § 59a BRAO bestimmt sind, verstoßen. Die Rechtsanwälte sind gezwungen, aus der Berufsausübungsgesellschaft auszutreten. Darüber hinaus muss im Gesellschaftsvertrag der Ausschluss der Gesellschafter geregelt sein, die in schwerwiegender Weise oder wiederholt gegen Pflichten der BRAO oder BORA verstoßen.

5. Organe der Berufsausübungsgesellschaft

Nur Rechtsanwälte oder Angehörige einer der in § 59c Abs. 1 Satz 1 BRAO genannten Berufe können nach § 59j Abs. 1 Satz 1 BRAO Mitglieder des Geschäftsführungs- oder Aufsichtsorgans einer zugelassenen Berufsausübungsgesellschaft sein.

Bei einer Fremdorganschaft ist es erforderlich, dass der geschäftsführende Gesellschafter hypothetisch selbst der Gesellschaft als Gesellschafter angehören könnte, vgl. § 59j Abs. 2

BRAO. Zudem haben die Fremdgeschäftsführer selbst auch die Berufspflichten zu beachten, § 59j Abs. 3 Satz 1 BRAO. Nicht erforderlich ist, dass Rechtsanwälte in der Geschäftsführung einer Berufsausübungsgesellschaft, die auch der Ausübung der anwaltlichen Tätigkeit dient, in der Mehrheit sein müssen; das Mehrheitserfordernis spielt nur bei der Bezeichnung der Gesellschaft eine Rolle, § 59p BRAO.

Entsprechendes gilt nach § 55b StBerG für Steuerberater.

5. Versicherungspflicht

Nach § 59n BRAO, § 55f StBerG sind Berufsausübungsgesellschaften verpflichtet, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen und während der Dauer ihrer Betätigung aufrechtzuerhalten. Wird die Berufshaftpflichtversicherung nicht oder nicht in dem vorgeschriebenen Umfang unterhalten, so haften nach § 59n Abs. 3 BRAO neben der Berufsausübungsgesellschaft die Gesellschafter und die Mitglieder des Geschäftsführungsorgans persönlich in Höhe des fehlenden Versicherungsschutzes.

Die persönliche Versicherungspflicht für natürliche Personen bleibt auch dann bestehen, wenn sie ihre Tätigkeit in einer Berufsausübungsgesellschaft ausüben.

Hinsichtlich der Mindestversicherungssumme für die Berufsausübungsgesellschaft ist wie folgt zu differenzieren:

	BAG mit Haftungsbeschränkung	BAG mit Haftungsbeschränkung, aber nicht mehr als 10 Personen	Anerkannte BAG ohne Haftungsbeschränkung
Vorgaben gemäß BRAO	2.500.000 €	1.000.000 €	500.000 €
Vorgaben gemäß StBerG	1.000.000 €	Keine Sonderregelung	500.000 €

Die Leistungen des Versicherers für alle innerhalb eines Versicherungsjahres verursachten Schäden können auf den Betrag der jeweiligen Mindestversicherungssumme, vervielfacht mit der Zahl der Gesellschafter und mit der Zahl der Geschäftsführer, die nicht Gesellschafter sind, begrenzt werden, § 59o Abs. 4 BRAO, § 55f Abs. 5 StBerG.

GI Entscheidungen

Steuerberaterhaftung

- Verjährung
- Nachteilige Vertragsgestaltung
- Belastender Steuerbescheid
- Weitere Schadenpositionen

(BGH, Beschl. v. 21.1.2021 – III ZR 161/19)

Leitsatz

1. Besteht der Schaden in einer für den Mandanten nachteiligen Vertragsgestaltung, die ihren Grund in einer unrichtigen Auskunft des Steuerberaters hat, beginnt die Verjährung grundsätzlich nicht vor dem Zugang des belastenden Steuerbescheids zu laufen.
2. Hingegen besteht kein sachlicher Grund, den Beginn der Verjährung trotz bereits verschlechterter Vermögenslage auf der Bekanntgabe des Steuerbescheids hinauszuschieben, wenn der Mandant von einer steuerlichen Pflichtverletzung schon Kenntnis erlangt hat und ihm bereits zusätzliche Kosten durch die vorausgegangene Pflichtverletzung entstanden sind.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Oberlandesgerichts München - 19. Zivilsenat - vom 11. September 2019 - 19 U 2146/18 - wird zurückgewiesen.

Ein Zulassungsgrund liegt nicht vor; insbesondere ist die Frage des Verjährungsbeginns im Sinne der Entscheidung des Berufungsgerichts geklärt. Besteht der Schaden in einer für den Mandanten **nachteiligen Vertragsgestaltung**, die ihren Grund in einer unrichtigen Auskunft des Steuerberaters hat, beginnt die **Verjährung zwar grundsätzlich nicht vor dem Zugang des belastenden Steuerbescheids** zu laufen. Damit wird verhindert, dass der Mandant praktisch rechtlos gestellt wird, wenn es vor der Besteuerung keinen Anlass gibt, eine steuerliche Pflichtverletzung und einen daraus entstandenen Schaden auch nur in Erwägung zu ziehen (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2007 - IX ZR 130/06, WM 2008, 611 Rn. 19 mwN). **Hingegen besteht kein sachlicher Grund, den Beginn der Verjährung trotz bereits verschlechterter Vermögenslage auf die Bekanntgabe des belastenden Steuerbescheids hinauszuschieben, wenn der Mandant von einer steuerlichen Pflichtverletzung schon Kenntnis erlangt hat und ihm bereits zusätzliche Kosten durch die vorausgegangene Pflichtverletzung entstanden sind** (vgl. BGH, Urteil vom 23. April 2015 - IX ZR 176/12, NJW 2015, 2190 Rn. 15). **Es steht außer Frage, dass**

Entsprechendes gilt, wenn - wie hier - dem Beratungsgläubiger die Fehlberatung bekannt ist und die von dem Berater ermittelten steuerlichen Nachteile der Vertragsgestaltung nur eine der (zahlreichen) Positionen zur Schadensberechnung ist. (...)

Auskunftsanspruch gegen Notar

- Grenzen des Auskunftsanspruchs
- Verschwiegenheitspflicht

(BGH, Beschl. v. 8.7.2021 – V ZB 42/19)

Leitsatz

§ 51 BeurkG verpflichtet den Notar weder dazu, einem Urkundsbeteiligten oder seinem Rechtsnachfolger Auskunft darüber zu erteilen, ob er oder sein Rechtsvorgänger überhaupt an der Errichtung von Niederschriften beteiligt waren, die in dem Notariat errichtet wurden oder verwahrt werden, noch dazu, ihnen alle Niederschriften zu benennen, an denen diese beteiligt waren. Der Notar ist auch nicht verpflichtet, einem pauschalen Antrag auf Erteilung von Abschriften aller Niederschriften zu entsprechen, die Erklärungen des Urkundsbeteiligten oder seines Rechtsvorgängers enthalten.

Zum Sachverhalt:

[1] Mit Beschluss vom 12. Februar 2018 wurde das Insolvenzverfahren über den Nachlass des am 7. Januar 2016 verstorbenen - von dem Freistaat Bayern beerbten - E. S. (fortan Erblasser) wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung eröffnet. Der Antragsteller wurde zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit Schriftsatz vom 19. April 2018 beantragte der Antragsteller bei dem eingangs bezeichneten Notar (fortan Notar) und dessen Sozios die Fertigung von nicht beglaubigten Zweitschriften sämtlicher Urkunden, die sich im Besitz der Notare befinden und den Erblasser als Urkundsbeteiligten ausweisen, „soweit es um Urkunden geht, die im Zusammenhang mit dem privaten und/oder geschäftlichen Vermögen des Erblassers stehen“. Nach einem Hinweis des Notars auf die Notwendigkeit einer Konkretisierung der Urkunden, von denen Abschriften erteilt werden sollten, und auf seine Verpflichtung zur notariellen Verschwiegenheit teilte der Antragsteller mit, er habe keine Möglichkeit, die Vermögenswerte des Erblassers als Insolvenzverwalter zu überprüfen, da dessen Witwe sämtliche Unterlagen vernichtet habe.

[2] Mit Beschluss vom 25. Juni 2018 hat der Notar unter Ergänzung und Vertiefung seiner Ausführungen dem Antragsteller mitgeteilt, dass die beantragten Abschriften nicht erteilt werden müssten. Dagegen hat der Antragsteller Beschwerde eingelegt und beantragt, Abschriften aller bei dem Notar vorliegenden notariellen Urkunden den Erblasser betreffend zu

fertigen und auszuhändigen, hilfsweise, ihm sämtliche Urkundennummern der Urkunden im Besitz des Notariats zu benennen, die den Erblasser betreffen, weiter hilfsweise sämtliche Urkundennummern der Urkunden im Besitz des Notariats zu benennen, die das Vermögen oder Vermögensverfügungen des Erblassers betreffen. Der Notar hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die Beschwerde des Antragstellers zurückgewiesen. Dagegen wendet sich dieser mit der von dem Landgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

II.

[3] Nach Auffassung des Beschwerdegerichts ist die Beschwerde des Antragstellers zulässig, aber unbegründet. Der Antragsteller sei zwar als Partei kraft Amtes Rechtsnachfolger des Erblassers im Sinne von § 51 Abs. 1 Halbsatz 2 BeurkG. Ihm stehe aber ein Anspruch auf Fertigung von beglaubigten Zweitschriften aller Urkunden des Erblassers, soweit sie im Zusammenhang mit dessen privatem und/oder geschäftlichem Vermögen stünden, nach § 51 Abs. 1 und 3 BeurkG nicht zu. Der Anspruch auf Erteilung von Abschriften nach der genannten Vorschrift beziehe sich jeweils auf eine bestimmte Urkunde bzw. die Ausfertigung einer bestimmten Urkunde. In der Rechtsprechung der Obergerichte und in der Literatur sei deshalb anerkannt, dass der Antragsteller konkret und so genau wie möglich bezeichnen müsse, auf welche Urkunde sich sein Auskunftsbegehren beziehe. Einem Ausforschungersuchen dürfe der Notar nicht nachkommen. Für einen Nachlassinsolvenzverwalter gelte nichts anderes. Dass dieser eine hoheitliche Aufgabe wahrnehme und auch eine Ordnungsfunktion erfülle, führe zu keiner anderen Beurteilung. § 51 Abs. 1 BeurkG sei ein gesetzlicher Ausnahmetatbestand zur notariellen Pflicht zur Verschwiegenheit gemäß § 18 Abs. 1 BNotO. Er sei als solcher eng und unter Berücksichtigung der notariellen Verschwiegenheitspflicht auszulegen.

Aus den Gründen:

III.

[4] Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung stand.

[5] 1. Die Beschwerde des Antragstellers ist statthaft und auch sonst zulässig. Der Antragsteller hat die Erteilung von Abschriften beantragt. Diese gehört zu den Amtstätigkeiten eines Notars, gegen deren Verweigerung nach § 54 Abs. 1 BeurkG die Beschwerde statthaft ist. Die Beschwerde ist auch im Übrigen zulässig.

[6] 2. Das Rechtsmittel ist aber unbegründet.

[7] a) Nach nahezu einhelliger Auffassung folgt aus dem Anspruch auf Erteilung von Abschriften weder die Verpflichtung

des Notars, dem Antragsteller pauschal Abschriften aller Urkunden zu erteilen, an denen dieser bzw. - bei einer Partei kraft Amtes - der Schuldner bzw. Erblasser beteiligt war, noch ein Anspruch auf Auskunft des Notars darüber, ob der Antragsteller bzw. Schuldner oder Erblasser überhaupt an Urkunden beteiligt war. Der Anspruch auf Erteilung von Abschriften nach § 51 Abs. 1 und 3 BeurkG beziehe sich nur auf einzelne Urkunden, die konkret und so genau wie möglich bezeichnet werden müssten (OLG Düsseldorf, RNotZ 2006, 72; LG Freiburg, ZEV 2015, 669 [Ls] = juris Rn. 11; Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 8. Aufl., § 51 BeurkG Rn. 4; BeckOGK/Regler [1.4.2021] § 51 BeurkG Rn. 53; Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO, 5. Aufl., § 51 BeurkG Rn. 16a; Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl., § 51 Rn. 11; Staudinger/Hertel, BGB, [2017] BeurkG Rn. 649 Abs. 3; Winkler, BeurkG, 19. Aufl., § 51 Rn. 1; im Ergebnis ebenso für Klage gegen den Notar: OLG Brandenburg, AnwBl. 1996, 474, 475; OLG Schleswig, ZIP 2013, 1633, 1634; offenlassend LG Darmstadt, ZIP 2008, 1783, 1784).

[8] b) Diese Auffassung trifft zu.

[9] aa) Allerdings kann nach § 51 Abs. 1 Halbsatz 1 Nr. 1, Abs. 3 BeurkG jeder, von dem oder für den bei Errichtung einer Niederschrift eine Willenserklärung abgegeben worden ist, von dem Notar die Erteilung einer Ausfertigung oder - hier - Abschrift verlangen. Der Notar ist zur Erteilung der Abschriften bei Vorliegen dieser Voraussetzungen verpflichtet; er hat keinen Ermessensspielraum (OLG Hamm, Beschluss vom 13. Juli 2011 - 11 U 234/09, juris Rn. 62; OLG Karlsruhe, DNotZ 2008, 139, 140; LG Darmstadt, ZIP 2008, 1783; Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 8. Aufl., § 51 Rn. 2; Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO, 5. Aufl., § 51 BeurkG Rn. 1; Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl., § 51 Rn. 8). Der Anspruch ist nicht von dem Nachweis eines berechtigten Interesses abhängig (vgl. Entwurfsbegründung in BT-Drucks. V/3282 S. 41). Er steht auch nicht nur dem Urkundsbeteiligten selbst zu, sondern nach § 51 Abs. 1 Halbsatz 2 BeurkG auch dessen Rechtsnachfolger. Unbestritten ist, dass der Begriff des Rechtsnachfolgers im Sinne dieser Vorschrift nicht nur Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolger des Urkundsbeteiligten, sondern auch Parteien kraft Amtes umfasst wie den Insolvenzverwalter (LG Darmstadt, notar 2009, 255; Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO, 5. Aufl., § 51 BeurkG Rn. 6; Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl., § 51 Rn. 25; Staudinger/Hertel, BGB [2017], BeurkG Rn. 647 Abs. 4; Winkler, BeurkG, 19. Aufl., § 51 Rn. 13), den Testamentsvollstrecker (Senat, Beschluss vom 31. Januar 2013 - V ZB 168/12, NJW-RR 2013, 697 Rn. 22), den Nachlassverwalter (Winkler, aaO) und einen Nachlassinsolvenzverwalter (Winkler, aaO), um den es hier geht.

[10] bb) Parteien kraft Amtes können zwar nur die Abschriften solcher Urkunden verlangen, die einen Bezug zu ihrem Amt -

hier also zum Insolvenzverfahren über den Nachlass - haben (LG Mannheim, ZInsO 2001, 380, 381, Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 8. Aufl., § 51 Rn. 10; Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO, 5. Aufl., § 51 BeurkG Rn. 11; Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl., § 51 Rn. 25; Staudinger/Hertel, BGB [2017], BeurkG Rn. 647 Abs. 4; Winkler, BeurkG, 19. Aufl., § 51 Rn. 10; Bous/Solveen, DNotZ 2005, 261, 280). Davon wäre aber auszugehen, wenn Vermögensinteressen des Schuldners bzw. hier des Nachlasses betroffen sind (LG Mannheim, ZInsO 2001, 380, 381; LG Darmstadt, ZIP 2008, 1783, 1784; Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 8. Aufl., § 51 Rn. 10).

[11] cc) Richtig ist schließlich, dass die Verpflichtung des Notars zur Erteilung von Abschriften an die Beteiligten nach Maßgabe von § 51 Abs. 1 und 3 BeurkG als spezialgesetzliche Regelung der allgemeinen Verpflichtung des Notars zur Verschwiegenheit vorgeht. Der Anspruch der Urkundsbeteiligten auf die Erteilung von Abschriften gemäß § 51 Abs. 1 und 3 BeurkG kann nicht an dem fehlenden Einverständnis der übrigen an dem Urkundengeschäft Beteiligten scheitern. Die Pflicht des Notars zur Verschwiegenheit besteht im Interesse derjenigen, deren persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse er bei seiner Amtstätigkeit erfahren hat. Diese Verhältnisse haben die Urkundsbeteiligten, soweit für das Urkundengeschäft von Belang, bereits in der Urkunde preisgegeben. Ein Interesse der anderen Beteiligten an der Geheimhaltung ihrer persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse ist deshalb nicht schutzwürdig (Senat, Beschluss vom 31. Januar 2003 - V ZB 168/12, NJW-RR 2013, 697 Rn. 20).

[12] dd) In der Verpflichtung zur Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften nach Maßgabe von § 51 BeurkG findet die Ausnahme von der notariellen Verschwiegenheitspflicht des Notars nach § 18 BNotO aber auch ihre Grenze. § 51 BeurkG verpflichtet den Notar weder dazu, einem Urkundsbeteiligten oder seinem Rechtsnachfolger Auskunft darüber zu erteilen, ob er oder sein Rechtsvorgänger überhaupt an der Errichtung von Niederschriften beteiligt waren, die in dem Notariat errichtet wurden oder verwahrt werden, noch dazu, ihnen alle Niederschriften zu benennen, an denen diese beteiligt waren. Der Notar ist auch nicht verpflichtet, einem pauschalen Antrag auf Erteilung von Abschriften aller Niederschriften zu entsprechen, die Erklärungen des Antragstellers oder seines Rechtsvorgängers enthalten.

[13] (1) Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift und dem mit ihr verfolgten Zweck. Der Gesetzgeber hat sich, landesrechtlichen Vorbildern folgend, dafür entschieden, nur dem Urkundsbeteiligten und seinem Rechtsnachfolger einen Anspruch auf Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften von Niederschriften einzuräumen, die Willenserklärungen des Urkundsbeteiligten enthalten. Er hat

sich ausdrücklich dagegen entschieden, Ansprüche auf Auskunft oder Erteilung von Abschriften für andere Personen einzuführen, die es damals in einigen Landesrechten gab. Grund dafür war, dass er das Vertrauen des rechtsuchenden Publikums in die Verschwiegenheit der Notare nicht enttäuschen wollte (Entwurfsbegründung in BT-Drucks. V/3282 S. 41). Er hat sich damit inhaltlich auf eine Regelung beschränkt, die Ausdruck einer an die Errichtung der konkreten Niederschrift anknüpfenden nachwirkenden notariellen Fürsorge ist. Die Urkundsbeteiligten sollen nicht nur aus Anlass der Errichtung der Niederschrift eine Abschrift oder Ausfertigung erhalten, sondern auch später noch zusätzlich oder ersatzweise Abschriften oder Ausfertigungen erhalten können. Ausgangspunkt ist deshalb die konkrete Niederschrift, um deren Abschriften es geht.

[14] (2) Solche Ausfertigungen und Abschriften erhalten die Urkundsbeteiligten nach § 51 Abs. 1 und 3 BeurkG nur auf Verlangen. Sie müssen dazu einen Antrag stellen, der die Niederschriften, von denen Ausfertigungen oder Abschriften erteilt werden sollen, hinreichend bestimmt bezeichnet (BeckOGK/Regler [1.4.2021], § 51 BeurkG Rn. 53; Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl., § 51 Rn. 11). Was das konkret bedeutet, legt das Gesetz zwar nicht ausdrücklich fest. Die Anforderungen lassen sich aber aus der aufgezeigten Zielsetzung der Vorschrift ableiten. Die Urkundsbeteiligten sollen Ausfertigungen und Abschriften von Niederschriften erhalten können, die „ihre“ Erklärungen vor dem Notar enthalten. Sie müssen dazu aufzeigen, dass sie vor dem Notar überhaupt eine Niederschrift errichtet haben und die Niederschrift - insbesondere durch Angabe der Nummer in der Urkundenrolle, des Errichtungsdatums, des Urkundenthemas bzw. der daran Beteiligten - so genau bezeichnen, dass der Notar sie auffinden kann. Ihrer Mitwirkungspflicht (vgl. § 27 FamFG; zum Charakter als Pflicht: Keidel/Sternal, FamFG, 20. Aufl., § 27 Rn. 1 mwN) sind die Urkundsbeteiligten auch nicht enthoben, wenn sie die ihnen bei Errichtung der Niederschrift erteilte Abschrift verloren haben und z.B. die Nummer in der Urkundenrolle nicht mehr nennen können. In solchen Fällen wird sie der Notar zwar unter Nutzung seiner Erkenntnismöglichkeiten aus der Urkundenrolle und dem Beteiligtenverzeichnis (vgl. §§ 8, 13 DONot) unterstützen (Staudinger/Hertel, BGB [2017], BeurkG Rn. 649 Abs. 3). **Der Urkundsbeteiligte muss dem Notar aber, sofern dies nicht offensichtlich ist, aufzeigen, dass es um eine konkrete Urkunde geht, die von dem Notar errichtet wurde oder verwahrt wird, und die Urkunde zumindest nach Errichtungszeitraum und Gegenstand konkretisieren.**

[15] (3) Der von dem Antragsteller angeführte Gesichtspunkt, er könne das ihm übertragene Amt eines Nachlassinsolvenzverwalters nicht sachgerecht ausfüllen, wenn er von den Notariaten keine Informationen über Vermögensverfügungen des Erblassers erhalte, rechtfertigt eine andere Beurteilung nicht. **Der Gesetzgeber hat sich bei der Schaffung von § 51**

BeurkG bewusst für einen engen, an die Errichtung der konkreten Niederschrift anknüpfenden Anspruch auf Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften entschieden. Das Motiv für diese enge Regelung - der Schutz des Vertrauens in die Verschwiegenheit des Notars - und die Regelung in § 51 Abs. 4 BeurkG lassen eine erweiternde Auslegung der Vorschrift nicht zu. Nach der genannten Regelung bleiben gesetzliche Mitteilungspflichten unberührt; solche hat der Gesetzgeber für den Bereich des Insolvenzrechts aber nicht geschaffen.

[16] ee) Danach sind sowohl der Hauptantrag des Antragstellers auf Erteilung von Abschriften aller von dem Notariat errichteten oder verwahrten Niederschriften mit Vermögensbezug, die Erklärungen des Erblassers enthalten, als auch die Hilfsanträge auf Mitteilung der Urkundennummern aller bzw. aller Niederschriften mit Vermögensbezug unbegründet.

[17] (1) Der Antragsteller hat mit keinem Wort erläutert, was ihn zu der Annahme veranlasst hat, der Erblasser könne überhaupt an Niederschriften beteiligt gewesen sein, die in dem Notariat errichtet wurden oder verwahrt werden. Das versteht sich auch nicht von selbst, zumal der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in F. hatte und sich nicht erschließt, was ihn zu dem Notariat in R. geführt haben könnte. Der Antrag war mithin ins Blaue hinein gestellt. Mit solchen Anträgen muss sich ein Notar nicht, jedenfalls nicht inhaltlich befassen.

[18] (2) In dem Antrag wird auch ein Bezug zu konkreten Niederschriften nicht hergestellt. In zeitlicher Hinsicht ist der Antrag nicht eingegrenzt; es wird die Erteilung von Abschriften aller Niederschriften beantragt, an denen der Erblasser beteiligt war. In gegenständlicher Hinsicht wird nur allgemein auf wirtschaftliche und vermögensrechtliche Aktivitäten des Erblassers hingewiesen und das Stichwort Vermögensverfügungen genannt. Der Notwendigkeit einer zumindest ansatzweisen Konkretisierung der Niederschriften ist der Antragsteller als Nachlassinsolvenzverwalter nicht deshalb enthoben, weil die dem Erblasser erteilten Abschriften durch dessen Witwe vernichtet worden sind. Er muss, wie jeder andere Antragsteller auch, darlegen, um welche Art von Niederschriften es sich handelte und aus welchem Zeitraum sie stammen.

[19] (3) Das Vorgehen des Antragstellers zeigt, dass es ihm nicht um die Erteilung von Abschriften konkreter Niederschriften, die bei dem angegangenen Notariat errichtet wurden, sondern darum geht, auf dem „Umweg“ eines Antrags auf Erteilung von Abschriften auszuforschen, ob der Erblasser überhaupt bei dem Notariat Niederschriften hat errichten lassen und welchen Inhalt sie gegebenenfalls haben. Auf eine entsprechende Auskunft hat der Antragsteller aber, wie ausgeführt, keinen Anspruch. Der Anspruch auf Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften nach § 51 BeurkG hat nicht den Zweck, ihm dennoch dazu zu verhelfen. (...)

Rechtsanwaltshaftung

- Sozietät
- Scheingesellschafter
- Gespräche mit Mandanten

(LG Dessau-Roßlau, Urt. v. 27. 9. 2019 – 2 O 593/17)

Leitsatz

Die Haftung eines juristischen Mitarbeiters einer Anwaltskanzlei als Scheingesellschafter in entsprechender Anwendung des § 130 HGB kommt nur dann in Betracht, wenn er in zurechenbarer Weise als Rechtsanwalt und Sozist aufgetreten ist; alleine das Führen von Mandantengesprächen in den Kanzleiräumen reicht hierfür nicht aus, vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, die üblicherweise auf eine Anwaltsposition hindeuten.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin nimmt die Beklagten wegen Schlechterfüllung eines anwaltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages im Rahmen eines nachlassrechtlichen Mandates auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch.

[2] Die Klägerin beantragte aufgrund gewillkürter Erbfolge am 30.07.2014 die Erteilung eines Erbscheins nach der am 18.06.2014 in W. verstorbenen W. S., ihrer ehemaligen Nachbarin. Sie berief sich auf zwei handschriftlich auf Notizzetteln verfasste Texte vom 01.11.2013 mit dem Wortlaut:

[3] *"Frau H., bekommt Geld + alle meine Sachen! Weil sie immer so lieb ist!"*
W. S.
W. 1.11.13"

[4] sowie vom 28.04.2014 mit dem Wortlaut:

[5] *"Frau H. bekommt den Schrank, Tisch + Stühle, Bestecke + mein ganzes Geld!"*
W. S.
W.B. 28.4.14"

[6] Zuvor hatte die Erblasserin 2004 in einem öffentlichen Testament ihre Nichte als Alleinerbin eingesetzt. Der Nachlasswert belief sich auf etwa 180.000,00 €. Im weiteren Verfahren ließ sich die Klägerin von der Beklagten zu 1). vertreten, wobei der Beklagte zu 3) die Mandantengespräche in den Kanzleiräumen und die Beklagte zu 2) das gerichtliche Verfahren führte. Die Nichte war im Nachlassverfahren durch den jetzigen Prozessbevollmächtigten der Klägerin vertreten. Sie bezweifelte dort Urheberschaft, Testierfähigkeit sowie Testierwillen der Erblasserin und äußerte mehrere Verdachtsmomente, die aus ihrer Sicht dafür sprächen, dass

die Klägerin die Texte verfasst habe. Im Verlaufe des Verfahrens nahm die Klägerin ein erstes Angebot der Nichte der Erblasserin, gegen Zahlung von 20.000,00 € auf Ansprüche aus dem Nachlass zu verzichten, nicht an. Im Termin am 10.11.2014 vernahm das Amtsgericht W. den Betreuer der Erblasserin als Zeugen und stellte in Aussicht, der Klägerin wie beantragt einen Erbschein zu erteilen. Mit Beschluss vom 27.11.2014 erließ es einen entsprechenden Vorbescheid. Auf die Beschwerde der Nichte der Erblasserin hob das Oberlandesgericht N. unter Verwertung eines im Ermittlungsverfahren ... (Staatsanwaltschaft D.-R.) eingeholten Schriftgutachtens mit Beschluss vom 21.03.2016 die Entscheidung auf und wies den Erbscheinsantrag der Klägerin zurück. Zur Begründung führte es aus, dass beide Schriftstücke Zusätze enthielten, die nachträglich aufgenommen worden seien und hinsichtlich derer eine Schreiburheberschaft der Erblasserin nicht feststellbar bzw. sogar auszuschließen sei. Dies führe zwar nicht zwingend zur Gesamtnichtigkeit, die formwirksamen Bestandteile ließen jedoch nicht zwingend auf einen Testierwillen schließen. Wegen der Einzelheiten wird auf den Beschluss vom 21.03.2016 Bezug genommen.

[7] Die Klägerin behauptet, Im Termin zur Durchführung der Beweisaufnahme am 10.11.2014 habe der Richter vorgeschlagen, den Nachlass hälftig zu teilen, worin die Nichte der Erblasserin sofort eingewilligt habe. Die Beklagte zu 2) habe dieses Vergleichsangebot spontan und ohne Rücksprache mit der Klägerin abgelehnt. Der Verfahrensbevollmächtigte der Nichte der Erblasserin (und jetzige Prozessbevollmächtigte der Klägerin) habe das Angebot am 13.11.2014 gegenüber dem Beklagten zu 3), mit dem die Klägerin ausschließlich gesprochen habe und der zumindest als Scheinsozius hafte, telefonisch erneuert. Dieser habe erklärt, das Angebot mit der Klägerin zu erörtern, was nicht geschehen sei. Die Klägerin sei von dem Termin am 10.11.2014 nicht in Kenntnis gesetzt worden, obwohl sie daran teilnehmen wollen. Sie habe sich mehrmals vergeblich um Gesprächstermine bemüht und erst am 10.12.2014 den Beschluss des Amtsgerichts übersandt bekommen. Durch das für die Klägerin letztlich erfolglose Erbscheinsverfahren sei der Klägerin ein Verfahrenskostenschaden von 7.139,10 € entstanden, der ihr neben dem hälftigen Nachlasswert zustehe. Von dem Vergleichsangebot habe die Klägerin erst im September 2016 über ihren jetzigen Prozessbevollmächtigten erfahren.

[8] Die Klägerin beantragt, ...

[11] Die Beklagten beantragen, ...

[13] Sie halten die Klage für unzulässig, weil der Prozessbevollmächtigte der Klägerin gegen das Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen verstoße. Der Beklagte zu 3.

sei nicht passivlegitimiert, weil er der Beklagten zu 2) im Mandatszeitraum lediglich als juristischer Mitarbeiter der Beklagten zu 1) zugearbeitet habe und – wie sich aus der als Kopie (Bl. 117 d. A.) vorgelegten Zulassungsurkunde ergebe – erst seit dem 28.05.2015 als Rechtsanwalt zugelassen sei. In der Sache behaupten die Beklagten, der Beklagte zu 3) habe der Klägerin bei einer Besprechung am 14.10.2014 auf deren Frage mitgeteilt, dass sie am Termin zur Beweisaufnahme am 10.11.2014 teilnehmen könne aber nicht müsse, weil ihr persönliches Erscheinen nicht angeordnet worden sei. Das Amtsgericht habe keinen konkreten Vergleichsvorschlag unterbreitet, sondern nur allgemein geäußert, auf eine Einigung der Verfahrensbeteiligten hinwirken zu wollen. Auch im Zuge des Telefonats am 13.11.2014 sei über keinen konkreten Vorschlag gesprochen worden. Dennoch seien am 19.11.2014 in den Räumen der Beklagten zu 1) anlässlich einer weiteren Besprechung Vergleichsmöglichkeiten erörtert worden. Die Klägerin habe dabei erklärt, sie habe auf nichts zu verzichten und wolle eine gerichtliche Entscheidung. Dies habe der Beklagte zu 3) in den Handakten vermerkt.

Aus den Gründen:

[17] Die Klage ist unbegründet.

1.

[18] Gegenüber dem Beklagten zu 3) besteht schon deshalb kein etwaiger Anspruch auf Schadensersatz wegen einer Pflichtverletzung aus dem Anwaltsvertrag nach § 280 Abs. 1 BGB, weil der Beklagte zu 3) **weder als Gesellschafter noch als Scheingesellschafter der Beklagten zu 1)** für etwaige Pflichtverletzungen aus dem Anwaltsvertrag mit der Beklagten zu 1) haftet.

[19] So kommt eine – grundsätzlich mögliche (BGH NJW 2003, 1803) - Haftung als Gesellschafter für (frühere) Verbindlichkeiten der Gesellschaft in entsprechender Anwendung von §§ 128, 130 HGB nicht in Betracht, weil der Beklagte zu 3) zu keinem Zeitpunkt Gesellschafter der Beklagten war. Entgegenstehendes hat die Klägerin weder dargelegt noch unter Beweis gestellt.

[20] Der Beklagte zu 3) haftet aber auch nicht als Scheingesellschafter in entsprechender Anwendung von § 130 HGB für frühere Verbindlichkeiten der Gesellschaft. **Zwar können Personen, die in zurechenbarer Weise den Anschein erweckt haben, Gesellschafter zu sein, wie die Gesellschafter selbst in Anspruch genommen werden** (z. B. BGH NJW 2001, 1056, 1061). Dies gilt aber nur, soweit der Gläubiger sich auf den Rechtschein verlassen hat, also für Verbindlichkeiten, die nach **Setzung des Rechtsscheins entstanden sind** (Münchener Kommentar/Schäfer, Rdnr. 40 zu § 714 BGB m. w. N.). Dass durch den Beklagten zu 3) bereits zum Zeitpunkt der vermeintlichen

Pflichtverletzung im November 2014 dieser Rechtsschein gesetzt wurde, hat die Klägerin nicht bewiesen. So wurde der Beklagte zu 3) **erst am 28.05.2015 zur Rechtsanwaltschaft zugelassen**. Dies ergibt sich aus der von den Beklagten in Kopie vorgelegten Zulassungsurkunde, welcher die Klägerin nicht entgegengetreten ist. Dass der Beklagte zu 3) vor diesem Zeitpunkt in zurechenbarer Weise als Rechtsanwalt und Sozios auftrat, ist nicht ersichtlich. Schriftsätze der Beklagten zu 1), die auf eine derartige **Benennung des Beklagten zu 3) im Briefkopf** hinweisen und die vor diesem Datum verwendet wurden, hat die Klägerin nicht vorgelegt. So ist der Beklagte zu 3) etwa auf dem Schriftsatz der Beklagten zu 1) vom 21.01.2015 in der beigezogenen Nachlassakte nicht benannt. Zur hinreichenden Überzeugung des Gerichts steht auch nicht fest, dass der Beklagte zu 3) durch sein Auftreten in der Kanzlei einen entsprechenden Rechtsschein gesetzt hat. **Allein dass der Beklagte zu 3) Mandantengespräche mit der Klägerin führte, genügt hierfür nicht. Dass er sich ausdrücklich als Rechtsanwalt vorstellt hätte, hat die Klägerin nicht vorgetragen. Vielmehr war etwa – unwidersprochen – das Namensschild an seinem Zimmer im Gegensatz zu den Räumen der Sozien nicht mit dem Zusatz "Rechtsanwalt" versehen.** Auch trat im gerichtlichen Termin allein die Beklagte zu 2) auf.

2.

[21] Indes haften auch die Beklagten zu 1) und 2) nicht wegen einer Pflichtverletzung aus dem Anwaltsvertrag nach §§ 280 Abs. 1 BGB.

a)

[22] Zwar handelten die Beklagte zu 2) bzw. der Beklagte zu 3) als Erfüllungsgehilfe der Beklagten zu 1) pflichtwidrig, als sie das im Termin vom Richter in den Raum gestellte und im nachfolgenden Telefonat gemachte Vergleichsangebot der Zeugin K. auf hälftige Teilung des Nachlasses nicht an die Klägerin weiterleiteten.

[23] Dass im Termin durch den Nachlassrichter W. ein derartiger Vergleich in den Raum gestellt und dieser vom damaligen Prozessbevollmächtigten jedenfalls in einem wenige Tage nachfolgenden Telefonat dem Beklagten zu 3) erneut angeboten wurde, steht zur vollen Überzeugung des Gerichts fest. Zwar ist die Aussage des Zeugen W. mangels entsprechender Erinnerung des Zeugen unergiebig. Auch sind die Aussagen der Zeugen K. und B. mangels Erinnerung dahingehend unergiebig, ob die Zeugin K. bereits im Termin dem Vergleichsvorschlag spontan verbindlich zugestimmt hat. Eine derartige Zustimmung bereits im Termin hat zwar der Zeuge K1. bekundet. Angesichts der sich aus der Aussage der Zeugin K. trotz fehlender Erinnerung ersichtlichen dahingehenden deutlichen Selbstzweifel und Bedenken ist das Gericht von diesem Umstand nicht hinreichend überzeugt. Dass in dem Termin ein

entsprechender Vorschlag vom Richter gemacht wurde, haben jedoch die Zeugen B., K. und K1. übereinstimmend bekundet. Ferner haben die Zeugen B. und K1. übereinstimmend ausgesagt, dass die Zeugin K. jedenfalls im Nachgang ihre Bereitschaft zur Teilung des Nachlasses gezeigt habe. Schließlich hat der Zeuge K1. detailliert geschildert, wie er in einem – unstrittig stattgefundenen Telefonat – dieses Vergleichsangebot dem Beklagten zu 3) unterbreitet habe. Von der dahingehenden Richtigkeit der Aussagen ist das Gericht überzeugt. Sämtliche Zeugen haben sich erkennbar auf das ihnen Erinnerliche beschränkt. Die Aussagen der Zeugen waren durch die Angabe einzelner Details und Schilderung der mit dem Wahrgenommen verbundenen Gedanken und Gefühle – wie etwa der Zeugin K. oder des unbeteiligten Zeugen B. – vom eigenen Erleben geprägt. Schließlich steht auch die Erklärung des Beklagten zu 3) im Rahmen seiner persönlichen Anhörung, es habe im Telefonat kein Angebot auf hälftige Teilung des Nachlasses gegeben, der Überzeugung des Gerichts nicht entgegen. Denn das Gericht geht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon aus, dass vor dem Telefonat eine hälftige Teilung des Nachlasses zwischen der Zeugin K. und dem Zeugen K1. in Folge des gerichtlichen Termins nochmals besprochen wurde und die Zeugin spätestens in diesem Zusammenhang dem Vorschlag zugestimmt hat. Wenn dieser Vorschlag Anlass des Telefonats war liegt es nahe, dass genau dieser Vorschlag zumindest auch Gegenstand des Telefonats gewesen ist. Dass der Beklagte zu 3) glaubte, aufgrund der ihm vermeintlich bekannten Auffassung der Klägerin über derartige konkrete Quoten nicht verhandeln zu müssen, schließt die Erwähnung eines derartigen Angebots durch den Zeugen K1. im Gespräch nicht aus.

[24] Die fehlende Weiterleitung des Vergleichsangebots, jedenfalls spätestens aufgrund Telefonats, stellt eine Pflichtwidrigkeit dar. So ist der Rechtsanwalt in den Grenzen des ihm erteilten Mandats verpflichtet, seinen Auftraggeber umfassend und erschöpfend zu belehren, um ihm eine eigenverantwortliche, sachgerechte Entscheidung darüber zu ermöglichen, wie er seine Interessen in wirtschaftlicher und wirtschaftlicher Hinsicht zur Geltung bringen will. Eigenverantwortlich kann der Mandant diese Entscheidung nur treffen, wenn ihm die Chancen und Risiken der Prozessführung verdeutlicht werden und er über Inhalt und Tragweite des beabsichtigten Vergleichs informiert wird (z. B. BGH NJW 2009, 1589, 1590). **Eine derartige Pflicht besteht damit auch, wenn die Gegenseite einen Vergleich angeboten hat oder wenn noch gar kein konkretes Angebot unterbreitet wurde, ein solches aber Raum steht und der Anspruchsteller demzufolge nur eine tatsächliche Aussicht auf eine ihm günstige Beendigung der Auseinandersetzung verloren hat** (OLG Celle NJOZ 2010, 842, 845). So liegt es hier. Nur durch die Weitergabe des auf hälftige Teilung gerichteten – und damit hinreichend bestimmten – Vergleichsangebots wäre die Klägerin in der Lage gewesen,

eigenverantwortlich über den weiteren Fortgang des Verfahrens zu entscheiden. Durch das Verschweigen des Angebots wurde ihr diese Möglichkeit genommen.

[25] Indes hat die Klägerin nicht bewiesen, dass die Verletzung der Hinweis- und Beratungspflicht kausal für den ihr vermeintlich entstandenen **Schaden** – das Nichtzustandekommen eines Vergleichs und der daraus resultierende Vermögensnachteil in Höhe der entgangenen Hälfte des Nachlasses – geworden ist. Die Frage, wie sich der Mandant bei vertragsgerechter Beratung des Rechtsanwaltes verhalten hätte, zählt **zur haftungsausfüllenden Kausalität**, die der Mandant nach § 287 ZPO zu beweisen hat (z. B. BGH NJE-RR 2005, 784, 785). Zwar spricht bei Verstößen gegen die Beratungspflicht zu Gunsten des Mandanten im Wege des Anscheinsbeweises die Vermutung, dieser hätte sich bei vertragsgrechtem Handeln des Beauftragten beratungsgemäß verhalten (z. B. BGH NJW 1993, 3259). Die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens greift indes nur ein, wenn bei vertragsgemäßer Beratung aus damaliger Sicht des Mandanten vernünftigerweise nur eine Entscheidung nahe gelegen hätte (z. B. BGH NJW-RR 2005, 784, 785). **Eine derartige einzige Entscheidungsmöglichkeit ist nicht erkennbar.** Denn die Beklagten wären zugleich gehalten gewesen, die Klägerin über die erheblichen Risiken des Vergleichsabschlusses aufzuklären. Angesichts des Ergebnisses der Beweisaufnahme im Erbscheinsverfahren sowie der – unstrittig – vom Richter in Aussicht gestellten Entscheidung, den Erbschein antragsgemäß zu erteilen und der Klägerin damit ihr Erbrecht zu bescheinigen, hätte – bei Rechtskraft der amtsgerichtlichen Entscheidung – das Risiko bestanden, dass die Klägerin im Falle des Vergleichsabschlusses die Hälfte des Nachlasses verliert. Insoweit wäre gleichfalls die Entscheidungsalternative, den Vergleichsabschluss abzulehnen, ohne Weiteres denkbar gewesen.

[26] Das Gericht ist nach Anhörung der Klägerin auch nicht davon überzeugt, dass die Klägerin angesichts ihrer damaligen Interessenlage trotz der bestehenden Risiken den Vergleich abgeschlossen hätte.

[27] Zum einen vermag das Gericht den pauschalen und sich trotz beharrlichen Nachfragens wiederholenden Beteuerungen der Klägerin, der Beklagte zu 3) habe in den zahlreichen Gesprächen nie etwas Konkretes erzählt, nicht mit hinreichender Sicherheit zu folgen. Vielmehr ist für das Gericht aufgrund der Anhörung des Beklagten zu 3) ebenso gut nachvollziehbar, dass zwischen der Klägerin und dem Beklagten am 19.11.2014 ein Gespräch stattgefunden hat, in dessen Folge die Klägerin über den Ablauf des Gerichtstermins und das Telefonat mit dem Zeugen K1. informiert wurde und der Beklagte zu 3) eine anderweitige Lösung – auch ohne Erörterung konkreter Quoten – besprochen haben will. So waren die Angaben des Beklagten zu 3) nachvollziehbar und konkret. Auch sind sie mit einem

handschriftlichen Vermerk gleichen Datums (Bl. 62 d. A.) dokumentiert, der andernfalls kaum gefertigt worden wäre.

[28] Zum anderen ist das Gericht angesichts seiner vorstehend beschriebenen Zweifel hinsichtlich der Angaben der Klägerin zu den Gesprächsinhalten auch nicht von ihrer beständig vorgetragenen Behauptung hinreichend überzeugt, sie hätte sich in jedem Fall mit der Hälfte des Erbteils zufrieden gegeben und den Vergleich abgeschlossen. Dem stehen gleichfalls die detaillierten Angaben des Beklagten zu 3), insbesondere zu dem Gespräch am 19.11.2014, entgegen, wonach die Klägerin nach ihren Äußerungen "nichts zu verschenken" habe. Letztlich erschiene eine derartige damalige Motivationslage angesichts der vom Richter geäußerten Erfolgsaussichten im Erbscheinsverfahren auch plausibel.

Steuerberaterhaftung

- Kassenführung
- Schätzungsbescheid
- Schaden
- Mitverschulden

(LG Hamburg, Urt. v. 3.8.2020 – 313 O 164/19)

Leitsatz (der Redaktion)

1. Fehler im Bereich der Erstellung dieser Grundaufzeichnungen können dem Steuerberater nicht angelastet werden.
2. Es kommt bei der Frage, ob und welcher Nachteil durch eine Steuerschätzung entstanden ist, nicht darauf an, wie hoch die festgesetzten Steuernachzahlungen sind, sondern darauf, inwieweit die Schätzung zu einem überhöhten Ergebnis geführt hat.

Zum Sachverhalt:

Der Kläger macht einen Schadensersatzanspruch wegen behaupteter Pflichtverletzungen aus einem Steuerberatervertrag geltend.

Der Kläger betreibt das Restaurant L in H. Er beauftragte die Beklagte im Jahr 2013 als Steuerberaterin in Bezug auf die Einkommensteuer, Gewerbesteuer und Umsatzsteuer, ihr Mandat begann im November 2013. Der Vertrag umfasste auch die Vornahme der Buchhaltung und die fristgerechte Abgabe von Steuererklärungen. Sie erhielt von dem Beklagten ein Monatshonorar in Höhe von 300 € brutto für die Lohnabrechnungen und die Erfassung der Buchhaltung. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Beklagte auch mit der Kassenbuchführung beauftragt war und ob die Beklagte schon vor November 2013

Beratungstätigkeiten für den Kläger erbrachte. Der Kläger erwarb im Oktober 2013 eine neue Registrierkasse vom Typ Casio QT 6100, für die er eine Schulung erhielt. Er verfügte auch vorher über eine Casio-Kasse vom Typ QT 6100.

Durch eine Prüfungsanordnung vom 23.5.2018 des Finanzamts H führte dieses im Zeitraum 2.7.2018 bis 6.11.2018 durch ihren Mitarbeiter Herrn A eine steuerliche Außenprüfung für das Restaurant des Klägers durch. Die Prüfung bezog sich auf die Veranlagungsjahre 2013 bis 2015 und bezog sich auf die Einkommensteuer, die Gewerbesteuer und die Umsatzsteuer.

Ergebnis dieser Betriebsprüfung war, dass das Finanzamt H die Kassenführung des Klägers aus formellen Gründen vollständig verwarf. Als Begründung führte das Finanzamt an, dass die Kassenführung wegen fehlender Einzelumsatzdaten und der unterbliebenen Trennung zwischen Bar- und Kartenzahlung nicht anerkannt werde. Die Finanzverwaltung nahm eine Hinzuschätzung von Bruttoeinnahmen vor. Die Parteien boten dem Betriebsprüfer A zur Abwendung einer Hinzuschätzung mehrfach an, einen Kassensturz durchzuführen und die Kasse auszulesen, u.a. im Rahmen einer Besprechung am 21.9.2018. Dieses Vorgehen lehnte Herr Artmann ab. Das Finanzamt beabsichtigte zunächst, einen Unsicherheitszuschlag in Höhe von bis zu 10 % der erklärten Umsätze hinzuzuschätzen. Im Rahmen der Schlussbesprechung am 6.11.2018, an der die Beklagte noch teilnahm, konnte erreicht werden, dass die Umsätze im Schätzungswege nur um 5 % zu erhöhen sind. Im Gegenzug bestand das Finanzamt darauf, dass die hinzugeschätzten Umsätze aus Vereinfachungsgründen vollen Umfangs dem Regelsteuersatz unterworfen werden. An den Kläger ergingen im Anschluss die geänderten Steuerbescheide vom 7.12.2018.

Das Mandatsverhältnis zwischen den Parteien endete am 12.12.2018. Seit Oktober 2018 sind die Prozessbevollmächtigten des Klägers bzw. die dort angestellte Zeugin S als seine Steuerberater mandatiert. Der Kläger forderte die Beklagte mit Schreiben vom 21.1.2019 auf, ihre Einstandspflicht anzuerkennen. In einer E-Mail der Beklagten vom 29.1.2019 an den Prozessbevollmächtigten des Klägers heißt es, dass sie hier Einstandspflicht dem Grunde nach anzeige.

Der Kläger meint, der Beklagten sei als Pflichtverletzung vor allem vorzuwerfen, dass sie ihn nicht darauf hingewiesen habe, dass die Tagesendsummenbons (Z-Bons) hätten umgestellt werden müssen. Sie habe die fehlenden Einzelumsatzdaten und die unterbliebene Trennung zwischen Bar- und Kartenzahlung erkennen und ihn daraufhinweisen müssen. Weiterhin behauptet der Kläger, die Beklagte habe für ihn auch das Kassenbuch als Grundaufzeichnung geführt. Diese Aufgabe habe die Beklagte gegen ein entsprechendes Honorar

übernommen. Die Zeugin S, die bei Mandatsübernahme im Jahr 2018 die Unterlagen beim Kläger gesichtet habe, habe DATEV-Software-Ausdrucke gefunden, die von Steuerberatern im Rahmen der steuerlichen Buchführung genutzt werden würden. Diese Software könne aber auch für die Kassenbuchführung eingesetzt werden. Die Ausdrucke, die die Zeugin vorgefunden habe, hätten ein via DATEV erzeugtes Kassenbuch beinhaltet. Aus der Tatsache, dass die Beklagte - wie sie in ihrer Anhörung angab - die Unterlagen des Klägers in das Programm DATEV Kassenbuch überführt habe, ergebe sich, dass sie auch sein Kassenbuch geführt habe. Es handele sich nicht nur um eine Auflistung der Belege, sondern um eine wissenschaftliche Kassenbuchführung. Der Beklagten seien also zwei Pflichtverletzungen vorzuwerfen: Zum einen die mangelhafte Führung des Kassenbuchs sowie zum anderen die Verletzung ihrer Aufklärungs-/Hinweispflichten in Bezug auf die Grundsätze der Kassenrichtlinie. Zu keiner Zeit habe die Beklagte ihn darauf hingewiesen, dass das von ihm durchgeführte Verfahren im Falle einer Betriebsprüfung vom Finanzamt beanstandet werden würde. Auch die Mitarbeiterin der Beklagten, die als Zeugin benannte Frau W, habe ihn darüber nicht aufgeklärt. Die Anlage K 15 sei als Garantieverprechen der Beklagten anzusehen. Ein Mitverschulden komme nicht in Betracht. Die Beklagte selbst habe im Anschluss an das Abschlussgespräch beim Finanzamt geäußert, dass ein Rechtsbehelf gegen die Schätzungsbescheide sinnlos sei und dass man „Glück“ gehabt habe, dass nur eine Hinzuschätzung von 5 % erfolgt sei. Ein Rechtsbehelfsverfahren sei nicht sinnvoll gewesen, da die Finanzverwaltung berechtigt sei, Hinzuschätzungen von bis zu 10 % der Umsätze vorzunehmen. Vor dem Hintergrund, dass vorliegend nur eine Hinzuschätzung von 5 % erfolgt sei, hätte im Rechtsbehelfsverfahren eine Verböserung gedroht. Möglicherweise hätte sich herausgestellt, dass weitere Mängel gegeben seien (Fehlen eines Kassenhandbuchs, Programmierprotokolle etc.), so dass objektiv eine Erhöhung der Hinzuschätzungsbeträge gedroht habe.

Der ihm entstandene Schaden in Höhe von 35.750,60 € bemesse sich nach den vom ihm aufgrund der geänderten Steuerbescheide wegen der Verwerfung der Kassenführung zu leistenden Steuernachzahlungen nebst Zinsen. Die Beklagte könne sich nicht damit entlasten, dass die Hinzuschätzung nicht zu beanstanden sei. Dies sei absurd, da es sich um eine Unsicherheitshinzuschätzung handle, die nichts darüber aussage, ob die Umsätze auch wirklich geflossen seien. Der Kläger habe die geschätzten Betriebseinnahmen in Wirklichkeit nicht erzielt. Dies sehe auch die Beklagte so, wie sich aus Anlage B 23 ergebe. Außerdem würde eine Betriebsprüfung mit sofortiger Wirkung unterbrochen und ein Steuerstrafverfahren eingeleitet werden, wenn sich im Rahmen einer Betriebsprüfung Hinweise darauf ergäben, dass Hinzuschätzungsbeträge möglicherweise auch nur teilweise tatsächlich geflossen seien. Dies

sei - unstreitig - nicht erfolgt, vielmehr sei die Kassenbuchführung eben aufgrund von formellen und nicht materiellen Fehlern verworfen worden, so dass auch davon auszugehen sei, dass die Umsätze in Wirklichkeit nicht erzielt worden seien.

(Anträge: ...)

Die Beklagte meint, sie sei für die Grundaufzeichnungen des Klägers, zu denen auch die Kassenführung zähle, nicht verantwortlich. Der Kläger sei als Kaufmann nach handels- und steuerrechtlichen Vorschriften verpflichtet, ein Kassenbuch zu führen und darin die Geschäftsvorfälle nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung nachvollziehbar aufzuzeichnen. Die Beklagte behauptet, sie habe den Kläger zudem mehrfach darüber belehrt, dass er in der Registrierkasse Umsätze aus Barzahlung und Kartenzahlung getrennt erfassen müsse und ein Kassenbuch zu führen habe. Der Kläger habe stets erwidert, dass er dies wisse, aber ihm dies technisch und organisatorisch nicht möglich sei. Er habe geäußert, er wisse nie im Voraus, ob seine Gäste bar oder mit Kreditkarte zahlten, so dass er die Umsätze nicht getrennt erfassen könne. Der Kläger habe daher sämtliche Umsätze in die Registrierkasse eingebucht. Die Beklagte habe im Zuge der Buchhaltung die Kartenumsätze als Kassenausgang ausgebucht und im Konto „Geldtransit“ bzw. (nach Zahlungseingang) „Bank“ wieder eingebucht. Dieses Verfahren sei gängige Buchungspraxis. Die Beklagte habe den Kläger mehrfach daraufhingewiesen, dass dieses Verfahren im Falle einer Betriebsprüfung vom Finanzamt beanstandet werden könne, weil er nur Barzahlungen in der Kasse erfassen dürfe. Der Kläger habe erklärt, dass ihm dies bewusst sei, seine Registrierkasse sei jedoch auslesbar und sämtliche Bar- und Kartenumsätze könnten getrennt ausgelesen werden, er könne jederzeit einen Kassensatz machen und Bar- und Kartenumsätze nachweisen. Die Bundessteuerberaterkammer halte dieses Verfahren für zutreffend, auch viele Betriebsprüfer akzeptierten diese Buchungspraxis. Die Beklagte bestreitet mit Nichtwissen, dass eine Trennung zwischen Bar- und Kartenzahlung bei der Registrierkasse Casio QT-6100 technisch jederzeit möglich gewesen wäre. Die E-Mail vom 29.1.2019 habe sie nur deshalb geschrieben, weil sie seitens der Klägervorteiler vom 21.1.2019 falsch über die Rechtslage unterrichtet worden sei und sie die Erklärung als „juristische Laiin“ abgegeben habe.

Dem Kläger sei zudem ein überwiegendes Mitverschulden entgegenzuhalten, vor allem, weil er keine Rechtsbehelfe gegen auf die Betriebsprüfung hin ergangenen Steuerbescheide eingelegt habe. Wären die Schätzungen der Betriebsprüfung überhöht, hätte der Kläger zwingend eine Berichtigung wegen neuer Tatsachen gemäß § 173 AO beantragen oder Rechtsbehelfe einlegen müssen. Es sei auch unzutreffend, dass sie sich dergestalt geäußert habe, dass von mangelnden Erfolgsaus-

sichten eines Rechtsbehelfsverfahrens auszugehen sei. Im Übrigen sei es falsch, dass eine Verböserung gedroht habe. Das Finanzamt sei bei der Hinzuschätzung nicht frei. Vielmehr habe es die Besteuerungsgrundlagen zu ermitteln, die sich ergeben hätten, wenn die Unterlagen einwandfrei gewesen wären, Hinzuschätzungen des Finanzamts seien nicht per se falsch. Wenn der Kläger meine, das Rechtsbehelfsverfahren hätte sogar eine noch höhere Hinzuschätzung ergeben, so dokumentiere er damit erst recht, dass die vom Betriebsprüfer vorgenommene Hinzuschätzung mindestens korrekt gewesen sei. Es sei mithin auch kein Schaden ersichtlich. Die auf die Hinzuschätzung entfallende Steuer begründe keinen Schaden des Klägers. Dies wäre nach Ansicht der Beklagten nur dann der Fall, wenn der Kläger die zu seinen Lasten bei der Betriebsprüfung geschätzten Betriebseinnahmen tatsächlich nicht erzielt hätte und eine Steuerpflicht in dem durch die Hinzuschätzung bedingten Umfang tatsächlich nicht bestanden hätte. Dass die Hinzuschätzung nicht falsch sei, zeige schon der Umstand, dass der Klägervorteiler in der Schlussbesprechung zur Betriebsprüfung am 6.11.2018 Einvernehmen mit dem Betriebsprüfer hergestellt habe. Jedenfalls habe der Kläger Gegenteiliges substantiiert darzulegen und zu beweisen. Der Vortrag des Klägers zur Schadenshöhe sei sogar unschlüssig, weil er nicht konkret darlege, welche Gewinne abweichend von den Besteuerungsgrundlagen der Schätzungsveranlagung tatsächlich hätten versteuert werden müssen. Es fehle an der Vorlage einer ordnungsgemäßen Gewinnermittlung. (...)

Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist unbegründet.

I. Dem Kläger steht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte wegen der behaupteten Pflichtverletzungen zu. Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch wegen steuerrechtlicher Falschberatung nach den §§ 280 Abs. 1, 675, 249 ff. BGB liegen nicht vor.

Die Parteien schlossen unstreitig einen **Steuerberatervertrag**, der im Allgemeinen als **Dienstvertrag** zu qualifizieren ist und der eine **Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB** zum Gegenstand hat (vgl. Spinner, in: MünchKomm-BGB, 8. Auflage 2020, § 611 Rn. 19). Nach dem Ergebnis der Parteianhörung dürfte der Beklagten zwar eine Pflichtverletzung dieses Steuerberatervertrags vorzuwerfen sein (1.), dies kann jedoch dahinstehen, weil es jedenfalls an der schlüssigen Darlegung eines kausal auf diese Pflichtverletzung zurückzuführenden Schadens mangelt (2.).

1. Es kann mangels schlüssiger Darlegung eines kausalen Schadens vorliegend dahinstehen, ob die Beklagte sie treffende **Pflichten als Steuerberaterin** aus dem Steuerberatervertrag mit dem Kläger verletzt hat, obgleich aus den nachfolgend

genannten Gründen davon auszugehen ist. Verletzt der Steuerberater die vertraglich geschuldeten Pflichten, so ist er seinem Mandanten aus vertraglicher Haftung gemäß § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Der Steuerberater ist im Rahmen des ihm erteilten Auftrags verpflichtet, den Mandanten umfassend zu beraten und hat ihn auch ungefragt über alle steuerlichen Einzelheiten und deren Folgen zu unterrichten. Jedenfalls trifft ihn die **Nebenpflicht**, den Auftraggeber **vor Schäden zu bewahren** und auf offen zutage liegende Fehlentscheidungen ggf. auch ungefragt hinzuweisen (vgl. Teichmann, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.6.2020, § 675 BGB Rn. 1160 m.w.N.). Die Bejahung der Pflichtverletzung ergibt sich nicht bereits aus der E-Mail der Beklagten vom 29.1.2019, in der es heißt, dass sie ihre Einstandspflicht dem Grunde nach anzeige. Das Gericht hat gemäß Verfügung vom 25.3.2020 darauf hingewiesen, dass es seine zuvor geäußerte vorläufige Rechtsauffassung, dass es sich hierbei um ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis handeln dürfte, aufgibt. Der Kläger ist der Erklärung der Beklagten, sie habe die E-Mail vom 29.1.2019 in Unkenntnis der Rechtslage als „juristische Laiin“ geschrieben nicht entgegengetreten, weshalb das Gericht dies als unstreitig wertet (§ 138 Abs. 3 ZPO). Für die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses fehlt es an hinreichenden und eindeutigen Anhaltspunkten für einen derartigen Rechtsbindungswillen. Nach der Rechtsprechung kann etwa in der Erklärung einer Haftpflichtversicherung, eine etwaige Planung des Versicherungsnehmers sei fehlerhaft und deshalb werden zum Grund der Ansprüche keine Einwände erhoben, ein deklaratorisches Anerkenntnis liegen (vgl. etwa OLG Frankfurt, Urteil vom 19.8.2019 - 29 U 113/18, NJW-RR 2019, 1301). **Für ein deklaratorisches Anerkenntnis im Falle von Erklärungen des Schuldners im Sinne einer Anerkennung der Ersatzpflicht besteht aber gerade keine allgemeine Vermutung.** Es kommt auf die Umstände des Einzelfalls an. Der ohne konkreten Anlass für eine vertragliche Bindung abgegebenen Erklärung, allein schuld zu sein, fehlt in der Regel der **Rechtsbindungswille**. Sie bewirkt lediglich eine **Beweiserleichterung für den Erklärungsempfänger** (vgl. Sprau, in: Palandt, 79. Auflage 2020, § 781 BGB Rn. 9 m.w.N.). Dies ist auch hier der Fall. Vorliegend ging die Beklagte, wie im Rahmen der Parteienanhörung erkennbar wurde, offensichtlich von einer unkomplizierten Schadensregulierung durch ihre Haftpflichtversicherung aus und gab (nur) vor diesem Hintergrund die als Anlage K 15 vorgelegte Erklärung ab. Dass sie sich mit dieser Erklärung jegliche Einwendungen zum Anspruchsgrund im Rahmen eines eventuellen Klageverfahrens abschneiden wollte, ist nicht erkennbar und kann ohne weiteres nicht angenommen werden.

Jedenfalls ein **Verstoß gegen eine Nebenpflicht** im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB in Form einer **Aufklärungspflichtverletzung** ist der Beklagten nach dem Ergebnis der Parteienanhörung vorzu-

werfen. Darauf, ob die Beklagte das Kassenbuch für den Kläger führte, kommt es nicht an, obgleich ohnehin feststeht, dass dies nicht der Fall gewesen ist. Die Anhörung der Parteien hat ergeben, dass dies zwischen den Parteien sogar unstreitig ist. Denn sie gaben übereinstimmend an, dass zwischen ihnen die Praxis bestanden habe, dass der Kläger täglich die Z-Bons gemacht und die täglich die Journale erstellt und sodann einen Monat lang gesammelt habe und diese Unterlagen dann am Ende eines jeden Monats bei der Beklagten bzw. ihrer Mitarbeiterin Frau W vorbeigebracht habe. Aus diesen Belegen und Unterlagen des Klägers habe die Beklagte dann eine Auflistung erstellt, sie habe sie in das Programm „DATEV Kassenbuch“ eingetragen. Dieses Prozedere begründet aber keine (ordnungsgemäße) Kassenbuchführung. Vielmehr ergibt sich hieraus, dass der Kläger überhaupt kein Kassenbuch führte und die losen Belege und Bons lediglich monatsweise in das DATEV-Programm überführt wurden. Denn nach § 146 Abs. 1 AO sind die Buchungen und die sonst erforderlichen Aufzeichnungen einzeln, vollständig, richtig, zeitgerecht und geordnet vorzunehmen. Kasseneinnahmen und Kassenausgaben sind täglich - und nicht monatlich - festzuhalten. Die Norm verlangt also eine zeitgerechte Buchung der Geschäftsvorgänge. Diese müssen zeitnah in den Grundbüchern aufgezeichnet werden. Bargeschäfte sind täglich zu erfassen. Es ist nach dem jetzigen Wortlaut von § 146 Abs. 1 S. 2 AO aber auch bereits nach der früheren Gesetzesfassung (vor dem 29.12.2016) nicht ausreichend, wenn der Steuerpflichtige Kassenbelege sammelt, ohne sie zu verbuchen, und dann z.B. einmal monatlich dem Steuerberater zur Führung des Kassenbuchs übergibt (vgl. BFH, Urteil vom 21.2.1990 - X R 54/87, BeckRS 2019, 06611; Matthes, in: BeckOK-AO, 13. Edition, Stand: 01.07.2020, § 146 AO Rn. 32).

Darauf, ob die Beklagte - oder die als Zeugin benannte Frau W - für den Kläger das Kassenbuch führte, d.h. ob eine monatliche Überführung in das Programm „DATEV Kassenbuch“ noch als Kassenbuchführung qualifiziert werden kann, kommt es vorliegend aber deshalb nicht an, weil Grund für die Verwerfung der Kassenführung und für die Hinzuschätzung durch das Finanzamt nicht die (mangelnde, weil nicht tägliche) Kassenbuchführung durch den Kläger war. Vor diesem Hintergrund bedurfte es auch keiner Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO aufgrund einer durchzuführenden Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeuginen S, W und M. Es ist jedenfalls kein auf eine derartige Pflichtverletzung kausal zurückzuführender Schaden vorgetragen oder ersichtlich, die Kassenführung wurde aus anderen Gründen verworfen. Der Vorwurf des Finanzamts geht nämlich vielmehr dahin - und dies ist dem Führen des Kassenbuchs vorgelagert -, dass eine fehlerhafte Erfassung der Zahlungswege durch den Kläger erfolgte, das heißt, die gebotene „Differenzierung der Einnahmen nach den Zahlungswegen bereits bei der Aufzeichnung im Kassensystem“ ist vorliegend offenbar nicht erfolgt, so dass laut Auskunft des Finanzamts nicht nachvollzogen werden

könne, „ob die unbaren Umsätze im elektronischen Kassensystem erfasst“ seien. Ferner stellten fehlende Einzelumsatzdaten einen schwerwiegenden Mangel dar.

Fehler im Bereich der Erstellung dieser Grundaufzeichnungen können dem Steuerberater indes nicht angelastet werden. Es ist Aufgabe des Klägers, seinerseits die Grundlagen für eine ordnungsgemäße Buchführung nach handels- und steuerrechtlichen Vorschriften zu schaffen (vgl. auch LG Koblenz, Urteil vom 26.2.2014 - 15 O 167/13, Rn. 21, juris; LG Krefeld, Urteil vom 25.8.2011 - 3 O 93/11, BeckRS 2011, 23143). Dazu gehört selbstverständlich zunächst die zutreffende und ordnungsgemäße Erfassung eines jeden Geschäftsvorfalles selbst, der sodann in das täglich und fortlaufend zu führende Kassensbuch zu überführen ist. Die Beklagte traf aber vorliegend die (Neben-)Pflicht, den Kläger darüber aufzuklären, dass sein Vorgehen Risiken birgt und keine ordnungsgemäße Erfassung seiner Geschäftsvorfälle darstellt. Diese Aufklärungspflicht hat die Beklagte nach dem Ergebnis der gebotenen (vgl. BGH, Urteil vom 9.6.2011 - IX ZR 75/10, NJW 2011, 2889, Rn. 19) Parteianhörung verletzt. Auf Frage des Gerichts, ob sie den Kläger über die Notwendigkeit der getrennten Erfassung von Karten- und Barzahlungen aufgeklärt hat, teilte die Beklagte persönlich mit, dass sie das Prozedere des Klägers nicht für problematisch gehalten habe, weil jederzeit anhand der „Schnipselchen“, die über der Kasse hingen, klar gewesen sei, welche Zahlungen über die Bank laufen würden. Die Beklagte hat die Problematik also nicht erkannt, sondern sein Herangehen für ordnungsgemäß befunden und den Kläger vor diesem Hintergrund auch nicht über das Erfordernis der getrennten Erfassung von Karten- und Barzahlungen aufgeklärt.

Die Beklagte hätte den Kläger aber darüber aufklären müssen, dass es sogar bereits umstritten ist, ob die vielfach gelebte Buchungspraxis (Erfassung auch der unbaren Umsätze in der Registrierkasse, Z-Bon, der nach Barzahlung und Kartenzahlung differenziert, sodann im Kassensbuch Erfassung der Gesamtumsätze des Z-Bons und sodann Austragung der Kartenzahlungserlöse als Kassensbuchausgabe) im Zusammenhang mit der Darstellung der Geld- oder Kreditkartenumsätze im Z-Bon und damit schlussendlich im Kassensbuch zulässig ist. Dass diesbezüglich eine Rechtsunsicherheit besteht, ergibt sich bereits aus den von Beklagtenseite nunmehr im Rahmen dieses Rechtsstreits eingereichten Anlagen B 3 und B 4, insbesondere aus dem Appell der Bundessteuerberaterkammer, die in Anlage B 3 beschriebene Buchungspraxis zu akzeptieren, da der anderenfalls bestehende Aufwand unverhältnismäßig sei. Über diese bestehende Rechtsunsicherheit hätte die Beklagte den Kläger in Kenntnis setzen müssen, was sie nach ihren eigenen Angaben im Rahmen ihrer Parteianhörung aber nicht getan hat - offenbar, weil ihr das Vorgehen zu diesem Zeitpunkt unproblematisch erschien oder ihr die Problematik bis dato ggf. gar nicht bekannt war. Die Beklagte hätte den Kläger aber je-

denfalls darüber aufklären müssen, dass sein Vorgehen Unsicherheiten birgt und dazu führen kann, dass seine Buchführung verworfen wird. Denn augenscheinlich nahm der Kläger ja nicht einmal die - selbst nach dem Vorstehenden gebotene - Differenzierung der Einnahmen nach den Zahlungswegen bei der Aufzeichnung im Kassensystem vor, was aus den Z-Bons ersichtlich gewesen sein dürfte, die die Beklagte unstreitig monatlich in Empfang nahm. Eine Aufklärungspflicht kommt aber immer nur dann in Betracht, wenn auch eine Aufklärungsbedürftigkeit besteht. Der Kläger gab im Rahmen seiner Anhörung zwar an, dass seine neue Kasse, die er sich im Oktober 2013 anschaffte, die neue Funktion habe, dass man auf einen Knopf drücken könne, wenn der Kunde mit Karte zahlen wolle und dass dies dann auch entsprechend im Z-Bon erfasst werde. Hieraus ergibt sich aber lediglich, dass er Kenntnis von dieser Funktionalität seiner Kasse hatte. Dies offenbart aber nicht, dass er auch wusste, dass ihm im Falle der fehlenden getrennten Erfassung eine Verwerfung seiner Kassensführung droht.

2. Ein Anspruch des Klägers besteht jedoch deshalb nicht, weil kein auf die Pflichtverletzung zurückzuführender **kausaler Schaden** schlüssig dargelegt ist. Eine etwaige Beweiserleichterung aufgrund der Anlage K 15 kommt diesbezüglich jedenfalls nicht in Betracht, weil die Beklagte ihre Einstandspflicht nur dem Grunde, aber ausweislich des Wortlauts nicht der Höhe nach angezeigt hat. Erklärungen zur Höhe existieren nicht und sind daher nicht umfasst. Der geschädigte Mandant ist so zu stellen, wie er bei korrekter Beratung stehen würde, sog. **Differenzhypothese** (vgl. Teichmann aaO § 675 Rn. 1136). Es obliegt dem Kläger, Art und Höhe des geltend gemachten Schadens darzulegen und zu beweisen. Unter Berücksichtigung dieser Vorgabe ist ein **Gesamtvermögensvergleich** anzustellen, der alle von der Pflichtverletzung betroffenen Vermögenspositionen umfasst. Im vorliegenden Fall des Erlass eines Schätzungsbescheides muss der Mandant - hier also der Kläger - darlegen und nachweisen, welche Gewinne oder Verluste abweichend von den Besteuerungsgrundlagen der Schätzungsveranlagung tatsächlich entstanden sind. Regelmäßig und auch hier erfordert dies die Vorlage einer Gewinn- und Verlustmittlung, die im Falle des Bestreitens von einem Sachverständigen überprüft werden kann (vgl. OLG Bamberg, Urteil vom 28.4.2006 - 6 U 23/05, BeckRS 2011, 18157, Rn. 55, LG Potsdam, Urteil vom 29.6.2000 - 3 O 417/99, BeckRS 2000, 30811193). Der Schaden besteht in der Differenz der Steuern, die aufgrund der Schätzung festgesetzt werden und denen, die festgesetzt worden wären, wenn die Einnahmen und Ausgaben ordnungsgemäß erfasst worden wären und keine Verwerfung der Kassensführung aus formellen Gründen erfolgt wäre (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 23.9.2008 - 25 U 114/07, Rn. 37, juris). **Es kommt bei der Frage, ob und welcher Nachteil durch eine Steuerschätzung entstanden ist, also nicht darauf an, wie hoch die festgesetzten Steuernachzahlungen sind, sondern darauf, inwieweit die Schätzung zu einem überhöhten Ergebnis**

geführt hat (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 14.2.1990 - 3 U 100/89; LG Köln, Urteil vom 24.6.1977 - 17 O 131/77). Diesbezüglich fehlt es - trotz Hinweis des Gerichts - an hinreichendem Vortrag des Klägers. Das Gericht hat bereits in der mündlichen Verhandlung vom 10.1.2020 darauf hingewiesen, dass allein die Tatsache, dass das Finanzamt im Wege der Schätzung Nachforderungen geltend gemacht hat, keinen Schaden begründen dürfte und etwas anderes nur gelten dürfte, wenn die geschätzten Betriebseinnahmen in Wirklichkeit nicht erzielt worden sind. Das Gericht hat die Klägerseite im Rahmen dieses Hinweises, an dem es vollumfänglich festhält, ausdrücklich aufgefordert, weiter dazu vorzutragen, warum die Steuerschätzung des Finanzamts unrichtig gewesen sein soll und darauf verwiesen, dass sich die Frage stellt, ob/warum das Schätzungsverfahren vorliegend (nicht) zu einer sachgerechten und objektiv richtigen Veranlagung geführt hat. Dies hat der Kläger nicht getan. Er beschränkt sich vielmehr darauf, zu behaupten, dass er die geschätzten Betriebseinnahmen in Wirklichkeit nicht erzielt habe und dass, soweit sich im Rahmen einer Betriebsprüfung Hinweise darauf ergäben, dass Hinzuschätzungsbeträge möglicherweise auch nur teilweise tatsächlich geflossen seien, die Betriebsprüfung mit sofortiger Wirkung unterbrochen werde und das Steuerstrafverfahren eingeleitet werde müsse. Dies sei vorliegend - unstreitig - nicht erfolgt, woraus sich ergebe, dass der Hinzuschätzungsbetrag in Wirklichkeit nicht geflossen sei. Dies ist zum einen ungenügend und zum anderen in dieser Pauschalität unzutreffend. Der Kläger genügt seiner Darlegungslast mit seiner bloßen Behauptung, er habe die hinzugeschätzten Betriebseinnahmen in Wirklichkeit nicht erzielt, den vorgenannten Grundsätzen nicht. Der Kläger beschränkt sich im Wesentlichen darauf, die Beträge aus den Steuerbescheiden an die Beklagte weiterzureichen. Die im Wege der Schätzung festgesetzten Nachzahlungsbeträge vermögen einen Schaden aber per se nicht zu begründen. Der Kläger hat trotz des Hinweises keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich ergeben soll, dass die Schätzung des Finanzamts sachlich unrichtig gewesen ist. Für die Richtigkeit der Schätzung spricht vielmehr, dass sich der Kläger mit dem Finanzamt auf den Nachzahlungsbetrag einigte (vgl. auch LG Krefeld aaO). Eine ordnungsgemäße Gewinnermittlung hat der Kläger nicht vorgelegt. Der bloße Verweis auf die nicht näher erläuterte Anlage K 19 genügt den Anforderungen an einen schlüssigen Sachvortrag nicht, diese enthält aber auch keine eben solche tatsächliche Gewinnermittlung. Auch der Einwand der unterbliebenen Einleitung eines Steuerstrafverfahrens als Indiz dafür, dass die Hinzuschätzungsbeträge in Wirklichkeit nicht geflossen seien, greift nicht durch. Die Klägerseite lässt in diesem Zusammenhang unberücksichtigt, dass vorliegend nicht die Buchführung aus Gründen materieller Unrichtigkeit verworfen wurde, sondern die Kassenführung aufgrund fehlender formeller Ordnungsmäßigkeit wegen der fehlenden Einzelumsatzdaten und der unterbliebenen Trennung zwischen Bar- und Kartenzahlungen.

3. Zudem wäre dem Kläger - unterstellt, ein kausaler Schaden wäre zu bejahen - auch ein **überwiegendes Mitverschulden** nach § 254 Abs. 1 BGB entgegenzuhalten. Der Kläger gab im Rahmen seiner Parteianhörung an, dass seine neue Kasse, die er unstreitig seit Oktober 2013 nutzt, nunmehr über die Funktionalität verfüge, Karten- und Barzahlungen über verschiedene Knöpfe getrennt erfassen zu können, und dass dies entsprechend auf den Z-Bons abgebildet werde. Dies widerspricht dem, was dem Schreiben des Herrn A vom Finanzamt H vom 13.8.2018 zu entnehmen ist. Ausweislich der dort genannten Begründung verwarf das Finanzamt die Kassenführung des Klägers, wie ausgeführt, deshalb, weil augenscheinlich gerade keine Differenzierung der Einnahmen nach den Zahlungsweisen bereits bei der Aufzeichnung im Kassensystem erfolgt ist. Sollten diese Angaben von Herrn A in seinem Schreiben vom 13.8.2018 also unzutreffend gewesen sein - dem Schreiben lässt sich im Umkehrschluss entnehmen, dass die Buchungspraxis entsprechend der Anlage B 3 akzeptiert worden wäre, wenn die Differenzierung der Zahlungswege bei Aufzeichnung im Kassensystem erfolgt wäre, so dass der Beklagten dann folgerichtig auch kein Vorwurf zu machen wäre, hätte es dem Kläger oblegen, ein Rechtsbehelfsverfahren gegen die Steuerbescheide durchzuführen und dort darzulegen, dass eine Differenzierung, wie seitens des Finanzamts gefordert, tatsächlich doch erfolgt ist. **Sofern hingegen der Kläger diese Funktion seiner Kasse trotz Kenntnis von der Existenz einer solchen bloß nicht genutzt hat, wäre ihm ebenfalls ein erhebliches Mitverschulden entgegenzuhalten, da es seinen Pflichten als ordentlicher Kaufmann entspricht, sich mit dem eigenen Kassensystem hinreichend vertraut zu machen und dieses entsprechend zu nutzen, um zu gewährleisten, dass ordnungsgemäße Grundaufzeichnungen im Sinne des § 146 AO über seine Geschäftsvorfälle erstellt werden** (vgl. ebenso LG Lüneburg, Urteil vom 8.6.2001 -30 195/00, BeckRS 2001, 161194, Rn. 40). Der Kläger muss sich in diesem Fall entgegenhalten lassen, wieso eine bekannte Funktionalität nicht genutzt wird.

Dem Kläger ist weiterhin auch deshalb ein Mitverschuldensvorwurf zu machen, weil die Beklagte unstreitig nur bis wenige Tage nach Erlass der Steuerbescheide vom 7.12.2018 mandatiert war - bis zum 12.12.2018 - und der Kläger insoweit die Möglichkeit gehabt hätte, die steuerrechtliche Einschätzung der Beklagten - unterstellt, sie hat dem Kläger tatsächlich von der **Durchführung eines Rechtsbehelfsverfahrens** abgeraten - überprüfen zu lassen. **Er hat die Möglichkeit nicht genutzt, ein Rechtsbehelfsverfahren ohne die Beklagte durchzuführen, obwohl er der Ansicht ist, dass das Ergebnis der Schätzung nicht den tatsächlichen Begebenheiten entspricht.** Sein Einwand, ein Rechtsbehelfsverfahren sei deshalb nicht durchgeführt worden, weil eine Verböserung gedroht habe, geht fehl. Das Finanzamt ist bei der Hinzuschätzung, wie von Beklagtenseite zutreffend ausgeführt, nicht frei. Die Hinzuschätzung bezweckt keine Bestrafung des Steuerschuldners, sondern soll zu

einer zutreffenden Veranlagung führen. Es darf im Falle der Schätzung auf keinen Fall eine mit Sicherheit nicht entstandene Steuerschuld festgesetzt werden (vgl. OLG Stuttgart aaO). Die Schätzungsbefugnis geht vielmehr nur soweit, wie die Beanstandungen reichen, so dass ggf. nur Teil- oder Ergänzungsschätzungen zulässig sind (vgl. Cöster, in: Koenig, Abgabenordnung, 3. Auflage 2014, § 158 AO Rn. 19). Ist die Buchführung, wie hier (nur) formell nicht ordnungsgemäß, sind aber materielle Unrichtigkeiten der Einnahmenerfassung nicht konkret nachgewiesen, können die Ergebnisse eines Zeitreihenvergleichs einen Anhaltspunkt für die Höhe der erforderlichen Hinzuschätzung bilden, wenn andere Schätzmethoden, die auf betriebsinternen Daten aufbauen oder in anderer Weise die individuellen Verhältnisse des jeweiligen Steuerpflichtigen berücksichtigen, nicht ersetzbar sind. Erst als „ultima ratio“ kommt eine Vollschätzung nach § 162 AO in Betracht (vgl. Rüsken, in: Klein, Abgabenordnung, 15. Auflage 2020, § 158 AO Rn. 7). Vorliegend ist vom Kläger schon nicht dargelegt, auf welchem Wege das Finanzamt vorliegend den Hinzuschätzungsbetrag ermittelt hat. (...)

Insolvenzrecht

- Fehlerhafter Jahresabschluss
- Gewinnausschüttung
- Unentgeltlichkeit

(BGH, Urt. v. 22.7.2021 – IX ZR 26/20)

Leitsatz

Vertraglich vereinbarte, von Jahresüberschüssen abhängige Gewinnausschüttungen sind unentgeltlich, wenn die Jahresabschlüsse fehlerhaft sind, fehlerfrei erstellte Jahresabschlüsse keine Gewinne ausgewiesen hätten und der Schuldner aufgrund einer Parallelwertung in der Laiensphäre darum wusste.

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger ist Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der P. AG, vormals F. AG (nachfolgend Schuldnerin). Alleiniger Vorstand war B. . Die Schuldnerin war zusammen mit anderen Gesellschaften der sogenannten I. auf dem unregulierten Kapitalmarkt tätig. Der Beklagte zeichnete bei der Schuldnerin zu einem nicht näher benannten Zeitpunkt Genussrechte, welchen deren Allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde lagen, wonach an die Genussrechtsinhaber unter bestimmten Voraussetzungen und abhängig von Jahresüberschüssen jährlich eine Basisdividende und eine Übergewinnbeteiligung ausgeschüttet werden sollten (vgl. zum Wortlaut der Allgemeinen Geschäftsbedingungen: BGH, Urteil vom 1. Oktober 2020 – IX ZR 247/19, NJW 2021, 234 Rn. 1). Die Jahresabschlüsse der Schuldnerin zum 31. März 2010, zum 31. März 2011, zum 31. März 2012 und zum 31.

März 2013 wiesen Jahresüberschüsse aus. Dementsprechend erhielt der Beklagte von der Schuldnerin Zahlungen auf Basisdividende und Übergewinnbeteiligung für das Geschäftsjahr 2009/2010 am 24. September 2010 in Höhe von 5.100 €, für das Geschäftsjahr 2010/2011 am 25. August 2011 in Höhe von 4.110,08 €, für das Geschäftsjahr 2011/2012 am 26. September 2012 in Höhe von 4.768 € und für das Geschäftsjahr 2012/2013 am 26. September 2013 in Höhe von 9.337,32 €, insgesamt mithin 23.315,40 €.

[2] Die hinter der I. stehenden Akteure gerieten wegen des Verdachts des Kapitalanlagebetrugs in den Blick der zuständigen Staatsanwaltschaft. Im Oktober 2013 kam es zu Durchsuchungen und einem dinglichen Arrest (unter anderem) in das gesamte Vermögen der Schuldnerin. Auf am 13. November 2013 beim Insolvenzgericht eingegangenen Eigenantrag wurde am 1. April 2014 über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet. Im Juli 2018 wurden B. und andere Verantwortliche der I. - nicht rechtskräftig - wegen banden- und gewerbsmäßigen Betruges in Tateinheit mit Kapitalanlagebetrug beziehungsweise der Beihilfe dazu verurteilt. Der Kläger forcht die Feststellung der Jahresabschlüsse der Schuldnerin für die streitgegenständlichen Jahre an, soweit die Jahresabschlüsse nach § 325 Abs. 2 HGB im Bundesanzeiger bekannt gemacht worden sind (§§ 256, 257 AktG). Hierüber ist noch nicht rechtskräftig entschieden.

[3] Der Kläger verlangt mit der Behauptung, die vertraglichen Voraussetzungen der Ausschüttung von Dividende und Übergewinnbeteiligung hätten in den maßgeblichen Jahren nicht vorgelegen, die von der Schuldnerin an den Beklagten erbrachten Ausschüttungen aufgrund von Schenkungsanfechtung, hilfsweise bereicherungsrechtlich, zurück. Die Klage hat in den Vorinstanzen keinen Erfolg gehabt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision möchte der Kläger die Verurteilung des Beklagten erreichen.

Aus den Gründen:

[4] Die Revision hat Erfolg.

I.

[5] Die Revision ist uneingeschränkt zulässig. Der Entscheidungssatz des Berufungsurteils enthält keine Beschränkung der Revisionszulassung. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist zwar anerkannt, dass sich eine Eingrenzung der Zulassung der Revision auch aus den Entscheidungsgründen ergeben kann. Nach dem Grundsatz der Rechtsmittelklarheit müssen die Parteien allerdings zweifelsfrei erkennen können, welches Rechtsmittel für sie in Betracht kommt und unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist. **Die bloße Angabe des Grundes für die Zulassung der Revision reicht nicht, um von**

einer nur beschränkten Zulassung des Rechtsmittels auszugehen (BGH, Urteil vom 23. April 2020 - I ZR 85/19, GRUR 2020, 886 Rn. 13). Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es sei zu klären, wie im Rahmen des § 134 InsO bei rechtsgrundlosen Leistungen in einem Schneeballsystem die Kenntnis der Nichtschuld im Sinne von § 814 BGB zu bestimmen sei. Diese Frage ist aber in gleicher Weise auch für den Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB von Bedeutung. Eine Beschränkung der Revision auf den Anfechtungsanspruch war daher für die Parteien weder zu erkennen noch zulässig (vgl. BGH, Urteil vom 1. Oktober 2020 - IX ZR 247/19, NJW 2021, 234 Rn. 6).

II.

[6] Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung unter anderem in ZIP 2020, 526 veröffentlicht ist, hat zur Begründung ausgeführt: Ein Anspruch des Klägers gegen den Beklagten gemäß §§ 134, 143 InsO auf Rückzahlung der gläubigerbenachteiligenden Zinsausschüttungen innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom 13. November 2013 bestehe nicht. Der Senat sei nicht davon überzeugt, dass die Ausschüttungen unentgeltlich erfolgt seien. Eine Unentgeltlichkeit von Zinsausschüttungen liege nur vor, wenn gemäß den vereinbarten Genussrechtsbedingungen kein Anspruch darauf bestanden habe, weil kein (ausreichender) Jahresüberschuss erzielt worden sei, und zudem die Schuldnerin vom Nichtbestehen des Anspruchs gewusst habe. An letztgenannter Voraussetzung fehle es indessen. Es komme nicht darauf an, ob die Schuldnerin beziehungsweise die für sie verantwortlich handelnden Personen Kenntnis von einem auf Betrug ausgerichteten Schneeballsystem gehabt hätten, sondern allein darauf, ob sie Kenntnis von bilanzrechtlich fehlerhaft ausgewiesenen Gewinnen gehabt hätten. Dieses Wissen erfordere auch bei einer Parallelwertung in der Laiensphäre eine Vorstellung davon, was wann im konkreten Fall mit welchem Wert hätte bilanziert werden dürfen. Sie hätten also wissen müssen, das Vorliegen der behaupteten Bilanzierungsfehler unterstellt, dass die Lebensversicherungen im Umlaufvermögen statt im Anlagevermögen und jedenfalls nach dem strengen wie auch gemilderten Niederstwertprinzip nur mit dem niedrigeren tatsächlichen Fonds- und Rückkaufwert hätten angesetzt werden müssen. Sie hätten wissen müssen, dass die Prämienzahlungen für Eigenversicherungen nach dem strengen Niederstwertprinzip gar nicht hätten aktiviert werden dürfen, jedenfalls aber nur in Höhe der tatsächlich erfolgten Zahlungsengänge. Gleiches gelte dafür, dass die Goldbestände nur ohne die Provisionen als Anschaffungsnebenkosten hätten aktiviert werden dürfen. Der Kläger habe im Hinblick auf die testierten Jahresabschlüsse, welche Gewinne ausgewiesen hätten, nicht bewiesen, dass die Schuldnerin Kenntnis davon gehabt habe, sie hätte entgegen den Jahresabschlüssen tatsächlich keine Gewinne erwirtschaftet.

Der Bereicherungsanspruch sei verjährt.

III.

[7] Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

[8] 1. Mit der Begründung des Berufungsgerichts lässt sich ein Anspruch des Klägers auf Rückgewähr der Ausschüttungen aus § 143 Abs. 1, § 134 Abs. 1 InsO nicht verneinen. Nach den vom Berufungsgericht bislang getroffenen Feststellungen lässt sich nicht ausschließen, dass der Beklagte von der Schuldnerin im Zeitraum von vier Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens unentgeltliche Leistungen erhalten hat (§ 134 Abs. 1 InsO).

[9] a) Die zugunsten des Beklagten erfolgten Ausschüttungen stellen Leistungen der Schuldnerin dar. Infolge des Vermögensabflusses haben die Zahlungen eine objektive Gläubigerbenachteiligung (§ 129 Abs. 1 InsO) bewirkt (BGH, Urteil vom 1. Oktober 2020 - IX ZR 247/19, NJW 2021, 234 Rn. 13). Sie erfolgten innerhalb von vier Jahren vor dem Antrag auf Insolvenzeröffnung.

[10] b) Die Auszahlungen können eine **unentgeltliche Leistung im Sinne von § 134 Abs. 1 InsO** darstellen.

[11] aa) In einem Zwei-Personen-Verhältnis - wie vorliegend - ist eine Leistung als unentgeltlich anzusehen, wenn ein Vermögenswert des Verfügenden zugunsten einer anderen Person aufgegeben wird, ohne dass dem Verfügenden ein entsprechender Vermögenswert vereinbarungsgemäß zufließen soll. Entgeltlich ist dagegen eine Verfügung, wenn der Schuldner für seine Leistung etwas erhalten hat, was objektiv ein Ausgleich für seine Leistung war oder jedenfalls subjektiv nach dem Willen der Beteiligten sein sollte (BGH, Urteil vom 22. Oktober 2020 - IX ZR 208/18, NZI 2021, 26 Rn. 9). Für die Bewertung ist in erster Linie die objektive Wertrelation zwischen der Leistung des Schuldners und der Gegenleistung des Empfängers ausschlaggebend (BGH, Urteil vom 22. Oktober 2020, aaO Rn. 10). Wenn der Beklagte aufgrund des Genussrechtsvertrages Anspruch auf die Ausschüttungen gehabt hat, liegt danach eine unentgeltliche Leistung nicht vor, weil diese dann objektiv den Ausgleich für die Gewährung des Genussrechtskapitals darstellten (vgl. BGH, Urteil vom 5. Juli 2018 - IX ZR 139/17, NJW 2018, 3312 Rn. 13).

[12] Die Vornahme der Ausschüttungen an den Beklagten ist ebenfalls nicht nach § 134 InsO anfechtbar, wenn die Schuldnerin sie ohne Rechtsgrund vorgenommen und ihr deswegen ein Bereicherungsanspruch gegen den Beklagten zugestanden hat, wenn also der Beklagte aufgrund des Genussrechtsvertrages keinen Anspruch auf die Auszahlungen gegen die

Schuldnerin gehabt hat und er einem Bereicherungsanspruch der Schuldnerin nicht § 814 BGB hat entgegenhalten können. Denn es handelt sich bei der Bezahlung einer tatsächlich nicht bestehenden Schuld im Zwei-Personen-Verhältnis nicht um eine unentgeltliche Leistung des Schuldners, wenn dieser irrtümlich annimmt, zu einer entgeltlichen Leistung verpflichtet zu sein. Auch ohne eine vertragliche Vereinbarung einer Gegenleistung fehlt es an einer für die Unentgeltlichkeit erforderlichen kompensationslosen Minderung des schuldnerischen Vermögens, wenn der Empfänger die Leistung des Schuldners auf andere Art und Weise auszugleichen hat. Leistet der Schuldner, weil er sich irrtümlich hierzu verpflichtet hält, steht ihm hinsichtlich der Leistung ein Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB zu. Der Empfänger ist von vornherein diesem Bereicherungsanspruch ausgesetzt. Insoweit fehlt es bei einer solchen Leistung an einem endgültigen, vom Empfänger nicht auszugleichenden, freigiebigen Vermögensverlust des Schuldners. **Daher ist eine Leistung des Schuldners, wenn dieser irrtümlich annimmt, zu einer entgeltlichen Leistung verpflichtet zu sein, nicht nach § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar. Entsprechendes gilt, wenn die Konditionssperre des § 817 Satz 2 BGB nicht eingreift** (BGH, Urteil vom 1. Oktober 2020 - IX ZR 247/19, NJW 2021, 234 Rn. 10 f).

[13] bb) Revisionsrechtlich ist davon auszugehen, dass die Ausschüttungen der Schuldnerin an den Beklagten rechtsgrundlos erfolgten.

[14] (1) Allerdings war der Vertrag über den Erwerb der Genussrechte, welchen der Beklagte mit der Schuldnerin geschlossen hatte, unabhängig davon wirksam, ob die Schuldnerin schon von Beginn ihrer geschäftlichen Tätigkeit an oder vor Abschluss des Vertrages mit dem Beklagten ein betrügerisches Schneeballsystem betrieben hat, ihr also von vornherein oder jedenfalls bei Vertragsschluss mit dem Beklagten bewusst war, dass sie auf Dauer keine hinreichenden Gewinne erwirtschaften würde, um den Erwartungen der Geldgeber zu entsprechen, sondern sie zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs Ausschüttungen an die Altgeldgeber mit den Einzahlungen neuer Geldgeber vornehmen müsse. **Daraus ergibt sich nicht die Nichtigkeit des Vertrages nach § 138 BGB. Eine Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen § 138 BGB wäre nur dann anzunehmen, wenn der gemeinsame Zweck der Vertragspartner gerade darauf gerichtet gewesen wäre, ein sittenwidriges Geschäft zu betreiben.** Das aber war nicht der Fall. **Der Beklagte wäre von der Schuldnerin über die für ihn ungünstigen Umstände der Kapitalanlage getäuscht worden. Sittenwidrig wäre somit lediglich das von der Schuldnerin tatsächlich betriebene System, nicht aber die mit dem gutgläubigen Beklagten vereinbarte Kapitalanlage** (BGH, Urteil vom 1. Oktober 2020, aaO Rn. 15 mwN; vgl. zum Schneeballsystem im Rahmen der Haftung aus § 826 BGB: BGH, Urteil vom 4. Februar 2021 - III ZR 7/20, NJW 2021, 1759 Rn. 16).

[15] Ebenso wenig ist der Vertrag zwischen dem Beklagten und der Schuldnerin nach § 134 BGB nichtig, weil die Schuldnerin den Beklagten möglicherweise im Hinblick auf das von ihr installierte Schneeballsystem oder die Verwendung des Genussrechtskapitals betrogen hat (§ 263 StGB). Richtet sich das gesetzliche Verbot - wie vorliegend - nur gegen eine Partei, kann regelmäßig angenommen werden, das verbotswidrige Geschäft solle Wirkungen entfalten. Verletzt nur eine der Vertragsparteien durch den Abschluss eines Vertrages ein gesetzliches Verbot, ist der Vertrag in der Regel - wie auch hier - gültig (BGH, Urteil vom 1. Oktober 2020, aaO Rn. 16 mwN).

[16] (2) Ob dem Beklagten ein **Anspruch auf die streitgegenständlichen Ausschüttungen zustand, ergibt sich mithin aus dem Genussrechtsvertrag und aus den dem Vertrag zugrundeliegenden Genussrechtsbedingungen.**

[17] (a) Diese stellen Allgemeine Geschäftsbedingungen dar. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind so auslegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der beteiligten Kreise verstanden werden. Dabei sind die Vorstellungen und Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen. In erster Linie ist vom Wortlaut der jeweiligen Klausel auszugehen. Der mit dem Klauselwerk verfolgte Zweck und der Sinnzusammenhang der Klauseln sind zusätzlich zu berücksichtigen, soweit sie für den Kunden erkennbar sind. Sofern nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten Zweifel verbleiben und zumindest zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar sind, kommt die sich zu Lasten des Klauselverwenders auswirkende Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zur Anwendung. Hierbei bleiben allerdings Verständnismöglichkeiten unberücksichtigt, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend sind und für die an solchen Geschäften typischerweise Beteiligten nicht ernsthaft in Betracht kommen (BGH, Urteil vom 1. Oktober 2020, aaO Rn. 18 f mwN).

[18] Der Bundesgerichtshof hat zu den streitgegenständlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen bereits entschieden, dass ausgehend von dem objektiven Inhalt und typischen Sinn der in Frage stehenden Klausel diese von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der üblicherweise beteiligten Kreise dahin auszulegen ist, dass die materiellen Voraussetzungen der Ausschüttungen sich nach der objektiven (wahren) Ertragslage der Schuldnerin bestimmen, nicht nach den endgültig festgestellten Jahresabschlüssen und ihrer Wirksamkeit nach dem Aktiengesetz. Die Ansprüche der Genussrechtsinhaber sind nicht davon abhängig, dass die Nichtigkeit der Jahresabschlüsse (§ 256 AktG) in einem gerichtlichen Verfahren (sei es durch die nach § 257

Abs. 2 Satz 1, § 246 AktG dazu Berechtigten im Anfechtungsprozess, sei es durch die Genussrechtsinhaber oder den Insolvenzverwalter als Vorfrage in den jeweiligen Zahlungsprozessen) festgestellt wird. Ein verständiger und redlicher Vertragspartner der Schuldnerin konnte den Bedingungen nicht entnehmen, dass er bei einer Fehlerhaftigkeit der festgestellten Jahresabschlüsse, insbesondere der Gewinn- und Verlustrechnung, an diese gebunden sei, sofern kein Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 256 AktG vorliege (BGH, Urteil vom 1. Oktober 2020, aaO Rn. 22 ff).

[19] (b) Danach kommt es allein darauf an, ob die Schuldnerin in den streitgegenständlichen Jahren tatsächlich Gewinne erwirtschaftet hat. Ob dies der Fall war, hängt davon ab, ob die streitgegenständlichen Jahresabschlüsse, welche jeweils Gewinne ausgewiesen haben, fehlerhaft und bei fehlerfreier Erstellung der Jahresabschlüsse Gewinne nicht angefallen sind. Nach den Genussrechtsbedingungen durften die Anleger davon ausgehen, dass die Gewinnermittlung nach den allgemeinen Regeln erfolgen sollte. Das gilt umso mehr, als die Bedingungen in Bezug auf die Ausschüttungen an die Genussrechtsinhaber die Begriffe "Jahresergebnis", "Jahresüberschuss" und "Jahresfehlbetrag" verwenden. Dabei handelt es sich um Begriffe aus der Buchführung (§§ 238 ff HGB). Jahresüberschuss oder Jahresfehlbetrag werden in der Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen; diese bildet zusammen mit der Bilanz den Jahresabschluss (§ 242 Abs. 2 und Abs. 3, § 275 HGB, § 158 AktG). Der gemeinsame Oberbegriff von Jahresüberschuss und Jahresfehlbetrag ist das Jahresergebnis (vgl. § 268 Abs. 1 Satz 1 HGB). In Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendete Rechtsbegriffe sind in der Regel entsprechend ihrer juristischen Fachbedeutung zu verstehen, insbesondere, wenn sie erkennbar auf eine gesetzliche Regelung Bezug nehmen (BGH, Urteil vom 1. Oktober 2020 - IX ZR 247/19, NJW 2021, 234 Rn. 24). Enthalten die Jahresabschlüsse handelsrechtlich zulässige Bewertungen, liegt ein Fehler nicht vor.

[20] (c) Das Berufungsgericht hat unterstellt, dass die Ausschüttungen an den Beklagten rechtsgrundlos erfolgt sind, dass die Jahresabschlüsse mithin fehlerhaft waren und die Schuldnerin tatsächlich keine Jahresüberschüsse erwirtschaftet und die Auszahlung der Basisdividenden zu Fehlbeträgen geführt hat. Es hat unterstellt, dass die Lebensversicherungen im Umlaufvermögen statt im Anlagevermögen und jedenfalls nach dem strengen wie auch gemilderten Niederstwertprinzip nur mit dem niedrigeren tatsächlichen Fonds- und Rückkaufwert hätten angesetzt werden müssen. Weiter hat es unterstellt, dass die Prämienzahlungen für Eigenversicherungen nach dem strengen Niederstwertprinzip jedenfalls nur in Höhe der tatsächlich erfolgten Zahlungseingänge hätten bilanziert werden dürfen. Weiter hat es unterstellt, dass die Goldbe-

stände nur ohne die Provisionen als Anschaffungsnebenkosten hätten aktiviert werden dürfen. Hiervon ist revisionsrechtlich auszugehen.

[21] cc) Doch kann mit der Begründung des Berufungsgerichts die **Konditionssperre des § 814 BGB** nicht verneint werden.

[22] (1) Allerdings trifft der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts zu. Nach § 814 Fall 1 BGB kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Erforderlich ist die positive Kenntnis der Rechtslage im Zeitpunkt der Leistung. Zur Kenntnis der Nichtschuld genügt es nicht, dass dem Leistenden die Tatsachen bekannt sind, aus denen sich das Fehlen einer rechtlichen Verpflichtung ergibt; der Leistende muss vielmehr aus diesen Tatsachen nach der maßgeblichen Parallelwertung in der Laiensphäre auch eine im Ergebnis zutreffende rechtliche Schlussfolgerung gezogen haben. Wird die Leistung, deren Rückabwicklung im Streit steht, durch einen Vertreter erbracht, so kommt es für die Kenntnis des Nichtbestehens eines Rechtsgrundes auf das Wissen des die Leistung bewirkenden Vertreters an. **Scheitert ein Anspruch des Schuldners an § 814 BGB, ist auch dem Insolvenzverwalter ein Bereicherungsanspruch abzusprechen** (BGH, Urteil vom 1. Oktober 2020 - IX ZR 247/19, NJW 2021, 234 Rn. 30 mwN).

[23] (2) Es ist eine Tatfrage, ob die für die Schuldnerin verantwortlich Handelnden wussten, dass keine Verpflichtung zu Zahlungen an den Beklagten bestand. Diese zu beantworten, obliegt dem Berufungsgericht. Grundsätzlich ist die Würdigung, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten ist, Sache des Tatrichters, der unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden hat. Der Tatrichter ist bei einem auf Indizien gestützten Beweis grundsätzlich frei, welche Beweiskraft er den Indizien im Einzelnen und in einer Gesamtschau für seine Überzeugungsbildung beimisst. Das Revisionsgericht ist an seine Feststellungen nach § 559 ZPO gebunden und überprüft die Beweiswürdigung lediglich dahin, ob sich der Tatrichter entsprechend dem Gebot des § 286 Abs. 1 ZPO mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (BGH, Urteil vom 24. Januar 2019 - I ZR 160/17, NJW 2019, 1596 Rn. 25; vom 19. Juli 2019 - V ZR 255/17, NJW 2019, 3147 Rn. 26; vgl. auch BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 113/17, BGHZ 221, 43 Rn. 29; vom 23. Juni 2020 - VI ZR 435/19, NJW 2020, 3176 Rn. 15; vom 28. Januar 2021 - IX ZR 64/20, ZIP 2021, 416 Rn. 17).

[24] (3) Einer solchen Überprüfung hält das Berufungsurteil nicht stand.

[25] (a) Die Schuldnerin und die für sie handelnden Personen, insbesondere B., mussten nicht wissen, ob die Versicherungen und die Edelmetallsparpläne im Anlage- oder Umlaufvermögen und mit welchen Werten hätten bilanziert werden müssen und ob und in welchem Umfang und mit welchem Wert die Provisionsansprüche hätten ausgewiesen werden müssen. Schon das Wissen, dass verschiedene bilanzielle Wertansätze aufgrund der ihnen bekannten Tatsachen überhöht waren, kann dafür sprechen, dass ihnen die Unrichtigkeit der einen Überschuss ausweisenden Jahresabschlüsse bewusst war. Nach der maßgeblichen Parallelwertung in der Laiensphäre können sie dann auch die rechtliche Schlussfolgerung gezogen haben, dass Ansprüche der Genussrechtsinhaber nicht bestanden.

[26] (aa) Nach § 247 Abs. 1 HGB sind in der Bilanz unter anderem das Anlage- und Umlaufvermögen gesondert auszuweisen. Nach § 247 Abs. 2 HGB sind beim Anlagevermögen nur die Gegenstände auszuweisen, die bestimmt sind, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen. Umlaufvermögen ist grundsätzlich alles Vermögen, was nicht in diesem Sinne Anlagevermögen ist (Baumbach/Hopt/Merk, HGB, 40. Aufl., § 247 Rn. 4). Entscheidend ist nicht der rein subjektive Wille des Kaufmanns, sondern die sich objektiv betrieblich niederschlagende Zweckbestimmung zum maßgeblichen Zeitpunkt. Dauernd bedeutet nicht immer, sondern für eine bestimmte längere Zeit. Nicht dauernd zu dienen bestimmt sind Vermögensgegenstände, die zur Be- und Verarbeitung sowie zum Umsatz bestimmt sind (Baumbach/Hopt/Merk, aaO Rn. 5). Sofern die "gebrauchten" Kapitallebensversicherungen der Schuldnerin dazu dienten, kurzfristig veräußert beziehungsweise je nach Liquiditätslage gekündigt zu werden, könnten sie als Umlaufvermögen auszuweisen gewesen sein. Entsprechendes gilt für die fondsgebundenen Lebensversicherungen und die Goldsparverträge (vgl. Kemsat/Wichmann, BB 2004, 2287, 2291). Die Unterscheidung ist von Bedeutung, weil gemäß § 253 HGB für Gegenstände im Anlagevermögen und Gegenstände des Umlaufvermögens unterschiedliche Bewertungsvorschriften gelten. Für Umlaufvermögen ist im Gegensatz zum Anlagevermögen das strenge Niederstwertprinzip anzuwenden (§ 253 Abs. 4 HGB; Müller in Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzrecht, § 247 HGB Rn. 281). Der niedrigere Wert ergibt sich dabei aus einem Börsen- oder Marktpreis am Abschlussstichtag (§ 253 Abs. 4 Satz 1 HGB). Ist ein Börsen- oder Marktpreis nicht festzustellen und übersteigen die Anschaffungs- oder Herstellungskosten den Wert, welcher den Vermögensgegenständen am Abschlussstichtag beizulegen ist, ist auf diesen Wert abzuschreiben (§ 253 Abs. 4 Satz 2 HGB). Danach besteht - nach dem revisions-

rechtlich zu unterstellenden klägerischen Vortrag - die Möglichkeit, dass die Kapitallebensversicherungen auf den Rückkaufwert oder den am Markt für "gebrauchte" Lebensversicherungen erzielbaren Preis hätten abgeschrieben werden müssen, die fondsgebundenen Lebensversicherungen auf den Depotwert und die Goldsparpläne auf den Goldwert (vgl. Kemsat/Wichmann, aaO S. 2292; zur Bilanzierung der Goldsparverträge vgl. OLG Dresden, Urteil vom 13. Februar 2020 - 8 U 897/18, nv, anhängig beim Bundesgerichtshof unter dem Aktenzeichen II ZR 56/20).

[27] Da es bei der Zuordnung eines Vermögensgegenstandes zum Anlage- oder Umlaufvermögen nach der Zweckbestimmung auch auf subjektive Kriterien ankommen kann, ist der Steuerberater bei der Erstellung des Jahresabschlusses auf die Auskünfte des Kaufmanns angewiesen, um entscheiden zu können, ob Vermögensgegenstände dem Anlage- oder dem Umlaufvermögen zuzuordnen sind. Dies gilt für alle Bewertungsfragen, die der Steuerberater - im Zusammenwirken mit dem Auftraggeber - klärt und bei offenen Fragen - nach Aufklärung über die damit zusammenhängende Problematik - eine Entscheidung des Mandanten herbeiführt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2017 - IX ZR 285/14, BGHZ 213, 374 Rn. 19; Gräfe in Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 7. Aufl., Rn. 422; vgl. für die Steuererklärung BGH, Urteil vom 17. Oktober 1991 - IX ZR 255/90, BGHZ 115, 382, 387 f.). Soweit daher vorliegend der Steuerberater für die Zuordnung der Vermögensgegenstände zum Anlage- oder Umlaufvermögen im Hinblick auf die Zweckbestimmung bei den für die Schuldnerin verantwortlich Handelnden nachgefragt hat, liegt deren Kenntnis von den Umständen nahe, welche die Zuordnung zum Anlage- oder zum Umlaufvermögen begründeten. Das bedeutet nicht, dass ihnen die unterschiedlichen Bewertungsmaßstäbe des § 253 HGB im Einzelnen bekannt gewesen sind, wenn sie der Steuerberater über diese nicht informiert hat. Doch reicht es für die Parallelwertung in der Laiensphäre aus, wenn sie wussten, dass die Lebensversicherungen und die Goldsparverträge/das Gold nur dann den bilanzierten Wert besaßen, wenn sie langfristig im Vermögen der Schuldnerin gehalten würden. So kann der Fall liegen.

[28] Der Kläger hat das Konzept der Schuldnerin dahingehend beschrieben, dass diese zunächst Lebensversicherungspolice aufkaufen und so lange als Versicherungsnehmerin weiterführen wollte, bis sie den inneren Wert der Versicherungen realisieren konnte (garantierte Versicherungssumme zuzüglich Überschussbeteiligung). Dieses Konzept setzte jedoch voraus, dass die Schuldnerin die Versicherungen bis zum Eintritt des Versicherungsfalls (im Regel der Erlebensfall), mithin langfristig, weiterführte. Jede Kündigung einer Lebensversicherung zu einem Zeitpunkt, zu dem der Rückkaufwert unter dem Anschaffungswert lag, führte zu einem Verlust. Haben die für die

Schuldnerin verantwortlich Handelnden das Konzept aufgegeben, die "gebrauchten" Lebensversicherungen bis zum Eintritt des Versicherungsfalls weiterzuführen, sondern sollten diese nach Liquiditätslage der Schuldnerin unabhängig von entstehenden Verlusten kurzfristig gekündigt werden, war den verantwortlich Handelnden auch bekannt, dass der mit den Anschaffungskosten (Kaufpreis und nachträgliche Anschaffungskosten in Höhe der zu aktivierenden Aufwendungen; vgl. dazu Kemsat/Wichmann, BB 2004, 2287, 2291 f) in der Bilanz ausgewiesene Wert unrichtig war.

[29] Entsprechendes gilt für die fondsgebundenen hochvolumigen Lebensversicherungen, welche die Schuldnerin als Versicherungsnehmerin, und für die Goldsparverträge, welche die Schuldnerin unter Leistung einer einmaligen hohen Gebühr abgeschlossen hat. Wenn die für die Schuldnerin verantwortlich Handelnden wussten, dass die Lebensversicherungen schon nach kurzer Zeit gekündigt und die Goldsparverträge nach kurzer Zeit aufgelöst werden sollten, kann ihnen bewusst geworden sein, dass die mit den hohen Anschaffungskosten bilanzierten Vermögensgegenstände nicht den bilanzierten Wert besaßen. Bei den Goldsparverträgen war nach klägerischem revisionsrechtlich zu unterstellenden Vortrag zu wenig Gold angespart, als dass damit - auch unter Berücksichtigung der Steigerung des Goldwerts - die hohen Gebühren hätten ausgeglichen werden können. Der Wert der fondsgebundenen Lebensversicherungen überstieg nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Vortrag bei einer vorzeitigen Kündigung ebenfalls nicht die Abschlusskosten. Dann war den für die Schuldnerin verantwortlich Handelnden unter Berücksichtigung der Parallelwertung in der Laiensphäre möglicherweise klar, dass die auf den hohen Werten basierenden Jahresabschlüsse fehlerhaft waren.

[30] (bb) Die Forderungen auf Zahlung der vereinbarten ratiertlich auszuzahlenden Provisionen gegen den Lebensversicherer wegen der Vermittlung der hochvolumigen Lebensversicherungen an Unternehmen der I. waren dem Umlaufvermögen zuzuordnen (vgl. Müller in Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzrecht, § 247 HGB Rn. 13; Faaß/Kursatz in Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, 2. Aufl., § 247 HGB Rn. 64; vgl. für die Steuerbilanz und stornobehaftete Maklerprovisionen BFH, Urteil vom 29. August 2018 - XI R 32/16, FR 2019, 276 Rn. 27, 38). Deswegen hätten sie gemäß § 253 Abs. 4 Satz 2 HGB auf den Wert abgeschrieben werden müssen, der ihnen am Abschlussstichtag beizulegen war. Die Forderungen waren wegen des - revisionsrechtlich zu unterstellenden - hohen Risikos, dass die Versicherungsnehmer die Prämienzahlungen, von denen die Zahlung der jeweiligen Provisionsraten abhing, nicht würden leisten können, zweifelhafte Forderungen und hätten mit dem wahrscheinlichen Wert angesetzt werden müssen (vgl. Marx in Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, 2. Aufl., § 253 HGB

Rn. 176 ff; Müller in Baetge/Kirsch/Thiele, aaO Rn. 146).

[31] Auch diese Bilanzierungsregeln mussten die für die Schuldnerin verantwortlich Handelnden nicht in allen Einzelheiten kennen. Für die Parallelwertung in der Laiensphäre reicht es aus, dass sie wussten, dass die Auszahlung der für die Vermittlung verdienten hohen Provisionsraten davon abhängig war, dass der vermittelte Versicherungsnehmer, eine Gesellschaft der I., für die Dauer der Zahlung der Provisionsraten monatlich die hohen Versicherungsprämien zahlte. Wenn sie darüber hinaus wussten, dass der Versicherungsnehmer die Prämien voraussichtlich nicht über den (langen) Zeitraum der Provisionszahlungen werde aufbringen können, wussten sie auch, dass der Provisionsanspruch der Schuldnerin gegen den Versicherer zweifelhaft war. Dann aber wussten sie in einer Parallelwertung in der Laiensphäre, dass die Bilanzierung des Provisionsanspruchs in voller Höhe ohne jede Abschreibung fehlerhaft war und den tatsächlichen Wert des Anspruchs nicht wiedergab.

[32] (cc) Das Berufungsgericht hat den vorgelegten Urkunden und dem durch die Aussage des Zeugen P. unter Beweis gestellten Vortrag des Klägers kein Indiz für die Kenntnis der Schuldnerin von der Nichtschuld entnommen. Da das Berufungsgericht bei dieser Würdigung für entscheidend hält, ob die für die Schuldnerin handelnden Personen wussten, wie rechtstechnisch die Geschäftstätigkeit der Schuldnerin zu bilanzieren gewesen sei, ist die Beweiswürdigung jedoch unvollständig und trägt deswegen den Schluss des Berufungsgerichts nicht, der Kläger habe nicht bewiesen, die Schuldnerin beziehungsweise die für sie verantwortlich handelnden Personen hätten Kenntnis von der etwaigen Nichtschuld im Sinne von § 814 BGB gehabt.

[33] (b) Das Berufungsgericht hätte den von ihm als wahr unterstellten Umstand, dass die Schuldnerin nach den Behauptungen des Klägers in den maßgeblichen Geschäftszweigen bewusst ein betrügerisches Schneeballsystem betrieben hat, bei der Würdigung nicht in Gänze außer Acht lassen dürfen. Die Annahme des Berufungsgerichts, ein Schneeballsystem sage für sich genommen nichts darüber aus, ob lediglich (finanzierte) Scheingewinne im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erwirtschaftet würden, ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig.

[34] Zwar trifft es zu, dass ein Unternehmen, welches ein Schneeballsystem betreibt und von den Neuanlegern Geld einsammelt, um es wieder an die Altanleger als Zinsen auszuzahlen (vgl. BGH, Urteil vom 4. Februar 2021 - III ZR 7/20, NJW 2021, 1759 Rn. 16), so lange nicht "defizitär" arbeitet, wie die neu eingeworbenen Gelder zur Begleichung der Zins- und Rückzahlungsverpflichtungen ausreichen (vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 2015 - IX ZR 198/13, NZI 2015, 222 Rn. 14).

Diese Überlegungen beziehen sich jedoch allein auf die Liquidität des Unternehmens, seine (drohende) Zahlungsunfähigkeit. Dem Umstand, dass ein solches Unternehmen so lange nicht zahlungsunfähig ist, wie es ausreichend Gelder von Neuanlegern einsammeln kann, ist keine Bedeutung für die Frage beizumessen, ob ein solches Unternehmen Gewinne erwirtschaftet.

[35] Auch trifft es zu, dass allein die Behauptung, ein Schuldner betreibe ein Schneeballsystem, nichts darüber aussagt, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 134 InsO verwirklicht sind (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juni 2021 - IX ZR 157/20 Rn. 11 ff, zVb), weil es "das" Schneeballsystem nicht gibt, sondern es in Varianten auftritt und nach den wirksamen vertraglichen Vereinbarungen trotz des Schneeballsystems Ansprüche der Vertragspartner bestehen können. Wenn jedoch ein Schuldner, der seinen Vertragspartnern gewinnabhängige Ausschüttungen schuldet, weiß, dass er nur von den Anlegern Geld einsammelt und keine eigene Geschäftstätigkeit entfaltet, weiß er auch, dass er keine Gewinne erwirtschaftet und Jahresabschlüsse, welche für ihn dennoch Gewinne ausweisen, fehlerhaft sind, weil es sich um Totalfälschungen handelt (vgl. etwa BGH, Urteil vom 11. Dezember 2008 - IX ZR 195/07, BGHZ 179, 137 Rn. 1; vom 18. Juli 2013 - IX ZR 198/10, NJW 2014, 305 Rn. 1). Ein Schuldner, der weiß, dass er zwar in einem geringen Umfang eine gewinnbringende Geschäftstätigkeit entfaltet, aber im Übrigen von den Neuanlegern Gelder einsammelt, um aus dem eingesammelten Geld an die Altanleger über die tatsächlich erwirtschafteten Gewinne hinausgehende Scheingewinne auszuzahlen, weiß, dass die über die tatsächlich erwirtschafteten Gewinne weitere Gewinne ausweisen den Jahresabschlüsse fehlerhaft sind, weil sie - wenn es sich um keine Fälschungen handelt - unzulässige Bewertungen enthalten, wie vorliegend der Kläger behauptet.

[36] Nach diesen Maßstäben hat ein Schuldner deswegen Kenntnis vom fehlenden Rechtsgrund, wenn er weiß, dass er keine Gewinne, sondern im Gegenteil Verluste erwirtschaftet und ein betrügerisches Schneeballsystem betreibt, er also weiß, dass er an die Genussrechtsinhaber statt der versprochenen Gewinne und Dividenden lediglich Scheingewinne und Scheindividenden aus den Einzahlungen von ihm getäuschter Geldgeber auszahlt. Denn dann weiß er, dass die vereinbarten Voraussetzungen für die Ausschüttung von Gewinnbeteiligung und Dividende nicht vorliegen und die Genussrechtsinhaber keine Ansprüche auf die Ausschüttungen gegen ihn haben. Dagegen spricht nicht, dass die festgestellten Jahresabschlüsse fälschlich Gewinne und keine Jahresfehlbeträge ausweisen und von einem Wirtschaftsprüfer bestätigt worden sind. Denn der Schuldner hat aufgrund seiner Kenntnis, dass er nur noch Verluste erwirtschaftet und das eingeworbene Kapital ganz oder aber zu einem großen Teil benutzen muss, um die alten Genussrechtsinhaber zu bezahlen,

auch Kenntnis davon, dass die streitgegenständlichen Jahresabschlüsse fehlerhaft sind und keine Grundlage für die vereinbarten Ausschüttungen darstellen können (BGH, Urteil vom 1. Oktober 2020 - IX ZR 247/19, NJW 2021, 234 Rn. 31).

[37] dd) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, die Leistungen der Schuldnerin an den Beklagten seien nicht deswegen unentgeltlich im Sinne von § 134 Abs. 1 InsO, weil die Konditionssperre des § 817 Satz 2 BGB eingriffe. Der Senat hat bereits entschieden, dass die Voraussetzungen dieser Regelung nicht vorliegen. Die Norm schließt die Rückforderung einer Leistung nicht nur in den Fällen des § 817 Satz 1 BGB aus, sondern in allen Fällen einer Leistungskondition. Ihre Anwendung setzt voraus, dass der Leistende vorsätzlich verbotswidrig oder sittenwidrig gehandelt hat. Dem steht es gleich, wenn er sich der Einsicht in das Verbotswidrige oder Sittenwidrige seines Handelns leichtfertig verschlossen hat. Die Bestimmung verkörpert den Grundsatz, dass bei der Rückabwicklung Rechtsschutz nicht in Anspruch nehmen kann, wer sich selbst durch gesetz- oder sittenwidriges Handeln außerhalb der Rechtsordnung stellt. Dabei bezieht sich das Rückforderungsverbot des § 817 Satz 2 BGB nur auf das, was aus den vom Gesetz missbilligten Vorgängen geschuldet wird. Dagegen lässt es Bereicherungsansprüche unberührt, die sich aus nicht zu beanstandenden Leistungen ergeben, selbst wenn sie demselben tatsächlichen Verhältnis entstammen (BGH, Urteil vom 1. Oktober 2020 - IX ZR 247/19, NJW 2021, 234 Rn. 33 mwN).

[38] Die Ausschüttungen an den Beklagten hatten ihre Grundlage in dem nicht zu beanstandenden Genussrechtsvertrag. Auch wenn die vertraglichen Voraussetzungen für die Ausschüttungen nicht vorgelegen haben sollten und dem Geschäftsmodell der Schuldnerin ein betrügerisches Schneeballsystem von Anfang an oder zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit dem Beklagten oder aber zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Ausschüttungen an den Beklagten zugrunde gelegen haben sollte, waren diese selbst weder verbotswidrig noch sittenwidrig. **§ 817 Satz 2 BGB greift nicht ein, wenn die Rückgewähr von Leistungen begehrt wird, die an sich nicht zu beanstanden sind, aber in ein gesetz- oder sittenwidriges Gesamtverhalten eingebettet sind. Gerade das Bewirken der Leistung muss vom gesetzlichen Verbot oder vom Sittenwidrigkeitssurteil erfasst sein** (BGH, Urteil vom 1. Oktober 2020, aaO Rn. 34).

[39] 2. Soweit das Berufungsgericht einen etwaigen Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB für verjährt gehalten hat, macht die Revision keine Einwendungen geltend. Insoweit ist ein Rechtsfehler auch nicht ersichtlich. Nach § 195 BGB verjährt der Bereicherungsanspruch in der regelmäßigen Frist von drei Jahren. Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt nach § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des

Jahres, in welchem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (BGH, Urteil vom 1. Oktober 2020, aaO Rn. 36). Unangegriffen führt das Berufungsgericht aus, dass ein etwaiger Bereicherungsanspruch spätestens mit der letzten Ausschüttung im Jahr 2013 entstanden ist und die Schuldnerin die erforderliche Kenntnis im gleichen Jahr erlangt hat. Maßgeblich ist, wie das Berufungsgericht zutreffend sieht, bei einem Bereicherungsanspruch die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von Leistung und Bereicherung sowie vom Fehlen eines Rechtsgrunds, wobei es bei letzterem wiederum auf die Kenntnis der Tatsachen ankommt, aus denen dessen Fehlen folgt (jurisPK-BGB/Lakkis, 9. Aufl., § 199 Rn. 130 mwN). Nach der Feststellung des Berufungsgerichts waren den Organen der Schuldnerin schon vor dem Bekanntwerden des Durchsuchungsbeschlusses des Amtsgerichts Dresden vom 22. Oktober 2013 die Geschäftspraxis und alle Umstände positiv bekannt, aus denen sich ergab, dass die Schuldnerin bei zutreffender Bilanzierung keine Jahresüberschüsse erwirtschaftet hat. Die Einreichung der Klage im Jahr 2017 konnte mithin die Verjährung nicht mehr hemmen (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

IV.

[40] Das Urteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Eine eigene Sachentscheidung kann der Senat nicht treffen, weil die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

[41] Das Berufungsgericht wird die Frage, ob die für die Schuldnerin verantwortlich handelnden Personen wussten, dass keine Verpflichtung zur Zahlung von Basisdividenden und einer Übergewinnbeteiligung bestand, nach den dargestellten Maßstäben neu zu beurteilen haben. Da für das Bestehen einer solchen Verpflichtung die objektive Ertragslage der Schuldnerin maßgeblich ist und nicht der Inhalt der festgestellten Jahresabschlüsse, wird die Kenntnis der Schuldnerin von einer fehlenden Leistungspflicht kaum beurteilt werden können, wenn nicht zunächst festgestellt wird, ob und in welchem Umfang die Jahresabschlüsse - gegebenenfalls aufgrund von die bilanzrechtlich eingeräumten Bewertungsspielräume überschreitenden Bewertungen - unzutreffende, von der objektiven Ertragslage abweichende Jahresüberschüsse ausweisen.

Rechtsdienstleistung durch Steuerberater

- Widerspruchsverfahren
 - Antrag von Saison-Kurzarbeitergeld
 - Rechtsdienstleistung
 - Nebenleistung zur Lohnbuchhaltung?
- (LSG Sachsen, *Urt. v. 07.01.2021 – L 3 AL 176/17*)

Leitsätze

1. Die Zurückverweisung eines Bevollmächtigten im Verwaltungsverfahren stellt gegenüber dem Zurückgewiesenen einen selbständigen Verwaltungsakt dar, der von diesem mit dem entsprechenden Rechtsbehelf (Widerspruch, Klage) angefochten werden kann.

2.a) Bei dem Tätigwerden eines Steuerberaters als Bevollmächtigter im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens zur Beantragung von Saison-Kurzarbeitergeld handelt es sich um die Erbringung einer Rechtsdienstleistung im Sinne von § 2 Abs 1 RDG.

2.b) Bei dieser Rechtsdienstleistung des Steuerberaters handelt es sich nicht um eine Nebenleistung im Sinne von § 5 RDG.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Beteiligten streiten über die Berechtigung eines Steuerberaters als Bevollmächtigter im Widerspruchsverfahren zur Beantragung von Saison-Kurzarbeitergeld gegenüber der Bundesagentur für Arbeit aufzutreten.

[2] Der als Steuerberater für die Y.... GmbH tätige Kläger beantragte am 5. Januar 2016 bei der Beklagten für fünf in Betrieben der Y.... GmbH beschäftigte Arbeitnehmer die Zahlung von Saison-Kurzarbeitergeld in Höhe von insgesamt 1.497,85 EUR für Dezember 2015. Mit Schreiben vom 27. Januar 2016 forderte die Beklagte die Y.... GmbH auf, die Personalunterlagen einzureichen und Nachfragen zu beantworten. Der Kläger stellte für die Y.... GmbH mit Formblatt vom 2. Februar 2016 einen weiteren Antrag auf Zahlung von Saison-Kurzarbeitergeld für den Monat Januar 2016 in Höhe von insgesamt 2.706,08 EUR. Er reichte Rechnungsunterlagen einschließlich Arbeitszeitübersichten ein. Am 5. Februar 2016 stellte der Kläger einen Korrekturantrag für den Monat Januar 2016 in Höhe von jetzt noch 2.596,41 EUR. Am 12. Februar 2016 stellte der Kläger einen Korrekturantrag für Dezember 2015 in Höhe von jetzt noch 1.075,70 EUR.

[3] Mit Bescheid vom 15. Februar 2016 lehnte die Beklagte die Zahlung von Saison-Kurzarbeitergeld für die Monate Dezember 2015 und Januar 2016 mit der Begründung ab, dass die Anträge und die vorgelegten Unterlagen nicht stimmig seien.

[4] Der Kläger übersandte mit Schreiben vom 26. Februar 2016 weitere Korrekturanträge für die Monate Dezember 2015 und Januar 2016 an die Beklagte und beantragte am 4. März 2016 die Zahlung von Saison-Kurzarbeitergeld für den Monat Februar 2016 in Höhe von 970,76 EUR.

[5] Mit Bescheid vom 9. März 2016 lehnte die Beklagte gegenüber der Y.... GmbH die Zahlung von Saison-Kurzarbeitergeld für alle beantragten Monate ab. Die Berechnung des Soll- und Ist-Entgeltes sei bei den Arbeitnehmern mit Saison-Kurzarbeitergeld nicht korrekt. Überstunden seien gegen Ausfallstunden anzurechnen. Zuschuss-Wintergeld werde in Höhe von bis zu 2,50 EUR je ausgefallene Arbeitsstunde gezahlt, wenn zu deren Ausgleich Arbeitszeitguthaben aufgelöst und die Inanspruchnahme von Saison-Kurzarbeitergeld vermieden werde. Ein erheblicher auf witterungsbedingten Gründen beruhender Arbeitsausfall sei dann anzunehmen, wenn dieser ausschließlich durch zwingende Witterungsgründe verursacht sei und am Tag mindestens eine Stunde der regelmäßigen betrieblichen Arbeitszeit ausfalle.

[6] Der Kläger legte mit Schreiben vom 15. März 2016 mit Vollmacht der Y.... GmbH Widerspruch gegen den Ablehnungsbescheid ein. Als Anlage fügte er die Lohnabrechnung der Mitarbeiter für die Monate Dezember 2015 bis Februar 2016 bei. Außerdem habe man für jeden Monat eine Übersicht der Saison-Kurzarbeitergeld-Stunden sowie des Ausgleichskontos für jeden Mitarbeiter ergänzt. Die jeweiligen Abrechnungslisten seien gleichfalls beigelegt.

[7] Mit Schreiben vom 5. April 2016 wies die Beklagte den Kläger darauf hin, dass er in einer sozialrechtlichen Angelegenheit Widerspruch eingelegt habe und sie nicht erkennen könne, dass diese Tätigkeit nach dem Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen (Rechtsdienstleistungsgesetz – RDG) erlaubt sei. Er sei gemäß § 13 Abs. 5 des Sozialgesetzbuches Zehntes Buch – Sozialverfahren und Sozialdatenschutz – (SGB X) als Bevollmächtigter, der geschäftsmäßig fremde Rechtsangelegenheiten besorge, zurückzuweisen. Ermessen bestehe insofern nicht. Der Kläger erhalte die Möglichkeit, zur beabsichtigten Zurückweisung Stellung zu nehmen. Der Widerspruch gelte auch im Falle der Zurückweisung als rechtmäßig erhoben. Die Y.... GmbH werde entsprechend informiert.

[8] Mit Schreiben vom 8. April 2016 wies der Kläger darauf hin, dass eine Zurückweisung nach § 13 Abs. 6 Satz 2 SGB X in Verbindung mit § 73 Abs. 2 Nr. 4 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) unzulässig sei.

[9] Mit Bescheid vom 3. Mai 2016 wies die Beklagte den Kläger als Verfahrensbevollmächtigten zurück. Allein die Befugnis für geschäftsmäßige Hilfeleistungen in Steuersachen nach § 3 Abs. 1 des Steuerberatungsgesetzes (StBerG) reiche nicht aus.

Die bis zur Zurückweisung vorgenommenen Verfahrenshandlungen blieben wirksam.

[10] Die Beklagte informierte die Y.... GmbH mit Schreiben vom 3. Mai 2016 über die Zurückweisung und gab Gelegenheit, den eingelegten Widerspruch weiter zu begründen.

[11] Der Kläger wandte sich mit Widerspruch vom 6. Mai 2016 gegen seine Zurückweisung als Verfahrensbevollmächtigter. Er sei gemäß § 5 Abs. 1 RDG im konkreten Einzelfall als Verfahrensbevollmächtigter zuzulassen, da das hier strittige Widerspruchsverfahren lediglich eine Nebenleistung seines Berufs- und Tätigkeitsbildes darstelle. Er erstelle für die Y.... GmbH die Lohnabrechnung und habe in diesem Zusammenhang auch die Anträge auf Saison-Kurzarbeitergeld gestellt. Die Ablehnung der Anträge sei allein wegen der Berechnungshöhe erfolgt. Es gehe somit nicht um die Überprüfung einer juristischen Frage, für das die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes noch nicht einmal sachgerecht sei, da dieser für die Berechnung wieder auf ihn zurückgreifen müsse.

[12] Die Beklagte wies mit Widerspruchsbescheid vom 11. Mai 2016 den Widerspruch zurück. Der Kläger betreibe mit der Führung eines Vorverfahrens nach dem Sozialgerichtsgesetz geschäftsmäßig eine fremde Angelegenheit. Das Tätigwerden in einer sozialrechtlichen Angelegenheit sei keine Nebenleistung zur erlaubten Tätigkeit in Steuersachen.

[13] Der Kläger hat am 3. Juni 2016 Klage erhoben.

[14] Nach Vorlage korrigierter Abrechnungsunterlagen durch den Geschäftsführer der Y.... GmbH hat die Beklagte mit Bescheid vom 27. Juni 2016 für die Monate Dezember bis Februar 2016 Saison-Kurzarbeitergeld in Höhe von insgesamt 4.482,85 EUR bewilligt. Ferner hat sie mit Bescheid vom 30. Juni 2016 den Bescheid vom 9. März 2016 auf den Widerspruch hin aufgehoben und erklärt, die im Widerspruchsverfahren entstandenen Kosten auf Antrag zu erstatten, soweit sie notwendig gewesen seien und nachgewiesen würden.

[15] Der Kläger hat mit Kostenrechnung vom 27. Juli 2017 für seine Vertretung 536,10 EUR geltend gemacht. Mit Schreiben vom gleichen Tag und mit Schreiben vom 11. Januar 2019 hat die Y.... GmbH gegenüber der Beklagten bestätigt, dass der Kläger ihr Verfahrensbevollmächtigter gewesen sei und die erteilte Vollmacht vom 17. April 2014 ihn dazu berechtigt habe, sie im Widerspruchsverfahren gegenüber der Beklagten zu vertreten.

[16] Die Beklagte hat den Antrag auf Kostenerstattung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Zurückweisung zurückgestellt.

[17] In der mündlichen Verhandlung vor dem Sozialgericht am 26. Oktober 2017 hat der Kläger angegeben, dass die Lohnabrechnung mit Hilfe eines einschlägigen EDV-Programms für Steuerberater namens "edlohn" vorgenommen worden sei. Dieses Programm enthalte auch Module für die Berechnung von Kurzarbeitergeld. Der jeweilige Arbeitgeber überlasse ihm für die Lohnabrechnung die monatlichen Stundenzettel sowie die weiteren für die Lohnabrechnung benötigten Unterlagen, insbesondere die Arbeitsverträge der Beschäftigten.

[18] Das Sozialgericht hat mit Urteil vom 26. Oktober 2017 den Bescheid der Beklagten vom 3. Mai 2016 in der Gestalt des Widerspruchsbeseides vom 11. Mai 2016 aufgehoben. Es hat den Streitwert auf 536,10 EUR festgesetzt und die Berufung zugelassen. Die Entscheidung, ob ein Widerspruch eingelegt und wie dieser gegebenenfalls begründet werde, erfordere zwar eine echte rechtliche Prüfung des Bevollmächtigten und sei eine Rechtsdienstleistung im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren. Zu dieser sei der Kläger als Steuerberater jedoch befugt gewesen. Denn wesentlich sei vorliegend, dass der Gesetzgeber dem Arbeitgeber in § 320 Abs. 1 des Sozialgesetzbuches Drittes Buch – Arbeitsförderung (SGB III) im Antragsverfahren auf Bewilligung von Saison-Kurzarbeitergeld umfangreiche Mitwirkungspflichten auferlegt habe. Welches Gewicht dieser Mitwirkung zukomme, zeige der Umstand, dass, sofern dem im Antragsverfahren vorgelegten Zahlenwerk gefolgt werde, nicht einmal ein positiver Bescheid erteilt werde. Dem Steuerberater müsse es als logische Konsequenz dann auch erlaubt sein, seine Mitarbeit im Verwaltungsverfahren zu vervollständigen. Auch verfahrensökonomische Gesichtspunkte, den Hauptansprechpartner dann auch mit den notwendigen Kompetenzen zur Führung dieser Verhandlungen auszugestalten und nicht den Umweg über den Arbeitgeber nehmen zu müssen, würden dies gebieten. Es erscheine gerechtfertigt, den Kläger als Bevollmächtigten im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren zuzulassen, indem die Vertretungsbefugnis im Widerspruchsverfahren als Bestandteil einer zulässigen Nebentätigkeit der ihm übertragenen Lohnbuchhaltung bewertet werde. Die vorhandene Sachnähe und Sachkunde werde durch den Umstand unterstrichen, dass das verwendete Buchführungsprogramm auch Module zur Berechnung von Saison-Kurzarbeitergeld enthalte. Ein Arbeitgeber dürfe erwarten, dass der mit der Lohnbuchführung beauftragte Steuerberater entsprechende Dienstleistungen (mit-)erbringt. Dass ein solches Auftreten im Antrags- und Widerspruchsverfahren mit dem Berufs- und Tätigkeitsbild eines Steuerberaters nicht in Einklang zu bringen sei, sei schwerlich zu begründen. An Steuerberater würden nicht nur in Steuersachen in vielfältiger Hinsicht hohe rechtliche Anforderungen gestellt. Eine Differenzierung der Befugnis zur eigenständigen Mitwirkung im Verwaltungsverfahren einerseits und im Widerspruchsverfahren andererseits sei, jedenfalls wenn das Widerspruchsverfahren wie im vorliegenden

Fall als Fortsetzung des Verwaltungsverfahrens erscheine, nicht gerechtfertigt.

[19] Die Beklagte hat gegen das Urteil am 17. November 2017 Berufung eingelegt. Der Kläger sei auch im Verwaltungsverfahren nicht als Bevollmächtigter betrachtet worden. So sei ihm der Ablehnungsbescheid nicht zur Kenntnis gegeben worden. Das Vorverfahren beginne mit der Erhebung des Widerspruchs. Es sei zwischen dem Betreiben des Antragsverfahrens und des Widerspruchsverfahrens zu differenzieren. Der von der angefragten Steuerberaterkammer geäußerten Rechtsauffassung, dass die Vertretung im Widerspruchsverfahren als Nebentätigkeit zur Haupttätigkeit der Lohnbuchhaltung hinzutrete, könne nicht gefolgt werden. Der Steuerberater sei in der Ausübung seiner Hauptaufgaben nicht gehindert, wenn die Firma Saison-Kurzarbeitergeld selbst beantrage. Ihm komme allein eine typische erfassungs- und datentechnische Vorbereitungsaufgabe zu. Nicht die individuelle Qualifikation des Klägers, sondern die allgemeine berufstypische juristische Qualifikation sei maßgebend, welche bei Steuerberatern fehle. Dass alle rechtlichen Gesichtspunkte, die nichtstandardmäßig in den Antragsformularen und Abrechnungslisten abgefragt würden, durch einen Steuerberater kommuniziert werden könnten, sei nicht ersichtlich. Die Frage der Nettoentgeltdifferenz nach § 6 SGB III sei gerade nur ein Teilaspekt. Auch im konkreten Verfahren habe zudem allein eine Mitarbeiterin des Klägers das Widerspruchsschreiben erstellt und unterschrieben und als Anlage wiederum nur geänderte Abrechnungslisten und Lohnunterlagen beigelegt. Eine Auseinandersetzung mit dem Sach- und Streitstand sei nicht erfolgt. Die Durchführungsanweisung der Bundesagentur für Arbeit sehe daher zutreffend die generelle Zurückweisung von Steuerberatern in Widerspruchsverfahren zu Lohnersatzleistungen nach dem SGB III vor.

[20-23] (Anträge:....)

[24] Die Hilfeleistung in Steuersachen erfasse die Hilfeleistung bei der Führung von Büchern und Aufzeichnungen und gehe damit über rein steuerliche Angelegenheiten hinaus. Die Lohnbuchhaltung sei in der Buchführungspflicht gemäß § 238 des Handelsgesetzbuches (HGB) wesentlicher Bestandteil des Berufsbildes eines Steuerberaters. Der Gesetzgeber räume dem Steuerberater weitaus größere Befugnisse ein, als nur die der "laufenden Lohnabrechnung". Da die Berechnung des Saison-Kurzarbeitergeldes ausschließlich auf den Daten der Lohn- und Gehaltsabrechnung basiere, wäre jede andere Handhabung nicht zweckmäßig. Im Rahmen der auf ihn zulässig übertragenen Lohnbuchhaltung habe er, der Kläger, eine einheitliche Abrechnung und Auszahlung sowohl des vom Arbeitgeber geschuldeten Arbeitsentgeltes als auch des von der Beklagten geschuldeten Saison-Kurzarbeitergeldes vorgenommen. Die Lohnbuchhaltung sei derart komplex, dass deren Abwicklung

vornehmlich nur noch rein elektronisch an Hand eigens entwickelter Softwareprogramme erfolge. Da somit die Beantragung von Saison-Kurzarbeitergeld dem beruflichen Tätigkeitsfeld eines Steuerberaters zuzuordnen sei, könne nichts anderes für die Durchführung des Widerspruchsverfahrens gelten. Dieses diene als reines internes Verfahren dem Rechtsschutz des Bürgers sowie der Entlastung der Gerichte. Die Gefahr einer unqualifizierten Rechtsdienstleistung habe im konkreten Fall auch nicht bestanden. Auf Grund seiner beruflichen Qualifikation und regelmäßigen Befassung mit der Materie verfüge er, der Kläger, über die notwendigen Fachkenntnisse.

[25] Auf das Auskunftersuchen des Senates hat die Steuerberaterkammer des Freistaates mit Schreiben vom 9. Oktober 2020 zu den erworbenen Qualifikationen eines Steuerberaters und der Vermittlung von Rechtskenntnissen zu sozialrechtlichen Streitigkeiten Stellung genommen.

[26-27] (...)

Aus den Gründen:

[28] I. Das Gericht entscheidet gemäß § 153 Abs. 1 SGG in Verbindung mit § 124 Abs. 2 SGG mit Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung über die Berufung.

[29] II. Die aufgrund der erfolgten Zulassung durch das Sozialgericht statthafte und zudem form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist zulässig (vgl. §§ 143, 144, 151 SGG) und begründet.

[30] Das Sozialgericht hat mit Urteil vom 26. Oktober 2017 der Klage zu Unrecht stattgegeben. Der Bescheid der Beklagten vom 3. Mai 2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Mai 2016, gegen den sich der Kläger zutreffend mit einer isolierten Anfechtungsklage (vgl. § 54 Abs. 1 Satz 1, § 56 SGG) wendet (dazu unter 1), ist rechtmäßig. Die Beklagte hat den Kläger ausgehend von den dafür einschlägigen Rechtsgrundlagen (dazu unter 2) zutreffend als Verfahrensbevollmächtigten im Widerspruchsverfahren zurückgewiesen. **Die Tätigkeit des Klägers ist als Rechtsdienstleistung im Sinne des § 2 RDG einzustufen** (dazu unter 3) und stellt auch keine zulässige Nebenleistung im Sinne des § 5 RDG dar (dazu unter 4). Eine Vertretungsbefugnis kann auch nicht aus § 13 Abs. 6 Satz 2 SGB X in Verbindung mit § 73 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 SGG hergeleitet werden (dazu unter 5). Verfassungsrecht steht der gewonnenen Auslegung nicht entgegen (dazu unter 6). Im Rahmen der Entscheidung kommt der Beklagten kein Ermessen zu (dazu unter 7).

[31] 1. Die **isolierte Anfechtungsklage** ist statthaft. Die Zurückverweisung stellt gegenüber dem Zurückgewiesenen einen selbständigen Verwaltungsakt dar, der von diesem mit dem entsprechenden Rechtsbehelf (Widerspruch, Klage) angefochten werden kann (vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 26.

Juni 2020 – L 8 SB 3970/19 – juris Rdnr. 23, Pitz, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB X [2. Aufl., 2020], § 13 Rdnr. 27).

[32] Es fehlt auch nicht das notwendige **Rechtsschutzbedürfnis**. Zwar bezieht sich die Zurückweisung immer nur auf das konkrete Verwaltungsverfahren, welches vorliegend mit dem Abhilfebescheid vom 20. Juni 2016 endete. Jedoch entfaltet die Zurückweisung aufgrund der noch offenen Vergütungsansprüche weiterhin eine für den Kläger nachteilige Rechtswirkung, so dass sich der Verwaltungsakt noch nicht im Sinne des § 39 Abs. 2 SGB X erledigt hat.

[33] Lediglich hilfsweise wird daher – wie bereits erstinstanzlich vom Sozialgericht – ausgeführt, dass, wollte man dies anders sehen, die als minus mit der Anfechtungsklage erhobene Fortsetzungsfeststellungsklage (vgl. § 131 Abs. 1 Satz 3 SGG) statthaft wäre. Das notwendige Feststellungsinteresse folgt aus der bestehenden Wiederholungsgefahr und dem berechtigten Interesse des Klägers an der zukunftsgerichteten Klärung seiner]

[Berechtigung, in seiner Eigenschaft als Steuerberater für seine Mandanten als Bevollmächtigter im Widerspruchsverfahren im Rahmen der Beantragung von Saison-Kurzarbeitergeld auftreten und damit effektiv das von ihm angeschaffte Softwaremodul nutzen zu können (vgl. BSG, Urteil vom 14. November 2013 – B 9 SB 5/12 R – BSGE 115, 18 ff. = SozR 4-1300 § 13 Nr 1 = juris, jeweils Rdnr. 25).

[34] 3. Nach § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB X kann sich ein Beteiligter eines Verwaltungsverfahrens (dort) durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen. **Gemäß § 13 Abs. 5 SGB X (hier anzuwenden in der Fassung von Artikel 2 Nr. 1 des Vierten Gesetzes zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften vom 11. Dezember 2008 [BGBl I S. 2418]) sind Bevollmächtigte und Beistände jedoch zurückzuweisen, wenn sie entgegen § 3 RDG Rechtsdienstleistungen erbringen.** Nach § 3 RDG wiederum ist die selbstständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen nur in dem Umfang zulässig, in dem sie durch das Rechtsdienstleistungsgesetz oder durch oder aufgrund anderer Gesetze (z. B. für Steuerberater durch § 3 Nr. 1 StBerG) erlaubt wird. **Als Rechtsdienstleistung ist nach der in § 2 Abs. 1 RDG enthaltenen Legaldefinition "jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten" anzusehen, sobald sie eine "rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert"**. Unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen nach § 2 Abs. 1 RDG sind in § 2 Abs. 2 und 3 RDG weitere konkrete – hier nicht relevante – Sonderfälle geregelt, in denen eine Rechtsdienstleistung vorliegt oder nicht vorliegt.

[35] Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 RDG sind Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit erlaubt, wenn sie als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören. Ob eine Nebenleistung vorliegt, ist nach ihrem Inhalt, Umfang und sachlichen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit unter

Berücksichtigung der Rechtskenntnisse zu beurteilen, die für die Haupttätigkeit erforderlich sind (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 2 RDG). Nach § 5 Abs. 2 RDG gelten als erlaubte Nebenleistungen Rechtsdienstleistungen, die im Zusammenhang mit Testamentsvollstreckung, Haus- und Wohnungsverwaltung oder Fördermittelberatung erbracht werden.

[36] Zudem dürfen nach § 10 Abs. 1 Satz 1 RDG natürliche und juristische Personen sowie Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, die bei der zuständigen Behörde registriert sind (registrierte Personen), aufgrund besonderer Sachkunde Rechtsdienstleistungen unter anderem in den im Gesetz konkret umschriebenen Bereichen (Inkassodienstleistungen (§ 2 Abs. 2 Satz 1 RDG) und Rentenberatung auf dem Gebiet der gesetzlichen Renten- und Unfallversicherung, des sozialen Entschädigungsrechts, des übrigen Sozialversicherungs- und Schwerbehindertenrechts mit Bezug zu einer gesetzlichen Rente sowie der betrieblichen und berufsständischen Versorgung erbringen.

[37] 3. Danach ist das von der Beklagten zurückgewiesene Tätigwerden des Klägers als Bevollmächtigter im Rahmen des Widerspruchsverfahrens zur Beantragung von Saison-Kurzarbeitergeld als Erbringung einer Rechtsdienstleistung im Sinne von § 2 Abs. 1 RDG zu werten.

[38] a) Das Tätigwerden des Klägers im Widerspruchsverfahren stellt eine "konkrete fremde" Angelegenheit im Sinne von § 2 Abs. 1 RDG dar. Denn sie erfolgte im Einzelfall und lag im wirtschaftlichen Interesse eines Dritten, konkret der Y... GmbH, einer **Mandantin des Klägers, die als Arbeitgeberin für ihre Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer den Anspruch auf Saison-Kurzarbeitergeld nach § 101 SGB III geltend macht.**

[39] b) Auch erfordert dieses Tätigwerden in einer fremden Angelegenheit im Rahmen des Widerspruchsverfahrens eine "rechtliche Prüfung des Einzelfalls".

[40] (1) Insofern kann der Senat, wie bereits das Bundessozialgericht im Urteil vom 14. November 2013 (a. a. O., Rdnr. 31) und im Urteil vom 5. März 2014 (Az. B 12 R 7/12 R, BSGE 115, 171 ff. = SozR 4-1300 § 13 Nr. 2 = juris, jeweils Rdnr. 15 m. w. N.), dahinstehen lassen, ob eine "rechtliche Prüfung" – in Anlehnung an die Gesetzesmaterialien zu § 2 RDG (vgl. BT-Drs. 16/3655 S. 46) – (erst) dann vorliegt, wenn der vertretene Rechtsuchende eine "besondere" rechtliche Betreuung oder Aufklärung erkennbar erwartet oder eine solche Betreuung oder Aufklärung nach der Verkehrsanschauung erforderlich ist (so z. B. Deckbrock/Henssler, RDG [4. Aufl. 2015], § 2 Rdnr. 34 ff.; Dreyer/A., in: Dreyer/Lamm/A., RDG [2009], § 2 Rdnr. 21; Kleine-Cosack, Rechtsdienstleistungsgesetz [3. Aufl., 2014], § 2 Rdnr. 26 ff. und 46 ff.) oder ob insoweit – wegen der Nichtaufnahme eines Tatbestandsmerkmals "besondere" in den Gesetzestext – (auch schon) alle Tätigkeiten erfasst sind, die

über eine einfache rechtliche Prüfung und bloße Rechtsanwendung hinausgehen und die (nur) einer gewissen Sachkunde bedürfen (so z. B. Krenzler, in: Krenzler [Hrsg.], Rechtsdienstleistungsgesetz [2. Aufl., 2017], § 2 Rdnr. 16).

[41] Nach beiden Auffassungen ist aber jedenfalls ein gewisses Maß an substantieller Prüfung, die über eine bloße Rechtsanwendung hinausgeht, erforderlich. Diesbezüglich hat das Bundessozialgericht im Urteil vom 14. November 2013 (a. a. O., Rdnr. 32) unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien ausgeführt:

[42] **"Der Begriff der rechtlichen Prüfung verlangt jedenfalls ein gewisses Maß an substantieller Prüfung, die über eine bloße Rechtsanwendung hinausgeht.** Dies ergibt sich bereits aus den Gesetzesmaterialien. Das RBERG sollte durch das inhaltlich und strukturell neu gestaltete RDG abgelöst werden. Das RDG betrifft allein die Befugnis zur Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen, während die gerichtliche Vertretung in den jeweiligen Verfahrensordnungen getrennt geregelt ist (vgl. bereits Gesetzentwurf der Bundesregierung in BR-Drucks 623/06 S 1). Dabei sollten auch nach Auffassung der Bundesregierung in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BVerfG und mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht (s. umfassende Darstellung in: BR-Drucks 623/06 S 47 bis 52) von Beginn an durch § 2 RDG nur solche Dienstleistungen dem Verbotsbereich des RDG unterstellt sein, die eine substantielle Rechtsprüfung erfordern und sich nicht auf die bloße Anwendung des Rechts beschränken (vgl. BR-Drucks aaO, S 2). Auch durch den Wegfall des Wortes "besondere", das im ersten Entwurf noch vor dem Begriff "rechtliche Prüfung" stand, sollte an dieser Konzeption nichts Wesentliches geändert werden. So führt der Rechtsausschuss in seiner Beschlussempfehlung mit Bericht zu § 2 Abs 1 RDG in seiner Gesetz gewordenen Fassung aus, dass die sprachliche Straffung der Legaldefinition im § 2 Abs 1 RDG durch Streichung des Wortes "besondere" vermeiden wolle, "dass an das Erfordernis der rechtlichen Prüfung zu hohe Maßstäbe angelegt werden". Weiter heißt es dort: "Um klar hervorzuheben, dass es im Rahmen von § 2 Abs 1 RDG nur um die Abgrenzung von bloßer Rechtsanwendung zu juristischer Rechtsprüfung und nicht um die Unterscheidung von 'einfachem' und 'schwierigem' Rechtsrat geht, hält der Rechtsausschuss die Streichung des Wortes 'besondere' für geboten" (vgl. BT-Drucks 16/6634 S 50 f). Dem ist letztlich der Bundesrat gefolgt, insbesondere im Hinblick auf das in § 1 Abs 1 S 2 RDG festgeschriebene gesetzgeberische Anliegen, Rechtsuchende vor nicht hinreichend qualifizierten Dienstleistungen zu schützen (s. Niederschrift der 855. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundesrates – R0055 – Nr 32/07 vom 24.10.2007 unter II zu Art 1 § 2 Abs 1 RDG <Begriff der Rechtsdienstleistung> und BR-Drucks 705/07)."

[43] (2) **Jedenfalls im Widerspruchsverfahren ist eine rechtliche Betreuung oder Aufklärung nach der Verkehrsanschauung**

erforderlich. Es handelt sich um keine bloße Rechtsanwendung. Das Widerspruchsverfahren verlangt gerade aufgrund von Sinn und Zweck als Vorverfahren zur Entlastung der Gerichte (vgl. BSG, Urteil vom 27. Februar 1963 – 9 RV 262/59 – NJW 1963, 1374 = juris Rdnr. 9) eine "besondere" Prüfung der Rechtslage im Sinne eines juristischen Subsumtionsvorgangs. Ob dieser einfach oder schwierig ist, ist für die Bewertung ohne Relevanz. Jedenfalls umfasst dieser Subsumtionsvorgang **nicht allein die Berechnung auf der Grundlage von § 320 SGB III, sondern auch die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen nach § 101 SGB III.** Ohne dass es darauf im Ergebnis ankommt – denn zu bewerten ist nicht, ob die Tatbestandsvoraussetzungen im konkreten Fall streitig waren – hatte auch vorliegend die Beklagte mit Bescheid vom 9. März 2016 die Zahlung von Saison-Kurzarbeitergeld gegenüber der Y... GmbH **nicht allein wegen der unstimmigen Berechnung, sondern auch wegen der Auswirkungen von Überstunden und Arbeitszeitguthaben abgelehnt**, da ein erheblicher auf witterungsbedingten Gründen beruhender Arbeitsausfall nur dann anzunehmen sei, wenn dieser ausschließlich durch zwingende Witterungsgründe verursacht sei und am Tag mindestens eine Stunde der regelmäßigen betrieblichen Arbeitszeit ausfalle.

[44] (3) Dahinstehen kann, ob bereits die Antragstellung und das Betreiben des Verwaltungsverfahrens in Bezug auf Saison-Kurzarbeitergeld bis zu einer Entscheidung über den Antrag eine solche "rechtliche Prüfung" erforderlich macht. Denn weder aus der nicht erfolgten Zurückweisung im Antragsverfahren noch aus einer etwaigen bestehenden Berechtigung, im Antragsverfahren auftreten zu dürfen, folgt, dass – wie klägerseits zur verfahrensökonomischen Beendigung der Tätigkeit geltend gemacht – auch hinsichtlich Tätigkeit im Widerspruchsverfahren keine Rechtsdienstleistung vorliegt oder diese zumindest als Nebenleistung (hierzu unter 4) erlaubt ist. Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Umstand, dass vorliegend im Rahmen des Widerspruchsverfahrens tatsächlich allein ein korrigierter Antrag eingereicht wurde und keine weitere rechtliche Prüfung vorgenommen wurde. Denn entscheidend für die Frage der Zurückweisung sind nicht die individuellen Verhältnisse im konkreten Einzelfall (vgl. BSG, Urteil vom 5. März 2014 a. a. O., Rdnr. 31 m. w. N.).

[45] Lediglich Ergänzend wird ausgeführt, dass auch der Senat entsprechend der offensichtlichen Handhabung der Beklagten das **Tätigwerden eines Bevollmächtigten im Antragsverfahren schwerpunktmäßig als eine im außerrechtlichen Bereich liegende technische Leistung im Rahmen der Umsetzung von Rechtsvorschriften und somit als bloße Rechtsanwendung bewertet** (vgl. BSG, Urteil vom 14. November 2013 a. a. O., juris Rdnr. 29; Pitz, a. a. O., Rdnr. 24;), so dass es sich insofern nicht um die Erbringung einer Rechtsdienstleistung im Sinne von § 2 Abs. 1 RDG handelt. Vielmehr kann der Arbeitgeber zur Erfüllung der nach § 320 SGB III zu erbringenden Berechnungs-, Auszahlungs-, Aufzeichnungs- und Anzeigepflichten die Hilfe

des Steuerberaters in Anspruch nehmen. Die kostenlose Inanspruchnahme des Arbeitgebers bei der Errechnung und Auszahlung des Kurzarbeitergeldes ist gerechtfertigt, da die Leistungsgewährung mittelbar auch ihn begünstigt. Das Kurzarbeitergeld dient nicht zuletzt in seinem Interesse der Stabilität der Arbeitsverhältnisse und des Betriebes (vgl. BSG, Urteil vom 27. April 1989 – 11/7 RAr 127/87 – SozR 4100 § 63 Nr. 5 = juris Rdnr. 17). Zudem steht die Indienstnahme des Arbeitgebers in einem engen Zusammenhang mit seiner Fürsorgepflicht aus dem Arbeitsverhältnis (vgl. BSG, Urteil vom 23. Juni 1976 – 12/7 RAr 80/74 – SozR 4100 § 72 Nr. 2 = juris Rdnr. 12; Voelzke, in: Hauck/Noftz, SGB III [Stand: 10/20], § 320, Rdnr. 18a). Der Arbeitgeber ist hinsichtlich des Kurzarbeitergeldes, soweit ihn aufgrund einzel- oder tarifvertraglicher Regelungen keine eigene Zahlungspflicht trifft, allein Auszahlungsstelle hinsichtlich der ihm von der Bundesagentur für Arbeit – gegebenenfalls als Abschlag (vgl. § 337 Abs. 4 SGB III) – gezahlten Beträge (vgl. Voelzke, a. a. O., Rdnr. 20). Bis zur Entscheidung über den Antrag muss im Wesentlichen das von der Behörde vorgefertigte Formular ausgefüllt und die angeforderten Unterlagen eingereicht werden. Es handelt sich schwerpunktmäßig (noch) um eine bloße tatsächliche Mitwirkung, die keine rechtliche Prüfung erfordert. In diesem Sinne hat sich auch das Bundessozialgericht im Urteil vom 14. November 2013 in Bezug auf die **Antragstellung und das Betreiben des Verwaltungsverfahrens im Sinne von § 8 SGB X zur Erstfeststellung des Grades der Behinderung (GdB) sowie der Voraussetzungen zur Inanspruchnahme von Nachteilsausgleichen nach dem Sozialgesetzbuch Neuntes Buch – Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen – (SGB IX) bis zur Bescheidung des Antrages positioniert** (vgl. BSG, Urteil vom 14. November 2013, a. a. O., Rdnr. 33). Demgegenüber hat das Bundessozialgericht in der Antragstellung und dem Betreiben des Verwaltungsverfahrens zur Klärung des sozialversicherungsrechtlichen Status eines Erwerbstätigen gegenüber der Deutschen Rentenversicherung nach § 7a Abs. 1 des Sozialgesetzbuch Viertes Buch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung – (SGB IV) das Erbringen einer Rechtsdienstleistung gesehen (vgl. BSG, Urteil vom 5. März 2014, a. a. O., Rdnr. 14).

[46] 4. Die somit als "Rechtsdienstleistung" im Sinne von § 2 Abs. 1 RDG zu qualifizierende Tätigkeit des Klägers im Widerspruchsverfahren nach § 101 SGB III ist auch **nicht als "Nebenleistung"** im Sinne des § 5 RDG als erlaubt anzusehen.

[47] a) Nach § 5 Abs. 1 RDG ist die Frage, ob eine konkrete Rechtsdienstleistung als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehört und daher erlaubt ist, nach ihrem Inhalt, Umfang und dem sachlichen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit unter Berücksichtigung der Rechtskenntnisse zu beurteilen, die für die Haupttätigkeit erforderlich sind. Dabei stellt § 5 RDG einen Ausnahmetatbestand zu § 3 RDG, der die gesetzliche Befugnis zur Erbringung außergerichtlicher Rechts-

dienstleistungen enthält, gegenüber dem grundsätzlichen Verbot der Erbringung von Rechtsdienstleistungen dar. Auf diesen Ausnahmetatbestand können sich auch Angehörige der steuerberatenden Berufe berufen, die Rechtsdienstleistungen in einem speziellen Bereich des Rechts als Hauptleistung erbringen, soweit sie darüber hinaus andere Rechtsdienstleistungen als Nebenleistung erbringen (so die Gesetzesbegründung der Bundesregierung: BT-Drucks 16/3655 S. 51 [zu § 5]).

[48] Diesbezüglich hat das Bundessozialgericht zum Steuerberater bereits im Urteil vom 5. März 2014 (a. a. O., juris Rdnr. 28 f.) ausgeführt:

[49] "Die Kern- und Haupttätigkeit eines Steuerberaters besteht in der geschäftsmäßigen **'Hilfeleistung in Steuersachen'** (vgl. § 2, § 3 Nr. 1, §§ 32, 33 StBerG). Gemäß § 33 S 1 StBerG haben Steuerberater die 'Aufgabe, im Rahmen ihres Auftrags ihre Auftraggeber in Steuersachen zu beraten, sie zu vertreten und ihnen bei der Bearbeitung ihrer Steuerangelegenheiten und bei der Erfüllung ihrer steuerlichen Pflichten Hilfe zu leisten'. Die steuerliche Beratung ist danach eine auf dieses spezielle Fachgebiet beschränkte Rechtsberatung (BSG Urteil vom 14.11.2013 – B 9 SB 5/12 R, aaO., juris RdNr. 39; BSG SozR 3-1300 § 13 Nr. 3 S 8; vgl. BVerfGE 80, 269, 280; Gehre/Koslowski, StBerG, 6. Aufl. 2009, § 33 RdNr. 13; Hensler/Deckenbrock, DB 2008, 41, 43).

[50] Zwar hat die Beratung in steuerlichen Angelegenheiten häufig Bezugspunkte hin zu außersteuerrechtlichen Regelungen; denn vielfach ist das außersteuerliche Recht Bestandteil eines steuerrechtlich bedeutsamen Tatbestandes. Soweit es im Hinblick auf die steuerrechtlichen Gegebenheiten geboten ist, erstreckt sich die Beratungspflicht eines Steuerberaters in solchen Fällen auch auf diese – der Tätigkeit eines Steuerberaters an sich grundsätzlich fremden – Rechtsgebiete (BSG Urteil vom 14.11.2013 - B 9 SB 5/12 R, aaO., juris RdNr. 39; vgl. BSG SozR 3-1300 § 13 Nr. 3 S 8 mwN.). Dies bedeutet indessen nicht, dass eine Tätigkeit auf außersteuerlichen Rechtsgebieten bereits deshalb dem Berufs- und Tätigkeitsbild eines Steuerberaters zuzuordnen ist, nur weil bestimmte Tatbestände überhaupt für die steuerliche Beratung relevant sind (so aber Draß/Beyer-Petz, DStR 2013, 280). Das Steuerrecht erfasst eine Vielzahl von Vorgängen, für welche auch Vorschriften aus anderen Rechtsgebieten bedeutsam sein können. Nähme man schon allein deswegen einen Zusammenhang mit dem Berufs- und Tätigkeitsbild eines Steuerberaters an, wären Steuerberater letztlich annähernd unbeschränkt berechtigt, auf allen Rechtsgebieten berufliche Aktivitäten zu entfalten."

[51] Nach § 1 Abs. 2 des Steuerberatungsgesetzes (StBerG) umfasst die Hilfeleistung in Steuersachen

[52] 1. die Hilfeleistung in Steuerstrafsachen und in Bußgeldsachen wegen einer Steuerordnungswidrigkeit,

[53] 2. die Hilfeleistung bei der Führung von Büchern und Aufzeichnungen sowie bei der Aufstellung von Abschlüssen, die für die Besteuerung von Bedeutung sind,

[54] 3. die Hilfeleistung bei der Einziehung von Steuererstattungs- oder Vergütungsansprüchen.

[55] b) Dies auf die Beratung und Vertretung im Rahmen des Widerspruchsverfahrens zur Beantragung von Saison-Kurzarbeitergeld gemäß § 101 SGB III übertragen, handelt es sich bei der insofern zu erbringenden Rechtsdienstleistung um keine erlaubte "Nebenleistung" im Sinne des § 5 RDG. **Es fehlt nach ihrem Inhalt und Umfang unter Berücksichtigung der Rechtskenntnisse, die für die Haupttätigkeit erforderlich sind, am sachlichen Zusammenhang zum Berufs- und Tätigkeitsbild eines Steuerberaters und somit am Nebenleistungscharakter.**

[56] Der für eine Qualifizierung als zulässige Nebenleistung im Sinne von § 5 Abs. 1 RDG notwendige sachliche Zusammenhang mit einer anderen erlaubten Tätigkeit kann nicht schon durch die zwischen einem Steuerberater und seinem Auftraggeber getroffene Mandatsvereinbarung hergestellt werden. **Das Vorliegen eines Zusammenhangs kann sich vielmehr nur nach objektiven Kriterien richten** (vgl. BSG, Urteil vom 5. März 2014, a. a. O., Rdnr. 38). Eine innere beziehungsweise inhaltliche Verbindung der zu beurteilenden (Neben-)Tätigkeit zu einer Haupttätigkeit wäre vor allem dann anzunehmen, wenn die Nichterledigung der Nebenleistung auch die sachgerechte Erfüllung der (zulässigen) Hauptleistung des Steuerberaters beeinträchtigen würde. Zwar kann ein Steuerberater für Arbeitgeber nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 StBerG und § 6 Nr. 4 StBerG die **Lohnbuchführung, das heißt die Erfassung, Abrechnung und Buchung der Arbeitsentgelte sowie der gesetzlichen Abzüge, erstellen**. Vorliegend handelt es sich jedoch nicht um eine im Rahmen der Abführung der Sozialversicherungsbeiträge zu erbringende Rechtsdienstleistung. Zwar liegt es nahe, dass ein beauftragter Steuerberater im Bedarfsfall auch im Rahmen der Antragstellung und Erfüllung der Mitwirkungspflichten nach § 320 SGB III von Arbeitgebern einbezogen wird. Im Ergebnis beschränkt sich jedoch seine Tätigkeit auf bloße unterstützende Leistungen im Antragsverfahren. Weder die Prüfung der Anspruchsgrundlage nach § 101 SGB III noch die Berechnung und Erfüllung der Nebenpflichten nach § 320 SGB III sind eine notwendige, vom Steuerberater zu erbringende Vorleistung im Rahmen der Erstellung der Lohnbuchhaltung. Die Geltendmachung von **Ansprüchen auf Kurzarbeitergeld und Saison-Kurzarbeitergeld muss nicht zwingend im Zusammenhang mit der Erledigung der Aufgaben der Lohnbuchführung erfolgen, sondern kann auch isoliert davon betrieben werden**. Auch unter Berücksichtigung des wohlverstandenen Interesses des Auftraggebers kann die hier konkret streitbefangene Nebenleistung somit selbstständig von einem dafür qualifizierten Dritten (hier einem Rechtsanwalt) erbracht

werden, ohne dass der Steuerberater insoweit an der sachgerechten Erfüllung der ihm nach dem Gesetz übertragenen Hauptaufgabe gehindert oder merklich beeinträchtigt wäre.

[57] Um die im Rahmen des Widerspruchsverfahrens zu erbringende Rechtsdienstleistung als Nebenleistung bewerten zu können, müsste es sich zudem in der konkreten Fallkonstellation, hier dem Betreiben eines Widerspruchsverfahren betreffend einen Anspruch auf Saison-Kurzarbeitergeld, um eine Tätigkeit handeln, die ein Steuerberater mit seiner beruflichen Qualifikation ohne Beeinträchtigung des in § 1 RDG genannten Schutzzwecks, die Rechtsuchenden, den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen zu schützen, miterledigen kann. Maßgebend ist insoweit jedoch nicht – wie der Kläger zu meinen scheint – die individuelle Qualifikation des Rechtsdienstleistenden oder der Umfang der von ihm tatsächlich erbrachten Leistungen, sondern die allgemeine berufstypische juristische Qualifikation des Betroffenen im Rahmen seiner Haupttätigkeit (vgl. BSG, Urteil vom 5. März 2014 a. a. O., juris Rdnr. 31 m. w. N.).

[58] Vorliegend bleiben die für die Haupttätigkeit erforderlichen Rechtskenntnisse hinter denjenigen für die Erbringung der (vermeintlichen) Nebenleistung erforderlichen Kenntnissen zurück, so dass die Nebenleistung nicht erlaubnisfrei erbracht werden kann. Das Sozialversicherungsrecht zählt, wie auch von der Steuerberaterkammer des Freistaates bestätigt, nicht zu denjenigen Prüfungsgebieten, welche im Rahmen einer den Zugang zum Beruf eröffnenden, erfolgreich zu absolvierenden Steuerberaterprüfung bedeutsam sind. Nach § 37 Abs. 3 Satz 1 StBerG gehören zu den Prüfungsgebieten neben dem steuerlichen Verfahrensrecht sowie Steuerstraft- und Steuerordnungswidrigkeitenrecht (Nummer 1), die Steuern vom Einkommen und Ertrag (Nummer 2), Bewertungsrecht, Erbschaftsteuer und Grundsteuer (Nummer 3), Verbrauch- und Verkehrssteuern, Grundzüge des Zollrechts (Nummer 4), Handelsrecht sowie Grundzüge des Bürgerlichen Rechts, des Gesellschaftsrechts, des Insolvenzrechts und des Rechts der Europäischen Union (Nummer 5), Betriebswirtschaft und Rechnungswesen (Nummer 6), Volkswirtschaft (Nummer 7) und das Berufsrecht (Nummer 8). **Eine Regelung zum Sozial- und Sozialverfahrensrecht oder auch nur zum Verwaltungs- und Verwaltungsverfahren findet sich nicht.**

[59] Der Umstand, dass für die Erstellung der Lohnbuchführung sozialversicherungsrechtliche Grundkenntnisse unverzichtbar sind, ändert hieran nichts. Das Prüfungs- und Beratungsrecht des Steuerberaters in sozialversicherungsrechtlichen Fragen erfasst im unmittelbaren Zusammenhang mit der Lohnbuchhaltung, nur die Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge oder die Frage, inwiefern auf bestimmte Bezüge Sozialabgaben überhaupt anfallen. Bereits bei der Prüfung der Sozialversicherungspflicht handelt es sich jedoch um eine juristische Vorfrage, die allein die

Grundlage für die nachfolgende Tätigkeit des Steuerberaters insgesamt bildet. Zudem bestehen verfahrensrechtliche Abweichungen des Sozialversicherungs- und Sozialverwaltungsrechts gegenüber dem Steuerverfahrensrecht (vgl. nur § 44 SGB X). Danach bleiben die bei Steuerberatern unterstellten und zu erwartenden Rechtskenntnisse hinter denen eines umfassend ausgebildeten und in rechtlichen Angelegenheiten allgemein vertretungsbefugten Rechtsanwalts zurück. Auch wenn Rechtsanwälte nicht zwingend über spezifisch sozialversicherungsrechtliche Kenntnisse verfügen, insbesondere keine entsprechend ausgewiesenen Fachanwälte sein müssen, beruht die Befugnis zum Auftreten bei ihnen darauf, dass aufgrund erworbener und unter Beweis gestellter Kenntnisse und Fähigkeiten in der spezifischen juristischen Methodik und Arbeitsweise von einer umfassenden Eignung in juristischen Belangen ausgegangen wird. Vergleichbares fehlt bei Steuerberatern (vgl. BSG, Urteil vom 5. März 2014, a. a. O., Rdnr. 32).

[60] 5. Entgegen der Auffassung des Klägers ergibt sich die Vertretungsbefugnis im Widerspruchsverfahren vorliegend auch nicht aus § 13 Abs. 6 Satz 2 SGB X in Verbindung mit § 73 Abs. 2 Satz 1 und 2 Nr. 3 bis 9 SGG, wonach die dort genannten Personen zur Vertretung in sozialgerichtlichen Verfahren und damit auch in den vorgeschalteten Verwaltungsverfahren befugt sind. **Denn Steuerberater sind nach § 73 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 SGG nur in Angelegenheiten nach den §§ 28h und 28p SGB IV, insbesondere also in Verfahren wegen der Einziehung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags durch die gesetzlichen Krankenkassen (Einzugsstellen), befugt, gerichtlich als Bevollmächtigter aufzutreten.**

[61] 6. Die gesetzlichen Vorschriften zur Zurückweisung und die hier erfolgte Auslegung sind auch mit den Anforderungen des Grundgesetzes vereinbar. Zwar liegt ein **Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit** des Klägers als Steuerberater nach Artikel 12 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) vor. Dieser Eingriff erfasst jedoch allenfalls Randbereiche des Berufes (vgl. BSG, Urteil vom 14. November 2013, a. a. O., Rdnr. 49 f.; BSG, Urteil vom 5. März 2014, a. a. O., Rdnr. 48; so auch BSG, Urteil vom 28. März 2019 – B 10 KG 1/18 R – BSGE 128, 15 ff. = SozR 4-1300 § 13 Nr. 3 = juris, jeweils Rdnr. 45 in Bezug auf das Auftreten eines Lohnsteuerhilfevereins im Antragsverfahren wegen sozialrechtlichen Kindergelds gegenüber der Familienkasse als Verfahrensbevollmächtigte). Er lässt das Berufsbild im Kernbereich und die durch den Beruf gesicherte Existenz unbeeinträchtigt und ist durch den legitimen Zweck des Rechtsdienstleistungsgesetzes, Rechtsuchende, Rechtsverkehr und Rechtsordnung vor nicht adäquaten Rechtsdienstleistungen zu schützen, gedeckt (vgl. BSG, Urteil vom 5. März 2014, a. a. O.; siehe auch BSG, Urteil vom 28. März 2019, a. a. O., Rdnr. 46).

[62-64] (...)

[65] V. Die Revision wird gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zugelassen.

Rechtsanwaltshaftung

- Zugewinnausgleichsanspruch
- Auskunftersuchen
- Abwehrberatung
- Beschränktes Mandat

(OLG Zweibrücken, Urt. v. 18.6.2021 – 2 U 52/20)

Leitsatz

Ein Rechtsanwalt, der im Zusammenhang mit der Abwehr eines güterrechtlichen Auskunftersuchens mandatiert worden ist, kann sich schadensersatzpflichtig machen, wenn er seinen Mandanten nicht zu unverjährter Zeit auf die offensichtlich bestehende erfolgsversprechende Möglichkeit der Geltendmachung eines eigenen Zugewinnausgleichsanspruches hinweist (zum Pflichtenprogramm des Rechtsanwaltes im beschränkten und umfassenden Mandat).

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger nimmt die Beklagte auf Schadensersatz wegen Schlechterfüllung ihrer Pflichten aus einem Rechtsanwaltsvertrag in Anspruch; er macht sie dafür verantwortlich, dass ein Zugewinnausgleichsanspruch gegen seine geschiedene Ehefrau nicht in unverjährter Zeit geltend gemacht wurde. Seinen Schaden beziffert er auf 11.498,57 €.

[2] Die Beklagte vertrat den Kläger im Scheidungsverfahren (Az. 2 F 525/11) vor dem Amtsgericht - Familiengericht - Gernersheim, in dem die am 2. April 1993 geschlossene Ehe der Eheleute R... mit Beschluss vom 26. Juni 2012 geschieden wurde.

[3] Die Beklagte hat dem Kläger mit dem Protokoll der nicht-öffentlichen Sitzung vor dem Familiengericht vom 26. Juni 2012 und nochmals mit Übersendung des rechtskräftigen Scheidungsbeschlusses am 3. Dezember 2012 ein Merkblatt übersandt, das u.a. den Hinweis enthält, dass Zugewinnausgleichsansprüche innerhalb von 3 Jahren ab Rechtskraft der Scheidung verjähren und zur Unterbrechung der Verjährung Klage erhoben werden muss.

[4] Die geschiedene Ehefrau des Klägers forderte den Kläger über ihre Rechtsanwältin mit Schreiben vom 29. Januar 2015 dazu auf, Auskunft u.a. zum Zwecke der Bezifferung etwaiger Zugewinnausgleichsansprüche zu erteilen. In der Folge wurde die Beklagte für den Kläger tätig und führte einen Schriftwechsel,

der u.a. etwaige Zugewinnausgleichsansprüche der Ehefrau zum Gegenstand hatte und sich mit Einzelpositionen des Anfangsvermögens der Eheleute befasste.

[5] Mit Schreiben vom 22. März 2016 machte die Beklagte im Wege der Honorarvorschussnote Gebührenansprüche für „Vermögensauseinandersetzung/Zugewinnausgleich“ geltend; sie berechnete eine 1,3 Geschäftsgebühr aus einem Gegenstandswert von 90.500,00 €.

[6] Der Kläger hat vorgetragen,

[7] er habe die Beklagte zur Geltendmachung eines Zugewinnausgleichsanspruches mandatiert, was bereits aus der Gebührennote ersichtlich sei. Die Beklagte habe ihm jedoch letztlich davon abgeraten, den Zugewinnausgleichsanspruch rechtshängig zu machen, weil es sich nicht lohnen würde. Bei richtiger Beratung hätte er zumindest einen Zugewinnausgleichsanspruch gegen die Beklagte in Höhe von 11.498,57 € geltend machen und vor Eintritt der Verjährung durchsetzen können. Bei gleichem Endvermögen der Eheleute sei bei ihm, dem Kläger, ein Anfangsvermögen von 22.997,14 € (Pkw Opel Kadett, Schenkung der Eltern und Zuwendung durch Hausübertragung) in Ansatz zu bringen, wohingegen die Ehefrau über kein Anfangsvermögen verfügt habe.

[8-9] (Antrag: ...)

[10] Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und vorge-
tragen,

[11] sie sei nicht mit der gerichtlichen Geltendmachung des Zugewinnausgleichsanspruches mandatiert worden, sondern lediglich mit der Beantwortung des Auskunftersuchens der Ehefrau. Der Kläger habe zu verstehen gegeben, dass er nur die Auseinandersetzung des im Miteigentum stehenden Hausanwesens wünsche, nicht jedoch die Geltendmachung eines Zugewinnausgleichsanspruches.

[12] Diesen Anspruch habe der Kläger auch jedenfalls deshalb verwirkt, weil er nicht auf den Verkauf des Anwesens zum Preis von 260.000,00 € (entsprechend des Angebotes eines Interessenten) bestanden habe, sondern stattdessen die Veräußerung des Anwesens für nur 247.000,00 € an ein Familienmitglied der Ehefrau mitgetragen habe.

[13] Zudem seien etwaige Schadensersatzansprüche verjährt.

[14] Die 3. Zivilkammer des Landgerichts Landau in der Pfalz hat die Klage mit Urteil vom 8. Oktober 2020, auf dessen Inhalt hinsichtlich des Sach- und Streitstandes erster Instanz sowie wegen der Gründe Bezug genommen wird, abgewiesen.

[15] Zur Begründung hat die Kammer im Wesentlichen ausgeführt, für einen Anspruch nach §§ 611, 675, 280 ff. BGB fehle es schon an einem Auftrag zur Prüfung etwaiger Zugewinnausgleichsansprüche. Grundlage der Gebührenrechnung sei lediglich das Antwortschreiben auf das Auskunftersuchen der Ehefrau gewesen. Hieraus ergebe sich jedoch kein erster Anschein für das Vorliegen eines unbeschränkten Mandates. Gegenstand des Auftrages sei nur die Reaktion auf das Ersuchen der Ehefrau, nicht aber die Prüfung eigener Ansprüche gewesen. Aus Anlass dieser Beratung sei die Beklagte auch nicht verpflichtet gewesen, den Kläger über das Bestehen etwaiger Zugewinnausgleichsansprüche zu beraten. Dass er eine entsprechende Prüfung gewollt habe, habe der Kläger nicht vorgebracht. Aus diesem Grund habe die Beklagte auch nicht auf die Verjährungsproblematik außerhalb des bestehenden Mandates hinweisen müssen. Im ursprünglichen Mandat im Zusammenhang mit dem Scheidungsverfahren sei ein ausreichender Hinweis auf die laufende Verjährungsfrist erteilt worden.

[16] Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, der sein erstinstanzliches Ziel weiterverfolgt.

[17] Er trägt vor,

[18] schon im Scheidungsverfahren, jedenfalls aber im Zuge des Mandates des Jahres 2015 habe sich die Beratungspflicht der Beklagten über etwaige Zugewinnausgleichsansprüche Klägers aufgedrängt. Er habe als juristischer Laie nicht alleine aufgrund der Geltendmachung von Zugewinnausgleichsansprüchen durch die Ehefrau zu der Überzeugung kommen müssen, dass ihm selbst auch derartige Ansprüche zustehen könnten. Mangels qualifizierter Beratung habe der Kläger eine Beauftragung der Beklagten bezüglich seines ihm zustehenden Zugewinnausgleichsanspruches unterlassen.

[19] Ein kausaler Schaden sei in Höhe eines nicht mehr durchsetzbaren Zugewinnausgleichsanspruches in Höhe von 11.498,57 € entstanden.

[20-21] Der Kläger beantragt, ...

[22-23] Die Beklagte beantragt, ...

[24] Sie trägt vor,

[25] im Jahre 2015 sei der Kläger lediglich mit der Bitte auf sie zugekommen, das Auskunftsverlangen seiner Ehefrau zu beantworten und Unterhaltsansprüche abzuwehren. Mit der Geltendmachung eigener Zugewinnausgleichsansprüche habe der Kläger sie dagegen nicht beauftragt. Die Geltendmachung von Zugewinnausgleichsansprüchen sei letztlich auch nicht sinnvoll gewesen. Zum einen dürften dem Kläger keine Zugewinnausgleichsansprüche zugestanden haben, zum anderen habe

der Zugewinn der Eheleute in der gemeinsam bewohnten Immobilie bestanden, die im hälftigen Miteigentum beider Eheleute gestanden habe. Ein Vermögensausgleich habe daher im Zuge der Veräußerung dieser Immobilie stattfinden sollen. Der Kläger sei damals zu Recht der Auffassung gewesen, dass dies der günstigere und sinnvollere Weg gewesen sei. Es sei auch nur von einem Anfangsvermögen des Klägers von 24.000,00 DM auszugehen, weitere Positionen habe er nicht nachgewiesen; auf Seiten der Ehefrau des Klägers sei dagegen ein Bau-sparvermögen von 12.454,47 DM zu berücksichtigen. Ein kausaler Schaden sei nicht ersichtlich, weil der Kläger den Verkauf des Hausanwesens der Eheleute für 247.000,00 € an Verwandte seiner geschiedenen Ehefrau mitgetragen haben, obwohl ein Kaufinteressent zuvor ein Angebot über 260.000,00 € unterbreitet habe.

[26] Darüber hinaus seien etwaige Regressansprüche mit Ablauf des 31. Dezember 2018 verjährt.

[27-28] (...)

Aus den Gründen:

[29] Die zulässige Berufung des Klägers erzielt in der Sache einen Teilerfolg.

[30] Dem Kläger steht gegen die Beklagte aus § 280 Abs.1 BGB i.V.m. §§ 611, 675 BGB ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 3.957,41 € zu. In dieser Höhe ist dem Kläger dadurch ein Schaden entstanden, dass die Beklagte ihn anlässlich des güterrechtlichen Mandates im Jahr 2015 nicht auf die erfolgversprechende Möglichkeit der Geltendmachung eines Zugewinnausgleichsanspruches in unverjährter Zeit hingewiesen hat.

[31] Im Einzelnen:

[32] 1. Ein Schuldverhältnis in Form eines **Anwaltsvertrages** kam zwischen den Parteien im Jahr 2015 anlässlich des Auskunftersuchens der Ehefrau des Klägers zustande. **Gegenstand dieses Mandates war (zumindest auch) die außergerichtliche Prüfung von Zugewinnausgleichsansprüchen.** Dies folgt aus der Gebührennote der Beklagten vom 22. März 2016, die als Geschäftsgegenstand „Vermögensauseinandersetzung/Zugewinnausgleich“ benennt. Darüber hinaus hat die Beklagte das güterrechtliche Mandat zumindest dadurch ausgeübt, dass sie das Auskunftersuchen der Gegenseite mit Schreiben vom 23. März 2015 (Bl. 13 d.A.) beantwortet und konkret zu den in Streit stehenden güterrechtlichen Positionen Stellung genommen hat.

[33] 2. Ihre Pflichten aus diesem Mandatsvertrag hat die Beklagte dadurch verletzt, dass sie den Kläger nicht auf das offensichtliche Bestehen eines eigenen Zugewinnausgleichsanspruches hingewiesen hat.

[34] a. Im Rahmen des übernommenen Mandats war die **Beklagte zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung ihres Auftraggebers verpflichtet. Der konkrete Umfang der anwaltlichen Pflichten richtet sich hierbei nach dem erteilten Mandat und den Umständen des einzelnen Falles** (BGH, Urteil vom 4. Juni 1996, IX ZR 51/95 = NJW 1996, 2648). Ziel der anwaltlichen Rechtsberatung ist es, dem Mandanten eigenverantwortliche, sachgerechte (Grund-)Entscheidungen („Weichenstellungen“) in seiner Rechtsangelegenheit zu ermöglichen (Oberlandesgericht Hamm, Urteil vom 19. Februar 2020, 33 U 12/09).

[35] Für den Regressfall ist zur Bestimmung des Umfangs der Haftung des Anwalts danach zu differenzieren, ob dem Anwalt bei Abschluss des Anwaltsvertrags ein umfassendes oder nur ein beschränktes Mandat erteilt worden ist und ob die konkret gerügte Pflichtverletzung (hier: unterlassene Beratung/Geltendmachung eigener Zugewinnausgleichsansprüche) zum Pflichtenprogramm gehört.

[36] Der Rechtsanwalt ist aufgrund des Anwaltsvertrags verpflichtet, die Interessen seines Auftraggebers - in den Grenzen des erteilten Mandats - nach jeder Richtung umfassend wahrzunehmen. Hat der Mandant seinem Rechtsanwalt nur einen beschränkten Auftrag erteilt, kann er ihm grundsätzlich nicht vorwerfen, er habe zwar seinen Auftrag fehlerlos erledigt, hätte aber zur Verhinderung eines anderweitig verursachten Schadens über sein Mandat hinausgehen müssen. **Auch beim beschränkten Mandat besteht aber eine Nebenpflicht (§ 241 Abs.2 BGB) zur Warnung vor Gefahren außerhalb des beschränkten Mandatsgegenstandes, soweit diese dem Anwalt bekannt oder für ihn offenkundig sind oder sich ihm bei ordnungsgemäßer Bearbeitung aufdrängen** (anstatt vieler Oberlandesgericht Karlsruhe, Urteil vom 25. November 2015, 16 U 1/15 = FamRZ 2016, 1019).

[37] b. Gemessen daran gilt hier folgendes:

[38] aa. Es spricht vieles dafür, dass der Kläger die Beklagte im Frühjahr 2015 insgesamt in der Angelegenheit „Zugewinnausgleich“ mandatiert hat, auch wenn Anlass der Beratung ein Auskunftersuchen seiner geschiedenen Ehefrau zur Bezifferung etwaiger Zugewinnausgleichsansprüche gewesen ist. Die Fragen, ob Zugewinnausgleichsansprüche der Ehefrau einerseits oder des Ehemannes andererseits bestehen, lassen sich naturgemäß nicht voneinander trennen. Unabhängig von der Frage, wer Ansprüche geltend macht, handelt es sich um eine einheitliche Berechnung mit den denselben (aus den §§ 1373 ff BGB resultierenden) Berechnungsparametern. **Ein Rechtsanwalt, der prüft und berechnet, ob Zugewinnausgleichsansprüche des gegnerischen Ehegatten bestehen, prüft und berechnet stets (bestehende oder nicht bestehende) Ausgleichsansprüche des eigenen Mandanten mit.** Die von der Beklagten geäußerte Auffassung, sie sei nur zur Erfüllung der

Auskunftspflicht mandatiert worden, kann nach Aktenlage nicht nachvollzogen werden. Sie hat nämlich in ihrem an die Gegenseite gerichteten Schreiben vom 23. März 2015 nicht lediglich die geforderte Auskunft erteilt, sondern zum Ausdruck gebracht, Zahlungsansprüche zumindest überschlägig geprüft zu haben („*Ich gehe davon aus, dass Ihrer Mandantin ein Zugewinnausgleichsanspruch [...] nicht zusteht*“). Überdies ließe sich für ein Tätigwerden im Zusammenhang mit dem Auskunftsanspruch der im Wege der „*Honorarvorschussnote*“ abgerechnete Streitwert von 90.500,00 € nicht rechtfertigen.

[39] bb. Letztlich kann dies dahinstehen, denn selbst bei Annahme eines lediglich beschränkten Mandates wäre in der unterlassene Belehrung über das Bestehen eigener Zugewinnausgleichsansprüche des Klägers zumindest eine Nebenpflichtverletzung (§ 241 Abs.2 BGB) zu erblicken.

[40] **Anhand der bereits im Jahr 2015 und auch heute bekannten Parameter war nämlich für einen mit dem Familienrecht betrauten Rechtsberater auf den ersten Blick erkennbar, dass dem Kläger ein Zugewinnausgleichsanspruch aus § 1378 Abs.1 BGB zustand.**

[41] (1) Beide Eheleute hatten unstreitig ein Endvermögen (§ 1375 Abs.1 BGB) von 137.500,00 €, das dem Wert des im hälftigen Miteigentum stehenden Hausanwesens entsprach.

[42] Da ein höheres oder geringeres Endvermögen eines Ehegatten von keiner Seite behauptet wurde, kam es für die auf § 1378 Abs.1 BGB gestützte Zugewinnausgleichsberechnung alleine auf die Höhe der Anfangsvermögen der Eheleute zum Zeitpunkt der Eheschließung an.

[43] (2) Das Anfangsvermögen des Klägers betrug jedenfalls 24.000,00 DM (Zuwendung der Eltern im Wege der vorweggenommenen Erbfolge).

[44] Demgegenüber hatte die Ehefrau des Klägers allenfalls ein Anfangsvermögen von 12.454,47 DM (Bausparverträge bei der LBS über 8.417,12 DM und 4.037,35 DM).

[45] Weder im Rahmen des im Jahr 2015 geführten Schriftwechsels noch im hiesigen Verfahren wurde ein geringeres Anfangsvermögen des Klägers oder ein höheres Anfangsvermögen seiner geschiedenen Frau behauptet.

[46] (3) **Da nach diesem überschaubaren Zahlenmaterial dem Kläger offensichtlich ein Zugewinnausgleichsanspruch zustand, war die Beklagte aus dem Mandatsverhältnis, zumindest aber unter dem Gesichtspunkt einer Nebenpflicht gehalten, den Kläger hierüber aufzuklären, um ihm eine eigenverantwortliche und sachgerechte Entscheidung über die etwaige außergerichtliche oder gerichtliche Geltendmachung seiner Ansprüche zu ermöglichen.**

[47] cc. Diesen Anforderungen wurde die Beklagte mit ihrer tatsächlich erbrachten Beratungsleistung offensichtlich nicht gerecht.

[48] Dafür, dass die Beklagte die ihr nach vorgenannten Grundsätzen obliegende Aufklärungs- und Beratungspflicht verletzt hat, ist der **Kläger** im Regressprozess **darlegungs- und beweisbelastet**. Er muss beweisen, dass die Beklagte die gebotene Aufklärung unterlassen hat. **Die mit dem Nachweis einer negativen Tatsache verbundenen Schwierigkeiten werden dadurch ausgeglichen, dass der Rechtsanwalt darlegen muss, wie er im Einzelnen beraten oder aufgeklärt hat (sekundäre Darlegungslast).** Dem Mandanten obliegt dann der Nachweis, dass die Darstellung des Rechtsanwaltes in Bezug auf die Beratung und Aufklärung nicht zutrifft – er muss also die Darstellung des Rechtsanwalts widerlegen (st. Rspr. – etwa: Senatsurteil vom 18. Oktober 2019, 2 U 1/19).

[49] Vorliegend war die Beratungsleistung der Beklagten schon nach ihrer eigenen Darlegung mangelhaft.

[50] (1) Die Beklagte hat nicht konkret vorgetragen, dass sie den Kläger über das Bestehen eines eigenen Zugewinnausgleichsanspruches aufgeklärt hat.

[51] (2) Soweit die Beklagte darlegt, der Kläger habe „keine Geltendmachung von Zugewinnausgleichsansprüchen“ gewünscht, sondern nur gewollt, dass das gemeinsam gehaltene Haus auseinandergesetzt werde, wird sie hierdurch nicht entlastet.

[52] Aus Sicht des Mandanten ist eine eigenverantwortliche Entscheidung über die Geltendmachung/Nichtgeltendmachung erst möglich, wenn er über das Bestehen derartiger Ansprüche aufgeklärt wurde.

[53] Dass sie die insoweit gebotene Aufklärung über die Möglichkeit der Geltendmachung vorgenommen hat, hat die Beklagte schon nicht dargetan. Nach ihrer Darstellung ist bereits unklar, ob überhaupt über die Möglichkeit der Geltendmachung gesprochen wurde. Letztlich wird auch aus dem gesamten Vorbringen der Beklagten im Regressprozess deutlich, dass sie den Zusammenhang zwischen Zugewinnausgleichsansprüchen einerseits und der Vermögensauseinandersetzung andererseits missversteht. Ihre noch in der Berufungserwiderung dargelegte Einschätzung der Sach- und Rechtslage wäre – wenn sie so im Mandatsverhältnis als „Lösung“ präsentiert worden wäre – fehlerhaft und pflichtwidrig, denn sie entbehrt jeder familienrechtlichen Grundlage.

[54] Sinngemäß führt sie aus, dem Kläger „dürften“ keine Zugewinnausgleichsansprüche zustehen. Der Zugewinn bestehe in der gemeinsame Immobilie. „Der Vermögensausgleich“

sollte daher „über die Veräußerung dieser Immobilie erfolgen“.

[55] Richtigerweise ist aber zu trennen:

[56] -Einerseits gibt es den stichtagsbezogenen Zugewinnausgleichsanspruch, mit dem der (unterschiedliche) Zugewinn der Eheleute durch eine **Geldforderung** (§ 1378 Abs.1 BGB) ausgeglichen wird, aber keine Verteilung der im Miteigentum stehenden Vermögenswerte einhergeht.

[57] - Andererseits kann (davon völlig unabhängig) eine Auseinandersetzung des Miteigentums (hier: Hausanwesen) nötigenfalls durch **Teilungsversteigerung** erfolgen.

[58] - Den unmittelbaren Zusammenhang zwischen beiden Problemkreisen, den die Beklagte noch in der Berufungserwiderung herzustellen versucht, gibt es nicht. Jedenfalls wenn (wie hier) die Ehe geschieden war (mithin die Stichtage in der Vergangenheit liegen und nicht mehr – etwa durch Rücknahme eines Scheidungsantrages – „verändert“ werden können) hat die Veräußerung bzw. Teilungsversteigerung der gemeinsamen Immobilie keine Auswirkungen auf den Bestand oder die Höhe des Zugewinnausgleichs. Der Kläger konnte deshalb gerade nicht erwarten, dass er im Zuge der Vermögensauseinandersetzung einen Ausgleich für etwaige Zugewinnausgleichsansprüche erhält.

[59] Die Einschätzung, Zugewinnausgleichsansprüche könnten im Wege der Vermögensauseinandersetzung geregelt werden, war nach Lage der Dinge **auch deshalb pflichtwidrig, weil die Verjährung des Zugewinnausgleichsanspruches (hierzu näher unten) drohte**. Zeit, um in Erfahrung zu bringen, ob eine Gesamtlösung (Güterrecht und Vermögensauseinandersetzung) erfolgen kann, war nur eingeschränkt vorhanden.

[60] (3) Auch erscheint es nach Lage der Dinge abwegig, dass die Beklagte Grund zu der Annahme hätte haben können, der Kläger sei generell nicht an der Geltendmachung eigener Ausgleichsansprüche interessiert gewesen.

[61] Im Rahmen der Anhörung vor dem Erstgericht hat der Kläger ausgeführt, ihm sei es „*eigentlich nur um sein Erbteil*“ gegangen (Bl. 116). Dieser Darstellung ist die Beklagte nicht entgegengetreten. Letztlich ist es gerade die Zuwendung seiner Eltern (letztlich also „das [vorweggenommene] Erbteil“), das ihm rechnerisch einen Zugewinnausgleichsanspruch verschaffte. In der Konsequenz musste die Beklagte sehr wohl davon ausgehen, dass dieser Anspruch durchgesetzt werden sollte. Es war letztlich ihre anwaltliche Aufgabe, das laienhaft formulierte Ziel des Klägers in die in rechtlicher Hinsicht korrekte Kategorie einzuordnen.

[62] 3. Die aufgezeigte Pflichtverletzung hat die Beklagte auch zu vertreten, denn sie hat die aus § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB resultierende Vermutung nicht widerlegt.

[63] 4. Dem Kläger ist hierdurch ein **kausaler Schaden** in Höhe von 3.957,41 € entstanden.

[64] aa. Nach dem Grundsatz der Differenzhypothese (§ 249 ff BGB) ist der Kläger so zu stellen, wie er bei pflichtgemäßem Verhalten stünde. Es ist mithin ein Gesamtvermögensvergleich anzustellen, der alle finanziellen Positionen erfasst, die von dem haftungsbegründenden Ereignis umfasst sind. Die Beweislast für den Umfang des geltenden Schadens trägt der Kläger.

[65] Nach dem unterbreiteten Sach- und Streitstand hätte der Kläger gegenüber seiner geschiedenen Ehefrau in unverjährter Zeit mit Erfolg einen Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe von 3.957,41 € geltend machen können.

[66] Dieser berechnet sich wie folgt:

[67]

Zugewinn Kläger	
Anfangsvermögen (24.000 DM – indexiert)	16.452,75 €
Endvermögen	137.500,00 €
Zugewinn	121.047,25 €

Zugewinn Ehefrau	
Anfangsvermögen (12.454,47 DM – indexiert)	8.537,93 €
Endvermögen	137.500,00 €
Zugewinn	128.962,07 €

Differenz Zugewinn 7.914,82 €
Hiervon 1/2 3.957,41 €

[68] (1) Für die Annahme, der entgangene Ausgleichsanspruch und damit der eingetretene Schaden sei infolge eines höheren Anfangsvermögens des Klägers noch höher zu bemessen, ist kein Raum.

[69] Die Beklagte hat bestritten, dass sich im Anfangsvermögen des Klägers ein Opel Kadett im Wert von 6.600,00 DM befunden habe; Beweis für seine Behauptung hat der darlegungs- und beweisbelastete Kläger nicht angeboten. Der Darstellung der Beklagten, das Fahrzeug sei nach der Darstellung der Ehefrau zum Zeitpunkt der Eheschließung gar nicht mehr vorhanden gewesen (Bl. 23 eA) ist der Kläger nicht mehr entgegengetreten.

[70] Auch eine (weitere) Schenkung seiner Eltern über 5.000,00 DM ist nicht nachgewiesen. Vor dem Hintergrund, dass die Zuwendung im Jahr 1991 erfolgt und für „Umzug und

Umbauarbeiten“ verwendet worden sein soll, ist - selbst bei Wahrunterstellung dieses Vorgangs - nicht im Einzelnen nachvollziehbar, inwieweit diese Position zum Stichtag des Anfangsvermögens (2. April 1993) noch vorhanden war.

[71] (2) Auch hat der für die Höhe seines Schadens darlegungs- und beweisbelastete Kläger nicht nachgewiesen, dass das Anfangsvermögen seiner geschiedenen Ehefrau geringer war als 12.454,47 DM.

[72] Sein Bestreiten des Bausparvermögens seiner Ehefrau (über 8.417,12 DM und 4.037,35 DM) ist vor dem Hintergrund, dass er diese Positionen sowohl in seinem vorgerichtlichen Schreiben vom 26. Juni 2019 als auch noch im gerichtlichen Schriftsatz vom 29. Mai 2020 zur Grundlage seiner Berechnung gemacht hat, unzureichend. Seine Auffassung, diese Positionen seien nur in Ansatz zu bringen, wenn im Wege der „Waffengleichheit“ zugleich auf seiner Seite weitere streitige (und nicht nachgewiesene) Positionen berücksichtigt werden, ist nicht haltbar. Im Haftungsprozess obliegt es vielmehr dem Kläger, jede für ihn günstige Position im Bestreitensfalle zu beweisen.

[73] (3) Der Einwand der Beklagten, der durch die unterlassene Geltendmachung eines Zugewinnausgleichs eingetretene Schaden sei nicht kausal, weil das gemeinsame Hausanwesen nicht an einen Kaufinteressenten für 260.000,00 € verkauft worden ist, sondern für nur 247.000,00 € an Verwandte seiner geschiedenen Frau, ist dagegen unerheblich.

[74] Die Höhe des Käuferlöses steht in keinem Kausalzusammenhang zu dem Zugewinnausgleichsanspruch des Klägers. Auch wenn sich der Kläger beim Hausverkauf irrational „großzügig“ zeigte, kann die Beklagte hieraus keine Rechte herleiten. Aus diesem Grund kommt auch eine Verwirkung des Schadensersatzanspruches wegen dieser Erwägungen nicht in Betracht.

[75] bb. Der Schaden ist in dem Zeitpunkt eingetreten, in dem der Zugewinnausgleichsanspruch des Klägers gegen seine Ehefrau verjährt ist.

[76] Lässt der Anwalt einen Anspruch seines Mandanten verjähren, tritt der Schaden regelmäßig bereits mit Ablauf der Verjährungsfrist ein, ohne dass es auf die Erhebung des Einspruchs durch den Anspruchsgegner ankommt (BGH, Urteil vom 14. Juli 1994, IX ZR 204/93).

[77] Verjährung ist entgegen den Ausführungen im Merkblatt der Beklagten nicht binnen drei Jahren ab Rechtskraft der Scheidung eingetreten. Seit der Aufhebung des § 1378 Abs. 4 BGB zum 1. Januar 2010 (BGBl. 2009 S. 3142) gilt die Regelverjährung (§§ 195, 199 BGB). Hiernach beginnt die Verjährung gemäß § 199 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem

der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen erlangt hat.

[78] Objektiv entstanden ist der Anspruch mit Beendigung des Güterstandes (§ 1378 Abs. 3 BGB), hier also mit Rechtskraft der Scheidung.

[79] Subjektiv ist erforderlich, dass er Anspruchssteller die Tatsachen, die zur Beendigung des Güterstandes führen, rechtlich zutreffend erfassen muss. Wird die Ehe rechtskräftig geschieden, kann man grundsätzlich davon ausgehen, dass der Ausgleichsberechtigte weiß, dass damit der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft endet. Nicht erforderlich ist demgegenüber, dass der ausgleichsberechtigte Ehegatte auch weiß, dass ihm ein Ausgleichsanspruch zusteht bzw. dass er dessen Höhe abschätzen kann (Beck-Online-Großkomm. BGB, Stand 01. Februar 2021, § 1378 Rn. 64).

[80] Aufgrund des zweifach übermittelten Merkblattes ist von einer Kenntnis des Klägers von den anspruchsbegründenden Tatsachen im Jahr 2012 auszugehen.

[81] Die Verjährung begann mithin mit Ablauf des Jahres 2012 zu laufen und endete gemäß § 195 BGB mit Ablauf des Jahres 2015. Der Schaden ist nach diesen Maßstäben am 1. Januar 2016 um 0.00 Uhr eingetreten.

[82] 5. Der Schadensersatzanspruch des Klägers ist auch nicht verjährt.

[83] Auch hier ist auf die regelmäßige Verjährungsfrist abzustellen. Da die objektiven Voraussetzungen, insbesondere die Entstehung des Schadens (s.o.) erst am 1. Januar 2016 um 0.00 Uhr eingetreten sind, begann die Verjährung gemäß § 199 Abs. 1 BGB frühestens mit Ablauf des 31. Dezember 2016 und endete gemäß § 195 BGB mit Ablauf des 31. Dezember 2019. Die Verjährung wurde gemäß §§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, 167 ZPO mit der am 12. Dezember 2019 eingereichten und am 3. Januar 2020 zugestellten Klage gehemmt.

[84-85] (...)

Rechtsanwaltschaftung

- Keine höchstrichterliche Rechtsprechung
- Umfassende Beratung
- Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens
- Rechtsschutzversicherung

(OLG Frankfurt, Urt. v. 14.7.2021 – 17 U 60/20)

Leitsätze

1. Der um eine Rechtsberatung ersuchte Rechtsanwalt ist zu einer umfassenden Beratung verpflichtet, die - so noch keine höchstrichterliche Entscheidung vorliegt - auch die obergerichtliche Rechtsprechung umfasst.
2. Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens des Mandanten kommt im Falle einer Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung nur zum Tragen, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung offensichtlich ohne Erfolg bleiben muss.
3. Die vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten der Rechtsschutzversicherung sind grundsätzlich als Schaden erstattungsfähig.

Zum Sachverhalt:

[1] Der Beklagte wendet sich mit seiner Berufung gegen das landgerichtliche Urteil, mit dem er zur Zahlung von Schadensersatz wegen der Verletzung anwaltlicher Pflichten verurteilt wurde. Die Anschlussberufung der Klägerin richtet sich gegen die Teilabweisung ihrer Klage wegen der geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten.

[2] Zur Durchsetzung von gegen die Bank1 AG ... gerichteter Ansprüche nach Darlehenswiderruf vertrat der Beklagte die Eheleute X zunächst vorgerichtlich und sodann in einem vor dem Landgericht Stadt1 (Az. .../17) geführten Rechtsstreit. Zwischen der Klägerin und den Eheleuten X bestand ein Rechtsschutzversicherungsvertrag, auf dessen Grundlage die Klägerin für den vorgenannten Rechtsstreit am 09. Dezember 2016 eine Deckungszusage erteilt hatte. Die Versicherungsbedingungen sehen eine Eigenbeteiligung der Eheleute X in Höhe von 150,00 € vor.

[3] Die Eheleute X hatten im Jahr 2004 als Verbraucher mit der Bank1 AG ... einen Darlehensvertrag über die Gewährung eines grundpfandrechtlich besicherten Darlehens geschlossen. Der Vertrag enthielt eine Widerrufsinformation mit folgender Formulierung zum Fristbeginn:

[4] „Die Frist beginnt einen Tag, nachdem Sie ein Exemplar dieser Belehrung in Textform und eine Ausfertigung des Darlehensvertrags erhalten und den von Ihnen unterzeichneten

Darlehensvertrag an uns abgesandt haben.“

[5] Hinsichtlich des weiteren Inhalts der Belehrung sowie ihrer grafischen Gestaltung wird auf die Kopie des Darlehensvertrags (Anlage K 1 - Bl. 21 d.A.) verwiesen.

[6] Im Juni 2016 hatten die Eheleute X den Widerruf ihrer auf Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärungen erklärt. Die Bank1 AG ... hatte auf der Wirksamkeit des Darlehensvertrags bestanden.

[7] Bei seiner Beauftragung erklärte der Beklagte den Eheleuten X, dass es bezüglich der vorliegenden Widerrufsbelehrung noch keine Entscheidung des Bundesgerichtshofs gebe. Verschiedene Formulierungen in der Widerrufsbelehrung würden von den Gerichten unterschiedlich hinsichtlich der Wirksamkeit und des Anlaufens der Widerrufsfrist beurteilt. Es könne daher auch sein, dass die Widerrufsbelehrung von dem anrufenden Landgericht Stadt1 als wirksam erachtet werde.

[8] Bereits vor Mandatierung des Beklagten, nämlich mit Urteil vom 29. April 2015, hatte das Oberlandesgericht Stuttgart besagte Widerrufsbelehrung als wirksam angesehen und dabei zur Begründung unter anderem ausgeführt, dass die Belehrung hinsichtlich des Fristbeginns, der äußeren Gestaltung und der Widerrufsfolgen den Vorgaben des § 355 Abs. 2 BGB aF entspreche (OLG Stuttgart, Urteil vom 29. April 2015 - 9 U 176/14, 9 U 176/14, BeckRS 2015, 10512, beck-online). Seine Rechtsprechung bestätigte das Oberlandesgericht Stuttgart in der Folge in Beschlüssen vom 19. Oktober 2016 (6 U 173/16) und 02. Januar 2017 (6 U 173/16).

[9] Auf die einschlägigen Entscheidungen des Oberlandesgerichts Stuttgart wies der Beklagte die Eheleute X nicht hin.

[10] Am 20. Januar 2017 erhob der Beklagte für die Eheleute X Klage zum Landgericht Stadt1 mit dem Antrag, „festzustellen, dass das zwischen den Parteien im Jahre 2004 geschlossene Darlehensvertragsverhältnis über einen Darlehensbetrag i.H.v. 70.000,00 € durch den Widerruf der Kläger vom 10. Juni 2016 in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt wurde“. Später stellte der Beklagte für die Eheleute X hilfsweise den Antrag auf Zahlung von 60.951,25 € zzgl. Nutzungsvergütung Zug um Zug gegen Zahlung von 70.000,00 € zzgl. Nutzungsvergütung. Der Beklagte begründete die Klage mit der vermeintlichen Fehlerhaftigkeit der Widerrufsbelehrung in Bezug auf den Fristbeginn. Zudem verstoße die Belehrung gegen das Gebot optischer Deutlichkeit.

[11] In der mündlichen Verhandlung am 11. April 2017 erteilte das Landgericht Stadt1 unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Stuttgart den Hinweis, dass die in Streit stehende Widerrufsbelehrung ordnungsgemäß sei

und die Klage daher unbegründet sein dürfte. Nach Wechsel ins schriftliche Verfahren mit einer Schriftsatzfrist (§ 128 Abs. 2 S. 2 ZPO) bis zum 09. Mai 2017 wies das Landgericht Stadt1 die Klage der Eheleute X mit Urteil vom 11. Mai 2017 ab. Dem Rat des Beklagten folgend, legten die Eheleute X kein Rechtsmittel ein.

[12] In mehreren nach Klageerhebung ergangenen Entscheidungen bestätigte der Bundesgerichtshof die Ordnungsgemäßheit der einzelnen Bestandteile der Widerrufsbelehrung. Die Ordnungsgemäßheit der Widerrufsbelehrung wird vom Beklagten nicht mehr in Frage gestellt.

[13] Bereits mit Erteilung der Deckungszusage im Dezember 2016 hatte die Klägerin dem Beklagten 7.316,29 € für vorgerichtliche Kosten und gerichtliche Gebühren sowie den Gerichtskostenvorschuss überwiesen. Auf den am 14. Juni 2017 ergangenen Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts Stadt1 (Anlage K9 im Anlagenband Beklagter) leistete die Klägerin unter Berücksichtigung aufgelaufener Zinsen am 27. Juni 2017 weitere 3.753,71 €, weshalb in der Rechtsangelegenheit der Eheleute X Kosten in Höhe von insgesamt 11.070,00 € von der Klägerin übernommen wurden. Hätten die Eheleute X nach Beratung durch den Beklagten von einer Geltendmachung etwaiger Rückabwicklungsansprüche gegen die Bank1 AG ... abgesehen, wären der Klägerin Kosten in Höhe einer Erstberatungsgebühr zzgl. Auslagenpauschale in Höhe von insgesamt 249,00 Euro entstanden.

[14] Die Klägerin nahm den Beklagten mit Schreiben vom 28. November 2019 auf Zahlung unter Fristsetzung zum 05. Dezember 2019 erfolglos wegen der von ihr übernommenen Gebühren des vorgenannten Rechtsstreits in Anspruch.

[15] Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass die Klage der Eheleute X von Anfang an aussichtslos gewesen sei, worauf der Beklagte die Eheleute hätte hinweisen müssen. Die Klägerin hat behauptet, die Eheleute X hätten bei Aufklärung über die fehlenden Erfolgsaussichten, von einer Klageerhebung abgesehen.

[16] Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 11.148,72 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 06. Dezember 2019 sowie vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 958,19 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 06. Dezember 2019 zu zahlen.

[17] Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

[18] Der Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben und die Auffassung vertreten, etwaige Ansprüche der Eheleute X

seien schon nicht auf die Klägerin übergegangen. Die Deckungszusage der Klägerin sei ihm gegenüber als deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu werten, das zudem gemäß § 242 BGB einen Vertrauensstatbestand geschaffen habe, weshalb es der Klägerin verwehrt sei, die Kosten des Verfahrens zurückzuverlangen. Da die Deckungszusage - unstreitig - nicht durch falsche Angaben erlangt worden sei, bestehe kein Anscheinsbeweis dahingehend, dass die Eheleute X das Wagnis einer nur wenig erfolversprechenden Prozessführung nicht eingegangen wären, da sie selbst im Falle des Prozessverlusts wegen der Eintrittspflicht der Klägerin nicht mit Kosten belastet worden wären. Aufgrund der erfolgten Deckungszusage müsse sich die Klägerin auch den Einwand des Mitverschuldens nach § 254 BGB entgegenhalten lassen.

[19] Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 10.820,10 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 06. Dezember 2019 verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen.

[20] Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die Klägerin habe einen Anspruch auf Schadensersatz aus übergegangenem Recht gemäß §§ 280 Abs. 1, 675, 611 BGB i.V.m. 86 VVG. Die Ansprüche der Eheleute X seien nach § 86 VVG auf die Klägerin übergegangen, da diese - mit Ausnahme der Selbstbeteiligung in Höhe von 150,00 € - die Kosten des Vorprozesses getragen habe. Die Anwendung des § 86 VVG auf Rechtsschutzversicherungen als Schadensversicherungen sei anerkannt. Für die Auffassung, der Rechtsanwalt der Versicherungsnehmer sei kein Dritter im Sinne der Norm, bestünden keine Anhaltspunkte.

[21] Zwar habe der Beklagte seine anwaltlichen Pflichten nicht dadurch verletzt, dass er zunächst mit der Klage beantragte festzustellen, dass ein Rückgewährschuldverhältnis bestehe, da die Unzulässigkeit eines solchen Antrags erst durch Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21. Februar 2017 (BGH NJW 2017, 1823) geklärt worden sei.

[22] Der Beklagte habe seine Pflichten aus dem mit den Eheleuten X geschlossenen Anwaltsvertrag jedoch verletzt, indem er nicht darauf hingewiesen habe, dass das hier maßgebliche Oberlandesgericht Stuttgart unter anderem im veröffentlichten Urteil vom 29. April 2015 die in Rede stehende Widerrufsbelehrung als wirksam beurteilt habe. Bis es eine höchststrichterliche Rechtsprechung zu einer Rechtsfrage gebe, komme der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in ihrem jeweiligen Bezirk eine erhebliche faktische Bedeutung zu. Aufgrund der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Stuttgart hätten zum Zeitpunkt der Klageerhebung sehr geringe Erfolgchancen vor dem Landgericht Stadt1 bestanden. Um eine gut informierte Entscheidung über die Klageerhebung vor dem Landgericht Stadt1 treffen zu können, wäre es für die Eheleute

X nötig gewesen, über die existierende Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Stuttgart zu genau ihrer Rechtsfrage aufgeklärt zu werden. Der Beklagte habe auch seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Prozessführung verletzt, indem er die Klage nach dem in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Stadt1 erfolgten gerichtlichen Hinweis auf die fehlenden Erfolgsaussichten nicht zurückgenommen habe.

[23] Der Beklagte könne sich nicht durch den Verweis auf umfassende Rechtsprobleme, die in anderen Verfahren gegen die Wirksamkeit der Inhalte der Widerrufsbelehrung eingewendet worden seien, verteidigen, da keiner der Einwände eine Bestätigung durch den Bundesgerichtshof gefunden habe. Auch könne sich der Beklagte nicht darauf berufen, dass bis zu den jeweiligen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in anderen Gerichtsbezirken zu den einzelnen Formulierungen in der Widerrufsbelehrung unterschiedliche Ansichten vertreten worden seien, denn der Beklagte habe entsprechende Einwendungen im Verfahren vor dem Landgericht Stadt1 nicht erhoben, so dass das Landgericht Stadt1 hätte veranlasst gewesen sein können, von der Entscheidung des eigenen Oberlandesgerichts Stuttgart abzuweichen. Das Landgericht Stadt1 sei auch nicht gehalten gewesen, aufgrund eigener Prüfung die Unwirksamkeit der Widerrufsbelehrung aufgrund der vom Beklagten zitierten Einwendungen festzustellen, da keine der Einwendungen tatsächlich durchgreife.

[24] Der Schaden sei kausal auf die Pflichtverletzung des Beklagten zurückzuführen. Bei hinreichender Aufklärung über die sehr geringen Erfolgsaussichten der Klage hätten die Eheleute X die Klage nicht erhoben. Hierfür bestehe ein Anscheinsbeweis, den der Beklagte nicht entkräftet habe. Es könne dahingestellt bleiben, ob der Anscheinsbeweis auch dann gelte, wenn ein Rechtsschutzversicherer auf Basis zutreffender Informationen eine Deckungszusage für sämtliche Prozesskosten erteilt habe, da die Eheleute X eine Selbstbeteiligung in Höhe von 150,00 € zu tragen gehabt hätten. Nach allgemeiner Erfahrung könne davon ausgegangen werden, dass ein Versicherungsnehmer keine - auch nur geringe - Selbstbeteiligung für einen Prozess mit nur sehr geringen Erfolgsaussichten riskieren wolle. Auch sei zu berücksichtigen, dass ein rationaler Versicherungsnehmer ein mittelbares Interesse daran habe, sich gegenüber seiner Rechtsschutzversicherung vertragstreu zu verhalten und dafür Sorge zu tragen, dass seine Versicherung keine praktisch aussichtslosen Prozesse finanziere.

[25] Durch die Deckungszusage habe die Klägerin gegenüber dem Beklagten auch keinen Vertrauensstatbestand geschaffen. Nur gegenüber dem Versicherungsnehmer habe die Deckungszusage die Wirkung eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses, das spätere Einwendungen und Einreden des

Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer ausschließe. Eine solche Wirkung gegenüber dem Anwalt der Versicherungsnehmer könne nicht gewollt sein, da ein Anwalt nach erteilter Deckungszusage ansonsten nicht mehr nach üblicher Sorgfalt zur Prüfung der Erfolgsaussichten verpflichtet wäre. Der Anwalt allein habe die Aufgabe der rechtlichen Beratung der Versicherungsnehmer und seine Pflichten würden dabei von der Deckungszusage nicht berührt.

[26] Eine Haftungsminde rung wegen Mitverschulden komme nicht in Betracht, da die Klägerin aus übergegangenem Recht klage und eine Pflicht der Eheleute X gegenüber dem Beklagten zur Prüfung der Erfolgsaussichten nicht bestanden habe.

[27] Durch die Zahlung für das Verfahren der Eheleute X in Höhe von insgesamt 11.070,00 € sei der Klägerin ein Schaden entstanden. Die von der Klägerin dargelegten Zahlungen seien vom Beklagten nicht substantiiert bestritten worden. Der Schaden mindere sich um den Betrag der Erstberatungsgebühr in Höhe von 249,90 €, bei dem es sich um Sowieso-Kosten handeln würde, die auch im Falle einer ordnungsgemäßen Beratung angefallen wären.

[28] Die Einrede der Verjährung sei erfolglos. Der Anspruch sei mit Klageerhebung vor dem Landgericht Stadt1 am 20. Januar 2020 entstanden, weshalb die hier einschlägige Regelverjährung nach § 195 BGB erst am 31. Dezember 2020 endete.

[29] Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlich angefallenen Rechtsanwaltskosten bestehe hingegen nicht. Als Rechtsschutzversicherung verfüge die Klägerin selbst sowohl über ausreichend geschultes Personal als auch über die notwendige Infrastruktur, um ihre Schadensersatzansprüche selbst zu prüfen und vorgerichtlich geltend zu machen. Die vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten seien daher nicht erforderlich und zweckmäßig gewesen.

[30] Mit seiner Berufung wendet sich der Beklagte gegen die erstinstanzliche Verurteilung. Die Klägerin verfolgt mit ihrer Anschlussberufung den geltend gemachten Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Anwaltskosten weiter.

[31] Der Beklagte macht geltend, das Landgericht habe verkannt, dass zum Zeitpunkt der außergerichtlichen Tätigkeit und der Klageeinreichung diverse Punkte in Bezug auf die Widerrufsbelehrung der Bank1 nicht höchstrichterlich geklärt gewesen seien, weshalb bei der vorzunehmenden ex-ante-Beurteilung von Erfolgsaussichten hinsichtlich der Geltendmachung der Forderungen auszugehen gewesen sei. Dies gelte auch deshalb, da für die Prüfung, ob eine Widerrufsbelehrung fehlerhaft sei, der Beibringungsgrundsatz nicht gelte, mithin das Landgericht Stadt1 zum damaligen Zeitpunkt

auch aus anderen als den aufgeführten Gründen die Fehlerhaftigkeit Widerrufsbelehrung hätte annehmen können.

[32] Der von ihm erteilte Hinweis auf die ungewissen Erfolgsaussichten sei ausreichend gewesen. Auf die Entscheidungen des Oberlandesgerichts Stuttgart habe er nicht ausdrücklich hinweisen müssen.

[33] Eine Pflichtverletzung aufgrund nicht erfolgter Klagerücknahme in der mündlichen Verhandlung komme nicht in Betracht, da der Wille der Eheleute X auf eine Entscheidung des angerufenen Gerichts gerichtet gewesen sei.

[34] Die Selbstbeteiligung in Höhe von 150,00 € sei bereits mit der Erstberatung „verbraucht“ gewesen und habe daher keinen Einfluss auf die außergerichtliche Vertretung und das Klageverfahren nehmen können.

[35] Im Übrigen wiederholt und vertieft der Beklagte seine erstinstanzlichen Ausführungen, wonach ein übergangsfähiger, kausaler Schaden nicht vorliege und die Klägerin sich den Einwand des Mitverschuldens nach § 254 BGB entgegenhalten lassen müsse.

[36] Der Beklagte beantragt,

[37] unter teilweiser Aufhebung des am 28. Juli 2020 verkündeten Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main das Urteil über die bereits erfolgte teilweise Abweisung hinaus insgesamt abzuweisen.

[38] Die Klägerin beantragt,

[39] die Berufung zurückzuweisen.

[40] Im Wege der Anschlussberufung beantragt die Klägerin,

[41] das angefochtene Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main (Az. 2-07 O 397/19) abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, über die bereits zuerkannten 10.820,10 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 06. Dezember 2019 hinaus an die Klägerin weitere 958,19 € (vorgerichtliche Anwaltskosten) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 06. Dezember 2019 zu zahlen.

[42] Der Beklagte beantragt,

[43] die Anschlussberufung zurückzuweisen.

[44] Die Klägerin verteidigt die landgerichtliche Entscheidung in der Hauptsache.

[45] Sie behauptet, im Falle nur einer Erstberatung durch den Beklagten wäre die Selbstbeteiligung in Höhe von 150,00 € nicht angefallen.

[46] Mit ihrer Anschlussberufung wendet sich die Klägerin gegen die erstinstanzliche Entscheidung, soweit das Landgericht die Klage wegen der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten abgewiesen hat.

[47] Sie macht geltend, die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach § 280 Abs. 1 BGB lägen vor. Die Beauftragung eines Rechtsanwalts zur vorgerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs sei erforderlich und zweckmäßig gewesen. Sie habe sich der Hilfe eines Rechtsanwalts bedienen dürfen. Aufgabe ihrer juristisch geschulten Mitarbeiter sei es, Sachverhalte mit den maßgeblichen Allgemeinen Rechtschutzbedingungen abzugleichen und zu prüfen, ob unter diesem Gesichtspunkt Deckungszusagen zu erteilen sind. Über Spezialkenntnisse im Bereich der Rechtsanwaltschaft und des Darlehenswiderrufsrecht würden ihre Mitarbeiter nicht verfügen. Da sich Regressansprüche gegen Rechtsanwälte richten würden, die ihrerseits über fundierte Rechtskenntnisse verfügten, könne die Geltendmachung der Ansprüche „auf Augenhöhe“ nur durch einen Rechtsanwalt erfolgen.

[48] Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen X. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 16. Juni 2021 verwiesen.

Aus den Gründen:

[49] Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

[50] Das Landgericht hat der Klägerin zu Recht einen Anspruch gegen den Beklagten aus §§ 280 Abs. 1, 675 BGB, 86 VVG in Höhe von 10.820,10 € zugesprochen.

[51] Zutreffend ist das Landgericht zunächst davon ausgegangen, dass einem Übergang etwaiger Ansprüche der Eheleute X auf die Klägerin nach § 86 Abs. 1 VVG nicht entgegensteht, dass es sich bei dem Beklagten um den (Prozess-)Bevollmächtigten der Eheleute X handelt, da die Stellung als Repräsentant des Versicherungsnehmers es nicht ausschließt, die Person als Dritten anzusehen. Dritter ist, wer nicht Versicherungsnehmer oder versicherte Person ist (BGH, Urteil vom 13. März 2018 - VI ZR 151/17 -, Rn. 19, juris). Es kommt darauf an, ob der Repräsentant nach den Vereinbarungen in den Vertrag als Mitversicherer oder als ein durch einen Regressvertrag Begünstigter in den Versicherungsvertrag einbezogen ist (Voit in: Bruck/Möller, VVG, 9. Aufl. 2009, § 86, Übergang von Ersatzansprüchen, Rn. 88, juris; Prölss/Martin/Armbrüster, 31. Aufl. 2021, VVG § 86 Rn. 23, beck-online; Bergmann/Paue/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, VVG § 86 Rn. 11, beck-online; Stiefel/Maier/Maier, 19. Aufl. 2017,

VVG § 86 Rn. 17, beck-online). Diese Voraussetzungen liegen bei einem Rechtsanwalt im Rechtsschutzversicherungsverhältnis nicht vor.

[52] Ein Anspruch der Klägerin aus §§ 280 Abs. 1, 675 BGB, 86 VVG scheitert auch nicht an einer fehlenden **anwaltschaftlichen Pflichtverletzung** des Beklagten.

[53] **Der um eine Beratung ersuchte Rechtsanwalt ist zu einer umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung verpflichtet und muss seinen Mandanten vor möglichen Schädigungen bewahren.** Er hat den Mandanten so weit zu belehren, dass dieser in Kenntnis der absehbaren Chancen und Risiken eine eigenverantwortliche Entscheidung über das weitere Vorgehen treffen kann (BGH, Urteil vom 7. September 2017 - IX ZR 71/16, BeckRS 2017, 126347 Rn. 11, beck-online). Bei der Prüfung der Aussichten eines beabsichtigten Prozesses muss der Anwalt vor allem den ihm vorgetragenen Sachverhalt daraufhin überprüfen, ob das Ziel des Mandanten rechtlich erreichbar ist. Der Rechtsanwalt muss den Auftraggeber zuvorderst auf mögliche Bedenken gegen die Erfolgsaussichten einer Klage hinweisen. Wenn die Prüfung ergibt, dass die beabsichtigte Klage nahezu sicher oder jedenfalls mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit aussichtslos ist, muss der Rechtsanwalt von sich aus hinreichend deutlich zu dem Grad des Risikos und der Wahrscheinlichkeit des Prozessverlustes Stellung nehmen (BGH, Urteil vom 10. März 1988 - IX ZR 194/87 -, Rn. 13, juris m.w.N.). **Zu den Pflichten des Rechtsanwalts gehört es dabei auch, sich die für die Beurteilung eines Falles erforderlichen Rechtskenntnisse zu verschaffen und die Entwicklung aktueller, höchstrichterlicher Rechtsprechung zu beobachten** (vgl. BGH, Urteil vom 21. September 2000 - IX ZR 127/99 -, Rn. 49, juris; BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - IX ZR 179/07 -, Rn. 12, juris). **Steht eine höchstrichterliche Entscheidung noch aus, muss ein Rechtsanwalt auch die Rechtsprechung der Obergerichte beachten** (BGH, Urteil vom 08. Oktober 1992 - IX ZR 98/91 -, Rn. 57, juris; OLG Nürnberg, Beschluss vom 28. April 2020 - 8 U 3839/19, NJW-RR 2020, 1185, Rn. 6, beck-online).

[54] Gemessen an diese Anforderungen hat der Beklagte seine Pflichten aus dem Anwaltsvertrag verletzt. Nachdem zur streitgegenständlichen Widerrufsbelehrung bereits am 29. April 2015 ein Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart ergangen war, wäre für eine umfassende und erschöpfende anwaltliche Beratung erforderlich gewesen, die Eheleute X über den Inhalt besagter Entscheidung zu unterrichten und auf die Folgen, die die Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart für die Geltendmachung der eigenen Forderungen aller Voraussicht nach haben wird, hinzuweisen. Der Beklagte hat nicht etwa behauptet, die Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart nicht gekannt zu haben. **Nachdem das Urteil**

im Jahr 2015 auf der Datenbank des Oberlandesgerichts Stuttgart, sowie weiteren juristischen Online-Datenbanken (juris, beck-online) und in Fachzeitschriften (WM 2015, 1148; WuB 2015, 492) veröffentlicht worden war, hätte der Beklagte die Entscheidung jedenfalls zur Kenntnis nehmen können und müssen. Auch wenn eine Rechtsverfolgung der Eheleute X zum Zeitpunkt der Mandatierung des Beklagten wegen fehlender höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht als vollkommen aussichtslos angesehen werden konnte, war aufgrund der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Stuttgart ein Prozessverlust zumindest in zweiter Instanz in hohem Maße wahrscheinlich. Somit musste bereits zum Zeitpunkt der Mandatierung des Beklagten davon ausgegangen werden, dass zur Durchsetzung des Begehrens der Eheleute X aller Voraussicht ein Revisionsverfahren erforderlich werden würde. Hierüber und über die Erfolgsaussichten eines solchen Revisionsverfahrens hätte der Beklagte seine Mandanten aufklären müssen, damit diese unter umfassender Kenntnis der Chancen und Risiken der (vor-)gerichtlichen Geltendmachung ihrer behaupteten Ansprüche eine eigenverantwortliche Entscheidung über ihr weiteres Vorgehen hätten treffen können. Vor dem Hintergrund, dass die Widerrufsbelehrung von dem maßgeblichen Berufungsgericht voraussichtlich als wirksam angesehen werden würde, war der den Eheleuten X vom Beklagten erteilte Hinweis, dass die Widerrufsbelehrung von dem Landgericht Stadt1 als wirksam erachtet werden könnte, zumindest unvollständig und daher unzureichend.

[55] Die Pflichtverletzung des Beklagten ist auch für den in Höhe der Anwalts- und Gerichtskosten entstandenen Schaden ursächlich geworden. Zwar spricht entgegen der Auffassung des Landgerichts in vorliegender Konstellation kein Anscheinsbeweis dafür, dass eine (vor-)gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen gegen die Bank1 AG ... durch die Eheleute X ohne die anwaltliche Pflichtverletzung nicht erfolgt wäre. Allerdings steht aufgrund der in zweiter Instanz durchgeführten Beweisaufnahme zur Überzeugung des Senats fest, dass die Eheleute X von einer Anspruchsverfolgung gegenüber der Bank1 AG ... abgesehen hätten, wenn der Beklagte sie pflichtgemäß über die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Stuttgart informiert hätte.

[56] Wie sich ein Mandant bei **vertragsgerechter Beratung** verhalten hätte, zählt zur **haftungsausfüllenden Kausalität**, die der den Anwalt wegen einer Beratungspflichtverletzung in Anspruch nehmende Kläger zu beweisen hat. **Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dabei für den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises zu vermuten, dass dieser bei pflichtgemäßer Beratung den Hinweisen des Rechtsanwalts gefolgt wäre, sofern im Falle sachgerechter Aufklärung aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Man-**

danten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahegelegen hätte (BGH, Urteil vom 10. Mai 2012 - IX ZR 125/10 -, Rn. 36, juris). Eine solche Vermutung kommt hingegen nicht in Betracht, wenn nicht nur eine einzige verständige Entscheidungsmöglichkeit bestanden hätte, sondern nach pflichtgemäßer Beratung **verschiedene Handlungsweisen** ernsthaft in Betracht gekommen wären, die unterschiedliche Vorteile und Risiken in sich geborgen hätten (vgl. BGH, aaO.). **Für den Anscheinsbeweis erforderlich ist also ein Sachverhalt, der nach der Lebenserfahrung auf Grund objektiv deutlich für eine bestimmte Reaktion sprechender Umstände einer typisierenden Betrachtungsweise zugänglich ist.** Dies ist anzunehmen, wenn bei zutreffender rechtlicher Beratung vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters aus **allein eine Entscheidung** nahegelegen hätte (vgl. BGH, Urteil vom 06. Dezember 2018 - IX ZR 176/16, Rn. 23, juris).

[57] **Speziell für die Fälle rechtsschutzversicherter Mandanten ist dabei in der obergerichtlichen Rechtsprechung anerkannt, dass ein Anscheinsbeweis zugunsten des Mandanten, bei vollständiger Risikobelehrung den Prozess nicht geführt zu haben, grundsätzlich dann nicht eingreift, wenn die Rechtsschutzversicherung eine Deckungszusage für einen Prozess erteilt hat, ohne dass die Deckungszusage etwa durch falsche Angaben erlangt worden ist. In einem solchen Fall kann vielmehr angenommen werden, dass auch ein vernünftig handelnder Mandant das Wagnis einer nur wenig erfolgversprechenden Prozessführung eingegangen wäre, da er selbst im Falle des Prozessverlustes wegen deren Eintrittspflicht letztlich nicht mit Kosten belastet wird** (vgl. Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 07. Februar 2020 - 9 U 202/19 -, Rn. 21, juris, m.w.N.; Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 05. Juli 2019 - 4 U 359/18 -, Rn. 119, juris; KG Berlin, Urteil vom 23. September 2013 - 8 U 173/12 -, Rn. 12, juris). **Dies soll nur dann nicht gelten, wenn - wie vorliegend zum Beispiel aufgrund fehlender höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht der Fall - die beabsichtigte Rechtsverfolgung von vornherein aussichtslos ist** (Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 07. Februar 2020 - 9 U 202/19 -, Rn. 21, juris, mwN.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. Dezember 2017 - I-24 U 28/17 -, Rn. 34, juris).

[58] Soweit das Landgericht trotz erteilter Deckungszusage hier aufgrund eines durch die Selbstbeteiligung in Höhe von 150,00 € vorhandenen Kostenrisikos einen Beweis des ersten Anscheins zugunsten der Klägerin für anwendbar erachtet hat, kann dem nicht gefolgt werden (vgl. OLG Köln, Urteil vom 23. Mai 2019 - 24 U 124/18, BeckRS 2019, 12616 Rn. 33, beck-online; OLG Düsseldorf, Urteil vom 06. Juli 2001 - 24 U 211/00, Rn. 16, juris; OLG Hamm, Urteil vom 14. September 2004 - 28 U 158/03, Rn. 24, juris). Insoweit kann dahingestellt bleiben, ob die Selbstbeteiligung auch dann angefallen wäre, wenn die Eheleute X nach der Erstberatung des Beklagten von

einer Verfolgung von Ansprüchen gegen die Bank1 AG ... abgesehen hätten, mithin eine Anspruchsverfolgung nach erfolgter Erstberatung nicht mit weiteren Kosten für die Eheleute X verbunden gewesen wäre. Selbst für den Fall, dass die (außer-)gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche tatsächlich mit einem Kostenrisiko in Höhe der Selbstbeteiligung verbunden gewesen wäre, erscheint es aufgrund des verhältnismäßig geringen finanziellen Risikos nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ausgeschlossen, dass ein rational handelnder Versicherungsnehmer, eine höchsttrichterliche Klärung der Rechtslage durch den Bundesgerichtshof angestrebt hätte. Mangels entgegenstehender höchsttrichterlicher Rechtsprechung stellte sich die von den Eheleuten X beabsichtigte Rechtsverfolgung weder zum Zeitpunkt der Beauftragung des Beklagten noch zum Zeitpunkt der Klageeinreichung als vollkommen aussichtslos dar. Ein Erfahrungssatz, dass eine Partei nach einer Prozessniederlage in zweiter Instanz nur dann ein Revisionsverfahren anstrengt, wenn sie hierdurch kein (zusätzliches) Kostenrisiko eingeht, existiert nicht. Vor diesem Hintergrund kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass eine vernünftige Partei trotz eines Kostenrisikos in Höhe von 150,00 Euro von einer Rechtsverfolgung Abstand nimmt, wenn bereits vor Klageeinreichung davon auszugehen ist, dass ein positiver Prozessausgang aller Voraussicht nur über eine Revision zum Bundesgerichtshof zu erreichen sein wird. Wären somit bei pflichtgemäßer Beratung durch den Beklagten verschiedene Handlungsweisen der Eheleute X ernsthaft in Betracht gekommen, liegen die oben dargelegten Voraussetzungen für die Annahme eines Anscheinsbeweises nicht vor.

[59] Dass die Eheleute X bei pflichtgemäßer Aufklärung von einer Verfolgung etwaiger Ansprüche gegenüber der Bank1 AG ... abgesehen hätten, steht allerdings zur Überzeugung des Senats aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme fest.

[60] Die Zeugin X hat eindeutig bekundet, sie hätte „auch wegen der Rechtsschutzversicherung“ von einer Klage abgesehen, wenn sie über die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts aufgeklärt worden wäre. Den Angaben der Zeugin war dabei zu entnehmen, dass sie nach dem klageabweisenden Urteil des Landgerichts Stadt1 und dem Hinweis des Beklagten auf die nicht vorhandenen Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels, nicht nur „traurig“ aufgrund der sich nicht realisierenden Hoffnung einen Betrag in fünfstelliger Höhe „zurück“ zu erhalten war, sondern auch aufgrund der Kündigung der Rechtsschutzversicherung und der von ihr und ihrem Ehemann zu zahlenden 300,00 Euro. Die Schilderungen der Zeugin sind nachvollziehbar und glaubhaft, da sie spontan erfolgten, lebensnah sowie in sich frei von Widersprüchen waren. Soweit sich die Zeugin an Details des Geschehens nicht mehr erinnern konnte und einige von ihr geschilderte Einzelheiten wie die

Angabe, dass die Beauftragung des Beklagten zum Zwecke der Rückforderung von Bearbeitungsgebühren erfolgt sei, nicht mit dem unstreitigem Vortrag der Parteien in Einklang bringen lassen, ist ihr dies unter Berücksichtigung des Zeitablaufs von ca. 5 Jahren nachzusehen, zumal es den Eheleuten, was der Aussage des Zeugen X entnommen werden kann, ersichtlich darum ging, „Darlehen zurück zu erhalten“ und dabei der rechtliche Hintergrund der begehrten „Rückzahlung“ von - wenn überhaupt - untergeordneter Bedeutung war.

[61] Zwar vermochte der Zeuge X nicht anzugeben, wie er sich für den Fall einer Information über die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Stuttgart verhalten hätte. Mehrfach betonte der Zeuge indes, dass seine Ehefrau „alles gemacht“ habe und er auch nicht wisse, was der Beklagte mit seiner Frau „geredet“ habe. Vor dem Hintergrund dieser glaubhaften Angaben, die auch durch den persönlichen Eindruck von den beiden Zeugen gestützt werden, ist der Senat davon überzeugt, dass sich der Zeuge X bei pflichtgemäßer Aufklärung durch den Beklagten, der Entscheidung seiner Ehefrau folgend, gegen eine Geltendmachung von Ansprüchen gegen die Bank1 AG ... entschlossen hätte.

[62] Soweit der Beklagte unter Bezugnahme auf ein Urteil des Oberlandesgerichts München (OLG München, Urteil vom 25. November 2020 - 15 U 2415/20 Rae -, Rn. 43 f., juris) die Auffassung vertritt, ein Schaden sei den Eheleuten X nicht entstanden, da diese im Moment der Deckungszusage einen Befreiungsanspruch gegen die Klägerin erlangt hätten, **kann dem nicht gefolgt werden**. Wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat, stellen sich Versicherungsleistungen als das Ergebnis privater Vorsorge des Geschädigten dar und sollen daher nach den Grundsätzen über die Vorteilsausgleichung diesem zugutekommen, ohne dabei den Schädiger zu entlasten (BGH, Urteil vom 27. September 2000 - VIII ZR 155/99 -, Rn. 108, juris; Palandt-Grüneberg Rn. 83 vor § 249 BGB, m.w.N.). Dem schließt sich der Senat an. Der Befreiungsanspruch der Eheleuten X kann danach nicht zugunsten des Beklagten zu einem Fortfall des Schadens führen.

[63] Etwaigen Ansprüchen der Klägerin steht aufgrund der erteilten Deckungszusage weder ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis entgegen, noch begründete die Deckungszusage für den Beklagten einen Vertrauensstatbestand dahin, dass er von der Klägerin nicht wegen Verletzung seiner Pflichten aus dem Anwaltsvertrag in Anspruch genommen werden wird (vgl. OLG Köln, Urteil vom 03. März 2020, I-9 U 77/19 -, Rn. 44 f., juris). Der Anwaltsvertrag einerseits und der Vertrag des Mandanten mit seinem Rechtsschutzversicherer andererseits sind als rechtlich selbstständige und unabhängige Verträge zu behandeln. Zwar kann sich eine **Deckungszusage als deklaratorisches Schuldanerkenntnis gegenüber dem Versicherungsnehmer** der Rechtsschutzversicherung darstellen, welches

spätere Einwendungen und Einreden des Rechtsschutzversicherers ausschließt, die ihm bei Abgabe der Deckungszusage bekannt waren oder die er zumindest für möglich gehalten hat oder mit denen er zumindest rechnete. **Die Deckungszusage eines Rechtsschutzversicherers hat jedoch keinen Einfluss auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Mandanten/Versicherungsnehmer und dem Rechtsanwalt** (OLG Köln, aaO.). Eine dem Versicherungsnehmer erteilte Deckungszusage entfaltet somit keine Schutzwirkung zugunsten des Rechtsanwalts, sondern nur zugunsten des Versicherungsnehmers (OLG Düsseldorf, Urteil vom 03. Juni 2013 - I-9 U 147/12 -, Rn. 26, juris; OLG Koblenz, Urteil vom 16. Februar 2011 - 1 U 358/10 -, Rn. 40, juris). Auch ist die Rechtsschutzversicherung keine Schadensversicherung zugunsten des vom Versicherungsnehmer beauftragten Rechtsanwalts, was aber bei anderer Betrachtung der Fall wäre mit der Konsequenz, dass der Rechtsanwalt bei einer Pflichtverletzung des Mandatsvertrages nicht mehr für einen Schaden einzustehen hätte. Die damit einhergehende „Entlastung“ des Anwalts von der bei der anwaltlichen Beratung zu beachtenden Sorgfaltspflichten wäre nicht gerechtfertigt (OLG Koblenz, Urteil vom 16. Februar 2011 - 1 U 358/10 -, Rn. 42, juris). **Mithin kann ein Rechtsanwalt das Risiko, wegen einer anwaltlichen Pflichtwidrigkeit zur Rechenschaft gezogen zu werden, nicht mit Hinweis auf eine zuvor erteilte Deckungszusage auf den Rechtsschutzversicherer seines Mandanten abwälzen.**

[64] Die Klägerin muss sich auch **kein anspruchsminderndes oder anspruchsausschließendes Mitverschulden gemäß § 254 Abs. 1 BGB** anrechnen lassen. Die Klägerin klagt als Rechtsschutzversicherer aus übergegangenem Recht der Versicherungsnehmer. Den Eheleuten X als Versicherungsnehmern oblag im Verhältnis zum Beklagten nicht die Prüfung der Erfolgsaussichten des Rechtsschutzbegehrens (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. Dezember 2017 - I-24 U 28/17 -, Rn. 34, juris; OLG Düsseldorf, Urteil vom 03. Juni 2013 - I-9 U 147/12 -, Rn. 27, juris). **Der Versicherungsnehmer muss sich gegenüber seinem Rechtsanwalt auch nicht ein eventuelles unsorgfältiges Verhalten des Rechtsschutzversicherers zurechnen lassen. Der Rechtsschutzversicherer ist im Rechtsverhältnis zum Anwalt kein Erfüllungsgehilfe des Versicherungsnehmers** (Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 27. September 2018 - 1 U 2/18 -, Rn. 31, juris; OLG Hamm, Urteil vom 23. August 2016 - I-28 U 57/15 -, Rn. 42 f., juris).

[65] Letztlich kann der Beklagte etwaigen Ansprüchen der Klägerin auch nicht die Einrede der Verjährung entgegenhalten. Nachdem der Beklagten im Jahr 2016 von den Eheleuten X beauftragt worden war, begann die Regelverjährung nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB frühestens am 31. Dezember 2016 und endete mit Ablauf des 31. Dezember 2019. Die am 16. Dezember 2019 eingereichte und am 05. Februar 2020 zugestellte Klage vermochte daher die Verjährung nach §§ 204

Abs. 1 Nr. 1 BGB i.V.m. § 167 ZPO rechtzeitig zu hemmen. Der Anwendbarkeit des § 167 ZPO steht dabei die erst am 05. Februar 2020 erfolgte Zustellung nicht entgegen, da die Verzögerung bei der Zustellung dadurch bedingt war, dass der Gerichtskostenvorschuss erst am 15. Januar 2020 angefordert worden war. Die Hemmung der Verjährung etwaiger Ansprüche der Klägerin trat daher nach § 204 BGB bereits mit Eingang der Klageschrift am 16. Dezember 2019 ein.

[66] Die Anschlussberufung der Klägerin ist zulässig und begründet.

[67] Die durch die **vorgerichtliche Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe entstandenen Kosten** waren erforderlich und zweckmäßig. Zu den ersatzpflichtigen Aufwendungen zählen grundsätzlich auch die durch das Schadensereignis erforderlich gewordenen Rechtsverfolgungskosten (BGH, Urteil vom 10. Januar 2006 - VI ZR 43/05 -, Rn. 4, juris), sofern sie aus Sicht des Schadensersatzgläubigers zur Wahrnehmung und Durchsetzung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren (BGH, Urteil vom 09. April 2019 - VI ZR 89/18 -, Rn. 26, juris). Dabei darf sich ein Gläubiger zur Wahrnehmung seiner Rechte eines Rechtsanwaltes bedienen, wenn er nicht über hinreichende eigene Sachkunde zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung verfügt (BGH, aaO., Rn. 30). **Dies gilt auch für gewerblich tätige Gläubiger und auch dann, wenn diese eine eigene Rechtsabteilung unterhalten. Maßgeblich ist insoweit nur, ob der Gläubiger nach seinen Kenntnissen und Fähigkeiten anwaltliche Hilfe zur vorgerichtlichen Geltendmachung des Ersatzanspruchs benötigt oder ob er diese Tätigkeit ohne Weiteres selbst vornehmen kann** (vgl. BGH, Urteil vom 06. Oktober 2010 - VIII ZR 271/09 -, Rn. 9, juris).

[68] Dahingestellt bleiben kann, ob die im Hause der Beklagten beschäftigten Juristen über Spezialkenntnisse im „Widerrufsrecht“ verfügten, da jedenfalls unstreitig blieb, dass die bei der Beklagten angestellten Juristen nicht über spezifische Kenntnisse im Bereich des Anwaltschaftsrechts verfügen. Um die Erfolgsaussichten eines Anwaltsregresses zu prüfen und den Ersatzanspruch außergerichtlich geltend zu machen, durfte die Klägerin sich daher eines spezialisierten Rechtsanwalts bedienen.

[69-70] (...)

[71] Die Revision war nicht zuzulassen, da die vorliegende Berufungssache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erforderlich erscheint, § 543 Abs. 2 ZPO. Die Fragen der Vorteilsanrechnung aus eigener Vorsorge sind höchststrichtrich geklärt. Soweit das Oberlandesgericht München für „Fälle, in denen eine Grenzziehung zwischen erfolgloser Klage und

Klage mit geringen Erfolgsaussichten schwer zu treffen ist“, einen Rückgriff des Rechtsschutzversicherers nach erteilter Deckungszusage ablehnt (OLG München, Urteil vom 25. November 2020 - 15 U 2415/20 Rae -, Rn. 45 ff., juris) handelt es sich, wie das Oberlandesgericht München ausdrücklich klarstellt (OLG München, a.a.O., Rn. 71, juris), um eine Einzelfallentscheidung, die zudem mit der Konstellation im hiesigen Rechtsstreit, dem eine unzureichende Information über eine dem Anliegen des Mandanten entgegenstehende Rechtsprechung des Berufungsgerichts zugrunde liegt, nicht vergleichbar ist.

GI Literaturhinweis

Sebastian Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis

Aus der Perspektive des Rechtsanwenders konzipiert, bietet das Werk einen umfassenden Überblick der wesentlichen Gesellschaftsformen und Vertragsgestaltungen. Ein Handbuchteil erläutert systematisch die rechtlichen Grundlagen. Hier findet der Nutzer auch Vorschläge zur Formulierung von Vertragsklauseln und zahlreiche Praxishinweise. Ein Formularteil komplettiert das Werk durch eine Vielzahl ausführlicher Vollmuster zu den häufigsten und wichtigsten Fallkonstellationen.

Die Neuauflage bringt das Werk auf Stand April 2021 und enthält drei neue Kapitel zur Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA), zur Stillen Gesellschaft und zur Unterbeteiligung. Berücksichtigt sind außerdem die vielfältigen Auswirkungen der Covid-19-Pandemie, unter anderem auf die Durchführung von Gesellschafterversammlungen, sowie die aktuellen Entwicklungen zum Brexit.

Es eignet sich sowohl als Einstieg in ein noch unbekanntes Thema als auch als Nachschlagewerk für Notare, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater.

Sebastian Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Auflage, 2021, Verlag C.H.Beck, ISBN 978 3 406 75665 8, Leinen, 269 EUR

GI Literatur-Ecke

Embser: Über 100 neue Paragraphen und ein sperriger Name: das neue StaRUG, KP 2021, 165-167

Feiter/Schlader: Lockerungen beim Erfolgshonorar durch das sog. Legal-Tech-Gesetz, DStR 2021, 175

Freitag/Meixner: Zur konsolidierten Schadensbetrachtung bei Versäumnissen des Steuerberaters betreffend das steuerliche Einlagekonto i.S.v. § 27 KStG, Anmerkung zu OLG Hamm, Urt. v. 4.5.2021 – I-25 U 26/19, DStR 2021, 2156

Jendrzok/Weitze-Scholl: Kostenrechtsänderungsgesetz 2021 – Auswirkungen auf die Steuerberatervergütung, DStR 2021, 1783

Mann: Unionsrechtliches Kohärenzgebot und Steuerberatungsgesetz, DStR 2021, 1900

Mayer: Die Änderungen der Anwaltsvergütung durch das Gesetz zur Verbesserung des Verbraucherschutzes im Inkassorecht, NJW 2021, 2313

Meixner: Fristverlängerungsantrag als Haftungsfalle, NJW-aktuell 2021 Heft 38

Rendels/Zabel/Körner: Nur drohend zahlungsunfähig oder überschuldet? – Anforderungen an die Fortbestehensprognose nach SanInsFoG?, ZRI 2021, 653

Rein: Angemessenes Schutzniveau bei E-Mail-Kommunikation durch einen Rechtsanwalt, DStR 2021, 1839

Ruppert: Neuordnung des Berufsrechts der Berufsausübungsgesellschaften, DStR 2021, 2090

Schröder: Haftungsrisiken bei Klageerhebung – Sonderkündigungsschutz, NJW 2021, 2337

Spatscheck/Spilker: Sorgfaltspflichten, Haftungsrisiken und steuerstrafrechtliche Aspekte bei der elektronischen Kommunikation mit dem Finanzamt, DStR 2021, 2161

Wacker: „Konsolidierte Schadensberechnung“ beim Vorwurf steuerlicher Falschberatung, KP 2021, 171-172

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

Das »Must-have« zur Berufshaftpflicht.



**Neu
mit Mustertexten
für die Prozessführung**

Gräfe/Brügge/Melchers
**Berufshaftpflichtversicherung für
rechts- und steuerberatende Berufe**

3. Auflage. 2021. XXV, 562 Seiten.

In Leinen € 139,-

ISBN 978-3-406-74083-1

Neu im September 2021

≡ beck-shop.de/27776842

Detailliert und übersichtlich

erläutert das Handbuch **alle praxisrelevanten Aspekte** der **Berufshaftpflichtversicherung** für Rechtsanwaltschaft, Steuerberatung, Wirtschaftsprüfung und Notariat:

- Grundlagen und Gegenstand der Berufshaftpflichtversicherung
- zeitliche Begrenzung und Umfang des Versicherungsschutzes
- Deckungseinschränkungen und Risikoausschlüsse
- Obliegenheiten des Versicherungsnehmers
- Verjährung
- Haftpflichtprozess und Deckungsprozess

Mit Stand Juli 2021

sind alle Änderungen in **Bedingungswerken und Rechtsprechung** erfasst. Die neuen, aus der Praxis entwickelten **Prozessformulare** bilden alle typischen Ansprüche von Versicherungsnehmern, Geschädigten und Dritten sowie die häufigen Einwendungen der Versicherer gegen den Versicherungsschutz ab. Bereits enthalten: Erläuterungen zum gesetzlich neu geregelten Versicherungsschutz bei zukünftigen **Berufsausübungsgesellschaften** von Anwältinnen und Anwälten sowie Steuerberaterinnen und Steuerberatern (in Kraft ab 1.8.2022).

Das Autorenteam

besteht aus RA, FA VersR Dr. Jürgen **Gräfe**, RA Michael **Brügge**, Mitarbeiter in der Assekuranz, und RA, FA VersR Michael **Melchers**.