
Datum: 21.02.2013
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 2/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2013:0221.8U2.10.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 2 O 394/00

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 10. Dezember 2009 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 2 O 394/00 – teilweise geändert und unter klarstellender Einbeziehung des Urteils des Senats vom 23. September 2010 – 8 U 2/10 –, soweit es aufgrund des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 19. April 2012 – III ZR 224/10 – bereits rechtskräftig ist, insgesamt wie folgt neu gefasst:

Unter Abweisung der Klage im Übrigen wird der Beklagte verurteilt, an den Kläger *insgesamt* 1.030.355,40 € nebst 4 % Zinsen seit dem 11. Oktober 2000 zu zahlen.

Die weitergehende Berufung des Klägers sowie die Berufung des Beklagten werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen der Kläger zu 7 % und der Beklagte zu 93 %.

Die Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz sowie die Kosten des Revisionsverfahrens vor dem Bundesgerichtshof - III ZR 224/10 - tragen der Kläger zu 19 % und der Beklagte zu 81 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die jeweils gegen sie gerichtete Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe

des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e :

(Anstelle von Tatbestand und Entscheidungsgründen gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 ZPO)

I.

Der Kläger ist aufgrund des Beschlusses des Amtsgerichts Köln vom 1. Januar 1999 Konkursverwalter über das Vermögen der T AG & Co. KG (im Folgenden: Gemeinschuldnerin) und begehrt in dieser Eigenschaft von dem Beklagten, einem Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, im Wege der Teilklage Ersatz des Schadens, welcher der Gemeinschuldnerin durch die Verschmelzung mit der überschuldeten T1 GmbH entstanden ist.

Der Beklagte testierte im Juni 1997 im Auftrag der T1 GmbH als Wirtschaftsprüfer deren Jahresabschluss zum 31. Dezember 1996, der ein bilanzielles Eigenkapital von 666.000,00 DM auswies. Demgegenüber ergab eine Sonderprüfung bei der Gemeinschuldnerin durch die Firma Q GmbH vom 21. Juli 1998, dass in dem Jahresabschluss 1996 der T1 GmbH Verbindlichkeiten aus Lieferung und Leistungen in Höhe von mindestens 6.672.000,00 DM nicht eingestellt, dafür in Höhe von 1.305.000,00 DM zu hohe Forderungen aufgenommen worden waren. Unter Berücksichtigung dessen belief sich das bilanzielle Eigenkapital nach Beurteilung des Sonderprüfers auf minus 7.311.000,00 DM (vgl. Bl. 149 ff. d. A., insbesondere Bl. 203 d. A.).

Bereits am 13. Mai 1997 (vgl. Bl. 272 f. d. A.) hatten der Beklagte und die Gemeinschuldnerin einen „Beratungsvertrag“ mit einer Laufzeit von zwei Jahren unterzeichnet, nach dem der Beklagte die Gemeinschuldnerin „in sämtlichen Fragen des Steuerrechts, der betriebswirtschaftlichen Beratung, der Wirtschaftsberatung, der Finanzberatung und dergleichen mehr“ berät und vertritt. Gemäß Ziff. V dieses Beratungsvertrages wurde die Haftung auf DM 2.000.000,00 beschränkt. Der Beklagte war damals außerdem stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender der T2 AG, einer der Gründungsgesellschafter der Gemeinschuldnerin. In beiden Funktionen sprach er sich für eine Fusion der Gemeinschuldnerin mit der T1 GmbH aus. Der Verschmelzungsbericht stammte ebenfalls vom Beklagten.

Am 18. August 1997 fand eine außerordentliche Gesellschafterversammlung der Gemeinschuldnerin statt. Auch bei dieser Gelegenheit vertrat der Beklagte den Standpunkt, dass es sich bei der Fusion um eine sinnvolle Maßnahme handle, insbesondere weil die T1 GmbH wirtschaftlich gesund sei. Die Gesellschafterversammlung beschloss einstimmig, dem zuvor zwischen der Gemeinschuldnerin, vertreten durch deren Komplementärin, diese vertreten durch die Herren T3 und Q1, und der T1 GmbH, ebenfalls vertreten durch T3 und Q1, abgeschlossenen und notariell beurkundeten Verschmelzungsvertrag vom selben Tag zuzustimmen.

Der Kläger hat in der ersten Instanz unter Bezugnahme auf den Sonderprüfungsbericht der Firma Q2 behauptet, dass der Gemeinschuldnerin ein Schaden in Höhe von mindestens 7,3 Mio. DM entstanden sei, indem sie in dieser Höhe Schulden der T1 GmbH übernommen habe. Für diesen Schaden müsse der Beklagte u. a. wegen der Verletzung seiner Pflichten

aus dem Beratungsvertrag vom 13. Mai 1997 haften. Im Wege der Teilklage hat der Kläger einen Betrag in Höhe von 2,5 Mio. DM (= 1.278.229,70 €) nebst Zinsen begehrt.

Das Landgericht hat den Beklagten – unter Abweisung der weitergehenden Klage – zur Zahlung von 226.890,11 € nebst Zinsen verurteilt. Gegen dieses Urteil haben sowohl der Beklagte als auch der Kläger Berufung eingelegt. Durch Urteil des Senats vom 23. September 2010 ist die Berufung des Beklagten zurückgewiesen worden. Die Berufung des Klägers hatte nur bezüglich der Korrektur einer fehlerhaften Umrechnung von DM in Euro (500.000,00 DM = 255.645,94 €) Erfolg und führte zu einer entsprechenden Änderung des Urteils des Landgerichts vom 10. Dezember 2009. 9

Gegen das Urteil des Senats vom 23. September 2010 haben beide Parteien Revision eingelegt. Durch Urteil vom 19. April 2012 – III ZR 224/10 – hat der Bundesgerichtshof die Revision des Beklagten zurückgewiesen und auf die Revision des Klägers das Urteil des Senats vom 23. September 2010 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist. Die Sache ist in diesem Umfang zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an den Senat zurückverwiesen worden. 10

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes bis zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs wird auf die Feststellungen in dem Urteil des Senats vom 23. September 2010 sowie in dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. April 2012 Bezug genommen. 11

Die Parteien haben nach Rückkehr der Akten vom Bundesgerichtshof weiter vorgetragen. Insoweit wird auf die Schriftsätze des Beklagten vom 22. Oktober 2012 und vom 24. Januar 2013 (Bl. 1358 ff. d. A. und Bl. 1466 ff. d. A.) sowie den Schriftsatz des Klägers vom 14. Januar 2013 (Bl. 1454 ff. d. A.) Bezug genommen. 12

Der Senat hat den Parteien durch Beschluss vom 25. Oktober 2012 (Bl. 1415 ff. d. A.) Hinweise erteilt. 13

Der Kläger beantragt sinngemäß, 14

unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 10. Dezember 2009 den Beklagten zu verurteilen, an ihn über das Urteil des Senats vom 23. September 2010 - 8 U 2/10 - hinaus weitere 1.022.583,76 € nebst 4 % Zinsen seit dem 11. Oktober 2000 zu zahlen. 15

Der Beklagte beantragt, 16

die Berufung des Klägers zurückzuweisen. 17

Die Akten 113 Js 286/98 StA Köln lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. 18

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der von den Parteien in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze und auf die zu den Akten gereichten Unterlagen Bezug genommen. 19

II. 20

Nachdem der Bundesgerichtshof die Revision des Beklagten zurückgewiesen hat, steht die Zahlungspflicht des Beklagten in Höhe eines Betrages von 255.645,94 € nebst Zinsen rechtskräftig fest. Zu entscheiden hat der Senat deshalb aufgrund der erfolgreichen Revision 21

des Klägers noch, ob dem Kläger ein *weiterer* Betrag in Höhe von 1.022.583,76 € (1.278.229,70 € geltend gemachte Gesamtforderung abzüglich vom Senat zuerkannter 255.645,94 €) zuzüglich Zinsen zusteht. In dem hiernach noch streitgegenständlichen Umfang hat die Berufung des Klägers überwiegend Erfolg. Er kann von dem Beklagten einen weiteren Betrag in Höhe von 774.709,46 € *nebst Zinsen* beanspruchen. Dieser Betrag ergibt sich, wenn von dem erstattungsfähigen *Gesamtbetrag* in Höhe von 1.030.355,40 € der dem Kläger bereits vom Senat rechtskräftig zuerkannte Betrag in Höhe von 255.645,94 € abgezogen wird. Zur Klarstellung hat der Senat das mit der Berufung angegriffene Urteil insgesamt neu gefasst.

1. Auf Grund des Urteils des Bundesgerichtshofs steht zunächst fest, dass der Beklagte wegen der schuldhaften Verletzung seiner Pflichten aus dem Beratungsvertrag vom 13. Mai 1997 dem Grunde nach zum Schadensersatz nach den Grundsätzen einer positiven Vertragsverletzung verpflichtet ist. Diese Grundsätze sind vorliegend gem. Art. 229 § 5 EGBGB noch anwendbar, weil der Vertrag vor dem Wirksamwerden der Schuldrechtsreform (01.01.2002) geschlossen wurde. Die Pflichtverletzung des Beklagten liegt darin, dass er die Fusion unter Hinweis darauf, dass die GmbH wirtschaftlich gesund sei, als sinnvoll empfohlen hat, obwohl die Verschmelzung der Gesellschaften objektiv wegen der Überschuldung der T1 GmbH nicht vertretbar war und die von dem Beklagten nicht gewissenhaft durchgeführte Abschlussprüfung keine Grundlage für eine solche Empfehlung bot (vgl. S. 14 f. der Urteilsausfertigung des Bundesgerichtshofs). Das Verschulden des Beklagten folgt aus einer analogen Anwendung der §§ 282, 285 BGB a. F. 22

2. Der der Gemeinschuldnerin auf Grund der Pflichtverletzung des Beklagten entstandene Schaden beläuft sich entsprechend den Feststellungen in dem angegriffenen Urteil auf einen Betrag in Höhe von 5.038.000,00 DM = 2.575.888,50 €. 23

a) Das Landgericht hat die erstinstanzliche Behauptung des Klägers, dass der Gemeinschuldnerin durch die Verschmelzung ein Schaden in Höhe von 7,3 Mio. DM entstanden sein soll, zum Gegenstand seines Beweisbeschlusses vom 27. Oktober 2006 gemacht. Der Sachverständige S hat sich in seinem Gutachten auf S. 19 ff. mit dieser Frage beschäftigt. Der Gutachter kommt zunächst zwar zu dem Ergebnis, dass die Gemeinschuldnerin aus der Verschmelzung 7.359.000,00 DM mehr Schulden als Vermögen übernommen habe. Dieser Verlust habe sich jedoch dadurch, dass am 10. Juli 1997 zwischen der B. und der B1 GmbH eine Vergleichsvereinbarung unterzeichnet worden sei, um einen Betrag in Höhe von 2.321.309,80 DM reduziert, so dass sich der Schuldenüberhang aus der Verschmelzung von 7.359.000,00 DM auf 5.038.000,00 DM verringert habe (vgl. S. 21 des Gutachtens). Dementsprechend ist auch das Landgericht in dem angegriffenen Urteil von einem Schaden in Höhe von 5.038.000,00 DM ausgegangen und hat festgestellt, dass die Parteien hiergegen keine Einwendungen erhoben hätten. Der Senat schließt sich diesen überzeugenden Ausführungen an und hält an seiner hiervon abweichenden, allerdings angesichts der vom Senat in der vorigen Entscheidung bejahten Haftungsbeschränkung auf 500.000,00 DM und eine Haftungsquote von jedenfalls 10 % ohnehin nicht tragenden Feststellung in dem Urteil vom 23. September 2010 (Seite 31 der Urteilsausfertigung), der Gesamtschaden betrage etwa 7 Millionen DM, nicht mehr fest. 24

b) Die Feststellungen des Landgerichts zu dem der Gemeinschuldnerin entstandene Schaden hat auch der Bundesgerichtshof seinem Urteil vom 19. April 2012 mit der Bindungswirkung des § 563 Abs. 2 ZPO zugrundegelegt. Der Bundesgerichtshof hat die Verurteilung des Beklagten durch das Urteil des Senats vom 23. September 2010 zu einer Zahlung in Höhe von 255.645,94 € bestätigt und in diesem Zusammenhang ausdrücklich 25

festgestellt, dass die Annahme des Senats, der Haftungsanteil des Beklagten betrage mindestens 10 %, nicht zum Nachteil des Beklagten rechtsfehlerhaft sei. Eine solche Feststellung setzt aber denklogisch voraus, dass sich der Gesamtschaden (100 %) auf rund 2, 5 Mio € beläuft.

- c) Soweit der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 22. Oktober 2012 das Vorliegen eines Schadens insgesamt in Frage stellt, kann er mit diesem Einwand aufgrund der Bindungswirkung des § 563 Abs. 2 ZPO nicht mehr gehört werden. Eine nachträgliche Änderung des Sachverhalts in tatsächlicher Hinsicht, die u.U. eine Bindung des Senats entfallen lassen könnte, liegt nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten nicht vor, weil er geltend macht, dass sich bereits aus dem unstreitigen Vortrag der Parteien entnehmen lasse, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt der Verschmelzung keine Forderungen von der Schuldnerin übernommen worden seien. Ob den nunmehrigen Einwendungen des Beklagten gemäß seinem Schriftsatz vom 22. Oktober 2012 gegen das Vorliegen eines Schadens von 2.575.888,50 € auch die Vorschrift des § 531 Abs. 2 ZPO entgegensteht, bedarf deshalb keiner Entscheidung. 26
- d) Auf der anderen Seite kann aber entgegen der Auffassung des Klägers auch nicht von einem höheren Schaden als den von dem Sachverständigen S festgestellten 2.575.888,50 € (= 5.038.000,00 DM) ausgegangen werden. Der Kläger hat seinen erstinstanzlichen (vgl. Bl. 346, 353 d. A.) - durch Sachverständigengutachten unter Beweis gestellten - Vortrag, der Schaden betrage 7,3 Millionen, nach Eingang des Gutachtens nicht weiter verfolgt. In der Berufungserwiderung vom 25. Mai 2010 (Bl. 1200) hat er vielmehr ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Landgericht unter Zugrundelegung der Ausführungen des Sachverständigen S zutreffend einen bei der Gemeinschuldnerin entstandenen Schaden in Höhe von 5.038.000,00 DM festgestellt habe. Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit des Sachverständigengutachtens seien nicht ersichtlich. Soweit der Kläger nunmehr in seinem Schriftsatz vom 14. Januar 2013 behauptet, der Schaden sei bedeutend höher, weil auch die Kosten des Konkursverfahrens (insbesondere: Schadensersatzansprüche Dritter wegen Nichterfüllung) einen ersatzfähigen Schaden darstellten, ist dies zum einen nicht hinreichend substantiiert; zum anderen handelt es sich um neues Vorbringen, ohne dass die Zulassungsvoraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO dargelegt werden. 27
- e) Dass die Gemeinschuldnerin bei ordnungsgemäßer Beratung durch den Beklagten den Verschmelzungsvertrag nicht geschlossen und der oben genannte Schaden nicht entstanden wäre, steht auf Grund des Urteils des Bundesgerichtshofs ebenfalls mit der Bindungswirkung des § 563 Abs. 2 ZPO fest. Der Bundesgerichtshof hat auf S. 16 ff. des Urteils die entsprechenden Feststellungen des Senats, es sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich die Fremdkommanditisten gegen eine Verschmelzung ausgesprochen hätten, wenn ihnen die wirtschaftliche Situation der GmbH bekannt gewesen wäre, nicht beanstandet. 28
- f) Eine Reduzierung des sich hiernach ergebenden Schadens in Höhe von 5.038.000,00 DM = 2.575.888,50 € durch mögliche Zahlungen der früheren Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin, der Herren T3 und Q1, lässt sich nicht feststellen. Insoweit hat der Beklagte ebenfalls Einwendungen erhoben und darauf hingewiesen, dass der Kläger mit Sicherheit Schadensersatzansprüche gegen die durchaus vermögenden Herren T3 und Q1 geltend gemacht und durchgesetzt habe. Der Kläger hat hierauf ausdrücklich klargestellt, dass ausweislich der ihm damals vorliegenden Informationen die Herren T3 und Q1 vermögenslos waren und dementsprechend aus kaufmännischen Überlegungen von einer Durchsetzung möglicherweise bestehender Ansprüche abgesehen worden sei. Bei dieser 29

Sachlage verbleibt es bei dem festgestellten Schaden in Höhe von 5.038.000,00 DM = 2.575.888,50 €.

3. Von diesem Schaden kann der Kläger allerdings nur einen Betrag in Höhe von (insgesamt) 1.030.355,40 € verlangen, d. h. 40 % der Schadenssumme, weil er sich ein Mitverschulden der Gemeinschuldnerin gem. § 254 Abs. 1 BGB in Höhe von 60 % anrechnen lassen muss. Abzüglich der dem Kläger bereits rechtskräftig zuerkannten 255.645,94 € steht dem Kläger deshalb ein weiterer Zahlungsanspruch in Höhe von 774.709,46 € zu. Hinsichtlich der nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs nunmehr streitentscheidenden Frage der Abwägung der beiderseitigen Verschuldensanteile (§ 254 Abs. 1 BGB) geht der Senat zu Lasten der Gemeinschuldnerin von einem vorsätzlichen Verhalten aus. Demgegenüber ist der Senat davon überzeugt, dass der Beklagte nicht vorsätzlich, auch nicht bedingt vorsätzlich, sondern grob fahrlässig gehandelt hat. Dies rechtfertigt eine Quote in Höhe von 40 % zu Lasten des Beklagten. Im einzelnen:

a) Auf der Grundlage der Feststellungen des Landgerichts und des Senats steht zunächst fest, dass sich die Gemeinschuldnerin das Verhalten der Vorstandsmitglieder und ihrer zur Geschäftsführung und Vertretung berufenen Komplementäre T3 und Q1 anrechnen lassen muss, die in Kenntnis der Überschuldung der GmbH an der Fusion mitgewirkt und den Verschmelzungsvertrag für die Gemeinschuldnerin abgeschlossen haben. Hierbei handelt es sich – auch nach Ansicht des Bundesgerichtshofs – um ein vorsätzliches Organverschulden. Wie bereits der Senat (vgl. S. 30 des Urteils) unter Hinweis auf die beigezogene Strafsache 109-14/01 LG Köln/113 Js 286/98 StA Köln ausgeführt hat, wird in dem Strafurteil ausdrücklich klargestellt, dass zumindest der Angeklagte Q1 positiv wusste, dass die vom Beklagten testierte Bilanz der T1 GmbH vom 31. Dezember 1996 falsch war. Ausweislich der von den Parteien jedenfalls insoweit nicht angegriffenen Feststellungen in dem Sonderprüfungsbericht der Firma Q GmbH war das bewusst verschleiernde Vorgehen der beiden Geschäftsführer der geprüften GmbH auf eine Irreführung des Prüfers angelegt.

b) Demgegenüber hat der Beklagte nicht, auch nicht bedingt vorsätzlich gehandelt, sondern grob fahrlässig.

aa) Allerdings kann der Vorsatz des Beklagten nicht aus den Gründen des Urteils des Senats vom 23. September 2010 verneint werden. Der Senat hat im Rahmen der Prüfung des § 323 Abs. 2 HGB a. F. darauf hingewiesen (vgl. S. 25 des Urteils), eine Vorsatztat des Beklagten lasse sich nicht feststellen. Es gebe weder unmittelbare noch mittelbare Anzeichen dafür, „dass der Beklagte kollusiv mit den Herren T3 und Q1 zusammengewirkt habe und in deren verschleiernde Tätigkeit im Vorfeld des Jahresabschlusses bewusst eingebunden“ gewesen sei. Es lägen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, dass der Beklagte an der Manipulation im Rahmen des Jahresabschlusses 1996 aktiv beteiligt gewesen sei. Diese Ausführungen hat der Bundesgerichtshof beanstandet und darauf hingewiesen, dass kollusives Zusammenarbeiten keine Voraussetzung für den Vorsatz des Beklagten sei. Es genüge bereits, wenn der Handelnde die tatbestandsrelevanten Umstände für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen habe (vgl. S. 19 der Urteilsausfertigung des Bundesgerichtshofs). Hiernach reiche es aus, wenn der Beklagte, der nach den Feststellungen des Landgerichts und auch des Senats im Rahmen der Abschlussprüfung kritische Prüffelder „umschiffte“ sowie grundlegende Berufspflichten unberücksichtigt gelassen habe und dessen Verschulden deshalb schwer wiege, es für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben sollte, die Gemeinschuldnerin falsch zu beraten bzw. die Fusion zu Unrecht zu empfehlen. Diese Prüfung setze eine umfassende Würdigung aller Umstände voraus (Bezugnahme auf BGH, Urteil vom 20.12.2011 – VI ZR 309/10)

- bb) In der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20.12.2011 sind die Anforderungen, die an den Beweis des bedingten Vorsatzes, der aus einem Wissensselement und einem Wollenselement besteht, präzisiert worden. So könne es im Einzelfall beweisrechtlich naheliegen, dass der Schädiger einen pflichtwidrigen Erfolg gebilligt habe, wenn er sein Vorhaben trotz starker Gefährdung des betroffenen Rechtsguts durchführe, ohne auf einen glücklichen Ausgang vertrauen zu können, und es dem Zufall überlasse, ob sich die von ihm erkannte Gefahr verwirkliche oder nicht. Allerdings könne der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts nicht allein das Kriterium für die Frage sein, ob der Handelnde mit dem Erfolg auch einverstanden gewesen sei. Auch wenn der Schädiger den Eintritt des Schadens für möglich hält, kann er gleichwohl darauf vertraut haben, dass der Erfolg nicht eintritt (vgl. BGH NJW-RR 2002, 740). 34
- cc) Auf Grund der eingeholten Gutachten hat der Beklagte zwar eindeutig gegen seine Berufspflichten verstoßen, er hätte sein Fehlverhalten erkennen müssen. Demgegenüber steht für den Senat fest, dass der Beklagte subjektiv davon überzeugt war, pflichtgemäß gehandelt und die Fusion nicht zu Unrecht empfohlen zu haben. Hierfür spricht zunächst der Umstand, dass der Beklagte in drei Instanzen bis hin zum Bundesgerichtshof an seiner Auffassung festgehalten und diese verteidigt hat, ordnungsgemäß beraten zu haben. Zudem – und dies ist nach Auffassung des Senats entscheidend – musste der Beklagte ein maßgebliches Interesse an dem Erfolg der von ihm befürworteten Fusion haben. Es ging ihm – neben dem Erhalt des Honorars - in erster Linie darum, aufgrund der Fusion auch in Zukunft weitere lukrative Mandate zu erlangen. Hiermit wäre es aber nicht zu vereinbaren, wenn er eine Überschuldung der T1 GmbH für möglich gehalten und in Kauf genommen hätte und damit aber auch den Misserfolg der Verschmelzung in Kauf genommen hätte. Auch seine weitere Funktion als stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender der T2 AG, einer der Gründungsgesellschafter der AG, spricht dafür, dass er darauf vertraut hatte, sein Testat des Jahresabschlusses sei inhaltlich zutreffend. 35
- dd) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs und die hierdurch eintretende Bindungswirkung steht der (erneuten) Verneinung des Vorsatzes durch den Senat nicht entgegen. Der Bundesgerichtshof fordert im Kern lediglich, dass nicht bereits aus dem Fehlen eines kollusiven Zusammenarbeitens mit den Geschäftsführern der Schuldnerin auf das Fehlen des Vorsatzes des Beklagten geschlossen werden dürfe. Hiervon geht auch der Senat aus. 36
- ee) Andererseits kann die Pflichtverletzung des Beklagten aber auch nicht nur als leicht fahrlässig angesehen werden. Auf Grund der eingeholten Gutachten und der vom Bundesgerichtshof gebilligten Feststellungen des Senats hat der Beklagte vielmehr eindeutig gegen seine Berufspflichten verstoßen, er hätte das Fehlverhalten erkennen müssen und hat damit dasjenige außer Acht gelassen, was jedem Berufsträger in vergleichbarer Lage hätte einleuchten müssen. Dies begründet den Vorwurf *grober* Fahrlässigkeit. Der Beklagte hat es insbesondere pflichtwidrig unterlassen, Saldenbestätigungen von den Kreditoren einzuholen, obschon die Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen rund 32 % der Bilanzsumme betragen. Entsprechendes gilt für die vom Beklagten unterlassene Einholung von Rechtsanwaltsbestätigungen trotz der im Jahresabschluss ausgewiesenen Anwaltsgebühren über 55.000,- DM und der Rechts- und Beratungskosten über 187.000,- DM. Auch die unterlassene Aufklärung des genauen Hintergrundes der ungewöhnlich hohen und in zeitlicher Hinsicht auffälligen (23.12.1996) Forderung der T1 GmbH gegen die spätere Gemeinschuldnerin über 790.000,- DM begründet den Vorwurf einer oberflächlichen und unsorgfältigen Abschlussprüfung des testierenden Wirtschaftsprüfers. Weiterhin ergibt sich aus den Feststellungen der Wirtschaftsprüferkammer Berlin, dass der Beklagte bei Planung 37

und Durchführung der Jahresabschlussprüfung nicht dem gebotenen risikoorientierten Prüfungsansatz gefolgt ist und eine Prüfung des internen Kontrollsystems pflichtwidrig unterlassen hat.

c) Bei der hiernach vorliegenden Konstellation, dass auf Seiten der Gemeinschuldnerin und Vertragspartnerin des Beklagten Vorsatz vorliegt und auf Seiten des Beklagten „lediglich“ grobe Fahrlässigkeit, hält der Senat eine Mitverschuldensquote in Höhe von 60 % zu Lasten der Gemeinschuldnerin und damit eine Haftungsquote des Beklagten in Höhe von 40 % für angezeigt. In der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10.12.2009 (BGHZ 183, 323) lag auf Seiten der Geschäftsführer der geprüften Gesellschaft vorsätzliches Verhalten vor, während die Pflichtverletzungen des beklagten Wirtschaftsprüfers „nahe an der groben Fahrlässigkeit“ lagen. Bei einer solchen Fallgestaltung hat der Bundesgerichtshof einen Mitverschuldensanteil der geprüften Gesellschaft in Höhe von 2/3 und damit eine Haftungsquote des Wirtschaftsprüfers in Höhe von 1/3 nicht beanstandet. Wenn – wie hier – die Pflichtverletzung des Steuerberaters nicht nur nah an der groben Fahrlässigkeit liegt, sondern diese sogar feststeht, erscheint eine Reduzierung der Mitverschuldensquote der geprüften oder beratenen Gesellschaft auf 60 % und eine Erhöhung der Haftungsquote des Steuerberaters auf 40 % angemessen. 38

d) Beträgt die Haftungsquote des Beklagten 40 %, errechnet sich ein grundsätzlich erstattungsfähiger Schaden des Klägers von 2.015.200,00 DM (40 % von 5.038.000,00 DM). Umgerechnet in Euro ergibt sich ein Schadensersatzbetrag in Höhe von *insgesamt* 1.030.355,40 €. 39

4. Eine Reduzierung dieses Betrages auf Grund der in dem Beratungsvertrag vom 13. Mai 1997 vereinbarten Haftungsbeschränkung auf 2.000.000,00 DM (=1.022.583,76 €) scheidet aus. Wie mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 31. Januar 2013 ausführlich erörtert worden ist, hält der Senat nach erneuter Überprüfung der Rechtslage an der insoweit abweichenden Auffassung in dem Hinweisbeschluss vom 25. Oktober 2012 nicht mehr fest. Die Haftungsbeschränkung ist unwirksam. 40

a) Allerdings folgt die Unwirksamkeit nicht aus der Vorschrift des § 276 Abs. 2 BGB a. F. (§ 276 Abs. 3 BGB n.F.). Hiernach darf nur die Haftung wegen Vorsatzes im Vorhinein nicht ausgeschlossen werden. Auf diese Bestimmung weist auch der Bundesgerichtshof in dem Urteil für den Fall hin, dass der Senat ein vorsätzliches Verhalten des Beklagten bejahen würde. Dies ist jedoch aus den oben genannten Gründen nicht der Fall. 41

b) Die Haftungsbeschränkung verstößt jedoch gegen § 9 Abs. 1 AGBG, der auf den vorliegenden Sachverhalt noch anwendbar ist. 42

aa) Bei den Klauseln in dem Beratungsvertrag vom 13. Mai 1997 (vgl. Bl. 272 f. d. A.) handelt es sich entgegen der Auffassung des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 24. Januar 2013 um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Der Vertrag besteht aus einer Vielzahl von vorformulierten Wendungen zu Regelungen typischer Sachverhalte. Er enthält zahlreiche formelhafte Klauseln, die nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt sind. So wird beispielsweise in Ziff. I. des Vertrages die Tätigkeit des Beklagten mit der Beratung und Vertretung „in sämtlichen Fragen des Steuerrechts, der betriebswirtschaftlichen Beratung, der Wirtschaftsberatung, der Finanzberatung und dergleichen mehr“ beschrieben. Auch die Kündigungsregelungen in Ziff. IV. des Vertrages sind für eine Vielzahl von Verträgen geeignet. Entsprechendes gilt auch für die in Ziff. V des Vertrages vorgesehene Haftungsbeschränkung auf DM 2.000.000,00. Bei einer solchen Vertragsgestaltung besteht ein Anscheinsbeweis dafür, dass die Klauseln zur Mehrfachverwendung vorformuliert worden 43

sind (vgl. auch BGH NJW 2004, 502, 503 m.w.N.). Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass der Vertrag in Teilen individuelle Vereinbarungen enthält (BGH, a.a.O.). Soweit der Beklagte in dem Schriftsatz vom 24. Januar 2013 und ergänzend in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eingewandt hat, die Klauseln seien im einzelnen individuell vereinbart und ausgehandelt worden, ist dieses pauschale Vorbringen nicht geeignet, den gegen ihn sprechenden Anscheinsbeweis zu erschüttern. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass ein Aushandeln mehr als ein bloßes Verhandeln bedeutet. Der Kunde muss die reale Möglichkeit haben, den Inhalt der Vertragsbedingungen zu beeinflussen (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl. 2013, § 305 Rdn. 20 m.w.Nw.). Auch hierzu fehlt es an hinreichendem Vortrag des Beklagten.

bb) Durch die Haftungsbeschränkung wird die Gemeinschuldnerin unangemessen benachteiligt i.S.d. § 9 Abs. 1 AGBG. 44

(1) Allerdings existiert für eine Haftungsbeschränkung durch vorformulierte Vertragsbedingungen eines Steuerberaters eine Spezialregelung im Steuerberatergesetz. Gemäß § 67a Abs. 1 Nr. 2 des Steuerberatungsgesetzes in der Fassung vom 24. Juni 1994 kann der Anspruch des Auftraggebers aus dem zwischen ihm und dem Steuerberater oder Steuerbevollmächtigten bestehenden Vertragsverhältnis auf Ersatz eines fahrlässig verursachten Schadens durch vorformulierte Vertragsbedingungen auf den 4-fachen Betrag der Mindestversicherungssumme beschränkt werden, wenn insoweit Versicherungsschutz besteht. Im Zeitpunkt des hier in Rede stehenden Vertragsschlusses am 13. Mai 1997 betrug die Mindestversicherungssumme 500.000,00 DM, so dass eine Haftungsbeschränkung auf den 4-fachen Betrag, das heißt 2.000.000,00 DM, grundsätzlich möglich war. Der Beklagte hat durch Vorlage entsprechender Belege nachgewiesen, dass in dieser Höhe auch vorliegend Versicherungsschutz besteht. Dass § 67a Abs. 1 Nr. 2 des Steuerberatergesetzes im Vergleich zu den Vorschriften des AGB-Gesetzes oder auch nunmehr des BGB lex specialis ist, entspricht herrschender Meinung, wobei allerdings eine höchstrichterliche Klärung noch aussteht (vgl. Alvermann/Wollweber, DStR 2008, 1707 [1708], Gounalakis, NJW 1998, 3593 [3592] jeweils m.w.N.). Demnach kann auch die Haftung für grobe Fahrlässigkeit durch vorformulierte Vertragsbedingungen ausgeschlossen werden. Auf Grund der Gesetzgebungsgeschichte des § 67a StBerG lässt sich feststellen, dass die Privilegierung der Steuerberater gegenüber den Rechtsanwälten (vgl. § 51a Abs. 1 Nr. 2 BRAO) bewusst gewählt worden ist (vgl. auch hierzu Gounalakis, NJW 1998, 3593 [3599]; BT-Dr. 12-6753 und die Fußnote 123 in dem zitierten Aufsatz von Gounalakis). 45

Hiernach hätte der Beklagte seine Haftung für grob fahrlässiges Verhalten wirksam auch durch allgemeine Geschäftsbedingungen beschränken können. 46

(2) Die von dem Beklagten verwendete Klausel beschränkt die Haftung allerdings ohne weitere Einschränkung für jegliches Verschulden und damit *auch für vorsätzliches Verhalten*. Dies verstößt gegen § 11 Nr. 7 AGBG (= § 309 Nr. 7 b BGB n.F.). Hierbei ist es unschädlich, dass in dieser Vorschrift der Vorsatz nicht besonders erwähnt ist, insoweit gilt ja bereits § 276 Abs. 2 BGB a.F. bzw. § 276 Abs. 3 BGB n.F. (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl. 2013 § 309 Rdn. 44 zu der Parallelvorschrift des § 309 Nr. 7 b BGB). Wegen vorsätzlichen Verhaltens kann die Haftung nicht einmal durch Individualvereinbarung ausgeschlossen werden, erst recht nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen. Dass die Gemeinschuldnerin Unternehmerin war, ändert an der Unwirksamkeit der Klausel nichts, da das Verbot des § 11 Nr. 7 AGBG (= § 309 Nr. 7 b GB) gemäß §§ 9, 24 AGBG (entsprechend den §§ 307, 310 Abs. 1 BGB) auch im Rechtsverkehr zwischen Unternehmern gilt (vgl. BGH NJW 2007, 3774; Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 309 Rdn. 55 m.w.Nw.). 47

- (3) Eine Aufrechterhaltung der Klausel mit den Inhalt, dass die Haftungsbeschränkung nur für fahrlässiges und grob fahrlässiges Verhalten gilt, scheidet nach den Grundsätzen des Verbots einer sog. geltungserhaltenden Reduktion aus. Eine sprachliche und sachliche Trennung der wirksamen und der unwirksamen Teile der Klausel ist wegen der umfassend formulierten Haftungsbegrenzung nicht möglich. Die Klausel ist deshalb im Ganzen unwirksam (vgl. Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 309 Rdn. 54 m.w.Nw. zu § 309 Nr. 7 b BGB). 48
5. Entgegen der von dem Beklagten in seinem Schriftsatz vom 14.04.2010 (vgl. Bl. 1131 f. d. A.) vertretenen Auffassung hat er gegen den Kläger kein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Anspruch auf Abtretung möglicher Schadensersatzansprüche des Klägers gegen die Herren T3 und Q1. Der Beklagte und die beiden Herren T3 und Q1 sind als Gesamtschuldner im Sinne des § 421 ff. BGB anzusehen, so dass der Anwendungsbereich des § 255 BGB von vornherein nicht eröffnet ist. Sie haften gleichermaßen für denselben Schaden der Gemeinschaftschuldnerin, der von dem Kläger als Partei kraft Amtes geltend gemacht wird. 49
6. Der zuerkannte Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 288 Abs. 1, 291 BGB a.F. (Art. 229 § 1 Abs. 3 EGBGB). 50
7. a) Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit findet ihre Grundlage in den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 51
- b) Die Voraussetzungen der Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO sind nicht erfüllt. Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch bedarf es einer Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Vielmehr sind die Fragen, auf die es hier alleine ankommt, in der obergerichtlichen Rechtsprechung hinreichend geklärt. Im Übrigen beruht die Entscheidung lediglich auf einer Würdigung der konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalles. 52
- Berufungsstreitwert: 1.278.229,70 € (Berufung des Klägers: 1.051.339,70 € + Berufung des Beklagten: 226.890,11 €) 53
- Der für die Berechnung der *Gerichtsgebühren* maßgebliche Berufungsstreitwert – nur diesem Zweck dient gem. § 63 Abs. 1 GKG die Wertfestsetzung - entspricht der Festsetzung in dem Urteil des Senats vom 23.09.2010. Dass die Parteien nach Beendigung des Revisionsverfahrens in der Berufungsinstanz nur noch um einen Betrag in Höhe von 1.022.583,76 € streiten (1.278.229,70 € abzüglich rechtskräftig zuerkannter 255.645,94 €), hat für die Berechnung der Gerichtskosten keine Bedeutung, da es hierfür gem. den §§ 40, 47 Abs. 1 GKG auf die den Rechtszug einleitenden Anträge ankommt. Nach dem geringeren Streitwert in Höhe von 1.022.583,76 € richten sich allerdings die anwaltlichen Terminsgebühren in der neuen Verhandlung vor dem Senat. 54