
Datum: 23.02.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 45/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0223.8U45.11.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 8 O 551/10

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 10.08.2011 verkündete Urteil des Landgerichts Aachen – 8 O 551/10 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat der Kläger zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung des Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Beklagte zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der D. GmbH (im Folgenden: GmbH), dessen ehemaliger Geschäftsführer der Drittwiderbeklagte ist. Über das Vermögen der GmbH wurde mit Beschluss des Amtsgerichts Köln vom 10.05.2007 - 71 IN 567/06 – das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Beklagte war für die GmbH als Steuerberater tätig. Mit der Klage macht der Kläger aus abgetretenem Recht des Drittwiderbeklagten Schadensersatz

1

2

3

wegen angeblich fehlerhafter steuerlicher Beratung im Zusammenhang mit der Erstellung der Jahresbilanz für 2004 geltend.

Der Kläger hat den Drittwiderbeklagten als ehemaligen Geschäftsführer der Insolvenzsuldnerin gemäß § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a. F. (jetzt: § 64 Satz 1 GmbHG) auf Erstattung der nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Insolvenzsuldnerin auf das debitorisch geführte Geschäftskonto der Insolvenzsuldnerin geleisteten Zahlungen in Anspruch genommen. Mit Vergleichsvereinbarung vom 25.08.2009 (Anlage K 8) hat der Drittwiderbeklagte die ihm gegen den Beklagten zustehenden Schadensersatzforderungen wegen unterlassener Aufklärung über die Insolvenzreife der GmbH an den Kläger abgetreten. 4

Unter Berücksichtigung eines hälftigen Mitverschuldens des Drittwiderbeklagten fordert der Kläger von dem Beklagten die Zahlung eines Betrags in Höhe von 132.686,01 €. Der Beklagte hat gegen den ehemaligen Geschäftsführer der GmbH in erster Instanz Drittwiderklage erhoben mit den Anträgen, es zu unterlassen, wörtlich oder sinngemäß zu behaupten, er (der Drittwiderbeklagte) habe die Umstände seines bis Dezember 2004 in vier Tranchen in Höhe von insgesamt 80.000,00 € an die GmbH gewährten Darlehens nicht zuvor mit dem Beklagten abgesprochen, vorher keine Hinweise gegeben, dass er dies tun solle, der Drittwiderbeklagte sei bis Anfang August 2006 von dem Beklagten nie auf die Notwendigkeit hingewiesen worden, eine Überschuldungsprüfung vornehmen zu lassen sowie der Drittwiderbeklagte habe am 08.02.2006 dem Sachbearbeiter seiner Hausbank die Bilanz der GmbH „gemeinsam“ mit dem Beklagten vorgestellt. 5

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass der Beklagte dem Drittwiderbeklagten nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte auf Schadensersatz hafte, weil er im Rahmen des Mandats mit der GmbH nach Erstellung des Jahresabschlusses 2004 (Anlage K 3), der einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag in Höhe von 73.121,63 € auswies, in einem Vorgespräch über die Bilanz 2004 am 26.01.2006 nicht darauf hingewiesen habe, dass die GmbH zum 31.12.2004 überschuldet gewesen oder dies zumindest durch Erstellen einer Überschuldungsbilanz zu prüfen gewesen sei. Dadurch habe er es zugelassen, dass der Drittwiderbeklagte im Zeitraum zwischen dem 26.01.2006 und dem 01.09.2006 in Höhe von insgesamt 265.372,03 € Verbindlichkeiten der GmbH gegenüber der kontoführenden Bank zurückführte. 6

Der Beklagte hat bestritten, dass sich die Regressansprüche des Klägers gegen den Beklagten auf einen Betrag von 265.372,03 € beliefen. Er hat behauptet, er habe den Drittwiderbeklagten über die bilanzielle Überschuldung aufgeklärt und darauf hingewiesen, dass dies eine Überschuldung darstelle, die zur Anmeldung der Insolvenz verpflichten könne. Der Drittwiderbeklagte habe darauf hingewiesen, dass weitere ertragreiche Aufträge in Aussicht stünden. Daraufhin habe der Beklagte ihm geraten, die Überschuldung durch geeignete Patronatserklärungen zu beseitigen. Er hat außerdem die Einrede der Verjährung erhoben. 7

Das Landgericht hat mit Urteil vom 10.08.2011, auf das wegen des unstreitigen Sachverhalts, der in erster Instanz gestellten Klageanträge und des weiteren erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien Bezug genommen wird, die Drittwiderklage als unzulässig und die Klage als unbegründet abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dem Drittwiderbeklagte stehe gegen den Beklagten kein Schadensersatzanspruch zu, der an den Kläger habe abgetreten werden können. Der zwischen der GmbH und dem Beklagten bestehende Steuerberatervertrag entfalte keine Schutzwirkung zugunsten des Drittwiderbeklagten. 8

Gegen das ihm am 12.08.2011 zugestellte Urteil wendet sich der Kläger mit seiner am 08.09.2011 eingelegten Berufung, die er mit am 18.11.2011 eingegangenem Schriftsatz nach entsprechender Fristverlängerung begründet hat. Die Drittwiderklage ist nicht mehr Gegenstand des Berufungsverfahrens.

Der Kläger wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen und macht ergänzend geltend, der Beklagte hafte dem Drittwiderbeklagten aufgrund einer Pflichtverletzung im Rahmen eines zwischen ihnen geschlossenen Auskunftsvertrags. Ein Auskunftsvertrag könne stillschweigend entstehen, wenn die ersuchte Auskunft für den Empfänger von erheblicher Bedeutung sei, weil er sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse machen wolle; dies gelte insbesondere in Fällen, in denen der Auskunftsgeber für die Erteilung der Auskunft besonders sachkundig sei oder ein eigenes wirtschaftliches Interesse bei ihm im Spiel sei. Der Beklagte habe dem Drittwiderbeklagten, der ihm Ende 2005 mitgeteilt habe, dass er der GmbH Liquidität in Form eines Darlehens über 80.000,00 € habe zuführen wollen, geraten, eine Rangrücktrittserklärung abzugeben. Der Beklagte habe dem Drittwiderbeklagten diesen Rat nicht in seiner Eigenschaft als Organ der GmbH, sondern als Privatperson erteilt; damit sei ein Auskunftsvertrag zwischen dem Drittwiderbeklagten und dem Beklagten zustande gekommen. Im Rahmen dieses Auskunftsvertrags habe der Beklagte es pflichtwidrig unterlassen, den Drittwiderbeklagten Anfang Januar 2006 über die Bedeutung des nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrags in der Bilanz zum 31.12.2004 aufzuklären. 10

Der Beklagte habe ferner für den gegen den Drittwiderbeklagten gerichteten Schadensersatzanspruch gemäß § 64 Abs. 2 GmbH a. F. einzustehen, weil er dem Drittwiderbeklagten aufgrund des mit der GmbH bestehenden Steuerberatervertrags unter dem Gesichtspunkt eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zum Schadensersatz verpflichtet sei. Die Pflichtverletzung des Beklagten sei darin zu sehen, dass er die GmbH nicht über die Bedeutung des nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrags in der Bilanz zum 31.12.2004 aufgeklärt habe. Der Drittwiderbeklagte sei in den Schutzbereich des Steuerberatervertrages mit einbezogen, weil er als Geschäftsführer mit der Leistung des Beklagten bestimmungsgemäß in Berührung komme, als Geschäftsführer der GmbH, die Mandantin gewesen sei, der Gläubigerin nahe stehe und diese Umstände für den Beklagten auch erkennbar gewesen seien. 11

Der Kläger beantragt, 12
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Aachen vom 13
10.08.2011 den Beklagten zu verurteilen, an ihn 132.686,01 € nebst 14
Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 15
dem 10.04.2010 zu zahlen. 16

Der Beklagte beantragt, 17
die Berufung zurückzuweisen, 18
hilfsweise die Revision zuzulassen. 19

Er verteidigt die angefochtene Entscheidung und führt ergänzend aus, der Beklagte habe die 20
ihm gegenüber der GmbH obliegenden Vertragspflichten ordnungsgemäß erfüllt. Für den
Drittwiderbeklagten habe er vertraglich keine Tätigkeiten übernommen. Ein Hinweis auf eine
bestehende Überschuldung sei am 26.01.2006 schon deswegen nicht mehr erforderlich

gewesen, weil der Drittwiderbeklagte die bestehende buchmäßige Überschuldung durch Abgabe der Rangrücktrittserklärungen für Forderungen im Umfang von insgesamt 250.000,00 € sowie durch Aufstockung des Eigenkapitals beseitigt hatte. Der Drittwiderbeklagte hätte im Übrigen auch auf einen entsprechenden Hinweis des Beklagten hin einen Versuch unternommen, die GmbH durch entsprechende Patronatserklärungen zu sanieren. Dem Beklagten könne als Steuerberater nicht die Verantwortung dafür übertragen werden, das Vorliegen einer insolvenzrechtlichen Überschuldung zu prüfen. Ein Anlass für einen Hinweis gegenüber dem Drittwiderbeklagten habe auch deswegen nicht bestanden, weil dieser aufgrund seiner Ausbildung und Berufserfahrung hinreichend sachkundig gewesen sei. Die Voraussetzungen für eine Schutzwirkung des mit der GmbH bestehenden Steuerberatervertrags zugunsten des Drittwiderbeklagten seien nicht gegeben. Die GmbH habe kein Interesse, den in Verletzung seines Dienstvertrags pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer zu schützen. Anders als in den von der Rechtsprechung anerkannten Fällen handele es sich im vorliegenden Fall nicht um synonyme Haftungsrisiken von Gesellschaft und Geschäftsführer, sondern um verschiedenen Pflichtenkreise. Wenn eine Haftung des Steuerberaters in diesen Fällen angenommen würde, ergäbe sich zudem ein uferloses und nicht mehr versicherbares Haftungsrisiko für den Steuerberater.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 21

II. 22

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist in der Sache nicht begründet. 23

Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht eine Schadensersatzverpflichtung des Beklagten gegenüber dem Drittwiderbeklagten, die der Kläger aus abgetretenem Recht gegenüber dem Beklagten verfolgt, abgelehnt. Im Einzelnen gilt folgendes: 24

I. Auskunftsvertrag 25

Der Kläger kann die Klageforderung nicht mit Erfolg darauf stützen, der Beklagte habe den Drittwiderbeklagten aufgrund eines mit diesem stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrags pflichtwidrig nicht über die Bedeutung des nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrags in der Bilanz zum 31.12.2004 aufgeklärt. Der Kläger leitet den Schadensersatzanspruch aus der Verletzung von vertraglichen Pflichten aus einem Ende des Jahres 2005 geschlossenen Auskunftsvertrag her, der anlässlich der Mitteilung des Drittwiderbeklagten zustande gekommen sein soll, dass er beabsichtige, der GmbH ein Darlehen über insgesamt 80.000,00 € zu gewähren. Der Beklagte empfahl dem Drittwiderbeklagten nach dem Vorbringen des Klägers, eine Rangrücktrittserklärung abzugeben, dem der Drittwiderbeklagte unter dem 26.01.2006 auch nachkam. 26

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt ein Auskunftsvertrag jedoch allenfalls stillschweigend mit Erteilung einer Auskunft zustande, wenn Auskünfte erteilt werden, die für den Empfänger der Auskunft von erheblicher Bedeutung sind und die dieser zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse machen will. Dies gilt insbesondere, wenn der Auskunftgeber für die Erteilung der Auskunft sachkundig ist oder ein eigenes wirtschaftliches Interesse hat. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Auskunftsvertrag stillschweigend geschlossen worden ist, sind in jedem Fall die Gesamtumstände des Falles von Bedeutung und in die Würdigung einzubeziehen (vgl. BGHZ 74, 103; WM 1985, 1531; NJW 1992, 2080 m. w. N.). Die vom Kläger angeführten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHZ 27

100, 117; BGH NJW 1992, 2080; WM 2004, 1825; NJW 2009, 1141; WM 1985, 1531) betreffen jeweils Fälle, in denen eine Schadensersatzhaftung wegen einer unrichtigen Auskunftserteilung in Rede stand. Ein stillschweigend geschlossener Auskunftsvertrag kann jedoch nach den genannten Rechtsprechungsgrundsätzen keine Pflichten des Auskunftsgebers über die erteilte Auskunft hinaus begründen.

Fraglich ist bereits, ob aufgrund der dem Drittwiderbeklagten durch den Beklagten gegebenen Empfehlung, eine Rangrücktrittserklärung abzugeben, ein Auskunftsvertrag zwischen dem Beklagten und dem Drittwiderbeklagten zustande gekommen ist. Denn lediglich die GmbH und nicht der Drittwiderbeklagte persönlich stand mit dem Beklagten aufgrund des bestehenden Steuerberatervertrags in vertraglicher Beziehung. Soweit der Beklagte gegenüber dem Drittwiderbeklagten Empfehlungen ausgesprochen hat, ist nach Auffassung des Senats ohne weiteres nicht davon auszugehen, dass der Beklagte hiermit vertragliche Beziehungen zu dem Drittwiderbeklagten begründen wollte. Mangels näherer Anhaltspunkte stellt sich die Beratungsleistung des Beklagten vielmehr als eine solche gegenüber der GmbH dar, für die der Drittwiderbeklagte als deren Geschäftsführer gehandelt hat. (vgl. hierzu auch OLG Schleswig, Z INSO 2011, 2280) Der Senat kann diese Frage jedoch dahin stehen lassen. Denn der vom Beklagten anlässlich der Darlehensgewährung durch den Drittwiderbeklagten erteilte Rat, eine Rangrücktrittserklärung abzugeben, begründete nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Voraussetzungen eines stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrags für sich genommen jedenfalls keine Verpflichtung des Beklagten zu weiterer Aufklärung gegenüber dem Drittwiderbeklagten über den erteilten Rat hinaus.

Der Kläger hat den Abschluss eines weitergehenden Auskunftsvertrags zwischen dem Beklagten und dem Drittwiderbeklagten im Übrigen nicht hinreichend dargelegt. Der Kläger behauptet insbesondere nicht, dass der Drittwiderbeklagte den Beklagten Ende des Jahres 2005 oder Anfang des Jahres 2006 zu einer Einschätzung aufgefordert hatte, ob die GmbH überschuldet sei und ob aus diesem Grund etwas zu veranlassen sei. Der Beklagte war dem Drittwiderbeklagten daher nicht aufgrund eines unmittelbarer mit ihm bestehenden Auskunftsvertrags zu weiterer Aufklärung oder Beratung verpflichtet.

II. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter 30

Dem Kläger stehen aus abgetretenem Recht auch keine Schadensersatzansprüche unter dem Gesichtspunkt eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu. 31

Nach Ansicht des Senats liegen die Voraussetzungen für einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter für den zwischen der GmbH und dem Beklagten geschlossenen Steuerberatervertrag im Verhältnis zum Drittwiderbeklagten als deren Geschäftsführer nicht vor. Die Frage, ob der Geschäftsführer einer GmbH in den Schutzbereich des Steuerberatervertrags einer GmbH einbezogen ist, soweit es um Insolvenzverschleppungsschäden geht, ist höchstrichterlich noch nicht abschließend geklärt. Im Schrifttum wird allerdings zum Teil die Auffassung vertreten, dass der Geschäftsführer der GmbH hinsichtlich der den Steuerberater treffenden Aufklärungs- und Beratungspflichten in den Schutzbereich des mit der GmbH bestehenden Steuerberatervertrages einbezogen ist (vgl. Wagner/Zabel NZI 2008, 660). Zum Teil wird die gegenteilige Ansicht vertreten (vgl. Gräfe DStR 2010, 669, 670 f.). Das Landgericht Wuppertal hat in einem Fall die Schutzwirkung des zwischen der GmbH und dem Steuerberater geschlossenen Steuerberatervertrags zugunsten des Geschäftsführers der GmbH angenommen (vgl. LG Wuppertal, Urteil vom 06.07.2011 – 3 O 359/10, in juris dokumentiert). In dem dort entschiedenen Fall hatte der Steuerberater trotz Vorliegens einer bilanziellen Überschuldung

der GmbH von einer Insolvenzantragstellung abgeraten. Im hier zu entscheidenden Fall geht es jedoch nicht um die Beurteilung der Frage, ob von der Stellung eines Insolvenzantrags abgeraten werden durfte, sondern ob über die Insolvenzantragspflicht und ihre Voraussetzungen nicht hinreichend aufgeklärt worden ist. Der vorliegende Sachverhalt ist mit dem vom Landgericht Wuppertal entschiedenen Fall daher nicht vergleichbar.

Der Drittwiderbeklagte ist im vorliegenden Fall nicht in den Schutzbereich des Steuerberatervertrags zwischen der GmbH und dem Beklagten einbezogen gewesen. Der Bundesgerichtshof hat eine Schutzwirkung des mit der GmbH geschlossenen Steuerberatervertrags zugunsten des Geschäftsführers bisher nur in Ausnahmefällen angenommen (vgl. BGH WM 2011, 2334; WM 2010, 993). Zum einen komme eine Einbeziehung des Geschäftsführers als Dritter in den Schutzbereich des mit der GmbH bestehenden Steuerberatervertrags in Betracht, wenn aufgrund einer fehlerhaften Beratung durch den Steuerberater das Risiko einer haftungsrechtlichen Inanspruchnahme des Geschäftsführers nach §§ 191, 219 AO besteht (vgl. BGH WM 2011, 2334). Zum anderen kann der Steuerberater für eine gegen den Geschäftsführer verhängte Geldstrafe wegen des Vorwurfs der Steuerhinterziehung haften, wenn er in der Steuererklärung unrichtige Angaben gemacht hat und Feststellungen zu einem vorsätzlichen Handeln des Mandanten fehlen (vgl. BGH WM 2010, 993). Die hier in Rede stehende Fallkonstellation ist mit den den vorzitierten Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalten nicht gleich zu setzen. Die vom Kläger im Schriftsatz vom 04.08.2011 angeführten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHZ 138, 257; BGH WM 1993, 897; NJW 2004, 3420; NJW 1997, 1235) sind auf den hier vorliegenden Fall nicht übertragbar. Sie betreffen die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten, die Haftung des Steuerberaters gegenüber der Ehefrau des Mandanten sowie eine vertragliche Haftung des Wirtschaftsprüfers neben einer bestehenden Prospekthaftung. Entgegen der Auffassung des Klägers sind diese Entscheidungen für den vorliegenden Fall gerade nicht einschlägig.

33

Voraussetzung einer Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich eines zwischen anderen Personen geschlossenen Vertrags ist zunächst, dass der Dritte mit der nach dem Vertrag geschuldeten Leistung bestimmungsgemäß in Berührung kommt (vgl. BGH NJW 2008, 2245 m. w. N.; BGHZ 49, 350). Mit dem Bundesgerichtshof ist davon auszugehen, dass der Geschäftsführer grundsätzlich mit der gegenüber der GmbH erbrachten Leistung des Steuerberaters bestimmungsgemäß in Berührung kommt (vgl. BGH WM 2011, 2334; OLG Schleswig Z INSO 2011, 2280). Das Kriterium der Leistungsnähe dürfte daher erfüllt sein.

34

Ferner ist erforderlich, dass ein Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten in den Vertrag besteht. Ein Einbeziehungsinteresse liegt vor, wenn der Gläubiger an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages ein besonderes Interesse hat und der Vertrag dahin ausgelegt werden kann, dass der Vertragsschutz in Anerkennung dieses Interesses auf den Dritten ausgedehnt werden kann (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 328 Rn. 17a m. w. N.). Der Bundesgerichtshof hat ein Einbeziehungsinteresse für den Fall anerkannt, dass der Geschäftsführer aufgrund einer fehlerhaften Beratung durch den Steuerberater persönlich nach den §§ 69, 191, 219 AO in Anspruch genommen werden kann (vgl. BGH WM 2011, 2334). Ein Einbeziehungsinteresse der GmbH an der Einbeziehung des Geschäftsführers in den Schutzbereich des Steuerberatervertrags kann nach Ansicht des Senats im Hinblick darauf nicht von vornherein verneint werden (vgl. Wagner/Zabel NZI 2008, 660).

35

36

Die Leistungsnähe und das Einbeziehungsinteresse des Gläubigers müssen für den Schuldner, also in diesem Fall den Steuerberater, erkennbar sein. Diese Voraussetzung dürfte ebenfalls erfüllt sein, weil für den Beklagten erkennbar war, dass sich seine Beratungsleistung in bestimmten Fällen auf den Geschäftsführer und dessen Inanspruchnahme – etwa wegen bestehender Steuerschulden – auswirken kann.

Schließlich ist erforderlich, dass das Interesse des Dritten an der Einbeziehung in den Vertrag schutzwürdig ist und dem Schuldner es nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung des Vertragszwecks zugemutet werden kann, sich auf die erweiterte Haftung einzulassen (vgl. Palandt/Grüneberg, a. a. O. § 328 Rn. 18). An der Schutzwürdigkeit des Drittwiderbeklagten und der Zumutbarkeit der Haftungserweiterung für den Beklagten infolge der Einbeziehung des Drittwiderbeklagten in den zwischen der GmbH und dem Beklagten bestehenden Steuerberatervertrag fehlt es im vorliegenden Fall. 37

Der Beklagte hat aufgrund des mit der GmbH bestehenden Steuerberatervertrags seine Leistungen vorrangig im Interesse der GmbH zu erbringen. Die aufgrund des Vertrags mit der GmbH geschuldete Erstellung des Jahresabschlusses und die damit einhergehende steuerliche Beratung dient der Steuerdeklaration der GmbH, nicht jedoch dazu, den Geschäftsführer vor Schadensersatzansprüchen gegen ihn zu bewahren (vgl. Gräfe DStR 2010, 669, 670 f.). Das Interesse des Geschäftsführers, vor einer Inanspruchnahme nach § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. bewahrt zu werden, ist nach Auffassung des Senats nicht schutzwürdig. Der Geschäftsführer hat in eigener Verantwortung die Überschuldungssituation der Gesellschaft zu prüfen und zu beurteilen. Soweit er nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit Zahlungen entgegen § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. leistet, beruht dies auf einer eigenständigen wirtschaftlichen Entscheidung. 38

Für den Steuerberater ist es zudem nicht zumutbar, das Haftungsrisiko für eine solche Inanspruchnahme zu übernehmen. In welcher Höhe der Geschäftsführer nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach Feststellung der Überschuldung Zahlungen leistet, lässt sich für den Steuerberater nicht übersehen. Das Haftungsrisiko ist für ihn nicht überschaubar. Die Verpflichtung des Steuerberaters, auf eine Überschuldung hinzuweisen und auf die Überprüfung der Überschuldung hinzuwirken, kann daher nach Ansicht des Senats nur zu dem Zweck postuliert werden, den Geschäftsführer der GmbH in die Lage zu versetzen zu entscheiden, ob er nach den Umständen verpflichtet ist, einen Insolvenzantrag zu stellen. Eine Schutzwirkung zugunsten des Geschäftsführers einer GmbH kann dabei nur insoweit angenommen werden, als dieser Ansprüchen von Gläubigern wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht ausgesetzt ist (vgl. BGH NJW 2007, 3130 m. w. N.). Vertragszweck des Steuerberatervertrags mit der GmbH ist dagegen nicht, das Risiko der fehlenden Leistungsfähigkeit des Geschäftsführers abzusichern (vgl. Gräfe DStR 2010, 669, 671). Soweit im Schrifttum die Leistungsnähe unter Hinweis auf eine mögliche persönliche Haftung des Geschäftsführers angenommen wird (vgl. Wagner/Zabel NZI 2008, 660 unter Bezugnahme auf OLG Düsseldorf Stbg 1993, 328), wird nicht näher geprüft, ob das Haftungsrisiko des Geschäftsführers, das mit der Einbeziehung in den Schutzbereich des mit der Gesellschaft bestehenden Steuerberatervertrags abgedeckt werden soll, mit dem Schutzzweck der den Steuerberater treffenden Vertragspflichten in Zusammenhang steht, das heißt, ob synonyme Haftungsrisiken bestehen; vielmehr wird die Schutzbedürftigkeit des Geschäftsführers aufgrund des sich nach § 64 Satz 1 GmbHG ergebenden persönlichen Haftungsrisikos ohne nähere Begründung postuliert. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Stbg 1993, 328) stützt die von Wagner/Zabel vertretene Auffassung im Übrigen nicht. In dem dort entschiedenen Fall ist eine Aufklärungspflicht des Steuerberaters lediglich für den Fall auch im Interesse des Geschäftsführers der 39

mandatierenden GmbH angenommen worden, dass eine persönliche Haftung des Geschäftsführers für Steuerschulden der Gesellschaft in Betracht kam. Darum geht es im vorliegenden Fall jedoch nicht.

Nach Auffassung des Senats fehlt es im Übrigen an einer Pflichtverletzung des Beklagten. Der Kläger ist der Ansicht, dass der Beklagte aufgrund des ihm von der GmbH erteilten Steuerberatermandats verpflichtet gewesen sei, die GmbH auf eine mögliche Überschuldung und die Notwendigkeit einer Überschuldungsprüfung hinzuweisen, nachdem er im Rahmen der Bilanzerstellung zum 31.12.2004 einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag in Höhe von 73.121,63 € festgestellt hatte. Zweifelhaft ist bereits, ob den Steuerberater aufgrund eines umfassenden Steuerberatermandats eine Hinweispflicht gegenüber der Gesellschaft trifft, die Überschuldung der GmbH bei Vorliegen einer bilanziellen Überschuldung zu prüfen. 40

Ob und in welchen Fällen den Steuerberater eine Hinweispflicht gegenüber der beratenen GmbH trifft, die Überschuldung der GmbH zu prüfen und ggf. eine Überschuldungsbilanz erstellen zu lassen, ist bislang nicht Gegenstand einer höchstrichterlichen Entscheidung gewesen. In der Rechtsprechung der Instanzgerichte wird davon ausgegangen, dass der Steuerberater, sofern er nicht auch mit der wirtschaftlichen Beratung des Unternehmens beauftragt ist, aufgrund eines ihm erteilten Steuerberatermandats nicht verpflichtet ist, die GmbH über eine drohende Insolvenz aufzuklären (vgl. OLG Celle, ZInsO 2011, 100, OLG Schleswig GI 1993, 383). Der Bundesgerichtshof hat die Revision gegen das Urteil des OLG Schleswig (GI 1993, 383) nicht angenommen und zur Begründung ausgeführt, eine Verpflichtung des Steuerberaters, auf die Pflichten zur Insolvenzantragstellung nach § 64 Abs. 1 GmbHG a. F. hinzuweisen, bestehe jedenfalls dann nicht, wenn dem Geschäftsführer der GmbH die Überschuldung bewusst gewesen ist (vgl. BGH, Beschluss v. 24.02.1994 – IX ZR 126/03, nicht veröffentlicht; vgl. Zugehör NZI 2008, 652, 653 Rn. 24). In der Literatur wird eine Hinweispflicht des Steuerberaters überwiegend bejaht (vgl. Hölzle DStR 2003, 2075; Sundermeier/Gruber DStR 2000, 929; Gräfe DStR 2010, 618; Wagner/Zabel NZI 2008, 660; Zugehör NZI 2008, 652 m. w. N.; so jetzt auch OLG Schleswig vom 02.09.2011 - 17 U 14/11, in juris dokumentiert; nicht rechtskräftig: Revision anhängig unter IX ZR 145/11). 41

Nach Auffassung des Senats ist davon auszugehen, dass der Geschäftsführer einer GmbH aufgrund der ihn treffenden Pflichten grundsätzlich selbständig zu prüfen hat, ob eine Überschuldung der GmbH vorliegt und ob die Vermögenslage der GmbH die Stellung eines Insolvenzantrags erfordert. Jedenfalls für den Fall, dass der Steuerberater die GmbH über die wirtschaftliche Lage zutreffend in dem zu erstellenden Jahresabschluss informiert und dem Geschäftsführer die Überschuldung der GmbH bewusst ist, bestehen weder gegenüber der GmbH noch gegenüber dem Geschäftsführer besondere Hinweispflichten, (vgl. OLG Celle, ZInsO 2011, 1005; BGH, Beschluss v. 24.02.1994 – IX ZR 126/93). Die Hinweispflicht dürfte nach allgemeinen Regeln allerdings nicht, wie der Beklagte meint, bereits deswegen entfallen, weil der Drittwiderbeklagte aufgrund seiner Ausbildung oder Berufserfahrung entsprechende Sachkenntnisse hat (vgl. BGH NJW 1998, 1221; NJW 1992, 820; NJW-RR 2005, 1511). Ob dem Drittwiderbeklagten die Insolvenzgefahr bewusst gewesen ist oder nicht, ist vielmehr im Einzelfall festzustellen. 42

Nach Würdigung der gesamten Umstände des vorliegenden Falls ist der Beklagte nach Auffassung des Senats nicht zur Erteilung weiterer Hinweise gegenüber der GmbH dazu verpflichtet gewesen, dass und in welcher Weise die Überschuldung der GmbH zu überprüfen war. Der Beklagte hat in dem Anfang des Jahres 2006 erstellten Jahresabschluss für das Jahr 2004 einen nicht von Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag in Höhe von 73.121,63 43

€ ermittelt und dies dem Drittwiderbeklagten unstreitig auch zur Kenntnis gebracht. Außerdem hat er nach dem Vorbringen des Klägers den Drittwiderbeklagten wegen eines Darlehens an die Gesellschaft im Dezember 2005 dahin beraten, hierfür eine Rangrücktrittserklärung abzugeben, dem der Drittwiderbeklagte unter dem 26.01.2006 nachgekommen ist. Zudem gab der Drittwiderbeklagte unter dem gleichen Datum eine Rangrücktrittserklärung für von ihm der GmbH zur Verfügung gestellte Sicherheiten ab. Der Senat geht im Hinblick auf die abgegebenen Rangrücktrittserklärungen, in denen der Drittwiderbeklagte ausdrücklich einer Erfüllung seiner Forderung aus dem die Schulden übersteigenden Gesellschaftsvermögen oder aus einem etwaigen Liquidationserlös nach Befriedigung sämtlicher nicht nachrangiger Gläubiger zugestimmt hat, davon aus, dass dem Drittwiderbeklagten die Überschuldungssituation im Zeitpunkt der Abgabe dieser Erklärungen bewusst gewesen ist. Die Rangrücktrittserklärung erfolgt in der Regel in der Krise der Gesellschaft und zur Abwendung eines Insolvenzantrags. Denn die Rangrücktrittserklärung bewirkt, dass die Forderungen in einer Überschuldungsbilanz nicht zu passivieren sind (vgl. BGH NJW 2001, 1280). Die Abgabe der Rangrücktrittserklärung ist nach Auffassung des Senats daher nur vor dem Hintergrund erklärbar, dass dem Drittwiderbeklagten die Überschuldung der GmbH und die Gefahr einer Insolvenz Anfang des Jahres 2006 nach Erstellung der Bilanz für das Jahr 2004 vor Augen gestanden hat. Vom Beklagten ist ohne entsprechende Nachfrage, die nach dem Vorbringen des Klägers nicht an den Beklagten gerichtet worden ist, dann nicht zu verlangen, dass er gegenüber dem Geschäftsführer der ihn mandatierenden GmbH die Bedeutung einer solchen bilanziellen Überschuldung näher erläutert. Auf die zwischen den Parteien streitige Frage, ob infolge der abgegebenen Rangrücktrittserklärungen die im Jahr 2004 bestehende bilanzielle Überschuldung zum 31.12.005 beseitigt worden ist, kommt es vor diesem Hintergrund nicht entscheidend an.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 44

Die Zulassung der Revision ist gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO veranlasst. Die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung, weil die Frage, ob der Geschäftsführer einer GmbH in den Schutzbereich des zwischen der Gesellschaft und dem Steuerberater geschlossenen Beratungsvertrags einbezogen ist, soweit es um die Haftung des Geschäftsführers wegen Verletzung der Pflicht gemäß § 64 Satz 1 GmbHG (entspricht § 64 Abs. 2 GmbHG a. F.) gegenüber der Gesellschaft geht, bislang in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht abschließend geklärt ist. Insoweit wird die Revision auch zum Zwecke der Rechtsfortbildung zugelassen. 45

Streitwert für das Berufungsverfahren: **132.686,01 €.** 46