

Unter dem Titel «Die Haftung des Beraters» hat Adrian Plüss in der Publikation «Insolvenz- und Wirtschaftsrecht» (3/1998) festgehalten, dass eine umsichtige Mandatsplanung Haftungsansprüche verhindern kann. Nun, 11 Jahre danach, hat diese Erkenntnis nichts an Bedeutung verloren. Es erfolgt eine aktualisierte Standortbestimmung.

ANDREAS HOWALD

THOMAS NABHOLZ

DIE HAFTUNG DES STEUERBERATERS

Eine Übersicht

1. VORBEMERKUNGEN

Das juristische und tatsächliche Umfeld des Beraters hat sich seit der eingangs erwähnten Publikation von *Adrian Plüss* weiter verändert. Neue Gerichtspraxen zur Haftung, eine generell höhere und sich rascher wandelnde Regelungsdichte sowie neue Mindeststandards für gewisse Berater rechtfertigen es, an derselben Stelle den Versuch einer aktualisierten Standortbestimmung zu diesem Thema vorzunehmen. Ein spezielles Augenmerk wird dabei auf den Steuerberater gelegt.

Es bestehen rechtliche wie tatsächliche Gründe, welche in der Praxis der Durchsetzung der Haftung des Beraters entgegenstehen. Auf die praktischen und nicht ausschliesslich zivilrechtlichen Aspekte der Haftung in der Steuerberatung soll im vorliegenden Beitrag ebenso eingegangen werden. Es wird versucht, anhand der so gewonnenen Erkenntnisse zu folgern, was ein gewissenhafter Steuerberater vorkehren soll, damit er seine Haftung begrenzen kann.

Um den Beitrag thematisch einzugrenzen, wird auf die in den Steuergesetzen geregelten straf- und verwaltungsrechtlichen Haftungsfolgen von Tatteilnehmern, zu deren Kreis regelmässig auch der Steuerberater gehört, nicht eingegangen.

2. AUSGANGSLAGE

Der Kreis der hier angesprochenen Personen ist der (Steuer-) Berater in der Form einer natürlichen Person, einer Personengesellschaft oder juristischen Person, der oder die in der Funktion einer Fachperson gegenüber Dritten Rat erteilt. Wie später zu zeigen sein wird, bedarf es für die Beurteilung

der Haftung weder eines ausdrücklichen Auftrages vom Geschädigten noch einer Entgeltlichkeit.

Ausgangslage bildet allein die Tatsache, dass eine als Fachperson wahrgenommene Person in dieser Funktion Rat erteilt, der sich in der Folge als mangelhaft herausstellt und zugleich zu Schaden führt. Ohne Schaden – und das vorweg – ist die vorliegende Diskussion von geringer praktischer Relevanz.

Auf die einzelnen Haftungsvoraussetzungen wird nachstehend eingegangen.

3. AUFTRAG ALS NORMALFALL

In aller Regel basiert das Verhältnis zwischen dem Berater und dem Beratenen auf einem Auftragsverhältnis gemäss Art. 394 ff. des *Schweizerischen Obligationenrechts (OR)*. Art und Inhalt des Auftrages richten sich in erster Linie nach dem zwischen den Parteien Vereinbarten; ergänzend und subsidiär sind zur Ermittlung des Auftrages Geschäftszusatz, Berufsregeln und die allgemeine Lebenserfahrung beizuziehen. Aufgrund des so feststehenden Inhalts werden Rechte und Pflichten der Parteien und damit auch die Haftung im Falle eines eingetretenen Schadens ermittelt.

4. HAFTUNGSVORAUSSETZUNGEN

Um eine mögliche Haftung zu prüfen, muss zuerst eine Haftungsgrundlage ermittelt werden. Eine solche ergibt sich grundsätzlich aus Vertrag oder aus Gesetz. Im Vordergrund steht in diesem Beitrag die Haftung aus Vertrag, da ein Beratungsverhältnis in aller Regel auf einer Vertragsbeziehung beruht und hierbei eine Vertragspartei der anderen Partei



ANDREAS HOWALD,
RECHTSANWALT,
PARTNER, ADVOKATUR-
BÜRO WALTHER LEUCH
HOWALD, BERN



THOMAS NABHOLZ,
MASTER OF LAW,
ADVOKATURBÜRO WALTHER
LEUCH HOWALD, BERN

durch (mutmassliche) Verletzung des vertraglich Vereinbarten Schaden zufügt.

Damit sich die Frage nach der Haftung überhaupt stellt, muss ein Schaden vorliegen. Bei dem hier behandelten materiellen Schaden liegt eine Vermögenseinbusse vor, die dem Geschädigten durch Eintritt des schädigenden Ereignisses entstanden ist. Mit anderen Worten wäre der Geschädigte wirtschaftlich besser gestellt, wäre das schädigende Ereignis nicht eingetreten.

Neben dem bezifferbaren Schaden bedarf es somit eines schädigenden Ereignisses, das den Schaden verursacht hat – man spricht von der Kausalität.

Für den Schaden, das schädigende Ereignis und dessen Kausalität in Bezug auf den Schadenseintritt ist nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 des *Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (ZGB) der Geschädigte dem Schädiger gegenüber beweispflichtig. Gelingt ihm dieser Beweis, so heisst das aber noch nicht, dass der Schädiger haftet: Eine Haftung besteht nämlich nur, wenn das schädigende Ereignis widerrechtlich war, mithin einer vertraglichen Vereinbarung zuwiderlief[1].

Ebendiese Widerrechtlichkeit ist im Rahmen der Auftragshaftung der zentrale und in aller Regel umstrittene Punkt: Nach Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte dem Auftraggeber für getreue Ausführung des ihm erteilten Auftrags.

Was getreue Ausführung bedeutet, umschreibt das Gesetz nicht, denn das wäre ein aussichtsloser Versuch: Getreue Ausführung bemisst sich im Einzelfall nach der Art und dem Umfang des erteilten Auftrages sowie dem berufsspezifischen Sorgfaltsmassstab, dem jede Berufsgattung ihrerseits unterliegt. Um den Beweis der Vertragsverletzung zu erbringen, muss – soweit vertraglich nicht hinreichend klar geregelt – der Nachweis erbracht werden, dass der Schädiger den für seine Berufsgattung geltenden Sorgfaltsmassstab nicht erfüllt hat.

5. SORGFALTSMASSSTAB

Der Sorgfaltsmassstab bildet im Rahmen der Überprüfung der Haftung eines Beauftragten die eigentliche Messlatte. Art. 397 ff. OR in Verbindung mit Art. 97 OR bilden die zivilrechtliche Haftungsgrundlage der Forderungen eines Geschädigten auf Schadenersatz als Ersatzpflicht des Steuerberaters infolge schuldhafter Pflichtverletzung[2]. Schuldhaft und damit haftungsbegründend ist eine Pflichtverletzung immer dann, wenn sie vorwerfbar ist. Vorwerfbar ist eine Pflichtverletzung dann, wenn eine gehörige Erfüllung der übernommenen Pflichten dem Steuerberater zumutbar resp. von diesem erwartet werden durfte. Hierbei geht es um eine Verobjektivierung des Sorgfaltsmassstabes:

Der Steuerberater wird am Durchschnittsverhalten von Personen derselben Berufsgruppe in der gleichen Situation gemessen. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der sog. Regel der Kunst (*lege artis*).

Von einer Vertragsverletzung ist im Zusammenhang mit der Steuerberatung insbesondere bei Mangel an der fachlichen Sorgfalt oder persönlichen Treue gegenüber dem Auftraggeber, der Missachtung von Weisungen des Auftrage-

bers, der Verletzung des Berufsgeheimnisses usw., auszugehen, wobei diese Vertragsverletzung letztlich den Tatbestand der «nicht gehörigen Erfüllung» der (geschuldeten) Vertragsleistung i. S. v. Art. 97 OR erfüllt[3].

Da der Steuerberater (im Gegensatz zu anderen Berufen wie z. B. Ärzten oder Anwälten) keine staatlich geschützte Tätigkeit ist, kann die gebührende berufliche Sorgfalt nicht über einen staatlichen Fähigkeitsausweis, durch den ein gewisser Qualitätsstandard sichergestellt werden soll, definiert werden[4]. Immerhin hält das Bundesgericht fest, dass je schwieriger eine Aufgabe ist, desto strenger werden die Anforderungen an den beauftragten Fachmann in Bezug auf die von ihm geforderte Qualität[5]: Von einem Spezialisten darf darum mehr erwartet werden als von einem beliebigen Berater. Speziell im gewerblichen und öffentlichen Anbieten seiner Dienstleistungen bringt der Steuerberater unmissverständlich zum Ausdruck, dass er auf dem Gebiet der Steuerberatung Fachmann, mithin Spezialist ist. Auf dieser Willensbekundung hat er sich behaften zu lassen.

Nach Art. 397 Abs. 1 OR ist der Steuerberater verpflichtet, nach dem Willen des Auftraggebers zu handeln. Dass der Auftraggeber, der als fachlicher Laie professionellen Rat beim Steuerberater einzuholen gedenkt, den Auftrag jeweils präzise definiert, wird die Ausnahme sein. Der Inhalt des erteilten Auftrags richtet sich darum vielmehr nach der Natur des zu besorgenden Geschäftes (Art. 396 Abs. 1 OR)[6]. Dem über Fachkenntnisse verfügenden Beauftragten wird dabei ein Entscheidungsermessen hinsichtlich der Umfangsbestimmung des Auftrages zugestanden[7].

Aus dem Weisungsrecht des Auftraggebers von Art. 397 Abs. 1 OR folgt die Orientierungspflicht des Steuerberaters[8]. So ist es Sache des Steuerberaters und nicht dessen Auftraggebers zu beurteilen, was vorzukehren ist, um dem Anliegen des Auftraggebers zu genügen. In diesem Zusammenhang ist ein Nachfragen nach steuerlich relevanten Tatbeständen durch den Beauftragten unabdingbar[9].

Darüber hinaus gehört es zur zentralen Aufgabe eines Steuerberaters, bei Annahme und Ausführung des Auftrages erkenn- und vermeidbare Steuerfolgen zu verhindern oder aber den Auftraggeber auf mögliche Steuerfolgen aufmerksam zu machen. Dies gilt sowohl für tatsächliche als auch für unsachgemässe latente Steuerfolgen.

Soweit eine solchermaßen erkennbare und tatsächlich vermeidbare Steuerfolge dem Steuerberater entgeht und dieser die zur Vermeidung dieser Steuerfolgen (und damit des Schadeneintritts) notwendigen Schritte nicht einleitet, begeht er eine Sorgfaltspflichtverletzung gemäss Art. 398 Abs. 2 OR. Eine Haftung entfällt nur, wenn der Schaden gestützt auf Ursachen, die nach dem gegenwärtigen Stand der Wissenschaft selbst bei aufmerksamer und gewissenhafter Prüfung nicht erkennbar sind, eintritt[10].

6. ÜBERNAHMEVERSCHULDEN

Was aber gilt, wenn der Steuerberater bloss glaubt, qualifiziert genug für eine ihm übertragene Aufgabe zu sein, jedoch verkennt, dass er über die hierfür erforderlichen fachlichen Kompetenzen nicht verfügt? Ist es einem Steuerberater in diesem Fall vorzuwerfen, dass er die Folgen seines Handelns

(das in einem Tun oder Unterlassen bestehen kann) nicht in seiner vollen Tragweite erkennt? In der Praxis sind die fachlichen Kompetenzen im Bereich der Beratung, speziell auch der Treuhand- und Steuerberatung sehr unterschiedlich. Soweit ein Berater aber Aufgaben übernimmt, die seine fachlichen Kompetenzen übersteigen, trifft ihn ein Verschulden, das sog. Übernahmeverschulden.

Ein Übernahmeverschulden wird gemäss Bundesgericht dann angenommen, wenn der Beauftragte eine Handlung vornimmt, obgleich er bei einer ihm zugänglichen Überlegung wissen muss, dass er die erforderlichen Eigenschaften und Kenntnisse nicht besitzt [11]. Er kann sich deshalb später nicht auf seine Unkenntnis oder ungenügende Ausbildung berufen [12]. Der Steuerberater hat bei fehlender Fachkompetenz das Mandat abzulehnen oder gegebenenfalls sofort niederzulegen und den Auftraggeber allenfalls an einen anderen Fachmann zu verweisen [13]. Die ihn treffende Schadensminderungspflicht [14] verpflichtet ihn zur Abwendung drohenden (weiteren) Schadens gegebenenfalls zur Vornahme von Sofortmassnahmen.

7. HAFTUNG FÜR HILFSPERSONEN UND SUBSTITUTE

Der Auftrag basiert typischerweise auf einem Vertrauensverhältnis, was sich in der persönlichen Leistungspflicht des Beauftragten gemäss Art. 399 Abs. 1 OR niederschlägt; dies gilt so auch für einen Steuerberatungsauftrag. Der Beauftragte verfügt in diesem Fall über eine Eigenschaft (vertiefte Kenntnisse im Steuerrecht), welche den Auftraggeber dazu bewegen ihm persönlich besonders zu vertrauen und ihn mit der Behandlung seines Problems zu beauftragen [15].

Überträgt der Steuerberater nun die Besorgung eines Auftrages teilweise oder ganz an einen Dritten, so ist zu prüfen, ob er hierzu überhaupt befugt war (Vollmacht auch hinsichtlich Substitution). Darf er von der persönlichen Leistungspflicht abweichen, haftet der Steuerberater nur für die gehörige Sorgfalt in der Auswahl und Instruktion des Substituten gemäss Art. 399 Abs. 2 OR [16]. Der Auftraggeber soll durch den Beizug von Hilfspersonen nicht schlechter gestellt werden, als wenn der Beauftragte den Auftrag persönlich erledigen würde. Eine Exkulpation nach Art. 97 OR ist nur dann möglich, wenn der Steuerberater beweist, dass die Hilfsperson mit derselben Sorgfalt gehandelt hat, die von ihm persönlich erwartet wurde und dass, hätte er persönlich gehandelt, ihm kein Verschulden zur Last fallen würde. Ein Entlastungsbeweis des ausservertraglichen Haftpflichtrechts nach Art. 55 OR steht nicht zur Verfügung [17].

Der Steuerberater haftet für Fehler eines unbefugten beigezogenen Substituten, gemäss Art. 399 Abs. 1 OR, wie für seine eigenen [18]. Eine Exkulpation im vorgenannten Sinne ist nicht möglich. Garantiert der Berater gar einen Erfolg, darf er keine Haftungsbefreiung geltend machen [19].

8. VERJÄHRUNG DER HAFTUNG

Der Anspruch des Klienten auf Schadenersatz infolge vertraglicher Haftung des Steuerberaters verjährt gemäss Art. 127 OR nach Ablauf von zehn Jahren seit der haftungsbegründenden Pflichtverletzung [20].

9. VERTRAGLICHER HAFTUNGSAUSSCHLUSS

Bezüglich des Haftungsausschlusses beim Auftrag muss unterschieden werden zwischen Vertragsverletzung und Verschulden. Die sorgfältige Ausführung ist nie wegzubedingen, die Haftung aus Verschulden jedoch lässt sich gemäss Art. 100 Abs. 1 OR auf Absicht und grobe Fahrlässigkeit reduzieren [21]. Insofern kann das subjektive Element an Relevanz für die zivilrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung erheblich an Bedeutung gewinnen [22].

Je nach Berufsgilde, der ein Beauftragter angehört, ist allerdings die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses durch Ständeregeln, die zur Qualitätssicherung einer Berufsgilde dienen, eingeschränkt. So ist beispielsweise bei Anwältinnen und Anwälten eine Haftungsbeschränkung für leichtes Verschulden zwar obligationenrechtlich zulässig, verstösst jedoch gegen Art. 12 lit. a *Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA)*, nämlich die sorgfältige und gewissenhafte Ausübung des Berufes [23].

Trotz der rechtlich eingeschränkten Möglichkeit des Haftungsausschlusses (und damit verbunden der fehlenden Durchsetzbarkeit einer weitergehenden Haftungsbeschränkung) trifft man den – möglicherweise etwas dem angelsächsischen Recht entlehnten – Versuch der Haftungsbeschränkung oft an, was im Widerspruch zur zunehmenden Professionalisierung der Beratungsbranche steht.

10. BEWEISLAST UND PROZESSRISIKEN

Gemäss Art. 8 ZGB sind Schaden, Widerrechtlichkeit und Kausalität in einem allfälligen Prozess [24] vom Geschädigten zu beweisen. Die Exkulpation, also der Entlastungsbeweis hingegen, ist Sache des Schädigers [25].

Die Beweisführung findet vor dem Gericht statt. «Wahr ist, was den Richter überzeugt», womit der Zivilprozess eine eigene Definition der Wahrheit kennt. Der Richter soll nach seiner völlig frei gebildeten Überzeugung schliessen, welche Sachbehauptung bewiesen ist, welche nicht [26].

Nach den ersten Parteivorträgen, hört sich der Richter die Beweise der Parteien an. Danach können grundsätzlich keine neuen Beweismittel mehr vorgebracht oder beantragt werden. Das Urteil wird aufgrund der bis hier vorgebrachten Beweise resp. Beweisanträge gefällt und nur auf Ansprüche bezogen, welche von den Parteien gestellt wurden. Über ein Eventualbegehren, darf nur entschieden werden, wenn das Hauptbegehren abgewiesen wurde [27].

Damit sind wir beim nächsten, wesentlichen, praktischen Problem eines steuerrechtlichen Haftungsfalls angelangt: Wenn einem Zivilrichter (= Zivilrechtler) steuerrechtliche Massgeblichkeiten (wie z. B. Verwaltungspraxen, Steuersystematiken usw.) bewiesen werden müssen, so trifft den Beweisbelasteten eine ungeahnt hohe praktische Hürde: Einem Zivilrechtler ist es zum Beispiel fremd, dass vermeidbare latente Steuern trotz fehlender sofortiger Realisation zu einem (aufgeschobenen) Schaden führen und dass solchermassen durch den beauftragten Steuerberater nicht vermiedene latente Steuern Haftungsansprüche auslösen können. Es fehlt hier an der realisierten und damit nachweisbaren Vermögens-einbusse, die auf das dem Berater vorgeworfene schädigende Ereignis zurückzuführen ist.

Um dem Zivilrechtler (und damit dem Zivilrichter) die Mühe und Not zu ersparen, sich mit steuerlichen Fragen und Praxis auseinandersetzen zu müssen, tut man gut daran, bei Haftungsfällen aus steuerlichen Beratungsverhältnissen mittels Expertengutachten Beweis zu führen. Das ermöglicht zudem, einen Prozess auf die zivilrechtlichen Fragen zu beschränken, was in der Kernkompetenz des Zivilgerichts liegt. Schliesslich haben steuerliche Grundlagenseminare geringe Chancen, im Gerichtssaal vom Richter oder allenfalls der Gegenpartei tatsächlich gehört zu werden.

11. BERUFSHAFTPFLICHTVERSICHERUNG

Gelingt der Beweis der Auftragshaftung, stellt sich die Frage, ob der zugesprochene Schaden durch den Schadensversicherer getragen werden kann. Diese Einschätzung lohnt es allerdings bereits vor Anhebung eines Zivilverfahrens zu machen, denn was nützt ein gewonnener Prozess, wenn das Urteil aufgrund der wirtschaftlichen Realität zu nichts als Verlustscheinen führt?

Steuerberater, die einem Berufsverband wie beispielsweise dem Schweizerischen Treuhänder-Verband angehören, sind aufgrund der Verbandsmitgliedschaft gezwungen, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen [28]. Fehlt es beim Steuerberater an einer Verbandsmitgliedschaft, so ist nicht ohne weiteres davon auszugehen, dass eine Versicherungsdeckung besteht. Die Berufshaftpflichtversicherung ist für Anwälte gemäss Art. 12 lit. f BGFA gar gesetzliche Pflicht.

Doch das Vorliegen einer hinreichenden Versicherungsdeckung birgt andere Nachteile. Die Praxis der Haftpflichtversicherungen hat sich gewandelt: Liegt der Fall nicht ganz klar (beispielsweise durch ein rechtskräftiges Urteil), wird in zunehmendem Masse die Leistung verweigert und der Prozess gesucht. Aufgrund der versicherungsvertraglichen Bestimmungen findet der Dialog nicht zwischen dem Versicherten (Beauftragten) und dem Geschädigten, sondern zwischen der Haftpflichtversicherung und dem Geschädigten statt. Die Optik der Partner ist damit bereits eine andere. Auf Seiten des Versicherers geht es primär um die Abwehr von gestellten Forderungen. Für freiwillige Kulanzleistungen, z. B. zur Bewahrung eines fortdauernden Auftragsverhältnisses zwischen Schädiger und Geschädigtem ist – mangels rechtlicher Grundlage und mangels direktem wirtschaftlichen Interesse des Versicherers – grundsätzlich kein Raum. Auch hier wiederum wirkt sich nachteilig aus, dass die Rechtsabteilung des Versicherers aus Zivilrechtlern besteht und diese ein anderes Rechtsverständnis in eine Diskussion mitbringen, als dies ein Steuerrechtler macht. Man möchte zuweilen denken, man spreche nicht dieselbe Sprache, was für einvernehmliche Lösungen nicht förderlich ist.

12. EXKURS

12.1 Geschäftsführung ohne Auftrag. Aufgrund der besonderen Konstellation, dass sich steuerliche Laien durch Experten beraten lassen, kommt es regelmässig vor, dass der Steuerberater für seinen Klienten Geschäftsbesorgungen vornimmt, welche vom ihm erteilten Auftrag nicht gedeckt, aber auf den mutmasslichen Willen des Klienten ausgerichtet

sind. In diesem Fall spricht man von der Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss Art. 419 ff. OR.

Wird die Geschäftsbesorgung nachträglich vom Klienten genehmigt, gelten die allgemeinen Regeln des Auftragsrechts. Damit aber die Geschäftsführung ihre Wirkung auch ohne eine Genehmigung entfaltet, muss sie durch die Interessen des Klienten geboten sein. Der nur teilweise beauftragte Steuerberater haftet als Geschäftsführer ohne Auftrag für jede Fahrlässigkeit, hat aber Anspruch auf mildere Beurteilung, wenn er durch sein Eingreifen drohenden Schaden des Klienten abwenden wollte. Umgekehrt verschärft sich die Haftung des Geschäftsführers (bis zur Haftung für Zufallsschaden), wenn er entgegen dem ausgesprochenen oder sonst erkennbaren Willen des Klienten gehandelt hat und dessen Verbot nicht unsittlich oder rechtswidrig war. Immerhin steht ihm der Beweis offen, dass der Kausalzusammenhang zwischen seinem Handeln und dem eingetretenen Schaden fehlt.

War die Geschäftsführung im Interesse des Klienten geboten, so ist dieser verpflichtet, alle für seine Interessenswahrung notwendigen oder nützlichen Auslagen des Steuerberaters zu ersetzen, selbst wenn der beabsichtigte Erfolg nicht eingetreten ist. Der Klient hat dem Steuerberater das Honorar mitsamt den Auslagen zu bezahlen [29].

12.2 Vertrauenshaftung. Liegt überhaupt kein Vertragsverhältnis oder Delikt als Haftungsgrundlage vor, so kann laut Bundesgericht [30] eine solche unter bestimmten Voraussetzungen aus blossem (begründetem) Vertrauen konstruiert werden [31]. Diese basiert auf einer geschäftlichen bzw. rechtsgeschäftlichen Sonderbeziehung zwischen den Parteien [32]. Diese Rechtsgeschäftlichkeit kann aus der Haftung aus «culpa in contrahendo» [33], ebenso aus Konzernverhältnissen oder Erstellen eines Gutachtens entstehen [34]. Die Vertrauenshaftung ist gesetzlich nicht geregelt und – dies ist zentral – in Bezug auf anderweitig bestehende Rechtsbeziehungen subsidiär.

Ob bei einer Steuerberatung eine Vertrauenshaftung entstehen kann, ist stark auf den Einzelfall bezogen und aufgrund der erwähnten Subsidiarität in aller Regel zu verneinen. Eine mögliche Vertrauenshaftung besteht aber bei Verhältnissen, wo die Interessen Dritter durch den Berater in erkennbarer Weise tangiert werden und zwischen diesen und dem Berater kein Vertragsverhältnis besteht. Dies jedoch nur, wenn die Hauptpartei am Schutz des Dritten interessiert ist und dieser im Sinne einer Gefährdung am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilnimmt [35].

13. FAZIT

Aus dem hier Festgestellten lassen sich einfache und wirkungsvolle, allerdings nicht neue Verhaltensregeln für Beauftragte und Auftraggeber zur «unfallfreien» Abwicklung von Steuerberatungsmandaten festhalten:

→ Schriftliche Auftragserteilung: Erst die Schriftlichkeit zwingt die Parteien, sich mit dem Inhalt des Auftrages, insbesondere dem zu beurteilenden Sachverhalt, und den möglichen Auswirkungen z. B. auch in Bezug auf Kosten eingehend auseinanderzusetzen. Diese Empfehlung gilt für jedes

Auftragsverhältnis, selbst wenn es sich hierbei um einen mutmasslich einfachen, standardisierten Auftrag handelt, wie z. B. dem Erstellen einer Steuererklärung. In diesem Fall spricht nichts gegen eine starke Vereinfachung wie z. B. ein standardisiertes Auftragsformular. → Einher mit der präzisen Auftragserteilung geht die präzise Sachverhaltsdarstellung und hinreichende Dokumentation: Beide Seiten haben sich zu Beginn wie auch während der gesamten Auftragsabwicklung hinsichtlich des zu beurteilenden Sachverhalts stets im Klaren zu sein. Sachverhaltsfragen oder -varianten sind zu klären und gegebenenfalls aus dem Auftrag auszuschliessen. Wer nicht nachfragt, obwohl er Unsicherheiten erkennt, muss sich das vorwerfen lassen. → Grenzen erkennen und die Grösse haben, dazu zu stehen: Sowohl Beauftragter als auch Auftraggeber haben sich über die beidseitigen Kompetenzen im Klaren zu sein. Das unverzeihliche und in der Praxis wohl häufige Übernahmeverschulden haben wir dargelegt. Denkbar ist auch, dass der Auftraggeber den Sachverhalt und damit verbunden den Auftrag nur unvollständig erfasst und wiedergibt und dies für den Beauftragten erkennbar ist. In solchen Fällen hilft die vorerwähnte Schriftlichkeit, das Nachfragen und gegebenenfalls das Ablehnen

des Mandats, soweit der Sachverhalt und/oder der Wille des Auftraggebers nicht erkennbar sind. → Drohende Risiken und Schäden im Rahmen einer Auftragsabwicklung sind dem Auftraggeber frühzeitig anzuzeigen und – soweit sie vor Auftragsannahme erkennbar sind – im Rahmen der Auftragsumschreibung von der Haftung auszunehmen. Pauschale und sehr generell abgefasste Haftungsausschlüsse sind dagegen nicht sinnvoll, da kaum durchsetzbar; sie können zudem in Bezug auf die Kompetenzen eines Beraters fragwürdig wirken. → Droht trotz allen vorbeugenden Bemühungen dennoch ein Schaden, ist die rasche und offene Kommunikation von Seiten des Beraters gegenüber Auftraggeber und involvierten Dritten (zum Beispiel Steuerbehörden) unabdingbar. Nicht selten sind drohende Schäden in loyaler Zusammenarbeit mit allen Betroffenen, insbesondere auch den Steuerbehörden, abwendbar oder auf ein erträgliches Mass korrigierbar. Das sofortige Handeln ergibt sich auch aus der Schadensminderungspflicht des potenziell Geschädigten, sofern ein drohender Schaden erkennbar ist. Der Haftpflichtversicherer des mutmasslichen Schädigers ist im frühest möglichen Zeitpunkt zu orientieren, um volle Versicherungsdeckung gemäss Versicherungsvertrag zu erlangen.

Anmerkungen: 1) Das schädigende Ereignis kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen. 2) Peter Wegmann, Die fehlerhafte Beratung durch den Steuerberater, Diss. Zürich 1984, S. 189. 3) Wegmann, a. a. O., S. 197; in der Medizin spricht man zuweilen vom sog. «Kunstfehler». 4) Wegmann, a. a. O., S. 193 f. 5) BGE 115 II 62, 64 E. 3a. 6) Wegmann, a. a. O., S. 20; Rolf Weber in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Auflage, zu Art. 396, N 2. 7) Rolf Weber, a. a. O. Art. 396, N 3. 8) Wegmann, a. a. O., S. 191. 9) Standes- und Berufsregeln 2007, Treuhänd-Kammer, Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten,

Art. 3 Abs. 4. 10) BGE 93 II 19 betr. Tierarzt; BGE 66 II 34 betr. Arzt. 11) BGE 124 III 164; Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, § 49 N 11. 12) Rolf Weber, a. a. O. Art. 398, N 28. 13) Wegmann, a. a. O., S. 191; Standes- und Berufsregeln 2007, a. a. O., Art. 3 Abs. 3. 14) Die Schadensminderungspflicht ergibt sich einerseits aus dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB und andererseits aus den Bestimmungen von Art. 42 Abs. 2 OR (wonach das Gericht den Schaden mit Rücksicht auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abschätzt) und Art. 44 Abs. 1 OR (wonach Umstände,

die den Schaden verschlimmern und die der Geschädigte zu vertreten hat, die Ersatzpflicht beeinflussen). 15) BGE 4C.316/2001 E. 1b. 16) Rolf Weber, a. a. O. Art. 399, N 2. 17) Wegmann, a. a. O. S. 204. 18) Rolf Weber, a. a. O. Art. 399, N 1. 19) Rolf Weber, a. a. O. Art. 399, N 4; Zu prüfen wäre ggf., ob eine anfängliche Unmöglichkeit vorliegt mit den sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen. 20) Robert Däppen in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Auflage, zu a. a. O. Art. 130, N 11a. 21) Rolf Weber, a. a. O. Art. 398, N 34; BGE 109 II 116 E. 3a; BGE 124 II 155 E 3b (Ein Teil der Lehre will gar keinen Haftungsausschluss, da dieser nicht mit dem

Grundsatz des Auftragverhältnisses und der damit verbundenen sorgfältigen Ausführung vereinbar ist.). 22) Vgl. Ziff. 4 oben. 23) Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte vom 5. Juli 2007 (ZH). 24) Alfred Keller, *Haftpflicht im Privatrecht*, Band I, 6. Auflage, S. 63. 25) Wegmann, a. a. O., S. 185. 26) Kummer, a. a. O., § 28 S. 135. 27) Georg Leuch, Omar Marbach, *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern*, 5. Auflage, vollständig überarbeitet von Franz Kellerhals und Martin Sterchi unter Mitarbeit von Andreas Güngerich, Stämpfli Verlag AG, Art. 202, S. 492 ff.; Max Kummer, *Grundriss des Zivilprozessrechts, nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes*, 4. Auflage 1984, Verlag Stämpfli & Cie. AG Bern, § 30, S. 144. 28) Schweizerischer Treuhänder-Verband, *Standesregeln Art. 6 Abs. 4*: «Der diplomierte Treuhänderexperte, der diplomierte Wirtschaftsprüfer

und der diplomierte Steuerexperte, welche Mitglieder des STV sind, schliessen eine berufliche Haftpflichtversicherung ab.» 29) Wegmann, a. a. O., S. 206. 30) Mitte/Ende der 90er Jahre relativ grosszügig angenommen, musste aber bald wieder eingedämmt, resp. geklärt werden, um die entstandene Unsicherheit bezüglich der «neuen» Haftungsgrundlage zu beseitigen, was jedoch bis heute nicht ganz gelungen ist. Peter Loser, *die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht*, Stämpfli Verlag AG Bern, N 1 ff.; Ueli Sommer, *Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts?*, Aufsätze/Articles, AJP/PJA 9/2006, S. 1038. 31) Schutzwürdiges Vertrauen setzt ein Verhalten der Muttergesellschaft voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken (BGE 124 II 294). Es handelt sich dabei um eine Haftung eines vertragsfremden Dritten, bei

welcher das von diesem erweckte Vertrauen die Rechtsgrundlage eines Schadenersatzanspruches bildet, wenn es anschliessend enttäuscht wird (BGE 130 III 345). 32) Loser, a. a. O., N 174. 33) Das Eröffnen und sich Einlassen auf vorvertragliche Verhandlungen verpflichten zu gegenseitigem Verhalten nach Treu und Glauben und zur Mitteilung der für die Gegenpartei wichtigen und ihr selbst nicht erkennbaren Tatsachen. Eine Verletzung dieser Pflichten zieht die culpa in contrahendo-Haftung nach sich und berechtigt den Geschädigten Schadenersatzansprüche geltend zu machen (Guhl, a. a. O., § 13, N 3). 34) BGE 68 II 303 – Culpa in Contrahendo; BGE 120 II 331 – Swissair-Konzernhaftung; BGE 130 III 345 – Liegenschaftsschätzer; BGE 134 III 390 – Verjährung Ansprüche aus Vertrauenshaftung. 35) Loser, a. a. O., N 1006 ff.

RÉSUMÉ

La responsabilité du conseiller fiscal

Dans un article intitulé «Die Haftung des Beraters» publié dans *Insolvenz- und Wirtschaftsrecht* 98/03, Adrian Plüss affirmait qu'une planification rigoureuse du mandat permettait de minimiser le risque de responsabilité du consultant. Une dizaine d'années plus tard, dans un contexte juridique et matériel plus mouvant que jamais, ce constat reste d'actualité.

Ici, le terme de consultant englobe des personnes physiques, des sociétés de personnes ou des personnes morales qui fournissent, individuellement ou collectivement, une prestation de conseil à un tiers en qualité d'expert. Cette prestation peut être à l'origine d'un préjudice patrimonial pour la personne conseillée ou, dans certaines circonstances, pour un tiers. La responsabilité du consultant se fonde en premier lieu sur le préjudice subi, que le mandat soit onéreux ou non.

Mais engager la responsabilité pour faute du consultant nécessite de surmonter quelques obstacles juridiques et pratiques. Il faut tout d'abord démontrer que le conseiller n'a pas respecté son devoir de diligence, mais aussi qu'il y a un préjudice. Il faut par ailleurs dépasser les divergences terminologiques entre fiscalistes et civilistes.

Pour déterminer si un préjudice est imputable au consultant, on examine les obligations auxquelles ce dernier est astreint à raison du mandat, dont la na-

ture et la portée sont l'expression de la volonté des parties. Par ailleurs, et à titre subsidiaire, il faut prendre en considération les usages commerciaux, la déontologie professionnelle et l'expérience générale de la vie, mais le véritable étalon de la responsabilité du mandataire reste la diligence. Cette responsabilité ne peut être engagée que si le fait dommageable est illicite, s'il viole une clause contractuelle et si, de ce fait, il est opposable au consultant (fausif). Il arrive aussi fréquemment qu'un consultant accepte un mandat qui dépasse ses compétences. En pareille circonstance, la seule acceptation du mandat constitue déjà une faute en soi, un «péché originel» qu'il est convenu d'appeler «acceptation fautive du mandat» (*Übernahmeverschulden*).

Dans le droit de la responsabilité, la répartition du fardeau de la preuve est très particulière. Il incombe en effet à la partie lésée de démontrer l'existence du préjudice et du fait dommageable, d'établir le lien de causalité entre les deux et enfin – comme cela a été évoqué plus haut – de prouver l'illicéité de l'acte (voire son omission).

Lorsque le conseiller fiscal ne tient pas compte de conséquences fiscales qu'il aurait dû et pu identifier et qu'il ne prend donc pas les mesures nécessaires pour les éviter (et par voie de conséquence pour prévenir le préjudice), il viole son devoir de diligence au sens de

l'article 398 alinéa 2 CO. Sa responsabilité n'est cependant pas engagée lorsque le préjudice découle de faits qui ne pouvaient être identifiés à ce moment-là selon l'état actuel de ses connaissances, même dans le cadre d'un examen attentif et rigoureux. Mais c'est la seule exception.

En vertu de l'article 127 CO, l'action en dédommagement fondée sur la responsabilité contractuelle du conseiller fiscal se prescrit par dix ans à compter de la violation de l'obligation qui est à l'origine du préjudice.

De nouvelles règles de responsabilité allant au-delà des régimes de la responsabilité contractuelle et délictuelle, comme la responsabilité fondée sur la confiance, élargissent la portée de la responsabilité du consultant. Il convient d'en tenir compte lors de la planification d'un mandat. Le consultant doit évaluer correctement ses disponibilités et ses limites, de même que les risques qu'il encourt en acceptant le mandat ou, de façon plus générale, dans le cadre de son activité professionnelle. À lui ensuite de mettre en place des garde-fous.

Enfin, dernier point de contrôle d'une planification sérieuse, le consultant devrait s'assurer que sa couverture d'assurance responsabilité civile professionnelle est suffisante, ne serait-ce que pour protéger son patrimoine privé.

AH/TN/PB