



**HDI**

Das ist Versicherung.

Nr. 1 / Februar 2019 / 39. Jahrgang

**GI** aktuell

Informationen für wirtschaftsprüfende,  
rechts- und steuerberatende Berufe

## Inhalt

<b>Editorial</b>	<b>1</b>	<b>Anwaltshaftung</b>	<b>14</b>
<b>GI Entscheidungen</b>	<b>2</b>	Konkrete Hinweise zu Prozessrisiken / Pflicht vom Prozess abzuraten / Keine Entlastung durch Rechtsschutzdeckung / Regress der Rechtsschutzversicherung (OLG Hamburg, Urt. v. 27.9.2018 – 1 U 3/18)	
<b>GI Literaturhinweise</b>	<b>32</b>	<b>Anwaltshaftung</b>	<b>18</b>
<b>GI Literatur-Ecke</b>	<b>32</b>	Schadenberechnung / Vorteilsanrechnung / Tilgung der Verbindlichkeit (OLG Saarbrücken, Beschl. v. 24.4.2018 – 5 W 25/18)	
<b>Haftung des Anlageberaters</b>	<b>2</b>	<b>Notarhaftung</b>	<b>20</b>
Zeichnungsschaden / Verjährungsbeginn / Widerruf der Beitrittserklärung (BGH, Urt. v. 8.11.2018 – III ZR 628/16)		Fortgeltungsklausel / Schutzzweck der verletzen Norm (OLG München, Urt. v. 5.2.2015 – 1 U 3768/14)	
<b>Anwaltshaftung</b>	<b>5</b>	<b>Steuerberaterhaftung</b>	<b>23</b>
Als Betreuer bestellter Rechtsanwalt / Verfügungsgelder des Betreuten / Sammelländerkonto (BGH, Beschl. v. 31.10.2018 – XII ZB 300/18)		Nicht fristgerechte Abgabe von Steuererklärungen / Abwälzung einer Geldstrafe auf Berater (LG Köln, Urt. v. 4.10.2018 – 2 O 415/16)	
<b>Steuerberaterhaftung</b>	<b>7</b>	<b>Steuerberaterhaftung</b>	<b>26</b>
Kenntnisabhängige Verjährung / Einlegung eines Rechtsbehelfs / Folgeberater (BGH, Urt. v. 25.10.2018 – IX ZR 168/17)		Beauftragung eines spezialisierten auswärtigen Rechtsanwalts / Besondere rechtliche Fachkenntnisse (LG Würzburg, Beschl. v. 5.9.2018 – 74 O 2321/16)	
<b>Anwaltshaftung</b>	<b>9</b>	<b>Versicherungsschutz</b>	<b>27</b>
Fristgebundener Schriftsatz / Übermittlung per Faxgerät / Ausreichende Zeitreserve (BGH, Beschl. v. 6.12.2017 – XII ZB 335/17)		Wissentliche Pflichtverletzung / Elementare Berufspflichten (LG Kaiserslautern, Urt. v. 3.9.2018 – 3 O 244/17)	
<b>Honorar des Steuerberaters</b>	<b>11</b>	<b>Steuerberaterhaftung</b>	<b>29</b>
Mittelgebühr? / Darlegungs- und Beweislast / Ermessensausübung, § 11 StBVV / Schriftlicher Erläuterungsbericht / Zeithonorar, § 13 StBVV (OLG Frankfurt, Urt. v. 5.10.2018 – 8 U 203/17)		Nachzahlungszinsen / Vorteilsanrechnung / Ersparte Kreditaufnahme (LG Köln, Urt. v. 14.9.2017 – 2 O 196/16)	

# Im März erscheint der neue Kirchhof.



**Rechtsstand  
1.1.2019**

Der renommierte Kommentar zum EStG von Prof. Paul Kirchhof und Prof. Roman Seer erscheint im März. Wissenschaftlich fundiert und zugleich praxisnah – verfasst von einem hochkarätigen Autorenteam aus Bundesrichtern, Hochschullehrern und Vertretern der Finanzverwaltung. Höchste Aktualität – mit Kommentierungen aller Änderungen des EStG im Jahr 2018 – auf Rechtsstand vom 1.1.2019.

Kirchhof, **EStG Kommentar**. Herausgegeben von Prof. Dr. Dres. h.c. Paul Kirchhof und Prof. Dr. Roman Seer. Bearbeitet von 20 namhaften Experten. 18. neu bearbeitete Auflage 2019, ca. 2.800 Seiten Lexikonformat, gbd. ca. 170,- €. ISBN 978-3-504-23101-9.

Am besten gleich vorbestellen unter [www.otto-schmidt.de/kest18](http://www.otto-schmidt.de/kest18)

**ottoschmidt**

## Editorial

## Liebe Leserin, lieber Leser,

Dr. Jürgen Gräfe  
Rechtsanwalt

Der BGH befasst sich nochmals grundlegend mit dem **Beginn der Verjährung** von Schadenersatzansprüchen gegen Steuerberater/Rechtsanwälte und der Frage, wann die **Kenntnis** der den Anspruch begründenden Umstände beim Mandanten gegeben ist. Bezeichnet der Steuerberater eine schädigende Veranlagung des Finanzamtes als unrichtig und empfiehlt ein Rechtsmittel, tritt keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis bei ihm ein. Aber es wird ihm unter Umständen das **Wissen des von ihm eingeschalteten Anwalts oder Steuerberaters** zugerechnet. Gleichgültig ist, ob dieser das Mandat fortführen, überprüfen oder einen Schadenersatzanspruch verfolgen soll.

Die Übermittlung eines **fristgebundenen Schriftsatzes per Fax** setzt voraus, dass der Anwalt bei der Versendung eine genügende Zeitreserve einplant. Der Beginn des Sendevorgangs um **23.52 Uhr für einen 7-seitigen Schriftsatz ist nach Auffassung des BGH verspätet**.

Werden Steuererklärungen nicht fristgerecht abgegeben und ein steuerstrafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen den Mandanten eröffnet, können anschließende **Geldauflagen**, die Begleichung von **Hinterziehungszinsen** sowie die **Vertretungskosten im Steuerstrafverfahren** nicht im Rahmen eines **Schadenersatzanspruchs** auf den Steuerberater abgewälzt werden. Jeder Steuerpflichtige weiß um die Pflicht zur fristgerechten Abgabe von Steuererklärungen. (LG Köln)

Der als **Betreuer** tätige Rechtsanwalt darf sog. Verfügungsgelder der Betreuten gem. § 1806 BGB nicht auf einem **Sammelanderkonto** verwalten. Denn auf ihnen können Unklarheiten darüber entstehen, welchem Betreuten welche Beträge zur Verfügung stehen. (BGH)

Ihr Dr. Jürgen Gräfe

## Haftung des Anlageberaters

- Zeichnungsschaden
- Verjährungsbeginn
- Widerruf der Beitrittserklärung  
(BGH, Urt. v. 8.11.2018 – III ZR 628/16)

### Leitsätze:

1. Steht dem Anleger ein vertragliches Recht auf Widerruf seiner Beitrittserklärung zu einer Fondsgesellschaft zu, welches – abgesehen von der Einhaltung einer Widerrufsfrist oder bestimmter Formerfordernisse – an keine weiteren Voraussetzungen gebunden ist, ist der Anleger durch das Zustandekommen des Beitrittsvertrages noch nicht im Sinne des § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB geschädigt (Fortführung u.a. der Senatsurt. v. 8.7.2010 – III ZR 249/09, BGHZ 186, 152 Rdnr. 23 f.; v. 22.9.2011 – III ZR 186/10, NJW-RR 2012, 111 Rdnr. 7 und v. 23.11.2017 – III ZR 389/15, juris Rdnr. 34 sowie von BGH, Urt. v. 11.7.2012 – IV ZR 151/11, juris Rdnr. 65 und v. 18.4.2012 – IV ZR 193/10, VersR 2012, 1110 Rdnr. 21).

2. Ein den Verjährungsbeginn auslösender Schaden ist zu bejahen, wenn Umstände gegeben sind, aufgrund derer der Kapitalanleger von seiner Anlageentscheidung nicht (mehr) Abstand nehmen kann, ohne gegebenenfalls finanzielle Einbußen oder sonstige für ihn nachteilige Folgen hinnehmen zu müssen. Bei dem Beitritt zu einer Kapitalanlagegesellschaft ist dies insbesondere dann der Fall, wenn der Anleger bereits eine gesellschaftsrechtliche Stellung erlangt hat, aufgrund derer ein Austritt aus der Gesellschaft nur noch nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft möglich wäre. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger begehrt von der Beklagten Schadenersatz wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Kapitalanlage.

Nach Beratung durch den Beklagten unterzeichnete der Kläger am 10.11.2002 eine Beitrittserklärung als atypisch stiller Gesellschafter zu der A. AG (Fondsgesellschaft) und verpflichtete sich zur Zahlung einer Einmaleinlage über 60.000 EUR zuzüglich 3.600 EUR Agio bis zum 15.11.2002. Auf dem Formular der Beitrittserklärung befindet sich folgende, von dem Kläger gesondert unterzeichnete „Widerrufsbelehrung“:

„Meine Beitrittserklärung als atypisch stiller Gesellschafter der A. AG kann ich innerhalb einer Frist von zwei Wochen widerrufen. Diese Widerrufsfrist beginnt am Tag, der auf das Datum der von mir unterschriebenen Bestätigung über den Erhalt dieser Belehrung folgt. Der Widerruf ist schriftlich oder in Textform an die A. AG ... zu richten. Der Widerruf bedarf keiner Begründung. Zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs. Die vorstehende Belehrung habe ich zur Kenntnis genommen. ...“

Nach § 2 Abs. 2 des im Emissionsprospekt der Fondsgesellschaft abgedruckten atypisch stillen Gesellschaftsvertrages wird „die Beteiligung als atypisch stiller Gesellschafter ... unabhängig vom Zeitpunkt der Eintragung des Vertrages in das Handelsregister gemäß § 294 AktG wirksam mit der Annahme der Beitrittserklärung durch den Geschäftsinhaber, der Zahlung des Aufgeldes (Agio) und der vollständigen Zahlung der Einmaleinlage“.

Mit Schreiben vom 12.11.2002 begrüßte die Fondsgesellschaft den Kläger „im Kreise der atypisch stillen Gesellschafter“ und sandte einen gegengezeichneten Durchschlag der Beitrittserklärung an ihn zurück. Auf dem für die Fondsgesellschaft geführten Treuhandkonto ging am 13.11.2002 eine erste Teilzahlung des Klägers in Höhe von 33.600 EUR ein, die Einzahlung weiterer 30.000 EUR erfolgte am 28.11.2002.

Am 13.11.2012 reichten die Prozessbevollmächtigten des Klägers per Telefax einen Güteantrag bei Rechtsanwalt und Mediator R. aus F., einer staatlich anerkannten Gütestelle, ein, dem keine Vollmacht des Klägers beigelegt war.

Der Kläger macht geltend, weder durch den Emissionsprospekt noch im Rahmen des Vermittlungsgesprächs zutreffend über die wesentlichen Risiken der Beteiligung aufgeklärt worden zu sein. Seine nach Scheitern des Güteverfahrens erhobene Klage auf Rückabwicklung der Beteiligung und Zahlung entgangenen Gewinns hat das LG wegen Verjährung der geltend gemachten Ansprüche abgewiesen. Das OLG hat die gegen dieses Urteil gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich dieser mit seiner von dem erkennenden Senat zugelassenen Revision. ■

### Aus den Gründen:

Die zulässige Revision hat in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat eine für die Anlageentscheidung des Klägers ursächliche Aufklärungspflichtverletzung bejaht, weil der Beklagte dem Kläger den Prospekt nicht vor Zeichnung der Beteiligung übergeben und ihn in dem Vermittlungsgespräch nicht zutreffend über die wesentlichen Risiken der Beteiligung aufgeklärt habe. Dem geltend gemachten Schadenersatzanspruch stehe aber die von dem Beklagten erhobene Verjährungseinrede entgegen.

Zwar werde der Güteantrag den nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung bestehenden inhaltlichen Anforderungen gerecht. Auch dass er nicht mit einer Vollmacht der Prozessbevollmächtigten versehen gewesen sei, hindere das Eintreten der Hemmungswirkung nicht. Die zehnjährige Verjährungsfrist des § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB habe aber mit dem Erwerb der Kapitalanlage zu laufen begonnen und sei zum Zeitpunkt der Einreichung des Güteantrags bereits abgelaufen gewesen.

Eine den Kläger bindende Verpflichtung, auf die für den Verjährungsbeginn abzustellen sei, sei bereits mit Annahme

seiner Beitrittserklärung durch die Fondsgesellschaft am 12.11.2002 zustande gekommen. Auf den Zugang der Annahmeerklärung habe der Kläger nach den Umständen des Falles gemäß § 151 Satz 1 BGB verzichtet.

Auf die Erfüllung der Zahlungsverpflichtung von Seiten des Anlegers komme es für die Entstehung des Schadenersatzanspruchs ungeachtet der Regelung in § 2 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages nicht an. Damit sei nur ein abweichender Zeitpunkt der Ingangsetzung vereinbart worden, das Inkrafttreten des Gesellschaftsvertrages selbst aber sei nicht an bestimmte Bedingungen geknüpft worden. Auch auf den Ablauf der Widerrufsfrist sei für den Verjährungsbeginn nicht abzustellen. Abgesehen davon, dass in Fällen fehlerhafter Widerrufsbelehrung ein Widerruf auch noch nach Jahren möglich wäre und damit der Beginn der Verjährungsfrist weit hinausgeschoben werden könnte, führten die Regelungen über die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft dazu, dass der fehlerhafte beziehungsweise einer Widerrufsmöglichkeit ausgesetzte Beitritt zunächst als wirksam anzusehen sei.

II. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Der Schadenersatzanspruch des Klägers wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten im Zusammenhang mit seiner Beteiligung als atypisch stiller Gesellschafter unterliegt der **zehnjährigen Verjährungsfrist des § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB**, die entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts zum Zeitpunkt der Einreichung des Güteantrags am 13.11.2012 noch nicht abgelaufen war.

a) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der **Eintritt eines Schadens**, welcher den **Lauf der Verjährung** eines auf dessen Ersatz gerichteten Anspruchs des Geschädigten nach § 199 Abs. 1 Nr. 3 BGB in Gang setzt, erst dann zu bejahen ist, **wenn es zu einer konkreten Verschlechterung der Vermögenslage des Gläubigers gekommen ist, wofür das Entstehen einer lediglich risikobehafteten Situation nicht genügt** (st. Rspr., s. nur *Senatsurt. v. 8.7.2010 – III ZR 249/09, BGHZ 186, 152 Rdnr. 23 f.*; v. 22.9.2011 – III ZR 186/10, *NJW-RR 2012, 111 Rdnr. 7 und v. 23.11.2017 – III ZR 389/15, juris Rdnr. 34 sowie BGH, Urt. v. 18.4.2012 – IV ZR 193/10, VersR 2012, 1110 Rdnr. 21*).

Erwirbt ein Anlageinteressent – wie hier – auf Grundlage einer fehlerhaften Beratung eine für ihn nachteilige, seinen konkreten Anlagezielen und Vermögensinteressen nicht entsprechende Kapitalanlage, kann dieser **Erwerb** allerdings bereits **für sich genommen einen Schaden darstellen** und ihn deshalb – unabhängig von der Werthaltigkeit der Anlage – dazu berechtigen, im Wege des Schadenersatzes die Rückabwicklung zu verlangen. **Der Schadenersatzanspruch entsteht dabei schon mit dem (unwiderruflichen und vollzogenen) Erwerb der Kapitalanlage** (s. etwa *Senatsurt. v. 8.7.2010, a.a.O.*; v. 22.7.2010 – III ZR 99/09, *juris Rdnr. 12*; v. 7.7.2011 – III ZR 90/10, *juris Rdnr. 12*; v. 22.9.2011, a.a.O. und v. 23.11.2017, a.a.O.; sowie *BGH, Urt. v. 11.7.2012 – IV ZR 151/11, juris Rdnr. 65 und v. 18.4.2012, a.a.O.*).

b) Nach diesen Maßstäben war am 12.11.2002 jedoch noch kein Schaden im Sinne des § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB entstanden, weshalb der am 13.11.2012 eingereichte Güteantrag eine Hemmung der Verjährung noch bewirken konnte (§ 204 Abs. 1 Nr. 4, § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 BGB).

aa) Zwar ist der Beitrittsvertrag nach der von der Revision hingenommenen und rechtlich auch nicht zu beanstandenden tatrichterlichen Würdigung des Berufungsgerichts bereits mit Annahme der Beitrittserklärung des Klägers durch die Fondsgesellschaft am 12.11.2002 zustande gekommen. Der **Abschluss des Beitrittsvertrages** allein konnte in der gegebenen Konstellation einen den Verjährungsbeginn auslösenden Schaden allerdings noch nicht begründen.

bb) Dem Kläger stand nämlich – wovon das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit den Parteien zu Recht ausgegangen ist – ein **freies Recht auf Widerruf seiner Beitrittserklärung** zu. Dabei kann dahinstehen, ob die Voraussetzungen für das Eingreifen eines gesetzlichen Widerrufsrechts gegeben waren, da aufgrund der von dem Kläger unterzeichneten „Widerrufsbelehrung“ jedenfalls von dem Bestehen eines **vertraglichen Widerrufsrechts** auszugehen ist.

(1) Der Senat kann die auf dem Beitrittsformular abgedruckte, für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte „Widerrufsbelehrung“, mit welcher der Beitretende darauf hingewiesen wird, dass er seine Beitrittserklärung binnen einer Frist von zwei Wochen ohne Angabe einer Begründung widerrufen könne, frei auslegen (vgl. *Senatsurt. v. 1.2.2007 – III ZR 159/06, ZIP 2007, 1114 Rdnr. 15 sowie BGH, Urt. v. 9.5.2000 – XI ZR 276/99, BGHZ 144, 245, 248, jew. m.w.N.*).

(2) Zwar lässt sich dem Wortlaut dieser „Widerrufsbelehrung“ nicht ausdrücklich entnehmen, dass ihm auch für den Fall, dass die Voraussetzungen für das Eingreifen eines gesetzlichen Widerrufsrechts nicht gegeben sind, ein freies, vertragliches Recht auf Widerruf seiner Beitrittserklärung zustehen sollte. Für die Einräumung eines (inhaltlich voraussetzungslosen) vertraglichen Widerrufsrechts spricht allerdings, dass die Belehrung einschränkungslos formuliert ist („Meine Beitrittserklärung ... kann ich ... widerrufen“).

Ihr ist – anders als es der XI. Zivilsenat des BGH in zwei von ihm entschiedenen Fällen zugrunde gelegt hat (*Urt. v. 6.12.2011 – XI ZR 401/10, NJW 2012, 1066 Rdnr. 27 ff. und v. 12.7.2016 – XI ZR 501/15, BGHZ 211, 105 Rdnr. 43*) – kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass das Recht zum Widerruf nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen oder unter bestimmten Bedingungen gegeben sein soll (vgl. *BGH, Urt. v. 30.6.1982 – VIII ZR 115/81, NJW 1982, 2313 f. sowie OLG Köln, Urt. v. 22.7.2009 – 27 U 5/09, juris Rdnr. 23*).

Aus diesem Grunde ist die „Widerrufsbelehrung“ geeignet, aus der maßgeblichen Sicht eines durchschnittlichen Kunden (vgl. *BGH, Urt. v. 6.12.2011, a.a.O., Rdnr. 23 und v. 12.7.2016, a.a.O.*) die berechnete Erwartung hervorzurufen, dass er sich bei Einhaltung der in der Belehrung genannten Formerfordernisse in jedem Fall innerhalb der aufgeführten Frist von seiner Beitrittserklärung lösen kann, ohne dass es

hierfür auf das Vorliegen weiterer (insbesondere gesetzlicher) Voraussetzungen ankommt. Etwaige Zweifel an dieser Auslegung gingen zu Lasten des Verwenders (§ 305c Abs. 2 BGB).

cc) Jedenfalls dann, wenn einem Anleger (wie hier) ein vertraglich eingeräumtes Recht auf Widerruf seiner Beitrittserklärung zu einer Kapitalgesellschaft zusteht, welches – abgesehen von der Einhaltung einer Widerrufsfrist oder bestimmter Formerfordernisse – an keine weiteren Voraussetzungen gebunden ist, ist dieser durch das Zustandekommen des Beitrittsvertrages grundsätzlich noch nicht geschädigt (*in diesem Sinne LG Hannover, Urt. v. 16.10.2013 – 11 O 224/12, juris Rdnr. 56 ff.*).

**Solange es nämlich zur alleinigen Disposition des Anlegers steht, ob er an dem geschlossenen Vertrag festhält oder sich durch Ausübung eines ihm eingeräumten Widerrufsrechts von der eingegangenen Verpflichtung wieder löst, ist es noch offen, ob die vorgeworfene Pflichtverletzung zu einem Schaden führt.** Es liegt dann lediglich eine **risikobehaftete Lage** vor, welche sich aber noch nicht in der Bewertung des Gesamtvermögens niederschlägt und daher einem Schadeneintritt nicht gleichsteht (*vgl. Senatsurt. v. 23.11.2017 – III ZR 389/15, juris Rdnr. 34 sowie BGH, Urt. v. 28.10.1993 – IX ZR 21/93, BGHZ 124, 27, 30 m.w.N.*).

**Entgegen einer in der obergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur vertretenen Auffassung** (*s. OLG Celle, WM 2010, 609, 612 f. [OLG Celle 21.10.2009 – 3 U 86/09]; OLG Hamm, Urt. v. 16.12.2009 – 31 U 80/09, juris Rdnr. 79 und v. 3.3.2010 – 31 U 106/08, BeckRS 2010, 08982; Edelmann in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl., § 3 Rdnr. 123; sowie BeckOGK/Piekenbrock, BGB, § 199 Rdnr. 53.1 [Stand: 1.8.2018]*) **kommt es für die Frage nach dem Verjährungsbeginn nicht darauf an, ob der Kapitalanleger von einem ihm eingeräumten Widerrufsrecht bereits Gebrauch gemacht hat.** Soweit zur Begründung dieser Auffassung darauf verwiesen wird, erst die Ausübung eines Widerrufsrechts könne nach der Differenzhypothese einen Vermögensschaden entfallen lassen (*vgl. OLG Celle, a.a.O. und OLG Hamm, a.a.O.*), setzt dies voraus, dass ein Vermögensschaden schon entstanden ist, was aus den ausgeführten Gründen nicht zutrifft.

dd) Anders als das Berufungsgericht meint, lässt sich ein mit dem Abschluss des Beitrittsvertrages zeitlich zusammenfallender Verjährungsbeginn im gegebenen Fall auch nicht mit einer Anwendung der **Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft** begründen.

(1) Zwar steht die **freie Widerrufbarkeit der Beitrittserklärung** dem Verjährungsbeginn nach § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB dann nicht (mehr) entgegen, wenn Umstände gegeben sind, aufgrund derer der Beitretende von seiner Anlageentscheidung nicht Abstand nehmen kann, ohne aus **Gründen, welche sich seiner Einflussmöglichkeit entziehen, gegebenenfalls finanzielle Einbußen oder sonstige für ihn nachteilige Folgen hinnehmen zu müssen.**

In derartigen Fällen haben sich die aus einer Anlageentscheidung möglicherweise ergebenden **negativen Folgen bereits so weitgehend konkretisiert, dass bei der gebotenen wertenden Betrachtung nicht mehr lediglich von einer Gefährdung, sondern bereits von einer Schädigung des Vermögens des Anlegers ausgegangen werden muss.**

(2) Bei dem hier zu beurteilenden **Beitritt als atypisch stiller Gesellschafter zu einer Kapitalanlagegesellschaft ist von einer solchen Situation insbesondere dann auszugehen, wenn der Anleger bereits eine gesellschaftsrechtliche Stellung erlangt hat, aufgrund derer ein Austritt aus der Gesellschaft nur noch nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft möglich wäre.**

(a) Nach diesen Grundsätzen, die einen „gesicherten Bestandteil des Gesellschaftsrechts“ bilden (*BGH, Urt. v. 29.6.1970 – II ZR 158/69, BGHZ 55, 5, 8 f.*) und auch für den fehlerhaften Beitritt zu einer bestehenden, atypisch stillen Gesellschaft gelten (*s. nur BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 383/12, BGHZ 199, 104 Rdnr. 10 f. m.w.N.*), ist der **Widerruf der Beitrittserklärung bei einem bereits in Vollzug gesetzten Gesellschaftsvertrag als außerordentliche Kündigung zu behandeln, die nicht zu einer rückwirkenden Beseitigung der Gesellschafterstellung führt.**

Vielmehr ist der widerrufende Gesellschafter **bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung wie ein Gesellschafter mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten** (sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis) anzusehen, er ist zur Leistung seiner Einlage, soweit sie nicht vollständig erbracht ist, verpflichtet und nimmt bis zum Zeitpunkt seines Ausscheidens an den Gewinnen und Verlusten der Gesellschaft teil (*s. nur BGH, Urt. v. 16.12.2002 – II ZR 109/01, BGHZ 153, 214, 221; Beschl. v. 5.5.2008 – II ZR 292/06, ZIP 2008, 1018 Rdnr. 9 sowie Urt. v. 30.1.2018 – II ZR 95/16, WM 2018, 709 Rdnr. 52, jew. m.w.N.*).

Mit dem Wirksamwerden des Ausscheidens des Gesellschafters tritt damit an die Stelle der Mitgliedschaft (lediglich) ein Anspruch auf Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens, welcher nach dem Verkehrswert des Anteils im Zeitpunkt des Ausscheidens zu berechnen ist (*s. nur BGH, Beschl. v. 5.5.2008, a.a.O.*). Der widerrufende Gesellschafter kann daher unter Umständen seine Einlageleistung nicht zurückfordern, sondern muss sich an etwaigen Verlusten der Gesellschaft beteiligen, was gegebenenfalls sogar zu einem negativen Abfindungsguthaben führen kann (*BGH, a.a.O., Rdnr. 11*).

(b) **Von einer Invollzugsetzung im Sinne dieser Rechtsprechung ist allerdings erst dann auszugehen, wenn Rechtstat-sachen geschaffen worden sind, an denen die Rechtsordnung nicht vorbeigehen kann.** Das ist der Fall, wenn der Beitretende Beiträge geleistet oder gesellschaftsvertragliche Rechte ausgeübt hat (*BGH, Urt. v. 14.10.1991 – II ZR 212/90, NJW 1992, 1501, 1502; v. 27.6.2000 – XI ZR 174/99, WM 2000, 1685, 1686 und v. 11.5.2016 – XII ZR 147/14, MDR 2016, 759 Rdnr. 22*). Einen Beitrag hat der Kläger erst mit seiner Teilzahlung von 33.600 EUR (Agio und 50 % der vereinbar-

ten Einlageleistung) am 13.11.2002 auf das Treuhandkonto der Fondsgesellschaft erbracht. Vorher hatte er weder Beiträge geleistet noch gesellschaftsvertragliche Rechte ausgeübt.

Da die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft für den Fall eines Widerrufs der Beitrittserklärung mithin frühestens ab dem 13.11.2002 zur Anwendung gelangen konnten, vermochte der am 13.11.2012 eingereichte Güteantrag die Verjährung noch zu hemmen (§ 204 Abs. 1 Nr. 4, § 187 Abs. 1 und § 188 Abs. 2 BGB).

ee) Ob einer mit dem Zustandekommen des Beitrittsvertrages zeitlich zusammenfallenden Entstehung des Schadens entsprechend der Rechtsauffassung des Revisionsführers auch § 2 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages entgegensteht, wonach die Beteiligung als atypisch stiller Gesellschafter unabhängig vom Zeitpunkt der Eintragung des Vertrages in das Handelsregister (erst) mit vollständiger Zahlung des Agios und der Einmaleinlage „wirksam“ wird, bedarf nach dem Vorstehenden keiner Entscheidung.

2. Der am 13.11.2012 bei einer staatlich anerkannten Gütestelle eingegangene Güteantrag war auch geeignet, eine Verjährungshemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB zu bewirken.

a) Nach der von dem Revisionsbeklagten hingenommenen tatrichterlichen Würdigung des Berufungsgerichts wird der **Inhalt des Güteantrags** den in der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen (s. etwa *Senatsurt. v. 18.6.2015 – III ZR 198/14, juris Rdnr. 22 ff.*) gerecht und bezeichnet insbesondere den verfolgten Anspruch hinreichend genau.

b) Der Güteantrag erfüllte auch die formalen Anforderungen, die von den für die Tätigkeit der jeweiligen Gütestelle maßgeblichen Verfahrensvorschriften gefordert werden, wie es notwendig ist, um die Hemmungswirkung des § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB herbeizuführen (s. nur *Senatsbeschl. v. 4.5.2016 – III ZR 100/15, juris Rdnr. 3 m.w.N.*).

**Entgegen der Ansicht des Beklagten steht dem nicht entgegen, dass dem Antrag eine Vollmacht für die Prozessbevollmächtigten des Klägers nicht beigelegt war.** Zwar ist gemäß § 3 Abs. 1 Satz 9 der Verfahrensordnung des als Gütestelle angerufenen Rechtsanwalts und Mediators R. dem Antrag auf Verfahrenseinleitung eine schriftliche Vollmacht „beizufügen oder auf Antrag nachzureichen“. Nach dem Senatsbeschluss vom 4.5.2016 (*a.a.O., Rdnr. 4 ff.*) ist § 3 Abs. 1 Satz 9 der auch jenem Fall zugrunde liegenden Verfahrensordnung des Rechtsanwalts und Mediators R. allerdings dahingehend auszulegen, dass ein **Nachweis der Vollmacht nur dann erforderlich ist, wenn sein Fehlen bemängelt worden ist** oder der Gegner einen solchen verlangt hat.

Da auch der hiesige Beklagte einen Mangel der Vollmacht nicht geltend gemacht oder die Nachreichung einer Vollmacht gefordert hat, konnte der rechtzeitig eingereichte Güteantrag die Hemmung der Verjährung auch ohne gleichzeitige Vorlage einer Vollmacht bewirken.

3. Nach alledem ist das angefochtene Berufungsurteil aufzuheben und die Sache gemäß § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. § 563 Abs. 3 ZPO greift nicht ein, weil die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist. Das Berufungsgericht hat zwar das Bestehen einer für die Anlageentscheidung kausalen Beratungspflichtverletzung bejaht, von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig aber keine Feststellungen zu Art und Höhe des daraus resultierenden Schadens getroffen. Dies nachzuholen wird das Berufungsgericht in der neuen Tatsacheninstanz Gelegenheit haben. ■

## Anwaltschaftung

- Als Betreuer bestellter Rechtsanwalt
  - Verfügungsgelder des Betreuten
  - Sammelanderkonto
- (BGH, *Beschl. v. 31.10.2018 – XII ZB 300/18*)

### Leitsatz:

Der als Betreuer bestellte Rechtsanwalt handelt pflichtwidrig, wenn er Verfügungsgelder des Betreuten i.S.v. § 1806 2. Halbs. BGB auf einem Sammelanderkonto verwaltet. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Beteiligte zu 1), ein Rechtsanwalt, ist zum Berufsbetreuer für den Betroffenen u.a. mit dem Aufgabenkreis der Vermögenssorge bestellt. Er führt bei der M. Bank ein von ihm als „Barkasse“ bezeichnetes Rechtsanwalts-Sammelanderkonto, auf dem er Gelder verschiedener Betreuer verwaltet. Daneben verfügt der Betreute über ein eigenes Girokonto bei derselben Bank, welches als Pfändungsschutzkonto geführt wird.

Mit Beschluss vom 15.3.2018 hat der Rechtspfleger des AG dem Beteiligten zu 1) geboten, die für den Betroffenen auf dem Rechtsanwalts-Sammelanderkonto vorgehaltenen Gelder dem Vermögen des Betroffenen zurückzuführen, und ihm verboten, das Rechtsanwalts-Sammelanderkonto für den Betroffenen weiterzuführen bzw. künftig nochmals Gelder aus dem Vermögen des Betroffenen einem Fremdgeld- oder Anderkonto zuzuführen.

Das LG hat die Beschwerde des Beteiligten zu 1) zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich seine zugelassene Rechtsbeschwerde. ■

### Aus den Gründen:

Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

1. Das LG hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Gemäß § 1908 i Abs. 1 i.V.m. § 1805 BGB dürfe der Betreuer Vermögen des Betroffenen nicht für sich verwenden. Daraus folge, dass er die beiderseitigen Vermögen grundsätzlich getrennt voneinander zu halten habe. Dies gelte auch für Geld, das zur Bestreitung von Ausgaben bereit-

zuhalten sei. Im Falle eines Anderkontos sei diese Trennung nicht gewahrt. Gläubiger des Betreuers könnten auf das Vermögen des Betreuten zugreifen. Bei Sammelanderkonten für mehrere Betroffene werde auch die Kontrolle durch das Betreuungsgericht erschwert. Es sei nicht ersichtlich, weshalb der Betreuer die erforderlichen Ausgaben nicht durch Überweisung vom Girokonto des Betroffenen oder aus vorzuhaltenden Barmitteln tätigen könne. Dass ein Guthaben auf dem Girokonto, über das bis zum Ende des Kalendermonats nicht verfügt worden sei, gemäß § 850 k Abs. 1 ZPO von der Pfändung erfasst würde, sei von der Rechtsordnung so gewollt und lasse sich auch durch die Umbuchung auf ein Sammelanderkonto nicht verhindern.

2. Die angefochtene Entscheidung hält einer rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Das LG hat die Anordnung des AG zutreffend dahin verstanden, dass sich die ausgesprochenen Gebote wie auch Verbote auf die Verwaltung von Geldern des Betroffenen auf einem Rechtsanwalts-Sammelanderkonto beziehen.

b) Gemäß § 1908 i Abs. 1 i.V.m. § 1837 Abs. 2 BGB hat das Betreuungsgericht gegen Pflichtwidrigkeiten des Betreuers durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten. Zutreffend hat das LG eine Pflichtwidrigkeit des Beteiligten zu 1) darin gesehen, Verfügungsgelder des Betroffenen auf einem Sammelanderkonto zu verwalten.

aa) Gemäß **§ 1908 i Abs. 1 i.V.m. § 1805 Satz 1 BGB** darf der Betreuer Vermögen des Betroffenen nicht für sich verwenden. Mit der Vorschrift des § 1805 Satz 1 BGB sollte nach den Gesetzesmotiven eine „unzweideutige Mahnung“ erteilt werden, dass der Vormund sein Vermögen und das des Mündels in allen Beziehungen getrennt zu halten habe (vgl. *Motive IV S. 1107, zitiert bei Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. IV S. 587 f.*). Entsprechendes gilt gemäß § 1908 i Abs. 1 BGB für den Betreuer.

**Es besteht daher Einigkeit darin, dass der Betreuer ein Trennungsgebot für die Vermögenssphären seiner eigenen Person und der des Betroffenen einzuhalten hat** (LG Münster, *Beschl. v. 28.7.2011 – 5 T 309/11, BeckRS 2012, 22126; BeckOGK/Fröschle BGB [Stand: 1.10.2018] § 1805 Rdnr. 7; Münch-KommBGB/Kroll-Ludwigs 7. Aufl. § 1805 Rdnr. 3; jurisPK-BGB/Lafontaine [Stand: 15.10.2016] § 1805 BGB Rdnr. 5; Damrau/Zimmermann *Betreuungsrecht* 4. Aufl. § 1805 BGB Rdnr. 2; NK-BGB/Fritsche 3. Aufl. § 1806 Rdnr. 2).*

bb) § 1908 i Abs. 1 i.V.m. § 1806 2. Halbs. BGB gestattet es dem Betreuer allerdings, zur Bestreitung von Ausgaben des Betreuten benötigtes Geld bereitzuhalten. **Dieses sogenannte Verfügungsgeld darf er – getrennt von seinem eigenen Vermögen – als Bargeld für den Betroffenen verwahren.**

Ob die Befugnis zur Bereithaltung eines Barbetrags zur Bestreitung von Ausgaben des Betroffenen auch die Berechtigung eines Rechtsanwalts als Betreuer einschließt, für den Betroffenen ein **Anderkonto** zu führen, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

(1) **Nach verbreiteter Auffassung** wird das **Verwalten von Geldern eines Mündels** oder Betreuten **auf einem Anderkonto** des Betreuers als **grundsätzlich unzulässig angesehen** (KG, *NJW* 1967, 883; *OLG Köln, OLGR* 1997, 51; *LG Münster, Beschl. v. 28.7.2011 – 5 T 309/11, BeckRS* 2012, 22126; *BeckOK, BGB/Bettin [Stand: 1.8.2018] § 1805 Rdnr. 2; jurisPK-BGB/Lafontaine [Stand: 15.10.2016] § 1805 BGB, Rdnr. 11; Hk-BGB/Kemper* 9. Aufl., § 1805 Rdnr. 1; *Damrau/Zimmermann *Betreuungsrecht** 4. Aufl., § 1805 BGB, Rdnr. 2; *BGB-RGRK/Dickescheid* 12. Aufl., § 1805 Rdnr. 2; *Jurgeleit/Reinfarth *Betreuungsrecht** 4. Aufl., § 1805 BGB, Rdnr. 2), wobei dies auch für Rechtsanwalts-Anderkonten gelte.

(2) **Nach anderer Auffassung** sei Rechtsanwälten als Vormündern oder Betreuern die **Verwaltung von Geldern auf Anderkonten erlaubt** (*Beitzke ZBl-JugR* 1967, 237, 241; *Schütz NJW* 1967, 1569; *Staudinger/Veit BGB [2014] § 1805 Rdnr. 9; Erman/Schulte-Bunert, BGB*, 15. Aufl., § 1805 Rdnr. 4; *Palandt/Götz BGB*, 77. Aufl., § 1805 Rdnr. 1; *auf Ausnahmefälle beschränkend Münch-KommBGB/Kroll-Ludwigs* 7. Aufl., § 1806 BGB, Rdnr. 16; *BtKomm/Roth* 5. Aufl. Teil D Rdnr. 48; *Jürgens/von Crailsheim, *Betreuungsrecht** 5. Aufl., § 1805 BGB, Rdnr. 5 f.; vgl. *allgemein BeckOGK/Fröschle BGB [Stand: 1.10.2018] § 1805 Rdnr. 9 ff.*).

Von einigen Vertretern der letztgenannten Auffassung wird sogar die **Verwaltung auf Sammelanderkonten** als zulässig erachtet, solange eine eindeutige Zuordnung gewahrt sei (*Staudinger/Veit, BGB [2014] § 1805 Rdnr. 9; Beitzke, ZBlJugR* 1967, 237, 242; *Erman/Schulte-Bunert, BGB* 15. Aufl., § 1805 Rdnr. 4; *Palandt/Götz, BGB* 77. Aufl., § 1805 Rdnr. 1; *auf geringere Summen beschränkend NK-BGB/Fritsche* 3. Aufl., § 1805 Rdnr. 3), von anderen hingegen als generell unzulässig angesehen (*BtKomm/Roth* 5. Aufl., Teil D Rdnr. 48; *BeckOGK/Fröschle BGB [Stand: 1.10.2018] § 1805 Rdnr. 10; ebenso LG Münster, Beschl. v. 28.7.2011 – 5 T 309/11, BeckRS* 2012, 22126; *Damrau/Zimmermann *Betreuungsrecht** 4. Aufl., § 1805 BGB, Rdnr. 2; *Jurgeleit/Reinfarth *Betreuungsrecht** 4. Aufl., § 1805 BGB, Rdnr. 3).

(3) **Zutreffend ist, dass auch Rechtsanwälte als Betreuer Gelder von Betroffenen jedenfalls nicht auf Sammelanderkonten verwalten dürfen.**

Bereits für das **frei vereinbarte**, auf besonderem Vertrauen beruhende (vgl. *KG, NJW* 1967, 883) **Mandatsverhältnis** enthält § 4 Abs. 2 Sätze 2 und 5 BORA eine Beschränkung dahin, dass Fremdgelder – mangels abweichender Vereinbarung – **in der Regel auf Einzelanderkonten** zu verwalten sind. Denn auf Sammelkonten können im Laufe der Zeit Unklarheiten darüber entstehen, welchem Treugeber welche Beiträge zustehen (*Henssler/Prütting/Henssler BRAO* 4. Aufl., § 4 BORA Rdnr. 6).

**Noch strengere Maßstäbe** sind angelegt, wenn das **Treuhandverhältnis nicht auf einer frei vereinbarten Vertrauensstellung gründet, sondern auf öffentlicher Amtsstellung** beruht. So ist etwa Notaren als Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) die Einrichtung von Sammelanderkonten im Rahmen öffentlicher Beurkundungen und Verwahrungen gänzlich untersagt (§ 58 Abs. 2 Satz 3 BeurkG).

**Entsprechendes muss gelten für die auf gerichtlicher Bestellung des Vormunds oder Betreuers gründende Verwaltung von Mündelgeldern und Geldern von Betreuten.** Denn § 1805 Satz 1 BGB erfordert nicht nur die Trennung der Vermögenssphäre der eigenen Person und der des Betroffenen, sondern auch, die Vermögen mehrerer Mündel oder Betreuten voneinander getrennt zu halten (*BeckOGK/Fröschle BGB [Stand: 1.10.2018] § 1805 Rdnr. 7, 10*).

Dies erlaubt es grundsätzlich nicht, Mündelgelder und Geldern von Betreuten dauerhaft gemeinsam mit anderen Fremdgeldern auf Sammelanderkonten zu verwalten. Die Gefahr entstehender Unklarheiten wäre hier besonders groß, da die Verwaltung von Verfügungsgeldern nicht in singulären, leicht rekonstruierbaren Ein- und Auszahlungen besteht, sondern sich in einem laufenden Kontokorrent vollzieht. Auch die Kontrolle durch das Betreuungsgericht – unter Wahrung der Geheimhaltungsinteressen der weiteren Berechtigten – an dem Sammelanderkonto wäre unzuträglich erschwert.

**Das Führen von Sammelkonten** für Mündel ist deshalb von Gesetzes wegen aufgrund der **Sonderbestimmung des § 56 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII** lediglich einem **Amtsvormund** gestattet. Selbst dies steht unter einem grundsätzlichen Genehmigungsvorbehalt des Familiengerichts und setzt voraus, dass es den Interessen des Mündels dient sowie die sichere Verwaltung, Trennbarkeit und Rechnungslegung des Geldes einschließlich der Zinsen jederzeit gewährleistet ist.

Da das Gesetz für Rechtsanwälte keine dementsprechende Gestattung enthält, auch nicht unter dem Vorbehalt einer Genehmigung des Familiengerichts, kommt für sie eine dauerhafte Vermischung der ihnen gesetzlich anvertrauten Fremdgelder von Mündeln und Betreuten auf Sammelanderkonten nicht in Betracht. ■

## Steuerberaterhaftung

- Kenntnisabhängige Verjährung
  - Einlegung eines Rechtsbehelfs
  - Folgeberater
- (*BGH, Ur. v. 25.10.2018 – IX ZR 168/17*)

### Leitsätze:

1. Der Mandant hat in der Regel keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von Schaden und Schädiger, wenn der von ihm beauftragte Steuerberater, gegen den sich der Anspruch richtet, die in einem Steuerbescheid oder einem Schreiben des FA enthaltene Rechtsansicht als unrichtig bezeichnet und zur Einlegung eines Rechtsbehelfs rät.

2. Der Mandant muss sich die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis eines Rechtsanwalts zurechnen lassen, den er mit der Durchsetzung des Ersatzanspruchs gegen einen früheren Berater beauftragt hat. Eine Zurechnung kommt regelmäßig auch dann in Betracht,

wenn der Mandant den Rechtsanwalt mit der Fortsetzung oder Überprüfung des dem späteren Anspruchsgegner erteilten Mandats beauftragt hat. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger nimmt den Beklagten wegen unrichtiger steuerlicher Beratung auf Schadenersatz in Höhe von 50.671,06 EUR in Anspruch. Der Kläger war abhängig beschäftigt. Mit Wirkung vom 1.12.2002 meldete er zusätzlich ein Gewerbe „Vermietung von Maschinen, Fahrdienstleistung, Handel mit Landwirtschaftsmaschinen“ an. In der ersten Hälfte des Jahres 2003 beauftragte der Kläger den Beklagten mit der Erstellung von Einkommensteuer- und Umsatzsteuererklärungen. Nach einer Betriebsprüfung am 4.11.2008 erkannte das FA den Gewerbebetrieb nicht mehr als solchen an. Der Einspruch des Klägers gegen die geänderten Bescheide blieb im Ergebnis erfolglos. In einem Schreiben vom 7.8.2009 teilte das FA dem Kläger mit, dass es keine Möglichkeit sehe, den Einsprüchen zu entsprechen. Im Jahre 2013 ließ der anderweitig vertretene Kläger den Einspruch zurücknehmen.

Der Kläger hat dem Beklagten vorgeworfen, ihn, den Kläger, im Jahre 2002 im Zusammenhang mit der Neugründung des Gewerbes unrichtig beraten zu haben. Er habe ihn zudem nicht auf die Gefahr der Nichtanerkennung des Gewerbebetriebs und der daraus folgenden fehlenden Möglichkeit einer Verrechnung der Verluste mit anderweitigen Einnahmen hingewiesen; er habe schließlich fehlerhaft für alle Einkünfte einheitlich Buch geführt und Überschussberechnungen erstellt. Die am 29.12.2014 bei Gericht eingegangene und am 9.1.2015 zugestellte Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Der Senat hat die Revision des Klägers zugelassen, soweit die Klage auf den fehlenden Hinweis auf eine mögliche Nichtanerkennung des Gewerbebetriebs gestützt ist. In diesem Umfang verfolgt der Kläger seinen Antrag auf Zahlung von Schadenersatz in Höhe von 50.671,06 EUR nebst Zinsen weiter. ■

### Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung, soweit sie Gegenstand des Revisionsverfahrens war, und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat einen etwaigen Schadenersatzanspruch wegen des unterbliebenen Hinweises auf die Gefahr der Nichtanerkennung des Gewerbebetriebs ebenso wie das LG für verjährt gehalten. Es hat, teils unter Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil, ausgeführt: Die Verjährung möglicher Regressansprüche habe gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Ende des Jahres 2009 begonnen. Der Schaden sei mit der Zustellung der belastenden Steuerbescheide eingetreten.

Spätestens seit 2009 habe sich der Kläger auch grob fahrlässig in Unkenntnis über die anspruchsbegründenden Umstände befunden. Er habe aufgrund der Steuerbescheide und aufgrund des Schreibens vom 8.8.2009 gewusst, dass das FA

die Voraussetzungen für eine Verrechnung der Verluste nicht für gegeben erachtete. Dass ihn der Beklagte zur Einlegung der Einsprüche gedrängt und die Rechtsansicht des FA für irrig erklärt habe, ändere hieran nichts, weil der Beklagte sich schon im laufenden Einspruchsverfahren anwaltlicher Hilfe und Beratung bedient habe.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Schadenersatzansprüche gegen Steuerberater wegen fehlerhafter Beratung verjähren nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 194 ff. BGB. Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre (§ 195 BGB). Sie beginnt mit dem Schluss des Jahres, in welchem der Anspruch entstanden ist (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB).

2. Die Feststellungen der angefochtenen Entscheidung tragen nicht den Schluss auf eine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der den Anspruch begründenden Umstände des Klägers bereits im Jahre 2009.

a) Die tatsächlichen Voraussetzungen einer **Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis** des Klägers selbst hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

aa) Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH liegt eine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der den Anspruch begründenden Umstände im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB nicht schon dann vor, wenn dem Gläubiger Umstände bekannt werden, nach denen zu seinen Lasten ein Rechtsverlust eingetreten ist (BGH, Urt. v. 6.2.2014 – IX ZR 245/12, BGHZ 200, 172 Rdnr. 9 ff. m.w.N.).

**Geht es um die Haftung eines Rechtsberaters, muss der Mandant nicht nur die wesentlichen tatsächlichen Umstände kennen, sondern auch Kenntnis von solchen Tatsachen erlangen, aus denen sich für ihn – gerade wenn er juristischer Laie ist – ergibt, dass der Rechtsberater von dem üblichen rechtlichen Vorgehen abgewichen ist oder Maßnahmen nicht eingeleitet hat, die aus rechtlicher Sicht zur Vermeidung eines Schadens erforderlich waren** (BGH, Urt. v. 6.2.2014, a.a.O., Rdnr. 15 m.w.N.; v. 15.12.2016 – IX ZR 58/16, BGHZ 213, 213 Rdnr. 11).

**Für ein fehlerhaftes Verhalten des Anwalts ist aus der Sicht des Mandanten regelmäßig kein Anhalt im Sinne grob fahrlässiger Unkenntnis gegeben, wenn der in Betracht kommende Fehler im Rechtsstreit kontrovers beurteilt wird und der Anwalt gegenüber dem Mandanten oder in Ausübung des Mandats nach außen hin die Rechtsansicht vertritt, ein Fehlverhalten liege nicht vor.**

Der Mandant darf sich darauf verlassen, dass der von ihm beauftragte Anwalt die anstehenden Rechtsfragen fehlerfrei beantwortet und der erteilte Rechtsrat zutreffend ist. Dem Mandanten obliegt es nicht, den Anwalt zu überwachen oder dessen Rechtsansichten durch einen weiteren Rechtsbe-

rater überprüfen zu lassen. Rät der Berater zur Fortsetzung des Rechtsstreits, hat der Mandant in der Regel sogar dann keine Kenntnis von der Pflichtwidrigkeit des Beraters, wenn das Gericht oder der Gegner zuvor auf eine Fristversäumung hingewiesen hat (BGH, Urt. v. 6.2.2014, a.a.O., Rdnr. 17 m.w.N.).

bb) **Nichts anderes gilt für die Haftung eines Steuerberaters**, was das Berufungsgericht im Ansatz nicht verkannt hat. Ein nachteiliger Steuerbescheid oder eine Mitteilung des FA vermittelt **keine Kenntnis** der steuerrechtlichen Lage, **wenn der vom Mandanten beauftragte Steuerberater, gegen den sich der Schadenersatzanspruch richtet, die im Bescheid oder im Schreiben vertretene Ansicht als unrichtig bezeichnet und zur Einlegung des Rechtsbehelfs rät**. Auch in einem solchen Fall kann vom Mandanten regelmäßig nicht erwartet werden, einen weiteren Steuerberater zu beauftragen, um die Richtigkeit der Auskünfte und Empfehlungen seines Beraters zu überprüfen.

cc) Revisionsrechtlich ist der vom Berufungsgericht als wahr unterstellte Vortrag des Klägers zugrunde zu legen, der Beklagte habe die Rechtsauffassung des zuständigen FA als unrichtig bezeichnet und Einspruch gegen die Steuerbescheide eingelegt. Der Kläger hatte dann keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Beratungsfehlers, welcher zu den belastenden Bescheiden geführt haben soll.

b) Die tatsächlichen Voraussetzungen einer **Zurechnung von Kenntnissen des vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten** des Klägers im Jahre 2009 sind ebenfalls nicht festgestellt.

aa) Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH kommt es hinsichtlich der **Kenntnis** der für den Beginn der Verjährungsfrist maßgebenden Umstände grundsätzlich auf die **Person des Anspruchsgläubigers selbst an** (vgl. etwa BGH, Urt. v. 13.12.2012 – III ZR 298/11, WM 2013, 155 Rdnr. 18 m.w.N.). **Allerdings muss sich der Anspruchsgläubiger entsprechend § 166 Abs. 1 BGB und mit Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) auch die Kenntnis eines Wissensvertreters zurechnen lassen.**

Wissensvertreter ist jeder, der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei anfallenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen sowie gegebenenfalls weiterzuleiten (BGH, Urt. v. 24.1.1992 – V ZR 262/90, BGHZ 119, 104, 106 f.). Dazu gehört etwa die Verfolgung eines Anspruchs des Geschäftsherrn (BGH, Urt. v. 13.12.2012 – III ZR 298/11, WM 2013, 155 Rdnr. 19).

**Ein vom Gläubiger mit der Durchsetzung einer Forderung gegen den späteren Insolvenzschuldner beauftragter Rechtsanwalt ist Wissensvertreter des Gläubigers, soweit er sein Wissen aus allgemein zugänglichen Quellen erlangt oder es über seine Internetseite selbst verbreitet hat** (BGH, Urt. v. 10.1.2013 – IX ZR 13/12, WM 2013, 180 Rdnr. 26). Zurechnet wird auch das Wissen eines Rechtsanwalts, welchen der Geschädigte mit der Aufklärung eines bestimmten Sachverhalts, etwa der Frage eines ärztlichen Behandlungsfehlers,

beauftragt hat (BGH, Urt. v. 8.11.2016 – VI ZR 594/15, NJW 2017, 949 Rdnr. 14).

Die auf eine derartige Beauftragung gegründete Zurechnung umfasst nicht nur das positive Wissen des Wissensvertreters, sondern auch seine leichtfertige oder grob fahrlässige Unkenntnis (BGH, Urt. v. 13.12.2012, a.a.O., Rdnr. 19 m.w.N.). **Eine Wissenszurechnung scheidet aus, wenn sich der betreffende Anspruch gerade gegen diejenige Person richtet, deren Wissen zugerechnet werden soll; denn in derartigen Fällen kann nicht erwartet werden, dass der Schuldner dafür sorgt, dass Ansprüche gegen ihn selbst geltend gemacht werden** (BGH, Urt. v. 23.1.2014 – III ZR 436/12, WM 2014, 900 Rdnr. 20 m.w.N.).

bb) **Die Zurechnung des Wissens oder der grob fahrlässigen Unkenntnis eines anwaltlichen Beraters kommt nach allgemeiner Ansicht auch im Bereich der Haftung des Rechtsanwalts oder Steuerberaters in Betracht** (vgl. Chab in: G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch der Anwaltschaftung, 4. Aufl., § 7 Rdnr. 223; Lohmann in: Henssler/Gehrlein/Holzinger, Handbuch der Beraterhaftung, Kapitel 2 Rdnr. 150 f.; Fahrendorf in: Fahrendorf/Mennemeyer, Die Haftung des Rechtsanwalts, 9. Aufl., Rdnr. 1192). Sie setzt jedenfalls eine **Beauftragung des neuen Rechtsanwalts** voraus.

Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des neuen Beraters können frühestens vom Zeitpunkt der Beauftragung an zugerechnet werden. Es muss sich außerdem um Kenntnisse handeln, welche der anwaltliche Berater im Rahmen des ihm erteilten Auftrags erlangt oder verwertet; dem steht es gleich, wenn er diese Kenntnisse grob fahrlässig nicht erlangt oder nicht verwertet, obwohl ihm dies rechtlich möglich und zumutbar gewesen wäre; eine Grenze bildet hier die dem Anwalt obliegende Pflicht zur Verschwiegenheit (§ 43a BRAO).

**Derartige Kenntnisse werden jedenfalls dann zugerechnet, wenn der neue Anwalt mit der Verfolgung von Schadenersatzansprüchen gegen den früheren Berater beauftragt wird. Eine Zurechnung kommt regelmäßig jedoch auch in Betracht, wenn der Anwalt mit der Fortführung oder Überprüfung des ersten, dem späteren Anspruchsgegner erteilten Mandats beauftragt wird, auf welchem der Schadenersatzanspruch beruht.**

cc) Feststellungen dazu, wann der Kläger seinen vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten beauftragt hat, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Es hat angenommen, der neue Berater des Klägers sei „im laufenden Einspruchsverfahren“ tätig geworden. Das Einspruchsverfahren dauerte von der Einlegung der Einsprüche im Jahre 2009 bis zu deren Rücknahme im Jahre 2013, umfasste also einen Zeitraum von etwa vier Jahren.

Der Kläger, auf dessen Vortrag die Vorinstanzen ebenfalls Bezug genommen haben, hat erklärt, der neue Berater sei erst im August 2013 mit der Rücknahme des Einspruchs beauftragt worden. Welchen Inhalt der dem vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten des Klägers erteilte Beratungsauftrag hatte, hat das Berufungsgericht ebenfalls nicht festgestellt. Schließlich fehlen Feststellungen dazu, wann der vor-

instanzliche Prozessbevollmächtigte seinerseits die dem Kläger zuzurechnende Kenntnis von Schaden und Schädiger erlangt hat oder zur Meidung des Vorwurfs grober Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.

III. Die angefochtene Entscheidung kann daher im Umfang der Zulassung keinen Bestand haben. Sie ist insoweit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO).

Der Senat weist auf folgenden rechtlichen Gesichtspunkt hin: Darlegungs- und beweispflichtig für die tatsächlichen Voraussetzungen der Verjährungseinrede ist der Beklagte, der sich auf den Eintritt der Verjährung beruft (vgl. BGH, Urt. v. 23.1.2007 – XI ZR 44/06, BGHZ 171, 1 Rdnr. 32). ■

## Anwaltshaftung

- Fristgebundener Schriftsatz
  - Übermittlung per Faxgerät
  - Ausreichende Zeitreserve
- (BGH, Beschl. v. 6.12.2017 – XII ZB 335/17)

### Leitsatz:

Nutzt ein Rechtsanwalt zur Übermittlung eines fristgebundenen Schriftsatzes ein Telefaxgerät, hat er eine ausreichende Zeitreserve einzuplanen, um einen vollständigen Zugang des zu übermittelnden Schriftsatzes bis zum Fristablauf zu gewährleisten. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Beklagte wendet sich gegen die Verwerfung ihrer Berufung und die Zurückweisung ihres Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist.

Die Beklagte wird von dem Kläger nach Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft der Parteien auf Rückzahlung eines Darlehens in Anspruch genommen. Das LG hat die Beklagte mit Urteil vom 1.12.2016 zur Zahlung von 122.000 EUR nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Beklagte hat gegen diese ihr am 7.12.2016 zugestellte Entscheidung am 3.1.2017 Berufung eingelegt. Auf Antrag ihrer Prozessbevollmächtigten hat das OLG die Frist zur Begründung der Berufung bis zum 7.3.2017 verlängert.

Nach den Aufzeichnungen im Telefaxgerät des OLG mit der Rufnummer +49-89-... hat am 7.3.2017 um 23:59 Uhr eine Übertragung begonnen, die die Berufungsbegründung zum Gegenstand hatte und die eine Minute und 14 Sekunden gedauert hat. Nach den Aufzeichnungen im Telefaxgerät des OLG mit der Rufnummer +49-89-... hat am 8.3.2017 um

0:00 Uhr eine weitere Übertragung der Berufungsbegründung begonnen, die eine Minute und 12 Sekunden in Anspruch genommen hat. In beiden Fällen ist als Eingang der Berufungsbegründung der 8.3.2017 vermerkt.

Nachdem die Beklagte mit Verfügung des Vorsitzenden am 8.3.2017 auf die Nichteinhaltung der Berufungsbegründungsfrist hingewiesen worden war, hat sie mit Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 27.3.2017 vorsorglich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beantragt.

Das OLG hat den Wiedereinsetzungsantrag der Beklagten zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Beklagten. ■

#### Aus den Gründen:

Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

1. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß §§ 238 Abs. 2 Satz 1, 522 Abs. 1 Satz 2 und 4, 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statthaft. Sie ist jedoch nicht zulässig, weil es an den Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO fehlt (vgl. *Senatsbeschl. v. 5.7.2017 – XII ZB 463/16, FamRZ 2017, 1704 Rdnr. 5 m.w.N.*). Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde erfordert die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts. Insbesondere wird die Beklagte durch die angegriffene Entscheidung nicht in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt.

2. Das OLG hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Berufung sei unzulässig, weil die Beklagte die Berufungsbegründungsfrist versäumt habe. Aus dem Empfangsjournal des Telefaxgeräts ergebe sich, dass die vollständige Berufungsbegründungsschrift erst am 8.3.2017 und somit nach Ablauf der am 7.3.2017 endenden Berufungsbegründungsfrist beim OLG eingegangen sei. Deshalb komme es nicht darauf an, dass zu einem späteren Zeitpunkt noch eine weitere Faxübertragung des Schriftsatzes erfolgt sei. Technische Störungen des Telefaxgeräts hätten nicht vorgelegen. Ebenso wenig lägen Anhaltspunkte dafür vor, dass das Telefaxgerät die Empfangszeit falsch aufgezeichnet habe.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei unbegründet. Nach der Rechtsprechung des BGH habe ein Rechtsanwalt, der eine Rechtsmittelbegründungsfrist bis zum letzten Tag ausschöpfe, eine erhöhte Sorgfalt aufzuwenden, um die Einhaltung der Frist sicherzustellen. Bei der Übermittlung eines fristwahrenden Schriftsatzes per Telefax habe der Rechtsanwalt zudem Verzögerungen einzukalkulieren, mit denen üblicherweise zu rechnen ist.

Ein Rechtsanwalt, der eine Frist bis zur letzten Sekunde ausschöpfe, habe daher ein Sicherheitspolster für die Übertragungszeit einzukalkulieren, die den technischen Gegebenheiten und der Möglichkeit von Schwierigkeiten bei der Übertragung Rechnung trage. Die Prozessbevollmächtigte der Beklagten habe daher deutlich früher als – wie von ihr behauptet – 23:52 Uhr mit der Versendung der Berufungsbegründung beginnen müssen.

3. Dies hält sich im Rahmen der Rechtsprechung des Senats. Das Berufungsgericht hat zu Recht wegen eines der Beklagten nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnenden Anwaltsverschuldens eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgelehnt und die Berufung der Beklagten als unzulässig verworfen. Die Rüge der Rechtsbeschwerde, das Berufungsgericht habe bei dieser Entscheidung unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG entscheidungserheblichen Vortrag der Beklagten nicht berücksichtigt, greift nicht durch.

a) Ohne Rechtsfehler ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die bis zum 7.3.2017 verlängerte Berufungsbegründungsfrist nicht gewahrt worden ist, weil die vollständige Berufungsbegründungsschrift nach Mitternacht und somit erst am 8.3.2017 beim Berufungsgericht eingegangen ist (vgl. *BGH Beschl. v. 14.5.2013 – III ZR 289/12, NJW 2013, 2514 Rdnr. 11 m.w.N.*). Hiergegen erinnert auch die Rechtsbeschwerde nichts.

b) Zu Recht hat das Berufungsgericht den **Wiedereinsetzungsantrag** der Beklagten zurückgewiesen. Nach § 233 ZPO ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn eine Partei ohne ihr Verschulden verhindert war, die Berufungsfrist einzuhalten. Ein **Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten** ist der Partei zuzurechnen (§ 85 Abs. 2 ZPO).

aa) **Nach ständiger Rechtsprechung des BGH hat ein Rechtsanwalt durch organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig gefertigt wird und innerhalb der laufenden Frist beim zuständigen Gericht eingeht.** Entschließt sich ein Rechtsanwalt, einen fristgebundenen Schriftsatz selbst bei Gericht einzureichen, übernimmt er damit die alleinige Verantwortung für die Einhaltung der Frist. Er hat auch in diesem Fall geeignete Maßnahmen zu treffen, um einen fristgerechten Eingang des Schriftsatzes zu gewährleisten.

Reicht er den Schriftsatz nicht rechtzeitig bei Gericht ein, kommt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur in Betracht, wenn der Rechtsanwalt alle erforderlichen Schritte unternommen hat, die bei einem normalen Verlauf der Dinge mit Sicherheit dazu führen würden, dass die Frist gewahrt wird (*Senatsbeschl. v. 20.4.2016 – XII ZB 390/15, FamRZ 2016, 1153 Rdnr. 10 m.w.N.*). **Schöpft ein Rechtsanwalt – wie im vorliegenden Fall – eine Rechtsmittelbegründungsfrist bis zum letzten Tag aus, hat er wegen des damit erfahrungsgemäß verbundenen Risikos zudem erhöhte Sorgfalt aufzuwenden, um die Einhaltung der Frist sicherzustellen** (vgl. *BGH, Beschl. v. 9.5.2006 – XI ZB 45/04, FamRZ 2006, 1191 m.w.N.*).

Nutzt ein Rechtsanwalt zur Übermittlung eines fristgebundenen Schriftsatzes ein Telefaxgerät, hat er bei ordnungsgemäßer Nutzung eines funktionsfähigen Sendegeräts und der korrekten Eingabe der Empfängernummer das seinerseits **Erforderliche zur Fristwahrung getan, wenn er so rechtzeitig mit der Übertragung beginnt, dass unter normalen Umständen mit deren Abschluss vor 24:00 Uhr des letzten Tages der Frist zu rechnen ist** (*BGH, Beschl. v. 8.4.2014 – VI ZB 1/13, NJW 2014, 2047 Rdnr. 8 m.w.N.; Senatsbeschl. v. 6.4.2011 – XII ZB 701/10, NJW 2011, 1972 Rdnr. 9 m.w.N.*).

Dabei hat der Absender die Belegung des Empfangsgeräts des Gerichts in Rechnung zu stellen und eine **ausreichende Zeitreserve** einzuplanen, um gegebenenfalls durch Wiederholung der Übermittlungsvorgänge einen Zugang des zu übermittelnden Schriftsatzes bis zum Fristablauf zu gewährleisten (vgl. BGH, *Beschl.v. 12.2.2015 – V ZB 75/13, NJW-RR 2015, 1196 Rdnr. 8 m.w.N.*).

bb) Diesen Anforderungen an die Sorgfaltspflichten eines Rechtsanwalts ist die Prozessbevollmächtigte der Beklagten nicht gerecht geworden.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist weder eine Störung des Empfangsgeräts im Gericht noch eine solche bei dem Telefaxgerät der Prozessbevollmächtigten der Beklagten glaubhaft gemacht. Der verspätete Eingang der Berufungsbegründung beruhte vielmehr darauf, dass die Prozessbevollmächtigte der Beklagten den Sendevorgang des Faxgeräts nach ihrer Behauptung erst gegen 23:52 Uhr und damit zu einem Zeitpunkt eingeleitet hat, zu dem auch bei einem Schriftsatz, der nur sieben Seiten umfasste, eine fristwahrende Übermittlung an das Gericht nicht mehr sichergestellt war.

cc) Ohne Erfolg rügt die Rechtsbeschwerde insoweit, dass das Beschwerdegericht unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG das Vorbringen der Beklagten nicht berücksichtigt habe, wonach ihre Prozessbevollmächtigte aufgrund eines unvorhersehbaren epileptischen Anfalls ihrer Tochter gegen 20:00 Uhr in ihre Wohnung habe fahren müssen und erst nach der Ruhigstellung ihrer Tochter um 22:15 Uhr in ihre Kanzlei habe zurückkehren können. Ohne diese Kanzleiabwesenheit hätte die Prozessbevollmächtigte der Beklagten die Berufungsbegründung bereits gegen 21:20 Uhr fertigstellen können, so dass ausreichend Zeit zur Verfügung gestanden hätte, um den Schriftsatz fristgerecht per Telefax an das Berufungsgericht zu übermitteln.

Zwar folgt aus Art. 103 Abs. 1 GG die Verpflichtung des Gerichts, entscheidungserhebliche Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Dass diesem Erfordernis genügt wurde, müssen auch die Entscheidungsgründe erkennen lassen (vgl. *Senatsbeschl. v. 22.10.2014 – XII ZB 257/14, FamRZ 2015, 135 Rdnr. 12 m.w.N.*). Daran fehlt es hier zwar. Denn die angegriffene Entscheidung verhält sich zu diesem Vorbringen der Beklagten nicht.

Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist der Vortrag der Beklagten zu der unerwarteten Kanzleiabwesenheit ihrer Prozessbevollmächtigten jedoch nicht entscheidungserheblich. Die Beklagte trägt insoweit vor, dass ihre Prozessbevollmächtigte gegen 22:15 Uhr in die Kanzlei zurückgekehrt war und sie die Berufungsbegründung gegen 23:35/23:40 Uhr fertiggestellt hatte. Warum die Prozessbevollmächtigte mit der Übermittlung des Schriftsatzes dann erst um 23:52 Uhr begonnen haben will, erschließt sich aus dem Vorbringen der Beklagten nicht. Der Prozessbevollmächtigte war der drohende Ablauf der Berufungsbegründungsfrist um 24:00 Uhr bekannt.

**Auch bei einer bloß siebenseitigen Berufungsbegründungsschrift durfte sie angesichts der Möglichkeit unerwarteter Verzögerungen beim Übertragungsvorgang oder der Möglichkeit, dass das Empfangsgerät belegt sein könnte, bei einer Zeitreserve von höchstens acht Minuten nicht darauf vertrauen, dass der Schriftsatz rechtzeitig bei Gericht eingehen werde.** Daher liegt auch aufgrund des Vorbringens, dessen Nichtberücksichtigung die Rechtsbeschwerde rügt, ein der Beklagten nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnendes Verschulden ihrer Prozessbevollmächtigten vor. ■

## Honorar des Steuerberaters

- Mittelgebühr?
  - Darlegungs- und Beweislast
  - Ermessensausübung, § 11 StBVV
  - Schriftlicher Erläuterungsbericht
  - Zeithonorar, § 13 StBVV
- (*OLG Frankfurt, Urt. v. 5.10.2018 – 8 U 203/17*)

### Leitsatz:

Die Billigkeit der Überschreitung der Mittelgebühr ist vom Steuerberater darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. ■

### Aus den Gründen:

I. Von einer Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil und von der Darstellung etwaiger Änderungen und Ergänzungen wird gemäß den §§ 540 Abs. 1, 2, 313a ZPO abgesehen.

II. Die zulässige Berufung hat in der Sache lediglich in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

1. Soweit die Klägerin mit der Klage Honoraransprüche für das Erstellen einer Reihe von Steuererklärungen und des jeweiligen Jahresabschlusses für die Jahre 2013 und 2014 sowie für das Verfassen von entsprechenden Erläuterungsberichten geltend macht, ist die Klage in Höhe von (brutto) 4.864,83 EUR (= 2.331,44 EUR + 2.533,39 EUR) begründet.

a. Das LG hat zutreffend erkannt, dass die Klägerin aktivlegitimiert ist. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann auf die zutreffenden Ausführungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen werden. Die Beklagte hat die Aktivlegitimation der Klägerin in der Berufungsbegründung auch nicht mehr in Frage gestellt.

b. Der Klägerin stehen für das Erstellen einer Reihe von Steuererklärungen für das Jahr 2013 Honoraransprüche in Höhe von (brutto) 2.331,44 EUR zu.

Es steht zwischen den Parteien nicht im Streit, dass die Klägerin die entsprechenden Steuererklärungen für das Jahr 2013 gefertigt hat. Daher stehen ihr die abgerechneten Gebühren dem Grunde nach zu.

Anders liegt es jedoch hinsichtlich des dort abgerechneten schriftlichen Erläuterungsberichtes.

Die Beklagte hat in der Berufungsbegründung in Bezug auf die Rechnung ... explizit bestritten, dass die Klägerin damit beauftragt gewesen sei, einen schriftlichen Erläuterungsbericht abzugeben. Insoweit handelt es sich nicht um ein neues Verteidigungsmittel im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO, da auch das erstinstanzliche Vorbringen aus dem Anwaltsschriftsatz vom 31.3.2017 in diesem Sinne zu verstehen gewesen ist.

Da ein solcher Erläuterungsbericht gesetzlich nicht vorgeschrieben ist (vgl. Feiter, in: ders. [Hrsg.], *StbVV-eKommentar*, Stand: 1.1.2015, § 35, Rdnr. 21), trägt der Steuerberater die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass das Erstellen eines derartigen Erläuterungsberichts zwischen den Parteien vereinbart worden ist. An einem entsprechenden Vortrag der Klägerin und einem entsprechenden Beweisantritt fehlt es hier jedoch.

Die mit der vorgelegten Rechnung abgerechnete Honorarforderung der Klägerin für die Aufstellung eines Jahresabschlusses ist überdies der Höhe nach nur insoweit berechtigt, als die **Mittelgebühr** nicht überschritten wird. Darüber hinaus ist die von der Klägerin getroffene Gebührenbestimmung für die Beklagte nicht verbindlich, weil sie nicht der Billigkeit entspricht.

**Ist für die Gebühren ein Rahmen vorgesehen, so bestimmt der Steuerberater gemäß § 11 StbVV die Gebühr im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände, vor allem des Umfangs und der Schwierigkeit der beruflichen Tätigkeit, der Bedeutung der Angelegenheit sowie der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers, nach billigem Ermessen.**

Ein **besonderes Haftungsrisiko** des Steuerberaters kann bei der Bemessung herangezogen werden (§ 11 Satz 2 StbVV). Bei Rahmengebühren, die sich nicht nach dem Gegenstandswert richten, ist das Haftungsrisiko zu berücksichtigen (§ 11 Satz 3 StbVV).

Die **Darlegungs- und Beweislast** für die Billigkeit der von ihm getroffenen Gebührenbestimmung liegt grundsätzlich bei dem **Steuerberater** (vgl. *OLG Hamm, Urte. v. 26.11.2013 – 25 U 5/13, DStRE 2015, 252, 254*). Er hat die Umstände, die für den Ansatz der konkreten Satzrahmengebühr maßgeblich waren, im Streitfalle grundsätzlich zu benennen.

**Dieser Grundsatz ist einzuschränken in den Fällen, in denen der Steuerberater die (rechnerische) Mittelgebühr berechnet, die in Angelegenheiten von durchschnittlicher Bedeutung, durchschnittlichem Tätigkeitsaufwand und durchschnittlichem Schwierigkeitsgrad und einem Auftraggeber in durchschnittlichen Vermögens- und Einkommensverhältnissen anzuwenden ist, und keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass die in Rechnung gestellte Leistung nur unterdurchschnittlich schwierig war.** Bei einer solchen Sachlage obliegt dem Steuerberater keine weitere Darlegung seiner Bestimmungsgrundlagen. Er kann die Mittelgebühr ohne näheren Vortrag im Sinne des § 11 Satz 1 StbVV beanspruchen (vgl. *OLG Hamm, Urte. v.*

*26.11.2013 – 25 U 5/13, DStRE 2015, 252, 254; Raab, DStR 2017, 2839, 2840*).

Diese verkürzte Darlegungslast greift aber nicht, soweit der Steuerberater seine Gebühr oberhalb des Mittelsatzes ansetzt. In diesem Fall kann er die höhere Gebühr im Streitfall nur beanspruchen, wenn er die Kriterien für seine Bewertung der Sache als überdurchschnittlich offenlegt und im Zweifel auch beweist (vgl. *OLG Hamm, Urte. v. 26.11.2013 – 25 U 5/13, DStRE 2015, 252, 254; LG Essen, Urte. v. 28.11.2013 – 18 O 130/13, juris*).

Ob nämlich die erbrachten Steuerberaterleistungen der Klägerin überdurchschnittlich schwierig waren und daher den Ansatz einer Gebühr oberhalb der Mittelgebühr rechtfertigen, kann nur die Klägerin konkret darstellen und belegen. **Die dafür maßgeblichen Umstände sind ausschließlich ihrem Dienstleistungsbereich zuzuordnen** (sog. *Sphärengedanke*; grundlegend dazu *Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, 1966*; vgl. ferner *Ahrens, in: ders. [Hrsg.], Der Beweis im Zivilprozess, § 34, Rdnr. 85; Braun, in: Leupold/Glossner [Hrsg.], Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 7, Rdnr. 393*).

Das rechtfertigt es, sie mit der Darlegung der für die Beurteilung des Schwierigkeitsgrades ihrer Leistungen maßgeblichen Tatsachen zu belegen (vgl. *OLG Hamm, Urte. v. 26.11.2013 – 25 U 5/13, DStRE 2015, 252, 254 m.w.N.*).

**Der Klägerin ist hier bei der Ermessensausübung nach § 11 StbGebV auch nicht etwa eine Toleranz von 20% (oder gar mehr) zuzubilligen** (vgl. *OLG Hamm, Urte. v. 26.11.2013 – 25 U 5/13, DStRE 2015, 252, 254; OLG Frankfurt am Main, Urte. v. 3.1.2017 – 4 U 117/15, DStRE 2018, 831, 832 [LG Münster v. 23.8.2017 – 110 O 40/16]*).

Mit Blick auf die verkürzte Darlegungslast (s.o.) durch die Anerkennung einer Mittelgebühr kann dem Steuerberater nämlich nicht noch zusätzlich eine Toleranzgrenze zuerkannt werden. Anderenfalls wäre die Gebühr, die der Steuerberater ohne besonderen Nachweis verlangen könnte, stets die Mittelgebühr + 20%. Dafür gibt es keinen einleuchtenden Grund (vgl. *Raab, DStR 2017, 2839, 2840; in diesem Sinne für § 14 Abs. 1 RVG auch BGH, Urte. v. 11.7.2012 – VIII ZR 323/11, NJW 2012, 2813, 2814; Urte. v. 5.2.2013 – VI ZR 195/12, NJW-RR 2013, 1020, 1021*).

Dem steht auch nicht entgegen, dass **Rahmengebühren eines Rechtsanwalts** (wie etwa die Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 RVG VV) dann nicht unbillig im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 4 RVG sein sollen, wenn sie sich innerhalb einer Toleranzgrenze von 20% bewegen, und daher von einem ersatzpflichtigen Dritten hinzunehmen sind (vgl. *wiederum BGH, Urte. v. 5.2.2013 – VI ZR 195/12, NJW-RR 2013, 1020, 1021*).

Denn dies gilt nur dann zu Gunsten des Rechtsanwalts, der eine Gebühr von mehr als 1,3 beansprucht, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Nr. 2300 RVG VV für eine Überschreitung der Regelgebühr von 1,3 vorliegen (vgl. *BGH, Urte. v. 11.7.2012 – VIII ZR 323/11, NJW 2012, 2813, 2814*).

Nach alledem ist die Billigkeit der Überschreitung der Mittelgebühr hier von der Klägerin darzulegen (vgl. *OLG Hamm, Urt. v. 26.11.2013 – 25 U 5/13, DStRE 2015, 252, 254*). Dieser Darlegungslast ist die Klägerin, soweit sie in ihrer Rechnung vom 9.6.2016 die Gebühr nach § 35 Abs. 1 Nr. 1a S. 1 StBVV mit 30/10 (und damit oberhalb der Mittelgebühr von 25/10) berechnet hat, nicht nachgekommen.

Umstände, die für die abgerechneten Arbeiten ein Überschreiten der Mittelgebühr rechtfertigen, sind von ihr nicht vorgebracht worden. Sie kann daher nur eine Gebühr in Höhe von 25/10 beanspruchen, so dass sie für die Aufstellung des Jahresabschlusses für das Jahr 2013 lediglich einen Nettobetrag in Höhe von 1.572,50 EUR (2,5 x 629 EUR) verlangen kann.

c. Der Klägerin stehen für das Erstellen einer Reihe von Steuererklärungen für das Jahr 2014 Honoraransprüche in Höhe von (brutto) 2.533,39 EUR zu.

Es steht zwischen den Parteien nicht im Streit, dass die Klägerin die entsprechenden Steuererklärungen für das Jahr 2014 gefertigt hat. Daher stehen ihr die abgerechneten Gebühren dem Grunde nach zu.

Anders liegt es allein hinsichtlich des dort abgerechneten **schriftlichen Erläuterungsberichtes**.

Die Beklagte hat in der Berufungsbegründung auch in Bezug auf die Rechnung ... explizit bestritten, dass die Klägerin damit beauftragt gewesen sei, einen schriftlichen Erläuterungsbericht abzugeben. Insoweit handelt es sich nicht um ein neues Verteidigungsmittel im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO, da auch das erstinstanzliche Vorbringen aus dem Anwaltsschriftsatz vom 31.3.2017 in diesem Sinne zu verstehen gewesen ist.

**Da ein solcher Erläuterungsbericht gesetzlich nicht vorgeschrieben ist (s.o.), trägt der Steuerberater die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass das Erstellen eines derartigen Erläuterungsberichts zwischen den Parteien vereinbart worden ist.** An einem entsprechenden Vortrag der Klägerin fehlt es hier jedoch.

Überdies hätte die Klägerin auch in Bezug auf die in dieser Rechnung abgerechnete Aufstellung des Jahresabschlusses für das Jahr 2014 die Billigkeit der Überschreitung der Mittelgebühr darlegen müssen (s.o.). Dieser Darlegungslast ist die Klägerin, soweit sie in ihrer Rechnung vom 9.6.2016 die Gebühr nach § 35 Abs. 1 Nr. 1a S. 1 StBVV mit 30/10 (und damit oberhalb der Mittelgebühr von 25/10) berechnet hat, nicht nachgekommen.

Umstände, die für die abgerechneten Arbeiten ein Überschreiten der Mittelgebühr rechtfertigen, sind von ihr nicht vorgetragen worden. Sie kann daher nur eine Gebühr in Höhe von 25/10 beanspruchen, so dass die Klägerin für die Aufstellung des Jahresabschlusses für das Jahr 2014 lediglich einen Nettobetrag in Höhe von 1.467,50 EUR (2,5 x 587 EUR) verlangen kann.

2. Der Klägerin steht gegen die Beklagte in Bezug auf die übrigen Gebührenforderungen ein Anspruch in Höhe von 3.609,94 EUR zu.

a. Es ist zunächst nicht zu beanstanden, dass das LG in Bezug auf die in den genannten Rechnungen abgerechneten Leistungen jeweils Schätzungen nach § 287 Abs. 2 ZPO vorgenommen hat. Die Voraussetzungen dieser Bestimmung sind hier gegeben.

**§ 287 Abs. 2 ZPO gestattet dem Zivilrichter nämlich das Absehen von einer Beweisaufnahme, wenn die vollständige Aufklärung aller maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist**, die zu der Bedeutung des streitigen Teils der Forderung in keinem Verhältnis stehen. Maßgebliches Kriterium kann dabei auch die zu erwartende lange Dauer und Kostspieligkeit einer Beweisaufnahme sein (vgl. etwa *BVerfG, Beschl. v. 4.4.1998 – 1 BvR 1224/94, abrufbar unter [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/04/rk19980404\\_1bvr122494.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/04/rk19980404_1bvr122494.html)*).

Angesichts des Ergebnisses der Beweisaufnahme der Zeugin A. ist es hier unverhältnismäßig, nach Erteilung eines entsprechenden Hinweises an die Klägerin Beweis durch Vernehmung der übrigen mit den geleisteten Arbeiten befassten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Klägerin zu erheben. Die Beklagte blendet in diesem Zusammenhang aus, dass auf der Grundlage der Bekundungen der Zeugin A. die Klägerin teilweise zu viele und teilweise zu wenige Arbeitsstunden abgerechnet hat, so dass die Angaben der Zeugin einen validen Anknüpfungspunkt für eine Schätzung bieten.

**§ 287 ZPO dehnt nämlich das richterliche Ermessen für die Feststellung der Schadenshöhe über die Schranken des § 286 ZPO aus.** Das Gesetz nimmt dabei in Kauf, dass das Ergebnis der Schätzung mit der Wirklichkeit vielfach nicht übereinstimmt; **allerdings soll die Schätzung möglichst nahe an diese heranführen** (vgl. *BGH, Urt. v. 17.4.1997 – X ZR 2/96, GRUR 1997, 741, 743; BAG, v. 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, NJW 2008, 872, 877; v. 26.9.2012 – 10 AZR 370/10, NJW 2013, 331, 332*).

Eine Schätzung hat daher nur dann zu unterbleiben, wenn sie mangels konkreter Anhaltspunkte vollkommen „in der Luft hänge“ und daher willkürlich wäre (vgl. *BGH, Urt. v. 24.6.2009 – VIII ZR 332/07, NJW-RR 2009, 1404, 1406; BAG, v. 26.9.2012 – 10 AZR 370/10, NJW 2013, 331, 332*). So liegt es hier jedoch nicht, da die Angaben der Zeugin A. eine solide Grundlage für eine Schätzung und für eine Extrapolation in Bezug auf die nicht von ihr geleisteten Arbeiten bieten.

b. Im Übrigen ist der erkennende Einzelrichter des Senats gemäß § 314 Satz 1 ZPO an die tatbestandliche Feststellung des LG gebunden, dass die Beklagte dem Vortrag der Klägerin, es seien zunächst 100 EUR pro Stunde für die Quartalsbesprechungen vereinbart gewesen, nicht entgegengetreten ist.

Der Tatbestand des Ersturteils liefert nach § 314 ZPO nämlich den Beweis für das mündliche Vorbringen einer Partei im erstinstanzlichen Verfahren (vgl. *BGH, Urt. v. 10.11.1995 – V ZR 179/94, WM 1996, 89, 90; v. 2.2.1999 – VI ZR 25/98, BGHZ 140, 335, 339; Versäumnisurt. v. 15.6.2000 – III ZR 305/98, WM 2000, 1548, 1549; v. 28.6.2005 – XI ZR 3/04, juris*).

Diese Beweiswirkung erstreckt sich auch darauf, ob eine bestimmte Behauptung bestritten ist oder nicht (vgl. *BGH, Urt. v. 17.5.2000 – VII ZR 216/99, WM 2000, 1871, 1872; v. 28.6.2005 – XI ZR 3/04, juris; BAG, v. 18.9.2003 – 2 AZR 498/02, NJW 2004, 1061, 1062*).

Daher ist eine im Tatbestand des angefochtenen Urteils als unstreitig dargestellte Tatsache selbst dann, wenn sie in den erstinstanzlichen Schriftsätzen tatsächlich umstritten war, als unstreitig und als für das Berufungsgericht bindend anzusehen, wenn der Tatbestand nicht berichtigt worden ist (vgl. *BGH, Beschl. v. 24.6.2010 – III ZR 277/09, juris; v. 6.6.2012 – VIII ZR 198/11, NJW 2012, 2659, Rdnr. 17; v. 18.7.2013 – III ZR 208/12, MDR 2013, 1115; Senat, Urt. v. 24.5.2016 – 8 U 159/14, juris*).

Es ist in diesem Zusammenhang anerkannt, dass vom Geltungsbereich des § 314 ZPO auch die tatsächlichen Feststellungen erfasst werden, die in den Entscheidungsgründen enthalten sind (vgl. *etwa BGH, Urt. v. 17.5.2000 – VII ZR 216/99, WM 2000, 1871, 1872 [BGH 17.5.2000 – VIII ZR 216/99]; BAG, Urt. v. 18.9.2003 – 2 AZR 498/02, NJW 2004, 1061, 1062*).

**Nicht jede Vergütungsvereinbarung bedarf überdies der Form des § 4 Abs. 1 StbVV a.F.** Die Formvorschrift bezog sich zumindest in der – hier noch anwendbaren – bis zum 22.7.2016 geltenden Fassung **nur auf die Vereinbarung einer höheren als der gesetzlichen Vergütung** (vgl. *Feiter, in: StbVV – eKommentar, Stand: 1.1.2015, § 4, Rdnr. 3*).

In Bezug auf Quartalsbesprechungen enthält die StbVV jedoch keine Vorgaben. Daher steht § 4 Abs. 1 StbVV a. F. der Abrechnung von Quartalsbesprechungen als sonstige zulässige Tätigkeit im Sinne des § 57 Abs. 3 StBerG auf einer Stundenlohnbasis nicht im Wege.

c. Soweit die Beklagte rügt, dass die Klägerin die **Buchführungsarbeiten nicht nach Gegenstandswert, sondern mit Hilfe von Zeitgebühren abgerechnet hat**, ist dieser Einwand nicht stichhaltig.

**Nach § 13 Satz 1 Nr. 2 StbVV ist die Zeitgebühr zu berechnen, wenn keine genügenden Anhaltspunkte für eine Schätzung des Gegenstandswerts vorliegen;** dies gilt nicht für Tätigkeiten nach § 23 StbVV sowie für die Vertretung im außergerichtlichen Rechtsbehelfsverfahren, im Verwaltungsvollstreckungsverfahren und in gerichtlichen und anderen Verfahren (§ 13 Satz 1 Nr. 2 Halbsatz 2 StbVV).

Die Geltendmachung der in den Rechnungen insoweit ausgewiesenen Beträge durch die Klägerin konnte hier nicht

anders als dahin verstanden werden, dass die Klägerin meint, dass hier keine genügenden Anhaltspunkte für eine Schätzung des Gegenstandswerts vorgelegen hätten. Dem ist die Beklagte nicht entgegengetreten, so dass die Voraussetzungen des § 13 Satz 1 Nr. 2 StbVV vorliegen. Daher durfte die Klägerin die Buchführungsarbeiten hier mit Hilfe von Zeitgebühren abrechnen. (...) ■

## Anwaltschaftung

- Konkrete Hinweise zu Prozessrisiken
- Pflicht vom Prozess abzuraten
- Keine Entlastung durch Rechtsschutzdeckung
- Regress der Rechtsschutzversicherung  
(*OLG Hamburg, Urt. v. 27.9.2018 – 1 U 3/18*)

### Orientierungssatz:

1. Der Rechtsanwalt muss dann, wenn – wie hier – in hohem Maße wahrscheinlich ist, dass der Mandant den Prozess verliert, hierauf nachdrücklich hinweisen und von einer Klage abraten.

2. Über die Risiken, die bei der Anspruchsverfolgung auf der Grundlage eines nicht oder nur wenig durch Fachliteratur und Rechtsprechung abgesicherten Rechtsstandpunktes bestehen, muss der Rechtsanwalt belehren.

3. Steht dem Mandanten wegen mangelhafter Pflichterfüllung des Rechtsanwalts gegen diesen ein Schadenersatzanspruch zu, muss er sich ein etwaiges unsorgfältiges Verhalten seines Rechtsschutzversicherers auch nicht nach §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB entgegenhalten lassen (vgl. *u.a. OLG Koblenz, Urt. v. 16.2.2011 – 1 U 358/10*).

4. Zugunsten der klagenden Rechtsschutzversicherung greift zumindest der Anscheinsbeweis, dass der Mandant, hätte der Anwalt ihm davon abgeraten, nicht um Deckung hätte nachsuchen lassen und den Anspruch nicht verfolgt hätte (vgl. *u.a. OLG Hamm, Urt. v. 18.2.2016 – 28 U 73/15*). ■

### Aus den Gründen:

(...)

Die zulässige Berufung ist begründet. Anders als das LG angenommen hat, steht der Klägerin ein Schadenersatzanspruch in Höhe von 8.943,61 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.12.2016 sowie auf Erstattung vorgerichtlicher Mahnkosten in Höhe von 8 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit gegen die Beklagte zu.

1. Die Hauptforderung ergibt sich aus §§ 675, 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 86 Abs. 1 VVG.

a. Zwischen dem bei der Rechtsvorgängerin der Klägerin rechtsschutzversicherten ... sowie dessen mitversicherter Ehefrau ... (im Folgenden: Versicherungsnehmer) und der Beklagten bestand ein Anwaltsvertrag, aufgrund dessen die Beklagte die Versicherungsnehmer vorprozessual und in der ersten Instanz eines Rechtsstreits gegen die ... GmbH (im Folgenden: Versicherungsmaklerunternehmen) vor dem LG ... (Geschäfts-Nr. ... im Folgenden: Vorprozess) vertrat.

b. Die Beklagte **verletzte ihre Pflichten aus dem Anwaltsvertrag, indem sie den Versicherungsnehmern nicht von der Klagerhebung abriet.**

aa. Der Rechtsanwalt muss die Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung sorgfältig prüfen und den Mandanten **über Prozessrisiken umfassend informieren.** Ist sicher oder in hohem Maße wahrscheinlich, dass der Mandant den Prozess verliert, muss der Rechtsanwalt hierauf nachdrücklich hinweisen und von einer Klage abraten (*Palandt/Grüneberg, BGB, 77. Aufl. 2018, § 280 Rdnr. 70 m.w.N.*). So verhielt es sich hier.

bb. **Die Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung im Vorprozess waren schlecht,** was sich durch die dort ergangenen Entscheidungen bestätigte. Die Klage wurde durch Urteil des LG Hamburg vom 6.9.2013 abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Versicherungsnehmer, die in zweiter Instanz durch andere Rechtsanwälte vertreten waren, wurde durch Urteil des Hanseatischen OLG vom 19.4.2016 zurückgewiesen. Die Beklagte räumt ein, dass der Vorprozess berechtigterweise verloren ging.

cc. Mit diesem Ausgang des Vorprozesses hätte die Beklagte bei sorgfältiger Prüfung der Rechtslage von vornherein rechnen und die Versicherungsnehmer entsprechend beraten müssen.

(1) Gegenstand des Vorprozesses war ein Schadenersatzanspruch der Versicherungsnehmer gegen das Versicherungsmaklerunternehmen, deren Rechtsvorgängerin der ... GmbH eine die Eheleute ... begünstigende **Reisegepäckversicherung** und dem Versicherungsnehmer ... eine Familien-Vielschutzversicherung mit einer ihn und die mit ihm in einer häuslichen Gemeinschaft lebenden Personen begünstigende Hausratversicherung bei der ... Versicherungs-AG verschafft hatte.

Das Versicherungsmaklerunternehmen sollte dafür haftbar gemacht werden, dass die Rechtsnachfolgerin der ... Versicherungs-AG für einen Schaden aufgrund eines Raubüberfalls auf die Versicherungsnehmer in einem Ferienhaus in Südfrankreich, den sie zuletzt mit 98.383,19 EUR beziffert hatten, nur 18.602,10 EUR aus der Reisegepäckversicherung und 9.681 EUR aus der Hausratversicherung zahlte, so dass eine **ungedekte Differenz von 70.100,09 EUR** verblieb.

Die zu Gunsten der Versicherungsnehmer abgeschlossene Reisegepäckversicherung war auf eine Versicherungssumme von 20.000 DM pro Person beschränkt und bezog sich nicht auf Uhren und Schmucksachen aller Art. Bei abhanden gekommenen Sachen war der Zeitwert versichert, also der Neanschaffungspreis abzüglich eines Betrags für Alter, Abnut-

zung und Gebrauch. Dementsprechend zahlte die Reisegepäckversicherung nur für das von den Versicherungsnehmern angegebene Stehlgut ohne Uhren und Schmuck, soweit es sich um ihr Eigentum und nicht um Eigentum der ... GmbH handelte, und nahm einen Abzug von 10% unter dem Gesichtspunkt „neu für alt“ vor. Dies ergibt sich aus dem Schreiben der Reisegepäckversicherung vom 5.7.2012.

In der zu Gunsten der Versicherungsnehmer abgeschlossenen Hausratversicherung war die Außenversicherung auf 10% der Versicherungssumme von 500.000 DM, höchstens jedoch 20.000 DM, begrenzt (§ 12 Ziff. 6 der Hausrat-Versicherungsbedingungen). Die Hausratversicherung zahlte letzteren Betrag (umgerechnet rund 10.226 EUR) abzüglich der vereinbarten Selbstbeteiligung. Dies ergibt sich aus dem Schreiben der Hausratversicherung vom 30.11.2011.

(2) Die Beklagte hat dem Versicherungsmaklerunternehmen im Vorprozess nicht vorgeworfen, dass deren Rechtsvorgängerin die Versicherungsnehmer bei Abschluss der o.g. Versicherungen unter Verstoß gegen § 61 VVG unzureichend beraten habe und deshalb für die Unterversicherung verantwortlich sei. So hat das LG sie verstanden (*LG Hamburg v. 10.4.2013*) und dem ist die Beklagte nicht entgegengetreten. Eine solche Argumentation wäre auch nicht Erfolg versprechend gewesen. Der beschränkte Umfang der Versicherungen ergab sich eindeutig aus den Versicherungsscheinen bzw. Versicherungsbedingungen.

(3) Vielmehr hat die Beklagte den Vorprozess auf eine Verletzung von Pflichten des Versicherungsmaklerunternehmens nach Abschluss der o.g. Versicherungsverträge gestützt. Auch insofern war die Rechtsverfolgung indes nicht Erfolg versprechend.

Nach allgemeiner Ansicht wird durch den **Versicherungsmaklervertrag** zwar in der Regel ein Dauerschuldverhältnis **begründet, durch das der Versicherungsmakler nicht nur zu einmaligen Bemühungen um die Beschaffung von Versicherungsschutz, sondern auch zur anschließenden umfassenden Dauerbetreuung der Interessen des Versicherungsnehmers mit der erforderlichen Beratung über Anpassung und Veränderung des Versicherungsschutzes während der gesamten Vertragslaufzeit verpflichtet wird** (*Prölss/Martin, VVG, 30. Aufl. 2018, § 59 Rdnr. 72; Langheid/Rixecker, VVG, 5. Aufl. 2016, § 61 Rdnr. 14 f.; Thomas Münkel in: Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG, 3. Aufl. 2015, § 61 Rdnr. 17; Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2015, § 5 Rdnr. 308 ff.; vgl. BGH, Urt. v. 16.7.2009 – III ZR 21/09, juris, Rdnr. 8: Verpflichtung des Versicherungsmaklers zur Hilfestellung bei der Regulierung eines Versicherungsschadens*).

**Das bedeutet aber nicht, dass der Versicherungsmakler die Versicherungssituation des Versicherungsnehmers ohne eine Aufforderung oder einen anderen konkreten Anlass in jeder Hinsicht umfassend beobachten und optimieren müsste.**

Eine von der Beklagten angenommene Pflicht des Versicherungsmaklers zur laufenden, mindestens einmal jährlich

durchgeführten Bestandsaufnahme und Überprüfung, ob die bestehenden Versicherungen den Verhältnissen und Bedürfnissen des Versicherungsnehmers entsprechen, besteht nicht (OLG Frankfurt, Urt. v. 8.6.2016 – 4 U 223/15, juris, Rdnr. 35) und ist auch, soweit ersichtlich, in Rechtsprechung und Literatur nicht in Betracht gezogen worden.

Bei Veränderungen der im Zeitpunkt des Versicherungsabschlusses gegebenen Umstände ist vielmehr zu differenzieren: Ergeben sich in der Sphäre des Versicherungsnehmers Veränderungen (z.B. Neuanschaffungen, Werterhöhungen, neue Gefahrenpotenziale), **so hat der Makler regelmäßig nur tätig zu werden, wenn ihn der Kunde von solchen Veränderungen in Kenntnis setzt.**

**Nur bei außerhalb der Sphäre des Versicherungsnehmers liegenden Veränderungen (z.B. Änderung der Rechtslage) muss der Makler von sich aus tätig werden** (OLG Frankfurt, Urt. v. 8.6.2016 – 4 U 223/15, a.a.O., Rdnr. 31 unter Hinweis auf Beckmann/Matusche-Beckmann, *Versicherungsrechts-Handbuch*, 3. Aufl. 2015, § 5 Rdnr. 313 ff.).

Dies war auch bereits Stand der Literatur vor Einleitung des Vorprozesses (Beckmann/Matusche-Beckmann, *Versicherungsrechts-Handbuch*, 2. Aufl. 2009, § 5 Rdnr. 313 ff., worauf bei Pröls/ Martin, *VVG*, 28. Aufl. 2010, § 59 Rdnr. 52 verwiesen wird). Ausgehend hiervon bestand keine Verpflichtung der Versicherungsmakler, ungefragt zu überprüfen, ob im Laufe der Zeit eine Unterdeckung eingetreten war. **Vielmehr oblag es den Versicherungsnehmern, den Versicherungsmakler darauf hinzuweisen, dass eine höhere Versicherungssumme als ursprünglich vereinbart gewünscht war**, weil die vereinbarten Versicherungssummen nicht mehr ihrem Lebenszuschnitt entsprachen, bzw. dass sie Uhren und Schmuck in den Versicherungsschutz der Reisegepäckversicherung einbeziehen wollten.

Die Argumentation der Beklagten, es sei dennoch nicht unvertretbar gewesen, den von ihr eingenommenen Standpunkt zu vertreten, vermag sie nicht zu entlasten. Für die Beratung und das Vorgehen des Rechtsanwalts kommt es entscheidend darauf an, inwiefern das Begehren des Mandanten nach der Rechtsprechung und Fachliteratur Erfolg versprechend sein dürfte. Auch wenn der Rechtsanwalt eine für seinen Mandanten günstige Rechtsauffassung für vertretbar hält, muss er ihn über die Risiken belehren, die bei der Anspruchsverfolgung auf der Grundlage eines nicht oder nur wenig durch Fachliteratur und Rechtsprechung abgesicherten Rechtsstandpunkts bestehen (Borgmann/Jungk/Schwai-ger, *Anwaltshaftung*, 5. Aufl. 2014, § 19 Rdnr. 65 und 71).

Es führt nicht weiter, dass die Beklagte die im Vorprozess erhobene Klage auch darauf gestützt hat, es habe keinen Nachweis neuer Versicherungsgesellschaften, neuer Versicherungen oder neuer Bedingungen gegeben. Der Versicherungsmakler ist nicht verpflichtet, den Kunden über jegliche Neuerungen auf dem Versicherungsmarkt zu unterrichten. Etwas Anderes hat zu gelten, wenn gänzlich neue Eindeckungsmöglichkeiten in Betracht kommen, z.B. dergestalt, dass bisher unversicherbare Gefahren nunmehr angemessen

versichert werden können (Matusche-Beckmann, a.a.O., Rdnr. 316).

Dass dies hier der Fall gewesen sei, ist nicht ersichtlich. Soweit die Beklagte im Vorprozess geltend gemacht hat, dass die Reisegepäckversicherung den neuen Bedingungen der ... hätte angepasst werden müssen, die gemäß der AVB Reisegepäck 2010 Schmuck und Wertsachen beinhaltet hätten, trifft dies nicht zu, weil nach der unwidersprochenen Darstellung des Versicherungsmaklers schon die AVB Reisegepäck 1992 Versicherungsschutz für Schmuck und Wertsachen boten, nur dass dieser explizit auf Wunsch der Versicherungsnehmer ausgeschlossen worden war.

Dass zwischen den Versicherungsnehmern und den Versicherungsmaklern weitergehende Pflichten vereinbart gewesen seien, hat die Beklagte trotz eines im Vorprozess erteilten Hinweises nicht schlüssig dargetan. Dabei hat es, anders als die Beklagte angenommen hat, nicht nur an einem Vortrag zu in der Regel nicht subsumtionsrelevanten Umständen wie dem Datum der behaupteten Vereinbarung gefehlt.

Der Vortrag, wonach eine einkommen- und bedarfsgerechte Beratung sowie umfassende Betreuung vereinbart gewesen sei, ist vielmehr auch inhaltlich zu vage, um die Annahme zu rechtfertigen, dass über die bereits weitgehenden gesetzlichen Pflichten des Versicherungsmaklers hinaus konkrete Beratungspflichten des hier tätigen Versicherungsmaklerunternehmens begründet worden wären. Dass sie insofern nichts Hinreichendes würde vortragen können, hätte die Beklagte vor Beginn des Vorprozesses erkennen können und müssen.

dd. Ohne Aussicht auf Erfolg macht die Beklagte geltend, dass die Versicherungsnehmer sie nicht vollständig informiert hätten.

Der einzige konkrete Umstand, über den die Beklagte im Vorfeld „nach hiesiger Aktenlage“ nicht informiert gewesen sein soll, ist das Schreiben der Rechtsvorgängerin des Versicherungsmaklerunternehmens an die ... GmbH vom 14.3.1994. Dabei handelt es sich um das Begleitschreiben, mit dem der Versicherungsschein und die Prämienrechnung für die Reisegepäckversicherung übersandt worden waren.

Auf die Kenntnis dieses Schreibens kam es für die Beurteilung der Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung im Vorprozess nicht entscheidend an. In dem Schreiben wurde nochmals hervorgehoben, was sich bereits aus dem Versicherungsschein eindeutig ergab, nämlich dass vereinbarungsgemäß Uhren und Schmucksachen aller Art nicht Gegenstand der Police waren.

Für die Beantwortung der Rechtsfrage, ob das Versicherungsmaklerunternehmen ungeachtet eines bekanntermaßen beschränkten Umfangs der Reisegepäckversicherung in der Folgezeit von sich aus auf die Versicherungsnehmer hätte zugehen müssen, um zu überprüfen, ob die bestehenden Versicherungen noch ihren Verhältnissen und Bedürfnissen entsprachen, spielte das Schreiben vom 14.3.1994 keine Rolle. Nur wenn man diese Rechtsfrage hätte bejahen wol-

len, hätte erwogen werden können, ob das Versicherungsmaklerunternehmen seiner Beratungspflicht mit dem Schreiben vom 14.3.1994 genügt hätte. Damit musste sich die Beklagte indes nicht auseinandersetzen, weil sie bei pflichtgemäßer Prüfung zu einem gegenteiligen Ergebnis hätte kommen müssen.

ee. **Dass der Versicherungsnehmer ... selbst Versicherungsmakler war, wenn auch in einer anderen als der hier in Rede stehenden Branche, steht einer Belehrungsbedürftigkeit nicht entgegen.** Der Rechtsanwalt hat von der Belehrungsbedürftigkeit seines Mandanten auszugehen. Dies gilt selbst gegenüber einem rechtlich vorgebildeten und wirtschaftlich erfahrenen Auftraggeber, weil auch dieser auf eine vertragsgerechte Pflichterfüllung des Rechtsanwalts vertrauen darf (*Fischer/Vill/Fischer/Rinkler/Chab. Handbuch der Anwaltschaft. 4. Aufl. 2015, § 2 Rdnr. 95*).

Der BGH hat eine Rechtsanwaltssozietät sogar dann als verpflichtet angesehen, über die Erfolgsaussichten eines beabsichtigten Rechtsstreits zu belehren, wenn das Mandat von einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung erteilt worden war, deren Geschäftsführer und Gesellschafter selbst Rechtsanwälte und Mitglieder der beauftragten Sozietät waren (*BGH, Urt. v. 10.5.2012 – IX ZR 125/10, juris, Rdnr. 20*). Umso mehr muss dies im vorliegenden Fall gelten, in dem die Mandanten zwar z.T. fachkundig, aber keine Volljuristen waren.

ff. **Der pauschale Einwand der Beklagten, dass sie natürlich auf Kosten- und Prozessrisiken hingewiesen habe,** da diese jedem Prozess immanent seien, ist unbeachtlich. Derartige allgemeine Formulierungen sind unzureichend. **Es muss vielmehr konkret und deutlich darüber belehrt werden, dass, inwiefern und in welchem Ausmaß ein Prozessrisiko besteht** (*Borgmann/Jungk/Schwaiger, a.a.O., § 20 Rdnr. 94*).

Dass die Beklagte die Versicherungsnehmer in diesem Sinne über die fehlenden Erfolgsaussichten der im Vorprozess erhobenen Klage vorab belehrt oder dass sie ihnen gar davon abgeraten hätte, den Vorprozess zu führen, behauptet sie selbst nicht. Etwa verbleibende Zweifel wirken sich zu ihren Lasten aus, weil sie eine sekundäre Darlegungslast für die Erfüllung ihrer Hinweis- und Beratungspflicht trägt.

gg. Dass die Versicherungsnehmer den Rechtsstreit gegen den Versicherungsmakler ausdrücklich wollten und auf dessen Durchführung drängten, entlastet die Beklagte ebenfalls nicht.

**Selbst wenn dem Anwalt schon bei Abschluss des Anwaltsvertrags die Weisung erteilt wurde, Klage zu erheben, muss er prüfen, ob dem Mandanten durch das Befolgen dieser Weisung Nachteile drohen** (*BGH, Urt. v. 10.5.2012 – IX ZR 125/10, juris, Rdnr. 18*).

Wenn überhaupt, genügt nur das Einverständnis oder Verlangen des über die fehlenden bzw. geringen Erfolgsaussichten aufgeklärten Mandanten, um die Prozessführung durch den Rechtsanwalt nicht pflichtwidrig erscheinen zu lassen

(*Borgmann/Jungk/Schwaiger, a.a.O., § 20 Rdnr. 96 f.*). Da hier eine ordnungsgemäße Belehrung der Versicherungsnehmer nicht anzunehmen ist, kommt es auf deren Wünsche und Weisungen nicht an.

hh. Die Beklagte kann sich zu ihrer Entlastung schließlich nicht darauf berufen, dass die Rechtsvorgängerin der Klägerin nach Einholung von Auskünften durch die Beklagte gemäß Schreiben vom 12.6.2012 und 21.6.2012 eine Deckungszusage erteilte.

Wie auch die Beklagte betont, ist zwischen dem Rechtsverhältnis des Mandanten zu seinem Rechtsanwalt und dem Rechtsverhältnis zwischen dem Mandanten und seiner Rechtsschutzversicherung zu unterscheiden. Für die vorliegende Klage aus gemäß § 86 Abs. 1 VVG übergegangenem Recht der Versicherungsnehmer gegen die Beklagte kommt es nur auf das erstgenannte Rechtsverhältnis an. Ihre Pflichten aus dem Anwaltsvertrag erfüllte die Beklagte, anders als es in ihrem Vorbringen anklingt, nicht dadurch, dass sie eine Deckungszusage einholte.

**Der Umstand, dass die Rechtsvorgängerin der Klägerin eine Deckungszusage für den Vorprozess erteilte, rechtfertigt auch nicht die Schlussfolgerung, dass die Rechtsverfolgung entgegen den oben angestellten Erwägungen doch als Erfolg versprechend hätte angesehen werden dürfen.** Zum einen ist die Beklagte Volljuristin, während die Rechtsvorgängerin der Klägerin ausweislich ihrer Schreiben vom 12.6.2012 und vom 21.6.2012 nur durch einen Assessor vertreten wurde. **Zum anderen wird eine Fehleinschätzung der Prozessaussichten nicht dadurch richtiger, dass sie mehreren Personen unterläuft.**

Auch die Anforderungen an die **Aufklärung und Risikobelehrung** des Mandanten durch den Rechtsanwalt sind **nicht geringer, wenn der Mandant rechtsschutzversichert ist** (*OLG Hamm, Urt. v. 18.2.2016 – 28 U 73/15, juris, Rdnr. 76*).

Dem Einwand der Beklagten, es falle in den unternehmerischen Risikobereich einer Rechtsschutzversicherung, wenn ein naturgemäß immer mit „Imponderabilien“ versehener Rechtsstreit verloren gehe, dieses Risiko könne nicht auf die Berufshaftpflichtversicherung der Anwälte „abgewälzt“ werden, ist nicht zu folgen. Es geht schon nicht um die Frage, wer das stets bestehende Risiko trägt, dass Rechtsfragen unterschiedlich beurteilt werden können und das Ergebnis einer Beweisaufnahme nicht sicher vorhergesehen werden kann, so dass auch ein Erfolg versprechender Rechtsstreit zu Lasten der Klägerseite ausgehen kann.

Vielmehr steht hier der Fall in Rede, dass ein Rechtsstreit so wenig Erfolg versprach, dass davon hätte abgeraten werden müssen. Im Übrigen gehen auch die Erwägungen der Beklagten zur Risikoverteilung fehl. Im Verhältnis zu den Versicherungsnehmern trägt die Rechtsschutzversicherung zwar das Kostenrisiko, wenn sie eine Deckungszusage erteilt hat. **Dies bedeutet aber nicht, dass die Rechtsschutzversicherung einen Rechtsanwalt, der seine Vertragspflichten nicht erfüllt, von seinem Haftungsrisiko entlasten müsste.**

Soweit im Rahmen der Erteilung einer Deckungszusage überhaupt Prüfungspflichten und nicht nur Prüfungsbefugnisse der Rechtsschutzversicherung anzunehmen sein sollten, bestehen diese grundsätzlich nur gegenüber ihrem Versicherungsnehmer und sind auf die Feststellung gerichtet, ob nach Maßgabe der ARB und des vereinbarten Versicherungsvertrages eine Eintrittspflicht der Versicherung besteht.

**Ihr Schutzzweck besteht nicht darin, einen Rechtsanwalt davor zu bewahren, für die Kostenfolgen einer Verletzung seiner Pflichten aus dem Mandatsvertrag entstehen zu müssen** (OLG Koblenz, Urt. v. 16.2.2011 – 1 U 358/10, juris, Rdnr. 35 und 43).

Steht dem Mandanten ein Schadenersatzanspruch gegen den Rechtsanwalt zu, weil dieser seine Pflichten aus dem mit ihm geschlossenen Anwaltsvertrag mangelhaft erfüllt hat, **muss sich der Mandant ein etwaiges unsorgfältiges Verhalten seines Rechtsschutzversicherers** (hier: Zusage trotz Erkennbarkeit der Unschlüssigkeit der beabsichtigten Klage) **auch nicht nach §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 BGB entgegenhalten lassen** (OLG Koblenz, Urt. v. 16.2.2011 – 1 U 358/10, juris, Rdnr. 29 ff.; v. 16.2.2006 – 5 U 271/05, juris, Rdnr. 20 ff.; OLG Hamm, Urt. v. 18.2.2016, 28 U 73/15, juris, Rdnr. 137 ff.).

Dies käme nur dann in Betracht, wenn der Rechtsschutzversicherer als Erfüllungsgehilfe des Versicherungsnehmers im Pflichtenkreis des Anwaltsvertrags tätig geworden wäre, was nicht der Fall ist.

c. Soweit ein anwaltliches Pflichtversäumnis zu bejahen ist, ist auch die subjektive Verantwortlichkeit gegeben. Die Beklagte hat sich von dem Vorwurf des zu vermutenden Verschuldens (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) nicht entlastet.

d. Es fehlt auch nicht an einer Kausalität zwischen der o.g. Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden.

Dabei ist zu bedenken, dass der Beklagten nicht vorgeworfen wird, dass der Vorprozess nicht gewonnen, sondern dass er überhaupt geführt wurde.

Zu Gunsten der klagenden Rechtsschutzversicherung greift zumindest der Anscheinsbeweis, dass der Mandant nicht um Deckung hätte nachsuchen lassen und den Anspruch nicht verfolgt hätte, wenn der Anwalt ihm davon abgeraten hätte, denn das wäre aus der Sicht eines vernünftigen Mandanten die einzig naheliegende Reaktion auf die entsprechende anwaltliche Belehrung gewesen (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 18.2.2016 – 28 U 73/15, juris, Rdnr. 123; OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.7.2016 – 9 U 102/14, juris, Rdnr. 78).

Wenn die Versicherungsnehmer dennoch darauf bestanden hätten, dass auf Kosten der Rechtsschutzversicherung Klage erhoben werden sollte, hätten sie dieser gegenüber eine Obliegenheitsverletzung begangen, was ihren Versicherungsschutz in Frage gestellt hätte. Es spricht nichts dafür, dass die Versicherungsnehmer ein derartiges Risiko eingegangen wären. (...) ■

## Anwaltshaftung

- Schadenberechnung
  - Vorteilsanrechnung
  - Tilgung einer Verbindlichkeit
- (OLG Saarbrücken, Beschl. v. 24.4.2018 – 5 W 25/18)

### Leitsatz:

Hatte ein Rechtsanwalt es unterlassen, seinen Mandanten darüber aufzuklären, dass die zum Zwecke der Außervollzugsetzung eines Haftbefehls geleistete Sicherheit wegen bestehender Steuerschulden gepfändet werden könnte, so stellt die anschließende Pfändung und Überweisung des Kautionsrückzahlungsanspruchs keinen im Rahmen des Gesamtvermögensvergleichs ermittelbaren Schaden dar, wenn hierdurch zugleich bestehende Verbindlichkeiten des Mandanten getilgt wurden. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger begehrt Prozesskostenhilfe für eine Schadenersatzklage gegen die Beklagten in Höhe von 100.000 EUR mit der Argumentation, er sei von den Beklagten nicht darüber aufgeklärt worden, dass seine Gläubiger auf eine Sicherheitsleistung zur Außervollzugsetzung des Haftbefehls gegen ihn zugreifen könnten. Deswegen sei ihm in dieser Höhe ein Schaden entstanden, nachdem die Stadt S. seinen Kautionsrückzahlungsanspruch wegen seiner Steuerschulden gepfändet habe und sich habe überweisen lassen. Er habe sich den Kautionsbetrag darlehensweise von einem Dritten verschaffen müssen, demgegenüber er nun einem Darlehensrückzahlungsanspruch ausgesetzt sei.

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 7.3.2018 wies das LG den Antrag des Klägers auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe zurück, weil die beabsichtigte Klage keine Aussicht auf Erfolg habe. Dem Kläger sei bei der nötigen Gesamtbeurteilung kein Schaden entstanden.

Gegen diesen Beschluss hat der Kläger Beschwerde eingelegt, der das LG nicht abgeholfen hat. Der Kläger hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass die Versagung eines Schadenersatzanspruchs ihm die Dispositionsfreiheit über die Tilgung seiner Verbindlichkeiten nehme. ■

### Aus den Gründen:

Die sofortige Beschwerde ist nicht begründet. Zu Recht und mit in jeder Hinsicht richtiger Begründung hat das LG eine Prozesskostenhilfebewilligung verweigert.

Selbst wenn die Beklagten zu einer entsprechenden Aufklärung verpflichtet waren und der Kläger in diesem Fall die Kautionsleistung nicht gestellt hätte, ist ihm durch die Kautionsleistung und die Tilgung seiner Steuerschulden durch die Kautionsleistung kein Schaden in Höhe von 100.000 EUR entstanden.

(a) Die **Schadenberechnung** richtet sich bei einem unterstellten Anspruch nach § 280 BGB nach den §§ 249 ff. BGB. **Der gegebenenfalls zu ersetzende Schaden ist durch einen Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen Vermögenslage zu ermitteln, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre** (BGH, Urt. v. 5.2.2015 – IX ZR 167/13, NJW 2015, 1373; BGH, Urt. v. 4.6.2012 – IX ZR 145/11, BGHZ 193, 297; BGH, Urt. v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, WM 2013, 1323).

Dies erfordert einen **Gesamtvermögensvergleich**, der alle von dem haftungsbegründenden Ereignis betroffenen finanziellen Positionen umfasst. Es geht bei dem Gesamtvermögensvergleich nicht um Einzelpositionen, sondern um eine Gegenüberstellung der hypothetischen und der tatsächlichen Vermögenslage (BGH, Urt. v. 5.2.2015 – IX ZR 167/13, NJW 2015, 1373; BGH, Urt. v. 17.3.2011 – IX ZR 162/08, WM 2011, 1529; Fahrendorf in: Fahrendorf/Mennemeyer, Die Haftung des Rechtsanwalts, 9. Aufl., Rdnr. 917 f.).

Danach hat das LG richtigerweise angenommen, dass dem Verlust des Kautionsrückzahlungsanspruchs, der die Darlehenstilgung gegenüber dem Dritten ermöglicht hätte, in derselben Höhe die Tilgung seiner Steuerschulden gegenüber der Stadt S. entgegensteht.

**So ist mit dem vorliegenden Fall vergleichbar in der Rechtsprechung angenommen worden, dass bei pflichtwidriger Verwendung von Treuhandgeldern zu fragen ist, wie sich das Vermögen des Treugebers im Vergleich zum tatsächlichen Ablauf entwickelt hätte, wenn der Treuehmer seine Pflichten ordnungsgemäß erfüllt hätte.** Hat die Pflichtverletzung dem davon Betroffenen auch **Vorteile** gebracht, so sind diese **im Rahmen der Differenzrechnung schadenmindernd zu berücksichtigen**, wenn Vor- und Nachteile bei wertender Betrachtung gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden sind.

Als anzurechnender Vorteil kommt danach insbesondere die Tilgung anderweitiger Verbindlichkeiten in Betracht. **Falls diese Vorteilsausgleichung dem Zweck des Schadenersatzes entspricht, kann sich der Treuehmer gegen einen auf Verlust des Treugutes gestützten Schadenersatzanspruch mit dem Einwand verteidigen, er habe mit dem Treugut eine anderweitige Verbindlichkeit des Auszahlungsberechtigten (Treugeber) erfüllt** (BGH, Beschl. v. 30.4.2003 – III ZR 365/02, NJW-RR 2003, 1497).

(b) Der Kläger kann auch nicht argumentieren, dass ihm durch diese Gesamtbetrachtung seine **Dispositionsbefugnis** genommen wird zu entscheiden, welche Verbindlichkeit er tilgt. **Diese Dispositionsbefugnis hat als solche keinen wirtschaftlichen Wert.** Erst die Darlegung konkreter Nachteile durch den aufgezwungenen Gläubigerwechsel kann einen Schaden begründen.

Dies hat der Kläger auch insoweit erkannt, als er in der Beschwerde damit argumentiert, dass ihm im Falle der Titulierung der Darlehensforderung durch den Dritten gegen ihn weitere Kosten entstehen können, die ihm bei Nichterfüllung der Steuerschuld nicht entstanden wären. Solche Kosten könnten für den Kläger theoretisch einen Schaden begründen. Ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass dem Kläger dieser Schaden entstehen wird, sind aber nicht dargelegt.

Nach dem anzuwendenden **§ 287 ZPO** reicht eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit, dass ein Schaden entstanden sei, für die richterliche Überzeugungsbildung aus. Hierbei ist grundsätzlich die gesamte Schadenentwicklung bis zum prozessual spätest möglichen Zeitpunkt, nämlich dem der letzten mündlichen Verhandlung in den Tatsacheninstanzen, in die Schadenberechnung einzubeziehen.

Dabei sind **künftige Entwicklungen** nur zu berücksichtigen, wenn sie aufgrund der vorgetragenen Tatsachen mit einer für die Anwendung von § 287 ZPO ausreichenden Wahrscheinlichkeit beurteilt werden können (BGH, Urt. v. 23.10.2003 – IX ZR 249/02, NJW 2004, 444).

An einer solchen ausreichenden Wahrscheinlichkeit fehlt es, weil angesichts der Vermögensverhältnisse des Klägers vollkommen offen ist, ob der Dritte seinen Darlehensrückzahlungsanspruch überhaupt tituliert und welche Kosten dem Kläger dafür entstehen werden.

(c) Letztlich kann der Kläger auch nichts daraus ableiten, dass der Dritte ihm ohne die unterstellte anwaltliche Pflichtverletzung kein Darlehen gewährt hätte, mit dem dieser nun auszufallen drohe. Bezugspunkt des Gesamtvermögensvergleichs ist das Vermögen des Geschädigten, nicht dasjenige Dritter. Grundsätzlich kann auf Grund eines Vertrages nur derjenige den Ersatz eines Schadens verlangen, bei dem der Schaden tatsächlich eingetreten ist und dem er rechtlich zur Last fällt.

Soweit nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte oder der Drittschadenliquidation gegeben sind, hat der Schadenersatzpflichtige nur für den Schaden seines Vertragspartners einzustehen (BGH, Urt. v. 5.2.2015 – IX ZR 167/13, NJW 2015, 1373). Anhaltspunkte für einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte oder für die Anwendung einer Drittschadenliquidation hat der Kläger nicht vorgetragen.

(d) Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, da die Rechtsache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts nicht erfordert (§ 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 u. 2 ZPO). ■

## Notarhaftung

- Fortgeltungsklausel
- Schutzzweck der verletzten Norm  
(*OLG München, Urt. v. 5.2.2015 – 1 U 3768/14*)

### Leitsätze:

1. Die Haftung eines Notars infolge einer Amtspflichtverletzung kommt nur dann in Betracht, wenn dem Notar der Schaden bei wertender Betrachtungsweise und insbesondere unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der verletzten Norm und Amtspflicht zuzurechnen ist.

2. Macht der Käufer geltend, der Notar habe seine Amtspflicht dadurch verletzt, dass er bei Beurkundung des Angebots zum Abschluss des Bauträgervertrages eine vom Bauträger vorformulierte Fortgeltungsklausel verwendet hat, hat der Bauträger das Vertragsangebot des Käufers jedoch noch innerhalb der zulässig festgelegten Angebotsbindungsfrist angenommen, kommt eine Haftung des Notars nicht in Betracht. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger begehrt vom Beklagten, einem Notar, Rückabwicklung eines Wohnkaufvertrages, gestützt auf den Vorwurf der Verletzung notarieller Pflichten.

Am 1.10.2007 beurkundete der Beklagte ein Angebot des Klägers gegenüber der Firma P. R. GbR als Verkäuferin zum Abschluss eines Kauf- und Werkvertrages über eine Eigentumswohnung im Objekt „E.-C.“ in M. zum Preis von 104.673 EUR. Den Notartermin hatte der Zeuge Z. vereinbart, ein – nach Vortrag des Klägers – Vermittler der Verkäuferseite bzw. deren Gesellschafterin.

Im Angebot vom 1.10.2007 wurde auf eine Verweiskunde Bezug genommen, die die wesentlichen Grundlagen für den beabsichtigten Vertrag einschließlich eines Musterkaufvertrages enthielt und auf Betreiben der Verkäuferin von einem Notar in M. (sog. Vollzugsnotar) beurkundet worden war. Ausweislich der Angebotsurkunde gibt der Käufer eine Erklärung ab, wonach er die Vertragsunterlagen vor mehr als zwei Wochen erhalten habe, die zweiwöchige Überlegungs- und Überprüfungsfrist entsprechend den beurkundungsrechtlichen Vorschriften also eingehalten sei. Der Beklagte hat für das Objekt „E.-C.“ etwa 8 bis 10 Beurkundungen vorgenommen, in denen ein gleichartiger Angebotstext verwendet wurde.

§ 2 der Urkunde vom 1.10.2007 regelt, dass der Käufer bis 7.11.2007 an das Angebot gebunden ist. Weiter heißt es:

„... Nach Ablauf der Frist erlischt nur die Bindung an den Antrag. Der Antrag selbst gilt so lange weiter, bis der Käufer dieses gegenüber dem Vollzugsnotar widerruft. (...) Der Käufer ist darüber belehrt, dass er nach Ablauf der Frist den Antrag ausdrücklich widerrufen muss, sofern er nicht mehr

an den Antrag gebunden sein will, und der Widerruf erst mit Zugang bei dem Vollzugsnotar wirksam wird.“

Am 30.10.2007 beurkundete der Vollzugsnotar die Annahme des Angebots des Klägers vom 1.10.2007 durch die Verkäuferin.

Nach Kaufpreiszahlung wurde der Kläger als Eigentümer der gekauften Wohnung in das Grundbuch eingetragen. Er klagt gegen die Verkäuferin bzw. den Bauträger vor dem LG Hannover unter dem Aktenzeichen 16 O 164/12 auf Rückabwicklung des Kaufvertrages.

Im streitgegenständlichen Verfahren fordert der Kläger vom Beklagten Zahlung von 87.925,24 EUR (Kaufpreis abzüglich einer Rückvergütung von 16.747,76 EUR) Zug um Zug gegen Übereignung der erworbenen Immobilie.

Erstinstanzlich hat der Kläger dem Beklagten vorgeworfen, pflichtwidrig nicht die Einhaltung der Zweiwochenfrist des § 17 BeurkG sichergestellt und den Kläger nicht auf die Unwirksamkeit der unangemessenen Bindungsfrist und der Fortgeltungsklausel hingewiesen zu haben. Bei pflichtgemäßem Handeln des Beklagten hätte der Kläger vom Erwerb der Immobilie Abstand genommen.

Der Beklagte bestreitet jegliche Amtspflichtverletzung, darüber hinaus einen kausalen Schaden. Auch stehe der Klage die Subsidiarität der Notarhaftung entgegen.

Das LG, auf dessen tatsächliche Feststellungen gemäß § 540 Abs. 1 ZPO ergänzend Bezug genommen wird, hat mit Urteil vom 5.9.2014 die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das LG ausgeführt, der Kläger habe weder nachgewiesen, dass er den Urkundsentwurf nicht rechtzeitig vor dem Beurkundungstermin erhalten habe, noch dass der Beklagte sich nicht nach dem rechtzeitigen Erhalt des Entwurfs erkundigt habe.

Die Bindungsfrist für das Angebot vom 1.10.2007 bis 7.11.2007 (5 Wochen u. 2 Tage) sei nicht zu beanstanden, da sie nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH nicht zu einer wesentlichen Überschreitung der gesetzlichen Bindungsfrist von 4 Wochen führe. Auch im Hinblick auf die Fortgeltungsklausel habe der Kläger keinen Anspruch auf Schadenersatz gegen den Beklagten. Es liege schon keine Pflichtverletzung des Notars vor, da nicht ersichtlich sei, dass ein Notar im Oktober 2007 Bedenken gegen die Klausel hätte äußern müssen. Darüber hinaus fehle es an einem schlüssigen Vortrag eines adäquat kausal eingetretenen Schadens. Da die Fortgeltungsklausel nicht zur Anwendung gekommen sei, seien die vom BGH in der Entscheidung vom 11.6.2010 – *V ZR 85/09* dargelegten Erwägungen zum Schutzzweck von § 308 Nr. 1 BGB anwendbar. Es fehle damit an einem adäquat kausal verursachten Schaden.

Darüber hinaus überzeuge der Vortrag des Klägers nicht, wonach er bei gedachter Belehrung kein Angebot abgegeben hätte. Auf die Frage der Subsidiarität der Notarhaftung komme es nicht mehr an, aber auch daran würde die Klage scheitern.

Gegen das am 11.9.2014 zugestellte Urteil des LG wendet sich der Kläger mit seiner form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung vom 29.9.2014.

Er meint, zu Unrecht habe das LG eine Amtspflichtverletzung des Beklagten in Bezug auf die Beurkundung der als Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendeten Fortgeltungsklausel verneint. Die Regelung habe dem Grundgedanken des Gesetzes widersprochen, was der Beklagte bereits im Jahr 2007 hätte erkennen müssen. Dementsprechend hätte der Beklagte die Beurkundung ablehnen müssen. Unerheblich sei, dass die Klausel letztlich nicht zum Tragen gekommen sei, da dies der Beklagte zum Zeitpunkt der Beurkundung nicht habe wissen können.

Die vom LG herangezogene Entscheidung des V. Senats des BGH enthalte keine Aussagen zur Haftung des Notars. Ebenfalls fehlerhaft habe das LG einen kausalen Schaden des Klägers verneint. Der Kläger habe keinen Zweifel daran gelassen, dass er die Immobilie bei entsprechender Belehrung nicht erworben hätte. Es gehe um eine hypothetische bzw. überholende Kausalität, also um eine Reserveursache, für deren Vorliegen der Schädiger darlegungs- und beweispflichtig sei. Auch könne der Kläger nicht auf die Verfolgung von Ersatzmöglichkeiten gegenüber der Verkäuferin verwiesen werden.

(Anträge: ...)

Der Beklagte stützt sich in der Berufung insbesondere darauf, dass er im Jahre 2007 keinen Anlass gehabt habe, die Wirksamkeit der damals gängigen und üblichen Fortgeltungsklausel zu hinterfragen. Erstmals sei vom OLG Celle im Jahr 2012 eine solche Klausel beanstandet worden, wobei der Sachverhalt nicht vergleichbar sei und zudem die Voraussetzungen der Notarhaftung verkannt worden seien. Zu Recht habe das LG außerdem den Zurechnungszusammenhang verneint und auf die Subsidiarität der Notarhaftung verwiesen.

Der Senat hat den Parteien am 30.1.2015 einen Hinweis erteilt, wonach er die Berufung für unbegründet erachtet. ■

#### Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet. Das LG hat die Klage zu Recht abgewiesen. Auf die zutreffenden Ausführungen des LG, die der Senat in den wesentlichen Punkten teilt, kann Bezug genommen werden.

Ergänzend ist festzuhalten:

Der Kläger, der in erster Instanz drei verschiedene Amtspflichtverletzungen geltend gemacht hat, verfolgt in 2. Instanz nur noch den **Vorwurf pflichtwidriger Beurkundung einer unzulässigen Fortgeltungsklausel** weiter. Er wendet sich nicht gegen die überzeugend begründete Feststellung des LG, wonach der Kläger eine Pflichtverletzung des Beklagten bezogen auf § 17 II a Nr. 2 BeurkG a. F. (Zwei-Wochen-Frist) nicht nachweisen konnte. Auch stellt der Kläger vor dem Hintergrund der aktuellen Entscheidung des BGH vom 17.1.2014 – V ZR 5/12 nicht mehr in Frage, dass die Bin-

dungsfrist von 5 Wochen und 2 Tagen für das Angebot nicht gegen § 308 Nr. 1 BGB verstoßen hat mit der – für die Beurteilung des Falles wesentlichen – Folge, dass der Kaufvertrag über die fragliche Wohnung durch die notarielle Annahmeerklärung der Verkäuferin am 30.10.2007 rechtswirksam zustande kommen konnte und auch zustande gekommen ist. Der Vorwurf einer Pflichtverletzung in Bezug auf die Bindungsfrist scheidet damit von vornherein aus.

Aber auch aus der Beurkundung der Fortgeltungsklausel kann der Kläger Ansprüche gegen den Beklagten nicht herleiten. Die vom Kläger in der Berufung vorgebrachten Argumente sind aus nachfolgenden Gründen nicht geeignet, die Richtigkeit der landgerichtlichen Entscheidung in Frage zu stellen.

#### 1. Amtspflichtverletzung

Ob dem Beklagten überhaupt zum Vorwurf gemacht werden kann, dass er eine Fortgeltungsklausel beurkundet hat, die als (unstreitig von der Verkäuferin) vorformulierte Bedingung gemäß § 308 Nr. 1 BGB unwirksam sein durfte, lässt der Senat offen. Tatsächlich hat der Kläger weder **Rechtsprechung noch Literatur** aufgezeigt, die einen **pflichtbewussten und gewissenhaften durchschnittlichen Notar zum Zeitpunkt der Beurkundung im Jahr 2007** hätten veranlassen müssen, gegenüber dem Kläger Bedenken in Bezug auf die fragliche Klausel zu äußern. Die BGH-Entscheidungen, die sich mit überlangen Bindungen an Vertragsangebote in Bauträgerverträgen befassen, stammen aus späteren Jahren (vgl. auch Rechtsprechungsnachweis in dem vom Kläger vorgelegten Urteil des OLG Naumburg vom 29.10.2014, S. 13/14).

Soweit sich der Kläger im Schriftsatz vom 29.1.2015 auf eine Warnung der BNotK vor systematisch aufgespaltenen Angebots- und Annahmeerklärungen aus dem Jahr 2007 stützt, ist nicht ersichtlich, dass sich hieraus für den Kläger günstige Schlussfolgerungen in Bezug auf die streitgegenständliche Fortgeltungsklausel ziehen lassen könnten. Anhaltspunkte dafür, dass Fortgeltungsklauseln bereits damals in Fachkreisen als rechtlich unzulässig oder bedenklich galten, ergeben sich daraus nicht. Rechtsprechung oder Fachliteratur dahingehend, dass ein Notar im Jahr 2007 die Beurkundung getrennter Angebots- und Annahmeerklärungen bei vorformulierten Bauträgerverträgen grundsätzlich hätte ablehnen oder auf konkrete rechtliche Bedenken hätte hinweisen müssen, behauptet der Kläger selbst nicht.

Das Urteil des OLG Celle, auf das sich der Kläger stützt, erging erst am 5.10.2012, und hatte überdies eine andere Pflichtverletzung eines Notars zum Gegenstand, nämlich die Beurkundung einer Annahmeerklärung auf ein **nicht mehr wirksames** Angebot nach Ablauf der zulässigen Bindungsfrist. Selbst wenn man sich jedoch die Erwägungen des OLG Celle auf S. 19/20 des Urteils zu Eigen machen würde, wonach ein Notar im Jahr 2007 Zweifel hätte haben müssen, dass die vereinbarte Fortgeltungsklausel einer Inhaltskontrolle standhalten würde und er deswegen bei der Beurkundung auf rechtliche Bedenken hätte hinweisen müssen, scheidet die Klage daran, dass ein Schaden, der in den Schutzbereich

der verletzten Amtspflicht fällt, nicht geltend gemacht wird (siehe nachfolgend, Ziffer 2).

## 2. Mangelnde haftungsrechtliche Zurechnung – Schutzbereich der Amtspflicht

**Wie allgemein im Schadenersatzrecht, kann der Anspruchsteller auch im Bereich der Notarhaftung nur für solche Schadensfolgen Ersatz verlangt werden, die innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm liegen.** Es muss sich um Folgen handeln, die in den Bereich der Gefahren fallen, um derentwillen die Rechtsnorm erlassen wurde. Zwischen der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage und dem Schaden muss also ein innerer Zusammenhang bestehen; eine bloß zufällige äußere Verbindung genügt nicht (vgl. statt vieler: BGH v. 10.7.2008 – III ZR 255/07; Ganter H. W., *Handbuch der Notarhaftung*, 3. Aufl., S. 616 ff.).

**Ein Notar haftet für einen Schaden infolge einer Amtspflichtverletzung somit nur dann, wenn ihm der Schaden bei wertender Betrachtung, insbesondere mit Rücksicht auf den Schutzzweck der verletzten Norm und Amtspflicht, haftungsrechtlich zuzurechnen ist.**

Durch die **Figur des Schutzzwecks der Norm** begrenzt die Rechtsprechung die Haftung auf diejenigen Schäden, deren Abwehr bzw. Verhütung die Norm bzw. Amtspflicht bezweckt. Ob nachteilige Folgen in den Schutzzweck einer Norm fallen oder nicht, ist objektiv anhand des Zwecks und der Tragweite der verletzten Norm zu beurteilen.

Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang argumentiert, der Beklagte wende eine **Reserveursache** bzw. der **hypothetischen/überholenden Kausalität** ein, wofür er die Beweislast trage, vermerkt der Kläger unterschiedliche Aspekte haftungsrechtlicher Zurechnung. **Bei der Rechtsfigur der Reserveursache bzw. der hypothetischen/überholenden Kausalität ist ebenso wie beim Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens die Pflichtverletzung und die Ursächlichkeit eines Schadens** (im Sinne der „conditio sine qua non“-Betrachtung) **regelmäßig gegeben**. Der Schuldner hält dem Anspruch jedoch entgegen, dass der Schaden ohnehin später durch einen anderen Umstand eingetreten wäre (Reserveursache) oder dass der Vermögensnachteil rechtmäßig herbeigeführt hätte werden können, indem der Schuldner eine von der verletzten Pflicht verschiedene andere selbstständige Pflicht erfüllt hätte (vgl. BGH v. 17.10.2002 – IX ZR 3/01; Ganter/Hertel/Wöstmann, a. a. O., S. 627 und 628 ff.).

**Hiervon zu unterscheiden ist die haftungsbegründende Kausalität zwischen Amtspflichtverletzung und einem Schaden (vgl. hierzu unter Ziffer 3), aber auch die Problematik, ob die verletzte Amtspflicht den Geschädigten auch und gerade vor dem geltend gemachten Schaden bewahren soll.** Vorliegend scheidet die Klage nicht an einer Reserveursache oder an hypothetischer Kausalität, sondern daran, dass der Schaden nicht vom Schutzzweck der verletzten Amtspflicht umfasst wird.

Entscheidungserheblich ist insoweit, dass sich die geltend gemachte Amtspflichtverletzung auf eine **Vertragsklausel**

bezieht, **die in keiner Weise relevant geworden ist**. Unstreitig kam der Vertrag zwischen dem Kläger und der Verkäuferin rechtswirksam zustande, dass die Verkäuferin innerhalb der zulässig festgelegten Bindungsfrist von 5 Wochen und 2 Tagen das noch wirksame Angebot des Klägers angenommen hat. **Es realisierte sich weder die Problematik einer unangemessen langen Bindung an das Angebot, noch verwirklichte sich die Gefahr eines (unerkannten) Scheiterns des Vertragsschlusses infolge des Erlöschens des Angebots vor der Annahme.**

Sinn und Zweck der Belehrungspflicht eines Notars im Falle der Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln ist es, den Vertragspartner vor den nachteiligen Folgen gerade dieser Klauseln zu bewahren, nicht dagegen grundlegende Bedenken gegen die Seriosität des Vertragspartners, die Finanzierbarkeit oder die Rentabilität des beabsichtigten Geschäftes zu wecken. Hat eine Klausel, wie vorliegend, im weiteren Verlauf keinerlei praktische Bedeutung, fehlt es an einem damit in Zusammenhang stehenden Schaden, unabhängig davon, ob dies bei Vertragsschluss absehbar war oder nicht.

Der Schutzzweck seiner Amtspflicht geht insoweit nicht weiter als diejenige des Vertragspartners selbst. Zu Recht hat das LG deshalb gestützt auf die Entscheidung des BGH vom 11.6.2010 – V ZR 85/09, Rdnr. 23 ff. (zitiert nach juris) festgestellt, dass der vom Kläger geltend gemachte Schaden, der auf Rückabwicklung eines rückblickend als unrentabel erkannten Kaufvertrages abzielt, nicht vom Schutzzweck der verletzten Norm erfasst ist.

Auch durch den Hinweis auf andere Entscheidungen vermag der Kläger die Richtigkeit der Überlegungen des LG nicht in Frage zu stellen. Sämtliche Entscheidungen, auf die sich der Kläger stützt, betreffen Fälle, in denen entweder ein Verstoß gegen § 17 BeurkG bejaht wurde (so z. B. das LG Berlin v. 12.6.2014 – 84 I 44/13; BGH v. 7.2.2013 – III ZR 121/12) oder ein Vertrag wegen des Erlöschens der Bindungswirkung des Angebots gar nicht zustande gekommen ist (OLG Celle v. 5.10.2012 – 3 U 42/12). Beide Vorwürfe sind nicht Gegenstand der Berufung.

## 3. Behauptetes Abstandnehmen vom Kauf der Immobilie

Abgesehen davon wendet sich der Kläger auch erfolglos gegen die auf seiner persönlichen Anhörung beruhenden Feststellung des LG, wonach es unwahrscheinlich ist, dass der Kläger kein notarielles Angebot angenommen hätte, wenn er vom Beklagten über eine mögliche Unwirksamkeit der Fortgeltungsklausel belehrt worden wäre.

Die Voraussetzungen für eine Ablehnung der Beurkundung hat der Kläger von vornherein nicht schlüssig dargetan, insbesondere war der Beklagte zweifelsfrei nicht der Überzeugung, dass das Angebot (oder einzelne Klauseln) unwirksam war (vgl. Ganter/Hertel/Wöstmann, *Handbuch der Notarhaftung*, 3. Aufl., Rdnr. 188 ff.). Damit stellt sich allenfalls die Frage einer Belehrungspflicht dahingehend, dass die Fortgeltungsklausel gegen § 308 BGB verstoßen könnte. In Übereinstimmung mit dem LG hat der Senat erhebliche Zweifel,

dass der Kläger, der sich trotz fehlender Eigenkapitaldecke und geringem verfügbarem Einkommen ersichtlich im blinden Vertrauen auf den Vermittler, den Zeugen Z., zum Kauf einer ihm nicht bekannten Immobilie in M. entschlossen hat, nach einem entsprechenden behelrenden Hinweis über die Fortgeltungsklausel vom Kauf Abstand genommen hätte.

Die Fortgeltungsklausel ist eine isolierte Regelung, die nur dann bedeutsam wird, wenn die Angebotsannahme nicht schon während der laufenden Bindungsfrist erklärt wird. Es erscheint durchaus nicht fernliegend, dass für den Kläger, der damals glaubte, die Chance auf den Erwerb einer begehrten, vermeintlich sehr rentablen Immobilie wahrzunehmen, Bedenken gegen die Fortgeltungsklausel völlig unerheblich gewesen wären. In Betracht kommt aber auch, dass ein Angebot ohne Fortgeltungsklausel beurkundet und von der Verkäuferin angenommen worden wäre, nachdem sich diese noch vor Ablauf der Bindungsfrist zur Angebotsannahme entschlossen hat.

Auch die vom Kläger zitierten Entscheidungen führen nicht weiter. Weder greift zugunsten des Klägers ein Anscheinsbeweis, da es naheliegende Handlungsalternativen gibt, die zum Erwerb der Immobilie geführt hätten, noch kann sich der Kläger auf die Rechtsprechung des BGH zur Rechts- und Steuerberaterhaftung stützen. Ebenso wenig enthält die Entscheidung des BGH vom 15.5.2014 – IX ZR 267/12 für den Kläger günstige Erwägungen.

Der Schutzzweck der in Rede stehenden spezifischen Amtspflicht (Behelrung über die mögliche Unwirksamkeit einer Klausel, dass das Angebot erst mit Widerruf und nicht mit Ablauf der Bindungsfrist erlischt) ist gerade nicht vergleichbar mit dem Schutzzweck grundlegender Beratungs- und Aufklärungspflichten eines Anlageberaters gegenüber einem Anleger.

Es fehlt damit auch an der notwendigen Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden. (...) ■

## Steuerberaterhaftung

- Nicht fristgerechte Abgabe von Steuererklärungen
- Abwälzung einer Geldstrafe auf Berater  
(LG Köln, Urt. v. 4.10.2018 – 2 O 415/16)

### Leitsatz (d. Red.):

Bei der Pflicht des Steuerpflichtigen zur fristgerechten Einreichung von Steuererklärungen handelt es sich nicht um eine undurchsichtige, für den steuerlichen Laien nur schwer nachzuvollziehende Verpflichtung. Eine wegen der nicht fristgerechten Abgabe von Steuererklärungen festgesetzte Geldauflage gemäß § 153a StPO kann nicht im Rahmen des Schadenersatzes auf den Steuerberater abgewälzt werden. ■

### Zum Sachverhalt:

Gegenstand der Klage sind Schadenersatzansprüche gegen die Beklagten im Zusammenhang mit steuerberatenden Tätigkeiten für den Kläger in den Jahren 2000–2015.

Der Kläger ist als freiberuflicher Augenarzt tätig und macht auch Ansprüche seiner Ehefrau aus abgetretenem Recht geltend. Der Beklagte zu 1) ist Geschäftsführer der Beklagten zu 2), die im Jahr 1987 gegründet wurde und betreute den Kläger und dessen Ehefrau in deren steuerlichen Angelegenheiten in den hier streitgegenständlichen Veranlagungsjahren als persönlicher Ansprechpartner. Der Beklagte zu 1) war bei Mandatsbeginn noch in der GbR tätig.

Der Kläger nahm im laufenden Mandat – für steuerliche Zwecke allerdings nicht ausreichende – Liquiditätsbetrachtungen vor und übersandte sie dem Beklagten zu 1). Der Beklagte zu 1) fertigte auf dieser Grundlage die Abschlussbuchungen und die anfallenden Steuererklärungen, die durch die Beklagte zu 2) beim FA eingereicht wurden, wobei aufgrund verspäteter Einreichungen in den streitgegenständlichen Jahren die Festsetzung von erheblichen – wenn auch der Höhe nach streitigen – Verspätungszuschlägen, Säumniszuschlägen und Zinsen durch das FA erfolgte.

Im Jahr 2015 kam es zu einer Betriebsprüfung beim Kläger betreffend die Umsatzsteuer und Einkommensteuer 2011–2013. Die Einkommensteuererklärungen 2011–2013 wurden erst im Rahmen der Betriebsprüfung eingereicht. Für die Jahre 2011 und 2012 waren zuvor Schätzungen erfolgt. Auf den Betriebsprüfungsbericht wird Bezug genommen. Daran schloss sich ein Strafverfahren gegen den Kläger wegen des Verdachts der Einkommensteuerverkürzung in den Jahren 2011–2013 an, welches gegen Zahlung einer Geldauflage i.H.v. 70.000 EUR gemäß § 153a StPO eingestellt wurde.

Der Kläger verlangt den Ersatz von Zinsen, Verspätungszuschlägen und Säumniszuschlägen in Höhe von insgesamt 79.302,50 EUR, die in den Jahren 2000–2015 angefallen seien. Daneben verlangt der Kläger Ersatz der geleisteten Zahlungsaufgabe im steuerstrafrechtlichen Verfahren i.H.v. 70.000 EUR, der in diesem Zusammenhang festgesetzten Hinterziehungszinsen i.H.v. 615 EUR sowie Ersatz der Kosten für die anwaltliche Vertretung im Strafverfahren i.H.v. 9.520 EUR. Zuletzt verlangt der Kläger Ersatz der Kosten für die Neuerstellung der Buchführung für das Jahr 2014 i.H.v. 2.142 EUR durch die ... mbH.

Der Kläger behauptet, dass der Beklagte zu 1) immer als natürliche Person gegenüber dem Kläger agiert habe und daher auch ein Mandatsverhältnis mit diesem bestanden habe. Dem Kläger sei nicht bewusst, jemals einen Mandatsvertrag unterschrieben zu haben, der deutlich gemacht hätte, dass der Beklagte zu 1) nur als Geschäftsführer der Beklagten zu 2) gehandelt habe. Aus zwei Schreiben aus dem Jahr 1995 einmal unter dem Briefkopf des Beklagten zu 1) und ein anderes Mal unter dem Briefkopf der Beklagten zu 2), folge auch, dass es die Beklagten mit der Differenzierung selbst nicht so genau genommen hätten.

Der Kläger meint, dass die festgesetzten und geleisteten Zinsen, Verspätungszuschläge und Säumniszuschläge durch eine nachlässige Sachbehandlung des Beklagten zu 1) bzw. der Beklagten verursacht worden seien. Der Beklagte zu 1) habe diese Nachlässigkeit in seiner Zeugenvernehmung vor dem FA für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung in Köln in dem gegen den Kläger gerichteten Verfahren bestätigt, was aus dem Vernehmungsprotokoll vom 15.4.2016 folge.

Die Beklagten hätten für den Kläger und seine Ehefrau die Abwicklung der steuerlichen Angelegenheiten komplett übernommen. Dies betreffe auch die Abwicklung der Zahlungen. Die Absprache sei dahin gegangen, dass der Beklagte zu 1) die in Steuerbescheiden oder Steuervoranmeldungen festgesetzten Gelder beim Kläger und seiner Ehefrau hätte anfordern sollen, so dass die Zahlungen am Fälligkeitstag hätten erfolgen können. Der Kläger und seine Ehefrau hätten auch immer zeitnah reagiert und die Zahlungsbeträge auf Anforderung kurzfristig zur Verfügung gestellt, so dass der Kläger den Anfall von Säumniszuschlägen nicht zu verantworten habe. Die Steuerbescheide seien hingegen sämtlich nicht dem Kläger, in keinem Fall zeitgerecht, zugeleitet worden. Über Zahlungen an das FA sei nur per Email korrespondiert worden.

Die Beklagten hätten auch pflichtwidrig die gesetzlichen Fristen für die Abgabe der Steuererklärungen nicht eingehalten, obgleich die Absprache dahin gegangen sei, dass alle Steuererklärungen zeitgerecht und damit ohne den Anfall von Zinsen und Verspätungszuschlägen abgegeben würden. Der Kläger sei auch in der Lage gewesen, alle Unterlagen und Geldmittel rechtzeitig zur Verfügung zu stellen, so dass die Inkaufnahme von Zinsen und Verspätungszuschlägen nicht vorteilhaft gewesen sei.

Ohne die nachlässige Sachbehandlung durch die Beklagten wäre es auch nicht zu dem Ermittlungsverfahren gekommen. Die Finanzbehörde habe angenommen, dass der Kläger seiner Überwachungsverpflichtung gegenüber den Beklagten nicht nachgekommen sei. Einen gestellten Antrag nach § 170 Abs. 2 StPO hätten die Strafverfolger nicht akzeptiert, weshalb sich der Kläger zur Vermeidung weiterer Verfolgung und eines damit verbundenen Reputationsschadens auf die Auflage nach § 153 a StPO eingelassen habe.

(Anträge: ...) ■

#### **Aus den Gründen:**

Die zulässige Klage ist unbegründet.

Dem Kläger steht der geltend gemachte Schadenersatzanspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 675, 611 BGB gegen die Beklagten nicht zu.

1. Der Beklagte zu 1) ist für die geltend gemachten Schadenersatzansprüche wegen einer streitigen pflichtwidrigen steuerlichen Sachbehandlung bereits nicht passivlegitimiert.

Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass in den streitgegenständlichen Jahren 2000 bis zum Ende des Mandats im Jahr

2015 jedenfalls ein Steuerberatungsvertrag mit der Beklagten zu 2) bestand. Bei der Steuerberatungsgesellschaft mbH ist nach allgemeinen Grundsätzen die GmbH alleiniger Vertragspartner des Auftraggebers. Nur in seltenen Fällen wird der handelnde Steuerberater neben der Gesellschaft beauftragt und muss für seine Berufspflichtverletzung unmittelbar haften. Dies richtet sich nach den erkennbaren Umständen bei der Mandatsanbahnung und -abwicklung, z.B. danach, wer das Honorar in Rechnung gestellt hat und welche Briefbögen benutzt wurden (vgl. *Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 5. Aufl., S. 43*).

Zu Gunsten des Klägers spricht dabei allein, dass die Beklagte zu 2) von dem Beklagten zu 1) erst nach Mandatsbeginn im Jahr 1987 gegründet wurde und eine formelle Überleitung des Mandats auf die Beklagte zu 2) nicht stattgefunden hat. Allerdings hat die Beklagte zu 2) das Mandat faktisch in den streitgegenständlichen Jahren 2000 bis 2015 bearbeitet. Diese handelte für den Kläger gegenüber dem FA im Rahmen der Erstellung und Einreichung der Steuererklärungen und hat auch noch die Betriebsprüfung im Jahr 2015, an die sich das Steuerstrafverfahren gegen den Kläger anschloss, als Steuerberater begleitet, was aus dem vorliegenden Bericht der Betriebsprüfung folgt.

Auch im Verhältnis zum Kläger ist die Beklagte zu 2) jedenfalls seit den neunziger Jahren als Vertragspartnerin aufgetreten, was aus dem vom Kläger vorgelegten Schreiben vom 29.3.1995 folgt. Die Beklagten haben hierzu in Ergänzung weitere Korrespondenz mit dem Kläger aus dem Jahr 2005 vorgelegt, die ebenfalls unter dem Briefkopf der Beklagten zu 2) erfolgte. Auch aus zwei vorgelegten Honorarrechnungen vom 31.12.2008 und 31.12.2012 folgt, dass die steuerlichen Tätigkeiten gegenüber dem Kläger nicht durch den Beklagten zu 1), sondern durch die Beklagte zu 2) abgerechnet wurden.

Der Kläger behauptet seinerseits auch nicht, dass die Leistungen von dem Beklagten zu 1) abgerechnet wurden. Diese tatsächlichen Umstände sprechen dafür, dass das Mandat von der Beklagten zu 2) jedenfalls in den streitgegenständlichen Jahren seit 2000 mit Wissen und Willen des Klägers geführt wurde.

Der Vortrag des Klägers, dass der Beklagte zu 1) im laufenden Mandatsverhältnis immer als natürliche Person agiert, eine persönliche Vertrauensstellung genossen und nicht zwischen ihm und der Beklagten zu 2) differenziert habe, was auch aus einem Schreiben unter dem Briefkopf des Beklagten zu 1) aus dem Jahr 1995 folge, reicht demgegenüber für die Annahme der Fortdauer eines Steuerberatungsvertrages auch mit dem Beklagten zu 1) in den hier streitgegenständlichen Jahren nicht aus. Die Beklagte zu 2) hatte mit der beauftragten steuerberatenden Tätigkeit Dienste höherer Art zu leisten. Dass der Beklagte zu 1) als geschäftsführender Gesellschafter dabei persönlich agierte und auch eine persönliche Vertrauensstellung genoss, liegt in der Natur des steuerrechtlichen Mandatsverhältnisses und führt allein nicht zu einer gesonderten Beauftragung des Beklagten zu 1) neben der Beklagten zu 2).

2. Ansprüche gegen die Beklagte zu 2) bestehen ebenfalls nicht.

a) Soweit der Kläger wegen einer verspäteten Einreichung von Einkommensteuererklärungen in den streitgegenständlichen Jahren ab 2000 Schadenersatz wegen festgesetzter Zinsen und Verspätungszuschlägen verlangt, hat der Kläger nicht ausreichend dargelegt, auf welchen konkreten Pflichtverletzungen der Beklagten zu 2) in den einzelnen Veranlagungsjahren diese Festsetzungen beruhen.

**Im Grundsatz hat der Steuerberater im Rahmen seines Auftrags auch auf den eventuellen Anfall von Nachzahlungszinsen und Verspätungszuschlägen hinzuweisen und dem Steuerpflichtigen einen Weg aufzeigen, wie er den Anfall solcher Zinsen und Zuschläge vermeiden kann** (vgl. zu *Zinsschäden OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.11.2014 – I-23 U 168/14, abrufbar unter juris.de*).

Dem Kläger obliegt dabei die Darlegungs- und Beweislast, aus welchen Gründen bzw. aufgrund welcher Absprachen und wann die Steuererklärungen in den betroffenen Jahren eingereicht wurden, dass eine gebotene Aufklärung über die konkreten Folgen einer verspäteten Einreichung in den einzelnen Steuerjahren nicht erfolgt ist und der Kläger im Falle der Belehrung alle notwendigen Mitwirkungshandlungen rechtzeitig vorgenommen hätte, so dass eine rechtzeitige Einreichung hätte erfolgen können. Hierauf hat die Kammer mit Hinweisbeschluss vom 19.4.2018 hingewiesen. Substanziierter Vortrag des Klägers ist gleichwohl nicht erfolgt.

Soweit der Kläger auf den Hinweis der Kammer vom 19.4.2018 ausgeführt hat, dass die Absprache mit den Beklagten dahin gegangen sei, dass alle Steuererklärungen zeitgerecht und damit selbstverständlich ohne den Anfall von Zinsen und Verspätungszuschlägen abgegeben werden, der Kläger jederzeit über die notwendige Liquidität verfügt habe, seinen Verpflichtungen nachzukommen, so dass die Inkaufnahme von Verspätungszuschlägen nicht vorteilhaft gewesen sei, ist dieser Vortrag nicht ausreichend konkret.

Hieraus folgt nicht, wann die Steuererklärungen vor dem von der Betriebsprüfung umfassten Zeitraum bis 2011 eingereicht wurden und was in Bezug auf die Folgen einer verspäteten Einreichung in sämtlichen Veranlagungsjahren bis 2015, für die Ersatz verlangt wird, mit den Beklagten besprochen bzw. nicht besprochen wurde.

Auch ist nicht dargelegt, welche Steuerunterlagen den Beklagten von dem Kläger in den einzelnen Jahren zu welchen Zeitpunkten vorgelegt wurden und dass die verspätete Abgabe der Steuererklärungen somit nicht im Verantwortungsbereich des Klägers lag. Der Kläger hätte die tatsächlichen Vorgänge in den einzelnen Jahren ab 2000 detailliert aufarbeiten müssen und seinen Vortrag nicht auf die Behauptung einer Generalabsprache, dass die Abgabe aller Erklärungen fristgerecht erfolgen sollte, beschränken dürfen.

Entgegen der Auffassung des Klägers wird er von der Darlegung der Umstände einer pflichtwidrigen Nichteinhaltung

der Steuererklärungsfristen auch nicht aufgrund der Einlassung des Beklagten zu 1) im Rahmen der Zeugenvernehmung vor dem FA für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung in Köln vom 15.4.2016 entbunden. Soweit es in dem Protokoll über die Zeugenvernehmung u. a. heißt:

„[...] Im Anschluss daran habe ich die Steuererklärungen anhand der vorgefertigten Daten nach persönlicher Sichtung der Belege erstellt. Hier gebe ich zu, dass wir immer etwas spät dran waren.[...]“

[...] Sicher bin ich mir, dass ich ihm nicht gesagt habe, wenn die Erklärungsabgabe angemahnt wurde. [...]

[...]Abschließend ist zu sagen, dass Herr ... seine Unterlagen zusammengestellt und mir vorgelegt hat. Dies war auch immer zeitnah. Alles Weitere hat ihn aber nicht mehr gekümmert. Zumindest hat er keine Nachfragen gestellt. [...]"

ist zwischen den Parteien zwar unstrittig, dass der Beklagte zu 1) eine Erklärung dieses Inhalts abgegeben hat. Diese Aussage, die nicht gegenüber dem Kläger erfolgt ist, beinhaltet gleichwohl kein schuldrechtlich wirksames Anerkenntnis eines Regressanspruchs des Klägers aus dem Steuerberatungsvertrag. Auch ist nicht auszuschließen, dass der Beklagte zu 1), der im streitgegenständlichen Verfahren behauptet, dass dem Kläger die erhebliche Überschreitung der Abgabefristen bekannt gewesen und die verzögerte Abgabe der Einkommensteuererklärungen mit Wissen und Willen des Klägers erfolgt sei, den Kläger als langjährigen Mandanten der Beklagten zu 2) in dem Ermittlungsverfahren vor weiterer strafrechtlicher Verfolgung schützen wollte.

Die Aussage des Beklagten zu 1) gegenüber dem FA ist ihrem Inhalt nach in Bezug auf die konkreten Vorgänge in den einzelnen streitgegenständlichen Veranlagungsjahren zuletzt auch ebenso wenig konkret wie der Vortrag des Klägers, wonach alle Steuererklärungen fristgerecht hätten abgegeben werden sollen. Dies geht im Regressverfahren zu Lasten des beweisbelasteten Klägers.

b) Eine Pflichtverletzung der Beklagten zu 2) ist auch nicht in Bezug auf die weiter geltend gemachten Säumniszuschläge wegen einer verspäteten Begleichung von Steuern nach deren Festsetzung in den streitgegenständlichen Veranlagungsjahren dargelegt.

Soweit der Kläger eine Generalabrede dahingehend behauptet, dass die Beklagten die in Steuerbescheiden oder Steuervoranmeldungen festgesetzten Gelder beim Kläger und seiner Ehefrau hätten anfordern sollen, so dass die Zahlungen am Fälligkeitstag hätten erfolgen können, folgt hieraus nicht, unter welchen Umständen, d.h. wann und wie diese Abrede das erste Mal getroffen wurde und wie diese in der Praxis in den einzelnen Steuerjahren bis zum Zeitpunkt der Betriebsprüfung umgesetzt wurde, d.h. welche Zahlungen im Einzelnen in den betroffenen Jahren vor der Betriebsprüfung von den Beklagten angefordert und von dem Kläger entweder unmittelbar an das FA oder an die Beklagte zu 2) geleistet wurden.

Die weitergehende Behauptung in diesem Zusammenhang, dass die Steuerbescheide sämtlich dem Kläger nicht, in keinem Fall zeitgerecht, zugeleitet worden seien, ist ebenfalls nicht hinreichend substantiiert. Insofern hätte es eines konkreten Tatsachenvortrages bedurft, wann dem Kläger die jeweiligen Bescheide in den betroffenen Steuerjahren ab 2000 von der Beklagten zu 2) übermittelt wurden.

c) Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm durch die Begleichung der Auflage im **steuerstrafrechtlichen Verfahren** i.H.v. 70.000 EUR, die Begleichung der **Hinterziehungszinsen** i.H.v. 615 EUR, sowie durch die **Vertretung im Steuerstrafverfahren** in Höhe von 9.520 EUR entstanden ist.

In der Rechtsprechung ist für die Beraterhaftung allerdings anerkannt, dass ein Anspruch des Mandanten auf **Erstattung einer gegen ihn festgesetzten Geldbuße oder Geldstrafe** in Betracht kommen kann (*BGH, Urt. v. 14.11.1996 – IX ZR 215/95, NJW 1997, 518; v. 15.4.2010 – IX ZR 189/09, WM 2010, 993*).

**Die strafrechtliche Sanktion soll den Mandanten zwar persönlich treffen, und es bedarf eines besonderen Rechtsgrundes, der die Abwälzung einer Geldstrafe auf einen Dritten rechtfertigt. Ein solcher Rechtsgrund kann aber dann zu bejahen sein, wenn der Täter durch die schuldhafte Verletzung einer vertraglichen Beratungspflicht zu einer fahrlässigen Begehung einer Ordnungswidrigkeit veranlasst worden ist.**

Die den **Entscheidungen des BGH** zugrundeliegenden Sachverhalte zeichneten sich allerdings dadurch aus, dass die Steuerberater **Buchungsfehler** im Rahmen der ihnen eigenverantwortlich übertragenen Tätigkeiten begangen haben bzw. Falschangaben gegenüber dem FA gemacht haben und den Mandanten hierdurch nicht zustehende Steuervorteile verschafft haben.

**Der BGH begründete die Ersatzpflicht des Steuerberaters damit, dass das Steuerrecht vielfach kompliziert und jedenfalls für den Laien undurchsichtig sei.** Wenn der Steuerpflichtige sich in dieser Lage eines steuerlichen Fachberaters bediene, so bestehe dessen Aufgabe nicht nur darin, die seinem Mandanten zustehenden Steuervorteile auszuschöpfen, sondern er hat ihn auch davor zu bewahren, sich durch Überschreitung des zulässigen Rahmens der steuerstrafrechtlichen Verfolgung auszusetzen.

Im streitgegenständlichen Fall sah sich der Kläger hingegen dem Verdacht einer **vorsätzlichen Steuerverkürzung** in den Jahren 2011 bis 2013 allein **wegen der nicht fristgerechten Abgabe von Steuererklärungen** in diesen Jahren ausgesetzt. Unabhängig von den vorherigen Ausführungen, dass bereits nicht dargelegt ist, dass die verspätete Abgabe auf einer Pflichtverletzung der Beklagten zu 2) im Verhältnis zum Kläger beruhte, hat die Beklagte zu 2) jedenfalls keine steuerlich bedeutsamen Vorgänge gegenüber dem FA falsch dargestellt, um dem Kläger nicht zustehende Steuervorteile zu verschaffen.

**Bei der Pflicht des Steuerpflichtigen zur fristgerechten Einreichung von Steuererklärungen handelte es sich auch nicht um eine undurchsichtige oder für den steuerlichen Laien nur schwer nachzuvollziehende Verpflichtung.** Hieraus folgt, dass der Kläger nicht einfach darauf vertrauen durfte, dass sich die Beklagte zu 2) mit der Nicht- bzw. verspäteten Abgabe der Steuererklärungen für 2011 bis 2013 noch im rechtlich zulässigen Rahmen bewegen würde, ohne dass es auf die Frage ankommen würde, ob dem Kläger hieraus ein Vorsatz oder nur ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann oder ob der Kläger den gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Vorwurf in einem Hauptsachverfahren hätte entkräften können.

Besondere Umstände, wie etwa Zusicherungen der Beklagten über die Folgenlosigkeit einer verspäteten Einreichung gegenüber dem Kläger, die eine andere Bewertung zulassen könnten, sind nicht ersichtlich. **Die freiwillig akzeptierte Geldauflage gem. § 153a StPO kann damit im Ergebnis im streitgegenständlichen Fall nicht Gegenstand eines Schadenersatzanspruchs sein. Gleiches gilt für die damit verbundenen Hinterziehungszinsen und Anwaltskosten.**

d) Ein Schadenersatzanspruch besteht zuletzt auch nicht hinsichtlich der Kosten, die für die Neuerstellung der Buchführung 2014 auf Grundlage der Honorarrechnung vom 11.3.2016 geltend gemacht werden. Überprüfungs- und Korrekturarbeiten können zwar grundsätzlich eine adäquate und zurechenbare Folge einer fehlerhaften Steuerberatung sein (*BGH, NJW 1985, 1964, 1965; NJW 1991, 2833, 2836; NJW 1999, 2435, 2436; Senat, NZG 2002, 284, 286 = GI 2002, 65, 72*).

Der Mandant muss aber im Einzelnen vortragen, dass die Kosten für derartige Arbeiten durch die pflichtwidrige Handlung des Steuerberaters hervorgerufen worden sind (*BGH, NJW 93, 2181, 2183*). Hieran fehlt es gänzlich. (...) ■

## Steuerberaterhaftung

- Beauftragung eines spezialisierten auswärtigen Rechtsanwalts
- Besondere rechtliche Fachkenntnisse  
(*LG Würzburg, Beschl. v. 5.9.2018 – 74 O 2321/16*)

### Leitsatz (d. Red.):

Die Kosten eines auswärtigen Rechtsanwalts, der auf das Gebiet der Steuerberaterhaftung spezialisiert ist, sind als notwendige Prozesskosten erstattungsfähig. ■

### Aus den Gründen:

Die Berechnung des beantragten Betrages ist gebührenrechtlich nicht zu beanstanden.

Der Beklagte ist wohnhaft am Gerichtsort in Würzburg. Mit seiner Vertretung hat er eine Rechtsanwaltskanzlei aus Frankfurt beauftragt. Es kann davon ausgegangen werden, dass eine vernünftige, kostenbewusste Partei, die im Anwaltsprozess am eigenen Wohnort verklagt wird, einen am Prozessgericht ansässigen Rechtsanwalt mit ihrer Vertretung beauftragt.

Die **Beauftragung eines spezialisierten auswärtigen Rechtsanwalts** erscheint nur dann als notwendig, wenn ein vergleichbarer ortsansässiger Rechtsanwalt nicht beauftragt werden kann. Im vorliegenden Verfahren handelt es sich um ein Verfahren, indem **Schadenersatzansprüche** gegen den Beklagten **auf Grund seiner steuerberatenden Tätigkeit** geltend gemacht werden.

Bei einem solchen Verfahren handelt es sich für einen Anwalt nicht um ein alltägliches Verfahren.

Die **besonderen rechtlichen Fachkenntnisse** des auswärtigen Rechtsanwalts können dabei nicht lediglich danach beurteilt werden, ob am Ort des Gerichts bzw. am Wohnsitz oder Sitz der Partei Rechtsanwälte mit derselben Fachanwaltschaft des auswärtigen Rechtsanwalts zugelassen sind, da die meisten Fachanwaltschaften in ihren Rechtsgebieten weit angelegt sind und innerhalb ihrer Materie breiten Raum für weitere Spezialisierungen lassen; so wird gefordert, dass der Rechtsanwalt am dritten Ort über rechtliche Spezialkenntnisse verfügen muss, die ihn von ortsansässigen Anwälten abheben, das heißt in einem umgrenzten Fachgebiet, das in der Regel enger als die Materie einer Fachanwaltschaft ist, Erkenntnisse und Erfahrungen in einem Vertiefungsgrad besitzt, der den eines durchschnittlichen Rechtsanwalts oder Fachanwalts erheblich übersteigt.

Die speziellen Kenntnisse können auf rechtlichem oder auf tatsächlichem Gebiet liegen. **Über besondere Kenntnisse in tatsächlicher Hinsicht verfügt ein Rechtsanwalt insbesondere dann, wenn er nahezu ausschließlich eine bestimmte Gruppe von Mandanten oder Mandanten aus einer bestimmten Branche vertritt und dadurch über vertiefte Kenntnisse der branchenüblichen Gepflogenheiten und des der Rechtsstreitigkeit zu Grunde liegenden Sachverhalts verfügt.**

Die Klägerin beantragte im Rahmen der Klage die Feststellung der Ersatzpflicht bereits entstandener und noch entstehender Schäden und/oder wirtschaftlicher Nachteile wegen der Verletzung von Pflichten aus dem Steuerberatungsvertrag. Damit waren, auch nach Ansicht des sachbearbeitenden Referatsrichters, sowohl Kenntnisse auf dem Gebiet des Steuerrechts wie auch auf dem Gebiet des Steuerberatungsregresses erforderlich. Die Reisekosten des Spezialanwalts sind somit voll zu erstatten.

Die Kosten sind notwendigerweise entstanden und daher von der Gegenseite zu erstatten. (...) ■

## Versicherungsschutz

- Wissentliche Pflichtverletzung
  - Elementare Berufspflichten
- (LG Kaiserslautern, Urt. v. 3.9.2018 – 3 O 244/17)

### Leitsatz (d. Red.):

Das Einlegen eines Einspruchs gegen Steuerbescheide, gegen welche die Mandantschaft vorgehen will, gehört zu einer elementaren Berufspflicht, die jedem Steuerberater bekannt ist. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger macht Schadenersatzansprüche aus einem Steuerberatervertrag gegenüber der Berufshaftpflichtversicherung seines ehemaligen Steuerberaters geltend.

Der Kläger ist gemeinsam mit seiner Ehefrau Inhaber einer Hundezucht. Er wurde in den Jahren 2009 bis 2012 in steuerlichen Angelegenheiten von dem Steuerberater M. R. (im Folgenden: Steuerberater) beraten und vertreten. Der Steuerberater war beauftragt, die Eheleute in den Jahren 2009 bis 2012 steuerlich zu beraten und zu vertreten, u. a. war er mit der Erstellung von Gewinn- und Verlustrechnungen für den Betrieb sowie mit der Abgabe von Einkommensteuer-, Umsatzsteuer- und Gewerbesteuererklärungen beim FA beauftragt.

Der Kläger behauptet verschiedene Pflichtverletzungen des Steuerberaters aus dem Steuerberatervertrag, aufgrund dessen er insgesamt einen Schadenersatzanspruch in Höhe von 11.616,87 EUR geltend macht. Mit Beschluss vom 13.7.2016 wurde über das Vermögen des Steuerberaters das Insolvenzverfahren eröffnet.

Die Beklagte ist die Berufshaftpflichtversicherung des Steuerberaters. Dieser unterhielt bei ihr unter der Versicherungs-Nr. ... eine Haftpflichtversicherung.

§ 4 Abs. 4 Nr. 5 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen lautet:

Der Versicherungsschutz bezieht sich nicht auf Haftpflichtansprüche

[...]

Nr. 5 wegen Schadenverursachung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingung des Auftraggebers oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung.

[...]

Mit Schreiben vom 23.8.2013 forderte das FA mit Fristsetzung bis zum 16.9.2013 den Kläger auf, die Steuererklärungen 2009 bis 2012 einzureichen und außerdem eine Aufschlüsselung der Betriebseinnahmen sowie der Position

„sonstige Abgaben“ vorzunehmen und schließlich auch den Anschaffungsbeleg des betrieblich genutzten Pkws vorzulegen.

Am 8.4.2014 erhielt der Kläger Einkommensteuerbescheide für die Jahre 2009 bis 2012. Die Steuerbescheide enthielten Zuschätzungen von Einkünften, da geforderte Nachweise und Unterlagen von dem Steuerberater nicht vorgelegt wurden. Des Weiteren wurde die Anschaffung eines Pkws nicht berücksichtigt, weil keine Anschaffungsbelege vorgelegt worden sind. Aufgrund der Zuschätzungen und der nichtberücksichtigten Anschaffung wurde insgesamt ein zu versteuernder Gewinn von 26.378 EUR angenommen. Tatsächlich hatten der Kläger und seine Ehefrau in den Jahren 2009 bis 2012 Verluste in Höhe von 5.342,00 EUR.

Diese Steuerbescheide sollten durch den Steuerberater geprüft werden, weil die Steuerfestsetzungen erheblich von den Beträgen abwichen, welche der Steuerberater als Steuerpflicht ermittelt hatte. Die Einkommensteuerbescheide waren lediglich vorläufig und wurden erst mit Ablauf der Einspruchsfrist am 12.5.2014 bestandskräftig.

Trotzdem legte der Steuerberater keinen Einspruch gegen die Steuerbescheide ein, die sodann bestandskräftig wurden. In der Folge erhielten der Kläger und seine Ehefrau eine Mahnung nebst Vollstreckungsankündigung des FA, die dem Steuerberater vorgelegt wurden. Das FA erließ sodann eine Pfändungs- und Einziehungsverfügung bei der Hausbank des Klägers und zog die festgesetzten Steuern nebst Säumniszuschlägen und Vollstreckungskosten ein.

Der Kläger behauptet,

dass der Steuerberater auf das Schreiben des FA vom 23.8.2013 dahingehend reagiert habe, dass er beim FA nachfragte, welche Unterlagen und Nachweise noch benötigt werden, um von den Zuschätzungen von Einkünften abzusehen und um die Abschreibungen für den Pkw anzuerkennen. Es habe keine verspätete Abgabe der Steuererklärungen gegeben.

Bei seiner Buchung hätten dem Steuerberater sämtliche Belege vorgelegen. Nachdem die Steuerbescheide erlassen worden seien, habe der Steuerberater erklärt, dass er sich um die Sache kümmern werde und dass die Eheleute keine Zahlungen leisten müssten. Hätten sie den Hinweis bekommen, die festgesetzten Steuern zahlen zu müssen, hätten sie diese Zahlungen leisten können.

Der Steuerberater habe am 10.4.2014 telefonisch nachgefragt, welche Unterlagen und Nachweise noch benötigt würden, um von der Zuschätzung von Einkünften absehen zu können und um die Abschreibung des Pkws noch anerkannt zu bekommen.

Nachdem der Steuerberater vom Kläger diese entsprechenden Unterlagen angefordert habe, habe der Kläger ihm diese am 14.4.2014 geliefert. Als in der Folge der Kläger und seine Ehefrau eine Mahnung nebst Vollstreckungsankündigung

erhielten, teilte ihnen der Steuerberater erneut mit, dass er sich um die Sache kümmern werde und dass sie sich keine Sorgen machen müssten. Eine Zahlung sei nicht erforderlich.

Obwohl der Steuerberater beauftragt gewesen sei, Einspruch einzulegen, habe er dies nicht getan, so dass die Steuerbescheide am 12.5.2014 bestandskräftig geworden seien. Dies geschah aus Nachlässigkeit bzw. Vergesslichkeit. Hätte der Steuerberater Einspruch eingelegt, wären die festgesetzten Einkommensteuern der Eheleute insgesamt um 9.682,12 EUR herabgesetzt worden. Überdies wären festgesetzte Zinsen in Höhe von insgesamt 768 EUR weggefallen und der Kläger und seine Ehefrau hätten demgegenüber mit Zinserstattungen in Höhe von insgesamt 114,48 EUR rechnen können. Weitere Schäden wegen Säumniszuschlägen und Vollstreckungskosten von insgesamt 1.051,82 EUR wären nicht entstanden.

(Anträge: ...)

Die Beklagte behauptet,

die Zuschätzungen des FA beruhten auf fehlender Buchhaltung des Klägers. Im Übrigen werde bestritten, dass die Steuerbescheide sachlich richtig gewesen seien. Die Beklagte bestreitet, dass die Eheleute den Steuerberater beauftragten, gegen die Einkommensteuerbescheide Einspruch einzulegen und dass dieser abgeraten habe, die festgesetzten Steuernachzahlungen zu entrichten. Im Übrigen bestreiten sie auch, dass das FA aufgrund eines Einspruches die Steuern wie vom Kläger beziffert hätte festsetzen müssen.

Außerdem wenden sie hilfsweise ein, dass bereits aufgrund des Vortrages des Klägers gemäß § 4 Nr. 5 AVB ein Leistungsausschluss wegen wissentlicher Pflichtverletzung vorliege. Zudem behaupten sie hilfsweise, dass die Abgabe der Steuererklärungen für die Veranlagungsjahre 2009 bis 2012 im Jahr 2013 auf einer Nachlässigkeit des Steuerberaters beruhten – und der Steuerberater aufgrund eigener Nachlässigkeit auf das Schreiben vom 23.8.2013 nicht reagiert habe. ■

#### Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist unbegründet.

Dem Kläger steht gegen die Beklagte kein Schadenersatzanspruch in Höhe von 11.616,87 EUR gemäß § 115 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WG in Verbindung mit § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit §§ 611 Abs. 1, 675 Abs. 1 BGB zu.

Denn ein solcher Anspruch kann gemäß § 115 Abs. 1 Satz 2 WG nur im Rahmen der Leistungspflicht der Beklagten bestehen. Für die Beklagte besteht allerdings gemäß § 4 Abs. 4 Nr. 5 AVB aufgrund der **Grundsätze der „wissentlichen Pflichtverletzung“** bereits nach dem Vortrag des Klägers – den die Beklagte hilfsweise unstreitig stellt – keine Leistungspflicht.

Gemäß § 4 Abs. 4 Nr. 5 AVB, die dem Vertragsverhältnis zwischen dem Steuerberater und der Beklagten zugrunde liegen, bezieht sich der Versicherungsschutz nicht auf Haft-

pflichtansprüche wegen Schadenverursachung durch wesentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingung des Auftraggebers oder durch sonstige wesentliche Pflichtverletzung.

**Wissentlich im Sinne des § 4 Abs. 4 Nr. 5 AVB handelt derjenige, der die verletzte Pflicht positiv gekannt und sie zutreffend gesehen hat** (BGH, Urt. v. 28.9.2005 – IV ZR 255/04, juris, Rdnr. 25 = NJW 2006, 289, 291; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.3.2006 – I-4 U 148/05, juris, Rdnr. 36) und subjektiv das Bewusstsein hatte, pflichtwidrig zu handeln.

**Darlegungs- und beweispflichtig** für die Verwirklichung der subjektiven Tatbestandsmerkmale ist die **Versicherung**, mithin vorliegend die Beklagte (vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2014 – IV ZR 90/13, juris, Rdnr. 16 = DStR 2015, 1206 ff.; v. 20.6.2001 – IV ZR 101/00, juris = NJW-RR 2001, 1311 ff.). Allerdings muss der Versicherungsnehmer bei feststehendem objektiven Verstoß im Rahmen einer sekundären Darlegungslast dartun, wie es dazu kommen konnte. Bei **Verstößen gegen elementare Berufspflichten**, deren Kenntnis bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden kann, erscheint **weiterer Sachvortrag** aber **entbehrlich** (Lücke, in: Prölss/Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, 30. Aufl. 2018, § 4 AVB, Rdnr. 19).

Dass der Steuerberater die behaupteten Pflichtverletzungen in diesem Sinne wissentlich begangen hat, ergibt sich bereits aus dem Vortrag des Klägers, den die Beklagte hilfsweise unstreitig gestellt hat, und den Umständen, die zwischen den Parteien unstreitig sind.

Aufgrund des Vortrages des Klägers wurden dem Steuerberater die Steuerbescheide vom 8.4.2014 zur Prüfung vorgelegt und er wurde beauftragt, gegen diese Einspruch einzulegen. Nach dem – hilfsweise – unstreitig gestellten Vortrag des Klägers hat der Steuerberater dies nicht getan. **Das Einlegen eines Einspruches gegen Steuerbescheide, gegen welche die Mandantschaft vorgehen will, gehört dabei zu einer elementaren Berufspflicht, die jedem Berufsangehörigen bewusst ist.** Auf diese Rechtsbehelfsmöglichkeit ist auch ausdrücklich in den Rechtsbehelfsbelehrungen hingewiesen.

Nach dem Vortrag des Klägers hat der Steuerberater diesen Einzelauftrag im Rahmen des Steuerberatervertrages überhaupt nicht erfüllt, denn es wird nicht vorgetragen, dass der Einspruch noch nach dem 12.5.2014 eingelegt worden sei. Es ist daher nicht so, dass der Steuerberater lediglich eine Frist versäumt hat, sondern nach dem Vortrag des Klägers, dass ein Einspruch überhaupt nicht eingelegt worden ist. Der Kläger trägt nicht vor und es ist auch nicht ersichtlich, dass der Steuerberater den Einspruch lediglich nach Fristablauf eingelegt hat und dieser in der Folge eventuell nicht über Möglichkeiten der Wiedereinsetzung aufgeklärt habe.

Nach dem Vortrag des Klägers war dem Steuerberater auch bewusst, dass er diesen Auftrag des Klägers erhalten hatte, da er am 10.4.2014 – also nach Erhalt der Steuerbescheide – zu diesem Zweck Kontakt mit dem FA aufgenommen hat und sich nach den fehlenden Unterlagen und Belegen erkundigt hat. Überdies hat der Steuerberater dem Kläger und

seiner Ehefrau sowohl nach Erlass der Steuerbescheide als auch nach Erlass der Mahnverfügung versichert, dass er sich um die Angelegenheit kümmere und dass sie keine Zahlungen leisten müssten. Ihm muss nach diesem Vortrag also bewusst gewesen sein, dass er einen entsprechenden Auftrag hatte, gegen die Steuerbescheide vorzugehen.

Dass der Steuerberater schließlich auch subjektiv das Bewusstsein gehabt hat, gegen seine Verpflichtung, Einspruch einzulegen, zu verstoßen, folgt bereits aus dem vorgetragenen Umstand, dass er den Einspruch überhaupt nicht eingelegt hat, obwohl ihm eine diesbezügliche Beauftragung bewusst gewesen ist. Wenn der Auftragnehmer einen Auftrag objektiv nicht erfüllt, obwohl ihm die Beauftragung bewusst war, kann daraus nur geschlossen werden, dass er auch das Bewusstsein hatte, gegen seine Verpflichtung zu verstoßen.

Hinzu kommen im Rahmen einer **Gesamtwürdigung eine Vielzahl weiterer Verstöße**. Nach dem unstreitig gestellten Vortrag der Beklagten hat der Steuerberater bereits die **Steuererklärungen trotz Erinnerung des FA** durch Schreiben vom 23.8.2013 **nicht ordnungsgemäß eingereicht**, weil bereits in diesem Schreiben die streitgegenständlichen Unterlagen angefragt gewesen waren. Nach dem Vortrag des Klägers hat sich der Steuerberater daraufhin mit dem FA in Verbindung gesetzt, aber dennoch wurden die Steuererklärungen nicht vollständig abgegeben.

Außerdem hat der Steuerberater bereits nach Erhalt der Steuerbescheide – ohne genauere Prüfung – mitgeteilt, dass der Kläger und seine Ehefrau die Steuernachzahlungen nicht zahlen müssten. Eine solche **Auskunft ohne genauere Prüfung** ist pflichtwidrig. Überdies hat er auch nach Erhalt der Mahnungs- und Vollstreckungsankündigung mitgeteilt, dass die Eheleute sich keine Sorge machen müssten und er sich um die Sache kümmern werde. Dies soll nach dem Vortrag des Klägers alles in der Zeit geschehen sein, in der der Steuerberater mit der Einlegung des Einspruches bereits beauftragt gewesen sei, so dass er auch subjektiv das Bewusstsein gehabt haben musste, gegen seine Verpflichtung zu verstoßen.

Schließlich wird auch nicht vorgetragen, dass der Steuerberater nach Ablauf der Einspruchsfrist den Kläger auf die Möglichkeiten einer Wiedereinsetzung hingewiesen hat. Aufgrund dieser Vielzahl der Versäumnisse und der vorgetragenen ausdrücklichen Beauftragung wäre es lebensfremd, davon auszugehen, dass die Nichteinlegung des Einspruches lediglich aufgrund einer „Vergesslichkeit“ oder „Nachlässigkeit“ des Steuerberaters unterblieben sei. Die Gesamtzahl der vorgetragenen Versäumnisse lässt nur den Schluss auf ein wissentliches Verhalten des Steuerberaters zu. (...) ■

## Steuerberaterhaftung

- Verspätete USt-Erklärungen
- Nachzahlungszinsen
- Schaden des Mandanten?

(LG Köln, Urt. v. 14.9.2017 – 2 O 196/16)

**Leitsatz (d. Red.):**

Die Tatsache, dass das Unternehmen des Mandanten nicht über eigene Mittel verfügt und Fremdmittel nur zu einem Zinssatz von 11,5% erhalten kann, bedeutet, dass der Liquiditätsvorteil, der durch die spätere Zahlung der Steuerschuld entsteht, in dieser Höhe anzusetzen ist. Er ist den Nachzahlungszinsen von 6% gegenzurechnen. ■

**Zum Sachverhalt:**

Der Kläger wurde mit Beschluss des AG Köln vom 18.7.2012 zum Insolvenzverwalter über das Vermögen der T. O. Vermögensverwaltung GmbH i.L. (Schuldnerin) bestellt.

Die Schuldnerin war eine Zweckgesellschaft zur Entwicklung des rund 380.000 qm großen ehemaligen Firmengeländes der N. AG in Köln-O. Bei Insolvenzantragstellung hatte sie ihren Geschäftsbetrieb vollständig eingestellt und verfügte über keine Grundstücke mehr.

Schon seit dem Jahr 2005 war die Schuldnerin bilanziell überschuldet. Dies änderte sich bis 2012 nicht.

Die Schuldnerin wurde ab dem Jahr 2004 steuerlich umfassend von der Beklagten beraten. Diese fertigte insbesondere die Finanzbuchhaltung sowie die Umsatzsteuerjahreserklärungen.

Im Jahr 2005 übertrug die Schuldnerin die Erschließungsanlagen des N.-Geländes (öffentliche Straßen und Wege) unentgeltlich an die Stadt Köln. Die Erschließungskosten hatte die Schuldnerin getragen und hierfür einen Vorsteuerabzug von 413.085,46 EUR geltend gemacht.

Im Jahr 2007 veräußerte die Schuldnerin umsatzsteuerfrei Grundstücke des N.-Geländes an die F. AG. Für die Erstellung der Grundstücke hatte die Schuldnerin einen Vorsteuerabzug von 56.230,73 EUR geltend gemacht.

Die Beklagte fertigte die Umsatzsteuerjahreserklärungen 2005 und 2007, in denen sie diese beiden Sachverhalte nicht verarbeitete. Unstreitig war sie nicht damit mandatiert, die Übertragung der Grundstücke steuerlich zu begleiten.

In Folge einer Betriebsprüfung bei der Schuldnerin wurden die Umsatzsteuerbescheide für 2005 und 2007 geändert. Die Bescheide liegen nicht vor. Aus dem Betriebsprüfungsbericht vom 19.1.2012 ergibt sich folgende rechtliche Wertung des FA:

Der Vorsteuerabzug bei den Erschließungskosten wird nicht berichtigt. Die unentgeltliche Übertragung der erschlossenen Flächen an die Stadt Köln wird jedoch der Umsatzsteuer unterworfen. Die Bemessungsgrundlage wird auf die vorsteuerbelasteten Aufwendungen (= Erschließungskosten) beschränkt. Dies führt für die unentgeltliche Übertragung zu einer Umsatzsteuerlast von 413.085,46 EUR.

Der Vorsteuerabzug bei den Reihenhäusern wird gemäß § 15a UStG im Jahr 2007 berichtigt. Dies führt zu einem Korrekturbetrag von 56.230,73 EUR.

In den geänderten Umsatzsteuerbescheiden wurden Nachzahlungszinsen festgesetzt, die sich in Summe auf 134.031 EUR (Klageforderung) belaufen.

Die Beklagte riet der Schuldnerin davon ab, gegen die geänderten Bescheide Rechtsmittel einzulegen.

Die Schuldnerin hatte im Zeitraum 2005–2012 einen Kontokorrentzins von durchschnittlich 11,5% zu zahlen.

Der Kläger behauptet, die Beklagte habe die streitgegenständlichen Grundstücksübertragungen gekannt, da sie die Finanzbuchhaltung der Schuldnerin erledigt habe.

Er ist der Ansicht, er müsse keinen Gesamtvermögensvergleich anstellen, da es nicht um eine hypothetische Vermögensdisposition der Schuldnerin bei ordnungsgemäßer Beratung gehe, sondern um eine Schmälerung ihres Vermögens durch Belastung mit einer Verbindlichkeit (Nachzahlungszinsen); hier kämen die Grundsätze der Vorteilsausgleichung zum Tragen.

Tatsächlich habe die Schuldnerin jedoch keinen Vorteil aus der Falschberatung erlangt. Die zusätzliche Liquidität habe ihr nichts genützt, denn es sei genauso gut eine Finanzierung durch Gesellschaftereinschüsse „vorstellbar“ (Schriftsatz v. 13.1.2017) gewesen.

Wenn die (erhöhte) Umsatzsteuer schon früher festgesetzt worden und es hierdurch zur Insolvenz der Schuldnerin gekommen wäre, dann hätte dies jedenfalls die Belastung mit Nachzahlungszinsen vermieden. Zusätzliche Kredite zur Abwendung der Insolvenz hätte die Schuldnerin nicht erlangen können. Allenfalls hätte sie den Weg der Gesellschafterfinanzierung ergriffen.

Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagte müsse nachweisen, dass die Belastung mit Nachzahlungszinsen durch einen Vorteil – ersparte Kreditzinsen – ausgeglichen sei. Es genüge daher, wenn er, der Kläger, die behauptete Kreditaufnahme bestreite und Gründe darlege, weshalb es nicht zu einer solchen gekommen wäre.

Es gebe auch keinen Erfahrungssatz des Inhalts, dass dem Steuerschuldner im Zusammenhang mit der Belastung mit Nachzahlungszinsen ein wirtschaftlicher Vorteil in einer bestimmten Mindesthöhe erwachse.

Es komme nicht darauf an, ob ein Schutzzweckzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und der Insolvenzantragstellung bestehe. Der Schutzzweckzusammenhang müsse vielmehr zwischen Pflichtverletzung und Schaden, also der Verhängung von Nachzahlungszinsen bestehen. Das sei aber der Fall: Die Pflicht, richtige Steuererklärungen zu erstellen, diene auch und gerade dazu, den Steuerschuldner vor den Nachteilen einer späteren Korrektur zu bewahren.

(Anträge: ...)

Die Beklagte behauptet, sie habe bei Erstellung der Umsatzsteuererklärungen 2005 und 2007 von den hier interessierenden Sachverhalten keine Kenntnis gehabt.

Die Beklagte ist der Ansicht, ihr falle keine Pflichtverletzung zur Last. In den Jahren 2005 bis 2011 sei die Rechtslage zur Vorsteuerberichtigung aus Erschließungskosten „unübersichtlich und höchst streitig“ gewesen.

Die Beklagte behauptet, im Falle einer Vorsteuerberichtigung im Zuge der Umsatzsteuererklärungen 2005 und 2007 habe die Schuldnerin entweder Insolvenz anmelden oder zusätzliche Kredite aufnehmen müssen. ■

#### Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist unbegründet. Dem Kläger steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Schadenersatz wegen steuerlicher Fehlberatung wegen der Umsatzsteuerjahreserklärungen 2005 und 2007 der Schuldnerin zu.

Es bedarf keiner Entscheidung, ob die Beklagte insoweit Pflichten aus dem steuerlichen Beratungsmandat verletzt hat, denn jedenfalls fehlt es an einem ersatzfähigen Schaden.

Entgegen der Ansicht des Klägers ist bei der Schadenermittlung ein **Gesamtvermögensvergleich** nicht nur dann nötig, wenn es um Vermögensdispositionen geht, die aufgrund falscher Beratung erfolgt sind, sondern bei jeglicher positiver Vertragsverletzung des Steuerberaters (*Gehrlein, Anwalts- und Steuerberaterhaftung, 4. Aufl., Rdnr 133*).

Jedoch erschöpft sich der mögliche Schaden vorliegend in der Belastung mit Nachzahlungszinsen auf den Erhöhungsbetrag der Umsatzsteuer. Diesen ist allein ein **möglicher Liquiditätsvorteil gegenzurechnen, den die Schuldnerin durch die spätere Zahlung der erhöhten Umsatzsteuer** womöglich erzielt hat. Weitere finanzielle Positionen, die von der Pflichtverletzung erfasst sind, sind nicht ersichtlich. Die geänderte Umsatzsteuerfestsetzung ist richtig, so dass der Erhöhungsbetrag keinen Schaden darstellt.

Die Belastung mit Nachzahlungszinsen in bestimmter Höhe ist unstrittig. Zu fragen ist daher nur, ob **im Wege der Vorteilsausgleichung ersparte Kreditzinsen gegenzurechnen** sind. Dabei ist unstrittig, dass die Schuldnerin, wenn sie einen Kredit aufgenommen hätte, hierfür einen Zinssatz von 11,5% zu zahlen gehabt hätte, mithin einen höheren Zinssatz als den der Nachzahlungszinsen (6%). **Streitig ist nur, ob es zu einer Kreditaufnahme gekommen wäre.**

**Nach Ansicht der Kammer kann dies indes dahinstehen. Wenn ein Unternehmen – wie die Schuldnerin – einen Kontokorrentzinssatz von 11,5% zu zahlen hat, dann liegt auf der Hand, dass eine Belastung mit Nachzahlungszinsen von (nur) 6% für dieses Unternehmen keinen Schaden darstellt, weil der anzurechnende Liquiditätsvorteil größer ist als die Belastung. Dies gilt unabhängig davon, ob es zur Aufnahme eines Darlehens kommt oder nicht:**

Allein die Tatsache, dass das Unternehmen nicht über eigene Mittel verfügt und Fremdmittel nur zu einem Zinssatz von 11,5% erhalten kann, bedeutet, dass der Liquiditätsvorteil, der durch die spätere Zahlung der Steuerschuld entsteht, in dieser Höhe anzusetzen ist. **Der Kreditzinssatz bildet den Maßstab für den Liquiditätsvorteil.**

Es trifft zwar zu, dass es generell keinen Erfahrungssatz gibt, wonach der Belastung mit Nachzahlungszinsen ein wirtschaftlicher Vorteil in bestimmter Höhe gegenübersteht, aber für ein Unternehmen, das ständig Bankkredit zu einem Zinssatz von 11,5% in Anspruch nimmt, gibt es einen solchen Vorteil sehr wohl.

**Hätte die Schuldnerin – im Falle früherer Steuerfestsetzung als geschehen – keinen Kredit aufgenommen, sondern Insolvenzantrag gestellt, dann ändert dies nichts daran, dass die spätere Steuerfestsetzung – tatsächlicher Sachverhalt – im Vergleich zu dem genannten fiktiven Sachverhalt einen Liquiditätsvorteil mit sich bringt.**

Die Insolvenzantragstellung wäre ja gerade mangels Liquidität erfolgt. Zuzugeben ist dem Kläger lediglich, dass dieser Liquiditätsvorteil wirtschaftlich wertlos ist, denn im Falle einer Insolvenzantragstellung hätte die Schuldnerin keine Nachzahlungszinsen mehr entrichten müssen. Die Belastung mit den Nachzahlungszinsen trat vielmehr nur ein, weil die Schuldnerin nicht Insolvenzantrag stellte, sondern ihr Unternehmen fortführte.

Die Fortführung des Unternehmens der Schuldnerin bis 2012 ist indes nicht Folge einer Falschberatung zur Insolvenzreife. Die Pflichtverletzung liegt in unrichtigen Umsatzsteuererklärungen, die zunächst zu einer zu niedrigen Umsatzsteuerlast geführt haben. Hierdurch wurde Liquidität geschaffen, später aber durch die Nachzahlungszinsen wieder abgeschöpft. Die zwischenzeitliche Liquidität hatte womöglich zur Folge, dass die Insolvenz verschleppt wurde. Das ist aber eine nur mittelbare Folge, und vor allem hat die Pflicht zur Erstellung richtiger Steuererklärungen nicht den Zweck, eine Insolvenz so früh wie möglich herbeizuführen.

**Der Schaden ist normativ zu bestimmen, nicht allein wirtschaftlich.** Nicht jede Position, die als Schaden in Betracht kommt, kann rechtlich berücksichtigt werden. Gleiches gilt für anzurechnende Vorteile oder Umstände, die mögliche Vorteile wertlos erscheinen lassen, denn auch die Vorteilsausgleichung gehört zum Schaden.

**Nach Auffassung der Kammer muss aus rechtlichen Gründen bei der Vorteilsausgleichung außer Betracht bleiben, dass die Schuldnerin ohne die Pflichtverletzung der Beklagten früher Insolvenz beantragt hätte.**

Dabei geht es nicht um einen fehlenden Schutzzweckzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Insolvenzantragstellung. **Es geht vielmehr um eine spiegelbildliche Betrachtung:** Umstände, die auf Seiten des (Primär-)Schadens auszuklammern wären, dürfen auch bei der Vorteilsausgleichung nicht ins Gewicht fallen. **Wenn – wie vorliegend – die verletz-**

**te Pflicht nicht den Sinn hatte, eine Vergrößerung von Verbindlichkeiten durch Unternehmensfortführung statt Insolvenzantragstellung zu vermeiden – weil es nicht um einen Auftrag zur Prüfung der Insolvenzreife ging –, dann kann umgekehrt die Vorteilsausgleichung (Liquiditätsvorteil) nicht mit dem Argument unterbleiben, der Vorteil sei wertlos, weil das Unternehmen nicht fortgeführt worden wäre, sondern Insolvenzantrag gestellt hätte.**

Soweit der Kläger vorträgt, es sei auch eine Gesellschafterfinanzierung möglich gewesen, erfolgt das ins Blaue hinein. Es gab für die Gesellschafter keinen vernünftigen Grund, Kapital einzuschließen. (...) ■

## GI Literaturhinweise

### Gesellschaftsrecht

Mit diesem Band wird das nun achtbändige Standardwerk des Gesellschaftsrechts in weiteren wichtigen Teilgebieten aktualisiert. Zusammen mit dem parallel neu aufgelegten Band 2 stellt dieser Band 1 das gesamte Recht der Personengesellschaften umfassend und fundiert dar.

Berücksichtigt werden für die Neuauflage die Auswirkungen durch die vielfältigen Rechtsänderungen sowie die aktuelle Rechtsprechung. Insbesondere finden Änderungen des Insolvenzrechts sowie steuerrechtliche Entwicklungen Beachtung.

**Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV - C.H.BECK, 5., neubearbeitete Auflage 2019, LXXIV, 2183 S., Hardcover (in Leinen), 199 €, ISBN 978-3-406-70501-4**

### Handelsvertreterrecht

Die Kommentierung stellt die Rechte und Pflichten der Beteiligten so kurz wie möglich, aber so ausführlich wie nötig dar. Sie berücksichtigt, dass die offenen Grenzen im Europäischen Binnenmarkt den Wettbewerb auch im Vertrieb intensiviert haben und dass Europäisches Handelsvertreterrecht in der Praxis der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) an Bedeutung gewinnt.

An Materialien bringt der Kommentar u.a. den Text der EG-Richtlinie, ein Fundstellenverzeichnis der Gerichtsentscheidungen, die „Grundsätze zur Errechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs“ (§ 89b HGB) in der Versicherungswirtschaft und im Bausparbereich und die gegenüber der Voraufgabe neu gefassten Wettbewerbsrichtlinien der Versicherungswirt-

schaft. Ein Handelsvertreter- und ein Vertragshändler-Mustervertrag sind abgedruckt, der Handelsvertretervertrag synoptisch nun in neun Sprachen, der Vertragshändlervertrag synoptisch in deutscher, englischer und jetzt auch französischer Fassung.

#### Zur Neuauflage:

Für die Neuauflage wurden wichtige Teile der Kommentierung (u.a. zum Ausgleichsanspruch, § 89b HGB) vertieft und erweitert. Eine große Zahl neuer höchstrichterlicher und instanzgerichtlicher Entscheidungen sind eingearbeitet, vor allem zur Provision, zur Verjährung, zu Abrechnung, Buchauszug und Ausgleichsanspruch, hier mit Rechtsprechung des EuGH etwa zum Begriff des Neukunden. Verarbeitet ist auch das neue Versicherungsvertriebsrecht.

**Hopt, Handelsvertreterrecht - C.H.BECK, 6. Aufl., 2019, XLII, 546 S., in Leinen, 89 €, ISBN 978-3-406-72659-0**

## GI Literatur-Ecke

**Borgmann:** Die Rechtsprechung des BGH zum Anwalts haftungsrecht von Mitte 2017 bis Mitte 2018, *NJW 2018, 3493*

**Karadag:** Studentische Hilfskräfte im Kanzleibereich, *NJW-aktuell 2018, 17*

**Meixner/Schröder:** Keine Steuerberaterhaftung bei unterbliebener sozialversicherungsrechtlicher Aufklärung, Anmerkung zu OLG Köln v. 6.8.2018 – 16 U 162/17, *DStR 2018, 2658*

**Meyer:** Die Belehrungspflichten des Notars bei Auslandssachverhalten, *DNotZ 2018, 726*

**Lachner:** Haftungsfallen für den Rechtsanwalt des Geschädigten beim Anspruchsübergang im Personenschadenrecht, *DAR 2018, 609*

**Laumen:** Beweisführungs- und Beweislastprobleme bei der zivilrechtlichen Haftung von Rechtsanwälten, *MDR 2018, 1352*

**Plassmann-Robertz:** Deckung der D&O-Versicherung für Ansprüche aus § 64 GmbHG, *ZWH 2018, 316*

**Weitze-Scholl:** Hinweispflichten im beschränkten Mandat, *DStR 2018, 2720*

# Mit uns verkürzen Sie Ihre Reaktionszeit.



**Kohlmann**  
**Steuerstrafrecht Kommentar**  
mit Ordnungswidrigkeitenrecht und Verfahrensrecht  
Kommentar zu den §§ 369–412 AO.  
Begründet von Prof. Dr. Günter Kohlmann, fortgeführt von RA/FAStR/FAStR Dr. Frank Heerspink, FA/FAStR/StB Ingo Heuel, RAIn Dr. Brigitte Hilgers-Klautzsch, RiFG Dr. Marko Matthes, LL.M. oec., StA Dr. Sebastian Peters, Prof. Dr. Andreas Ransiek, LL.M. (Berkeley), RA/FAStR Dr. Jörg Schauf, RA/FAStR Dr. Peter Talaska. Loseblatt, rd. 4.000 Seiten in 3 Ordnern, 149,- € bei einem Abonnement für mindestens zwei Jahre. Ergänzungslieferungen 3 mal im Jahr. ISBN 978-3-504-25950-1

Wenn es wirklich darauf ankommt, ist der *Kohlmann* unverzichtbar. Sei es bei der Durchsuchung im Morgengrauen, angesichts einer heiklen Verfahrensfrage oder für eine kompetente Beratung im Vorfeld – der große Standardkommentar zum Steuerstrafrecht beantwortet alle Fragen: aktuell, wissenschaftlich fundiert und auf den Punkt.

Neue Themen und Gesetze werden schnell berücksichtigt und praxisgerecht aufbereitet. Darunter die strafrechtliche Vermögensabschöpfung, Tax Compliance, Cum-/Ex-Geschäfte oder Kryptowährungen. Laufend überarbeitet werden bestehende Teile, beispielsweise zur Verteidigung, Durchsuchung und Beschlagnahme oder zur Umsatzsteuer. Kurz gesagt, dem *Kohlmann* entgeht nichts und Sie sind bestens auf alles vorbereitet.

Leseprobe und Bestellung unter [www.otto-schmidt.de/kst](http://www.otto-schmidt.de/kst)



Das Werk online:  
[otto-schmidt.de/tk-modul](http://otto-schmidt.de/tk-modul)  
[juris.de/pmsteustraf](http://juris.de/pmsteustraf)

**otto schmidt**

## GI Fachinformationen

### Info

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

## Service-Fax

**(0511) 645 111 3661**

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

### Worauf Sie sich verlassen können:

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

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

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

Perfektes  
Zusammenwirken.



[otto-schmidt.de/pwo2](http://otto-schmidt.de/pwo2)

## Impressum

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

### Herausgeber

HDI Vertriebs AG, Nicole Gustiné, Verkaufsförderung Firmen/Freie Berufe  
HDI-Platz 1, 30659 Hannover, Telefax: 0511-6451113661  
E-Mail: [nicole.gustine@hdi.de](mailto:nicole.gustine@hdi.de), [www.hdi.de](http://www.hdi.de)

### Redaktion

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

### Erscheinungsweise

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

### Verlag

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

### Abbonementsservice

Telefax: 0511-6451113661

### Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Erfstadt

### Druck

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

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