GIaktuell

> Ausgabe 1 / 02.2024 / 44. Jahrgang
> Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

Inhalt

Editorial 1

GI Entscheidungen 2

GI Literaturhinweis 63

GI Literaturecke 64

Rechtsanwaltshaftung 2
Auskunftsvertrag / Besondere Sachkunde / Insolvenzantragspflicht
(BGH, Beschl. v. 26.1.2023 – III ZR 91/22)

Rechtsanwaltshaftung 6
Rechtsschutzversicherung / Deckungszusage / Einwendungen des Rechtsanwalts
(OLG Köln, Urt. v. 25.5.2023 – 12 U 38/22)

Rechtsanwaltshaftung 9
Fremdgelder / Strafrechtliche Verurteilung / Einziehung des Werts des Tatertrags / Zivilrechtsweg
(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.10.2022 – I-24 U 91/21)

Wiedereinsetzung 12
Berufungsbegründung / Outsourcing der Fertigung des Schriftsatzes / Fristenkontrolle
(OLG Zweibrücken, Beschl. v. 17.10.2022 – 4 U 92/22)

Wiedereinsetzung 13
Eingangsbestätigung / Ausgangskontrolle
(BGH, Beschl. v. 6.9.2023 – IV ZB 4/23)

Wiedereinsetzung 17
Vermeidung von Fristversäumnissen / Einwöchige Vorfrist
(BGH, Beschl. v. 24.10.2023 – VI ZB 53/22)

Wiedereinsetzung 19
Empfangsvollmacht / Haftungsverfahren
(FG Münster, Urt. v. 7.9.2023 – 5 K 2915/22)

Wiedereinsetzung 25
Elektronischer Rechtsverkehr / Fristen- und Ausgangskontrolle
(BSG, Beschl. v. 27.6.2023 – B 1 KR 27/22 R)

Haftung des Sanierungsberaters 27
Vertrag mit Schutzwirkung / Mitverschulden / Haftungsbeschränkung
(OLG Bamberg, Urt. v. 31.7.2023 – 2 U 38/22)

Steuerberaterhaftung 36
Schätzungsbescheid / Darlegungs- und Beweislast
(OLG Karlsruhe, Urt. v. 6.9.2023 – 7 U 162/22)

Wirtschaftsprüferhaftung 41
Kapitalanleger-Musterverfahren / Feststellungen zu Schadensersatzanspruch / Feststellungsziel
(OLG München, Beschl. v. 18.5.2022 – 3 U 1342/22)

Notarhaftung 49
Verwahrungsanweisung / Notaranderkonto / Pfändung
(BGH, Beschl. v. 2.8.2023 – VII ZB 28/20)

Versicherungsschutz 54
Steuerberater / Unternehmerische Tätigkeit / Treuhand
(BGH, Urt. v. 15.11.2023 - IV ZR 277/22)

Versicherungsschutz 60
Wissentliche Pflichtverletzung / Uneingeschränkter Bestätigungsvermerk / Weitere, nicht wissentliche Pflichtverletzungen
(LG Hannover, Urt. v. 27.7.2023 – 6 O 134/22)

Mit HDI cyberschlau werden.

HDI Cyber Days 27.–29. Februar 2024

Wir laden Sie herzlich ein, sich über die neuesten Entwicklungen zum Thema Cyber zu informieren.

Mit unserem Cyberschutz zeigen wir, wofür HDI steht: starke Lösungen – von Spezialisten für Spezialisten.

Am besten gleich hier **anmelden**!

Veranstalter:

HDI AG
30659 Hannover

Agenda

Freuen Sie sich auf spannende Themen und namhafte Referenten:

Dienstag, 27. Februar 2024

17:00 – 18:00 Uhr

Cybersicherheit und Cloudnutzung

Peter Menneke
DATEV, Datenschutz & IT-Sicherheit

18:00 – 19:00 Uhr

Das 360-Grad-Konzept der HDI Cyberversicherung

Gero Kretschmer
HDI Produktmanagement & Underwriting Cyber

Mittwoch, 28. Februar 2024

17:00 – 18:00 Uhr

Alltag eines Berufshackers

- Was bedeutet IT-Sicherheit 2024?
- Wer sind die Angreifer von heute?
- Hacking im Kontext der Digitalisierung und aktueller geopolitischer Entwicklungen

Immanuel Bär
Co-Founder der ProSec GmbH

18:00 – 19:00 Uhr

Das 360-Grad-Konzept der HDI Cyberversicherung

Sönke Glanz
HDI Produktmanagement & Underwriting Cyber

Donnerstag, 29. Februar 2024

17:00 – 18:00 Uhr

KI und Cyber – ausgewählte Fragen der Haftung und Deckung beim Einsatz von KI

Dr. Dan Schilbach, Rechtsanwalt
Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB
Rechtsanwälte Steuerberater Wirtschaftsprüfer

18:00 – 19:00 Uhr

Das 360-Grad-Konzept der HDI Cyberversicherung

Sönke Glanz
HDI Produktmanagement & Underwriting Cyber

Editorial

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

Rafael Meixner
Rechtsanwalt

Der **BGH** hat sich mit der Frage auseinandergesetzt, ob sich aus dem einem Berater von einer GmbH erteilten Mandat, deren **Insolvenzreife** zu prüfen, eine vertragliche Haftung gegenüber deren Geschäftsführer ergeben kann. Der BGH formuliert die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus einem **Auskunftsvertrag**. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat der Tatrichter im Rahmen der Gesamtwürdigung aller für den Einzelfall maßgeblichen Umstände zu prüfen.

Hat der mit der Prozessvertretung mandatierte Rechtsanwalt den Auftrag zur **Fertigung eines Schriftsatzes** im Rahmen einer Kooperation an einen anderen Rechtsanwalt aus einer anderen Kanzlei erteilt, so ändert ein solches **Outsourcing** – so das **OLG Zweibrücken** – nichts am Pflichtenkreis des mit der Prozessvertretung mandatierten Rechtsanwalts.

Hohe Praxisrelevanz hat die Entscheidung des **OLG Karlsruhe**. Aufgrund einer Pflichtverletzung eines Steuerberaters waren **Schätzungsbescheide** ergangen. In einer solchen Konstellation hat der Mandant darzulegen, welche Gewinne oder Verluste abweichend von den Besteuerungsgrundlagen der Schätzungsveranlagung tatsächlich entstanden sind. Ist ihm ein solcher Vortrag mangels Unterlagen nicht möglich, bleibt er **beweisfällig**.

Das **LG Hannover** befasste sich mit den **elementaren Berufspflichten** eines Wirtschaftsprüfers bei Erteilung eines uneingeschränkten **Bestätigungsvermerks**. Werden solche Elementarpflichten verletzt, stellt dies eine wissentliche Pflichtverletzung dar, die zum Verlust des Versicherungsschutzes führt. Dabei ist unerheblich, wenn auch noch weitere, nicht wissentliche Pflichtverletzungen vorliegen.

Ihr Rafael Meixner

GI Entscheidungen

Rechtsanwaltshaftung

- Auskunftsvertrag
- Besondere Sachkunde
- Insolvenzantragspflicht

(BGH, Beschl. v. 26.1.2023 – III ZR 91/22)

Leitsätze (der Redaktion)

1. Eine vertragliche Haftung des Auskunftgebers für die Richtigkeit seiner Auskunft - hier die Frage der Insolvenzreife der Schuldnerin und die Verpflichtung des Geschäftsführers zum Stellen eines Insolvenzantrags - ist anzunehmen, wenn die Auskunft für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist und er sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse machen will. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen der Auskunftgeber für die Erteilung der Auskunft besonders sachkundig ist.

2. Ob sich aus den sonstigen Umständen des Falls Einschränkungen in Bezug auf den Auftragsumfang oder eine daraus folgende Haftung ergeben können, ist Gegenstand der dem Tatrichter obliegenden Gesamtwürdigung aller für den Einzelfall maßgeblichen Umstände, die bislang unterblieben ist. Die Berücksichtigung einzelner in eine Gesamtabwägung einzustellender Aspekte darf aber nicht dazu führen, dass deswegen Beweise gar nicht erst erhoben werden, denn dies käme einer vorweggenommenen Beweiswürdigung gleich, die das rechtliche Gehör der übergangenen Partei verletzt (Fortführung BGH, Beschluss vom 11. Mai 2021 - VI ZR 1206/20).

3. Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, den Vortrag der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Entscheidung in Erwägung zu ziehen. Mit der Erwägung, möglicherweise habe der Beklagte eine Beratung zur wirtschaftlichen Situation der späteren Schuldnerin durchführen sollen, daraus ergebe sich aber noch keine schlüssige Behauptung, dass der Beklagte vertraglich verpflichtet worden wäre, eine Rechtspflicht zur Insolvenzantragstellung zu prüfen, blendet die Vorinstanz aus, dass der Kläger genau dies mehrfach behauptet hat. Sie übergeht mithin den wesentlichen Kern des Klägervorbringens zu der zentralen Frage des Rechtstreits.

Zum Sachverhalt:

[1] Der klagende Insolvenzverwalter nimmt aus abgetretenem Recht des früheren Geschäftsführers der Insolvenzschuldnerin (im Folgenden: Schuldnerin) den Beklagten auf Schadensersatz unter dem Vorwurf in Anspruch, dieser habe einen mit der Schuldnerin geschlossenen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter verletzt, indem er unzutreffend beraten oder Auskunft erteilt habe. Hierdurch sei ein Insolvenzantrag verspätet gestellt worden.

[2] Im Jahr 2014 war S. K. Geschäftsführer der Schuldnerin. Er war Nachfolger des zuvor mit diesem Amt betrauten J. Ku. , der bereits rund zwei Jahre zuvor wegen der wirtschaftlichen Situation der Schuldnerin an den ihm persönlich bekannten Beklagten herangetreten war. Ende 2014 wandte sich S. K. , der von dem Steuerberater der Schuldnerin im Sommer des Jahres eine positive Fortführungsprognose erhalten hatte, seinerseits an den Beklagten. Es kam Mitte Dezember 2014 und Anfang Januar 2015 zu zwei Zusammenkünften zwischen ihnen, an denen auch ein Gesellschafter der Schuldnerin und der Steuerberater teilnahmen. Ob es zuvor ein weiteres Treffen in diesem Kreis gegeben hatte, ist ebenso streitig wie der genaue Gegenstand der jeweils geführten Gespräche und eines dabei erteilten Auftrags sowie Art und Umfang der dem Beklagten dabei überlassenen oder zur Einsicht vorgelegten Unterlagen. Am 23. Januar 2015 berechnete der Beklagte für die "Insolvenzberatung" der Schuldnerin am 16. Dezember 2014 und 7. Januar 2015 ein Zeit-Honorar über insgesamt 468,27 €, wobei die abgerechneten Tätigkeiten als "Erörterung der insolvenzrechtlichen Situation sowie Erläuterung von Folgen und Ergebnis eines Insolvenzverfahrens" und "Erörterung über die weitere Vorgehensweise" bezeichnet wurden (Anlage K 9).

[3] Am 30. Oktober 2015 stellte die Schuldnerin Insolvenzantrag. Das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen wurde am 1. Dezember 2015 eröffnet.

[4] Der Kläger hat behauptet, S. K. habe den Beklagten Anfang Dezember 2014 damit beauftragt zu überprüfen, ob die Schuldnerin zum damaligen Zeitpunkt insolvenzreif gewesen sei und er dementsprechend einen Insolvenzantrag habe stellen müssen. Dies habe der Beklagte bei der Besprechung am 16. Dezember 2014 - unzutreffend - verneint. Infolge der falschen Auskunft sei der Insolvenzantrag verspätet gestellt worden. Hierdurch sei der Schuldnerin ein Schaden in Höhe von 184.876,01 € entstanden. Der Beklagte ist dem entgegengetreten. Weder die Schuldnerin noch S. K. hätten ihm einen umfassenden Prüfungs- und Beratungsauftrag erteilt und ihm auch keine Unterlagen und Informationen überlassen, die einen vollständigen Ein- und Überblick über die finanzielle Situation der Schuldnerin vermittelt hätten, auf deren Grundlage konkrete und belastbare Handlungsempfehlungen hätten ausgesprochen werden können. Der damalige Geschäftsführer K. habe ihn, den Beklagten, lediglich als Bekannten des früheren Geschäftsführers um eine zweite Meinung zu der Ansicht des Steuerberaters gefragt.

[5] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung hat das Oberlandesgericht nach vorangegangenem Hinweis mit Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Es hat zur Begründung ausgeführt, der Kläger habe einen Vertrag, wonach die Insolvenzreife zu prüfen gewesen sei, nicht schlüssig dargelegt. Es sei nicht ersichtlich, dass tatsächlich ein solcher Vertrag mit dem Beklagten zustande gekommen sei. Aus einer Beratung zur wirtschaftlichen Situation der späteren Schuldnerin ergebe sich noch keine schlüssige Behauptung, dass der Beklagte vertraglich verpflichtet worden sei, eine etwaige Rechtspflicht zur Insolvenzantragstellung zu prüfen. Es habe lediglich zwei ein- und halbstündige Termine gegeben, die der Kläger mit insgesamt 468,27 € abgerechnet habe. Aus der Rechnung in überschaubarer Höhe ergebe sich lediglich die "Erörterung der insolvenzrechtlichen Situation" und der "weiteren Vorgehensweise", mehr nicht. Auch unter Berücksichtigung des erst- und zweitinstanzlichen Klägervortrags bleibe es unklar, ob ein Vertrag zur Prüfung der Insolvenzreife geschlossen worden sei. Mit dem Beklagten möge über eine zweite Meinung gesprochen worden sein. Hierfür sei er auch vergütet worden. Anderes ergebe sich auch nicht aus der schriftlichen Stellungnahme des damaligen Geschäftsführers K. (Anlage K 7). Da unersichtlich bleibe, ob mit dem Beklagten ein Vertrag über die Prüfung der Insolvenzreife zustande gekommen sei, könne auch dahinstehen, welche Unterlagen ihm vorgelegen hätten. Die Fragen der Wirksamkeit der Abtretungserklärung, der Pflichtverletzung und der Kausalität sowie eines haftungsausschließenden Mitverschuldens könnten daher ebenso offenbleiben wie das Vorliegen eines ersatzfähigen Schadens.

Aus den Gründen:

[6] Die dagegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers hat Erfolg. Sie führt gemäß § 544 Abs. 9 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Beschlusses und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Anspruchs des Klägers auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).

[7] 1. Zu Recht rügt die Beschwerde, dass sich das Berufungsgericht mit wesentlichen Teilen des Vortrags des Klägers im Ergebnis nicht beschäftigt und die dazu angebotenen Beweise nicht erhoben hat. Dies beruht darauf, dass es die Anforderungen an die Substantiierungslast des Klägers überspannt und den wesentlichen Kern des Vortrags des Klägers nicht zur Kenntnis genommen beziehungsweise bei der Entscheidung nicht beachtet hat. Beides stellt einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG dar (vgl. zB Senat, Beschlüsse vom 2. Dezember 2021 - III ZR 146/20, BeckRS 2021, 47559 Rn. 17; vom 25. November 2021 - III ZR 202/20, BeckRS 2021, 41003 Rn. 10 und vom 27. August 2020 - III ZR 105/19, BeckRS 2020, 24306 Rn. 8; BGH, Beschluss vom 11. Mai 2021 - VI ZR 1206/20, NJW-RR 2021, 1294 Rn. 13).

[8] a) Das Berufungsgericht, das das Klägervorbringen für unschlüssig hält, hat angenommen, es sei nicht ersichtlich, dass ein Vertrag mit dem Beklagten zustande gekommen sei, wonach dieser die Insolvenzreife der Schuldnerin zu prüfen gehabt habe. Deswegen hat es sich mit dem diesbezüglichen Sachvortrag des Klägers im Einzelnen nicht mehr befasst und seine Würdigung im Wesentlichen auf den Vortrag, der Beklagte habe die wirtschaftliche Prognose der Schuldnerin durch den Steuerberater H. überprüfen sollen, sowie den Inhalt der Rechnung beschränkt. Damit hat es sich den Blick auf das sonstige - ausreichend schlüssige - Klägervorbringen verstellt. Seine Bewertung beruht insoweit auf einer unzureichenden Tatsachengrundlage.

[9] aa) Ein Sachvortrag zur Begründung eines Klageanspruchs ist schlüssig und als Prozessstoff erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen. Das Gericht muss anhand des Parteivortrags beurteilen können, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen. Dabei ist die Angabe näherer Einzelheiten nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind. Sind diese Anforderungen erfüllt, ist es Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und gegebenenfalls die benannten Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach weiteren Einzelheiten zu befragen oder einem Sachverständigen die beweiserheblichen Streitfragen zu unterbreiten (st. Rspr., zB Senat, Beschluss vom 25. November 2021 aaO Rn. 11 m.zahlr.w.N.).

[10] bb) Dies zugrunde gelegt, hätte das Berufungsgericht den Vortrag des Klägers nicht als unschlüssig ansehen und die Klage nicht ohne Erhebung des angebotenen Zeugenbeweises abweisen dürfen.

[11] Der Kläger hat bereits in der Klageschrift (S. 9 ff, GA I 11 ff) behauptet, der Beklagte habe im Dezember 2014 für S. K. die wirtschaftliche Situation der Schuldnerin darauf geprüft, ob dieser in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer Insolvenzantrag zu stellen habe. Insoweit habe es einen ersten Besprechungstermin Anfang Dezember 2014 gegeben, an dem neben Herrn K. der Gesellschafter der Schuldnerin P. M. und der Beklagte teilgenommen hätten. Hierzu seien diesem aktuelle betriebswirtschaftliche Auswertungen überlassen und Einsicht in die Lieferantenvorbestellungen, die offenen Posten bei Kreditoren/Debitoren, die allgemeine Kostensituation durch den Mietvertrag und sonstige Dauerverpflichtungen gewährt worden. Der Beklagte habe die Unterlagen überprüft und bei der zweiten Besprechung am 16. Dezember 2014 eine Insolvenzreife der Schuldnerin verneint. All dies hat der Kläger unter Beweis durch das Zeugnis der genannten Personen gestellt.

Diesen Vortrag hat er mit Schriftsatz vom 16. März 2021 wiederholt und durch den Beweisantritt durch das Zeugnis des Steuerberaters H. ergänzt (S. 4, 6 ff, 10, GA I 88, 90 ff, 94). Er hat insoweit ausdrücklich behauptet, bei der Beratung Ende 2014 sei es um die Beurteilung der Frage durch den Beklagten gegangen, "ob Herr K. in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Schuldnerin Insolvenzantrag zu stellen habe" (Schriftsatz vom 16. März 2021, S. 7, GA I 91). Des Weiteren hat sich der Kläger auf die schriftliche Stellungnahme des S. K. vom 26. Oktober 2020 (Anlage K 7) und auf seinen Schriftsatz vom 17. April 2018 in einem gegen ihn gerichteten Parallelverfahren (Anlage K 8) berufen. In der Erklärung vom 26. Oktober 2020 hat S. K. - über den dort ebenfalls erwähnten Wunsch, die Meinung des Steuerberaters H. durch einen Fachmann überprüfen lassen zu wollen, hinaus - unter anderem ausgeführt, der Beklagte habe die wirtschaftliche Situation prüfen sollen, "ob etwas zu tun sei" und er "eine Insolvenzgefahr sehe". Mit Schriftsatz vom 17. April 2018 (dort S. 10) hat er vortragen lassen, der Beklagte, von dem er eine zweite Meinung zu der Einschätzung des Steuerberaters H. habe einholen wollen, habe bei dem Gespräch am 16. Dezember 2014 betont, dass es keinen Grund zur Beantragung eines Insolvenzverfahrens gebe.

[12] Mit der Berufungsbegründung vom 7. Mai 2021 hat der Kläger das Übergehen seines Vortrags durch das Landgericht beanstandet (S. 4, GA I 168) und weiter moniert, dass der Rechnungstext unzutreffend gewürdigt worden sei. Er hat dort wiederholend und vertiefend vorgetragen (S. 8 f, GA I 172 f), es habe Anfang Dezember 2014 einen ersten Besprechungstermin in den Büroräumen des Beklagten gegeben, an dem S. K. , P. M. sowie J. H. teilgenommen hätten. Herr K. habe dort mitgeteilt, dass er den Beklagten mit der Prüfung der Insolvenzreife der Schuldnerin beauftragen wolle, wobei ihm als Geschäftsführer insbesondere an der Frage gelegen sei, ob er verpflichtet sei, einen Insolvenzantrag zu stellen. Der Beklagte habe sich zu der Prüfung bereitgefunden und am 16. Dezember 2014 erklärt, nach Auswertung der ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen sagen zu können, dass eine Insolvenzreife der Schuldnerin derzeit nicht gegeben sei und Herr K. als Geschäftsführer nicht verpflichtet sei, Insolvenzantrag zu stellen (S. 8 f, GA I 172 f). Mit seiner Stellungnahme zu dem Hinweisbeschluss des Berufungsgerichts vom 8. April 2022 hat der Kläger schließlich erneut die Übergehung entscheidungserheblichen Vortrags, insbesondere der Stellungnahme des S. K. vom 26. Oktober 2020 (Anlage K 7) und seiner Beweisangebote, gerügt (Schriftsatz vom 8. April 2022, GA I 246 ff).

[13] Nach diesem Vorbringen kann eine Haftung des Beklagten zumindest auf der Grundlage eines Auskunftsvertrags nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

[14] (1) Eine **vertragliche Haftung des Auskunftgebers für die Richtigkeit seiner Auskunft** - hier die Frage der Insolvenzreife der Schuldnerin und die Verpflichtung des Geschäftsführers zum Stellen eines Insolvenzantrags - ist dann anzunehmen, **wenn die Auskunft für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist und er sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse machen will.** Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen der Auskunftgeber für die Erteilung der Auskunft **besonders sachkundig oder ein eigenes wirtschaftliches Interesse** bei ihm im Spiel ist (vgl. zB BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - IX ZR 12/05, NJW 2009, 1141 Rn. 10).

[15] (2) Nach dem - revisionsrechtlich zu unterstellenden - Vorbringen des Klägers hat S. K. als damaliger Geschäftsführer der Schuldnerin den - als Insolvenzverwalter und -berater tätigen - Beklagten Anfang Dezember 2014 um Prüfung der Insolvenzreife der Schuldnerin und der ihn insoweit möglicherweise treffenden Pflicht, einen Insolvenzantrag zu stellen, ersucht. Dem ist der Beklagte nachgekommen und hat nach Einsicht in ihm zur Verfügung gestellte Unterlagen im Folgetermin vom 16. Dezember 2014 die Auskunft erteilt, dass eine Insolvenzreife und dementsprechend eine Insolvenzantragspflicht zu verneinen seien. **Die an den Beklagten herangetragenen Fragestellungen waren dabei ersichtlich nicht nur für die weitere Vorgehensweise und das damit verbundene zukünftige Schicksal der Schuldnerin, sondern auch für den Geschäftsführer K. persönlich (vgl. § 64 GmbHG in der bis zum 1. Januar 2021 geltenden Fassung; vgl. nunmehr §§ 15a und 15b InsO) in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht von erheblicher Bedeutung.** Der Beklagte besaß zudem die nötige Sachkunde, um die aufgeworfenen Fragen zu beantworten. Seine Tätigkeit hat er nachfolgend in Rechnung gestellt.

[16] **Es ist daher nicht fernliegend, dass S. K. und der Beklagte die Auskunft zum Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten machen wollten.** Insoweit kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht die Sach- und Rechtslage anders beurteilt hätte, wenn es sich mit dem vorstehenden Vortrag befasst beziehungsweise die dazu angebotenen Beweise erhoben hätte. **Ob sich aus den sonstigen Umständen des Falls - etwa dem in der abgerechneten Stundenzahl zum Ausdruck kommenden relativ geringen Zeitaufwand, der damit korrelierenden Höhe der Rechnung, der fehlenden Verschriftlichung des Prüfungsergebnisses oder den möglicherweise ungenügenden Unterlagen - Einschränkungen in Bezug auf den Auftragsumfang oder eine daraus folgende Haftung ergeben können, ist Gegenstand der dem Tatrichter obliegenden Gesamtwürdigung aller für den Einzelfall maßgeblichen Umstände, die bislang unterblieben ist.** Die Berücksichtigung einzelner in eine Gesamtabwägung einzustellender Aspekte darf jedoch nicht dazu führen, dass deswegen Beweise gar nicht erst erhoben werden, denn dies käme einer vorweggenommenen Beweiswürdigung

gleich, die das rechtliche Gehör der übergangenen Partei ebenfalls verletzt (vgl. zB BGH, Beschlüsse vom 11. Mai 2021 aaO Rn. 18; vom 27. Juli 2016 - XII ZR 59/14, NJW-RR 2016, 1291, Rn. 12 und vom 16. April 2015 - IX ZR 195/14, NJW-RR 2015, 829 Rn. 9; jew. mwN).

[17] b) Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, den Vortrag der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Entscheidung in Erwägung zu ziehen (vgl. zB Senat, Beschluss vom 27. August 2020 aaO Rn. 8 mwN). Zwar muss sich das Gericht in seinen Entscheidungsgründen nicht ausdrücklich mit jedem Parteivorbringen befassen. Grundsätzlich ist vielmehr davon auszugehen, dass es das Vorbringen der Parteien zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat. Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG ist aber anzunehmen, wenn besondere Umstände vorliegen, die deutlich ergeben, dass tatsächliches Vorbringen eines Beteiligten überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei der Entscheidung nicht beachtet worden ist (Senat aaO mwN). Solche Umstände liegen etwa dann vor, wenn das Gericht auf den wesentlichen Kern des Vortrags eines Beteiligten zu einer zentralen Frage des Verfahrens in den Entscheidungsgründen nicht eingeht, sofern er nicht nach seinem Rechtsstandpunkt unerheblich oder aber - wie hier allerdings nicht - offensichtlich unsubstantiiert war (Senat aaO mwN).

[18] Ein solcher Gehörsverstoß ist dem Berufungsgericht vorliegend unterlaufen. Dabei ist nicht zu verkennen, dass es in seinem Hinweisbeschluss ausgeführt hat, auch unter Berücksichtigung des "erst- und zweitinstanzlichen Klägervortrags" bleibe unklar, ob zwischen der Schuldnerin beziehungsweise Herrn K. und dem Beklagten ein Vertrag über dessen Verpflichtung zur Prüfung der Insolvenzreife geschlossen worden sei; ebenso wenig ergebe sich aus der Rechnung in überschaubarer Vergütungshöhe ein entsprechender Hinweis. Ferner hat es im Zurückweisungsbeschluss angenommen, der - vom Kläger als übergangen gerügten - schriftlichen Stellungnahme des damaligen Geschäftsführers K. (Anlage K 7) sei keine abweichende Bedeutung beizumessen. Insoweit mag das Oberlandesgericht den entsprechenden Klägervortrag zwar zur Kenntnis genommen haben. Seine pauschale Bezugnahme auf nicht näher vereinzelten Sachvortrag lässt aber nicht erkennen, dass es sich mit dem vorstehend wiedergegebenen Klägervorbringen tatsächlich auch inhaltlich auseinandergesetzt und dieses in Erwägung gezogen hat. Im Gegenteil ergibt sich bereits aus der Annahme, es sei nach dem Klägervortrag unklar geblieben, ob ein Vertrag über die Verpflichtung zur Prüfung der Insolvenzreife abgeschlossen worden sei, dass es das vorstehend wiedergegebene Vorbringen nicht in seine Überlegungen einbezogen haben kann. Mit der Erwägung, möglicherweise habe der Beklagte eine Beratung zur wirtschaftlichen Situation der späteren Schuldnerin durchführen sollen, daraus ergebe sich aber noch keine schlüssige Behauptung, dass der Beklagte vertraglich verpflichtet worden wäre, eine Rechtspflicht zur Insolvenzantragstellung zu prüfen, blendet die Vorinstanz aus, dass der Kläger genau dies mehrfach behauptet hat. Sie übergeht mithin den wesentlichen Kern des Klägervorbringens zu der zentralen Frage des Rechtstreits.

[19] c) Der Vortrag des Klägers zu dem Anfang Dezember 2014 geführten Gespräch, in dem der Gegenstand des Auftrags konkretisiert worden sein soll, war auch nicht deshalb unbeachtlich, weil er im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils nicht erwähnt war. Denn dem Schweigen des Tatbestands kommt keine negative Beweiskraft zu (vgl. zB BGH, Beschluss vom 22. Oktober 2015 - V ZR 146/14, NJW-RR 2016, 210 Rn. 7; Althammer in Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., § 314 Rn. 9). Sollten die Ausführungen des Berufungsgerichts daher so zu verstehen sein, dass es sich verfahrensfehlerhaft an der Berücksichtigung des Vorbringens des Klägers zu dem Gespräch von Anfang Dezember 2014 gehindert gesehen hat, läge darin ebenfalls eine Verletzung des Anspruchs des Klägers auf rechtliches Gehör.

[20] 2. Der Gehörsverstoß ist erheblich. Es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht den Inhalt sowohl des dem Beklagten erteilten Auftrags als auch der Rechnung vom 23. Januar 2015 - insbesondere die Bedeutung der enthaltenen Position "Erörterung der insolvenzrechtlichen Situation sowie Erläuterung von Folgen und Ergebnis eines Insolvenzverfahrens" beziehungsweise die im Betreff genannte Bezeichnung "Insolvenzberatung S. " - anders bewertet hätte, wenn es den weiteren Sachvortrag des Klägers berücksichtigt und die dazu angebotenen Beweise erhoben hätte.

Rechtsanwaltshaftung

- Rechtsschutzversicherung
- Deckungszusage
- Einwendungen des Rechtsanwalts

(OLG Köln, Urt. v. 25.5.2023 – 12 U 38/22)

Leitsätze

1. Eine Deckungszusage begründet keine Einwendungen des Rechtsanwalts gegenüber dem Rechtsschutzversicherer bei auf diesen übergegangenen Regressansprüchen des Versicherungsnehmers. Den Rechtsschutzversicherer trifft im Verhältnis zum Rechtsanwalt keine Obliegenheit zur Prüfung der Erfolgsaussicht einer Klage oder eines Rechtsmittels (OLG Köln, 3. März 2020, 9 U 77/19).

2. Die Deckungszusage gibt dem Anwalt nicht das Recht, bei der Prüfung, ob das Auslösen von Verfahrenskosten zur Erreichung des vom Mandanten angestrebten Rechtsschutzziels geeignet und angemessen ist, beim Versicherungsnehmer einen geringeren Sorgfaltsmaßstab anzulegen als bei einem Mandanten ohne Rechtsschutz.

3. Auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ist der Rechtsschutzversicherer nicht gehalten, die Prüfung des bedingungsgemäßen Versicherungsfalls zur Vermeidung einer Haftung des Rechtsanwalts einzusetzen. Es obliegt allein dem Rechtsanwalt, seine Tätigkeit so auszurichten, dass der Mandant nicht geschädigt wird. Der gesetzliche Forderungsübergang nach § 86 VVG ändert daran nichts (BGH, 16. September 2021, IX ZR 165/19).

Zum Sachverhalt:

[1] Von der Darstellung der tatsächlichen Feststellungen wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO in Verbindung mit §§ 543 Abs. 1, 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO abgesehen.

Aus den Gründen:

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

[3] 1. Betreffend die **Aktivlegitimation** der Klägerin greifen die Rügen der Berufung nicht durch. Die Rechtsschutzversicherung ist eine Schadensversicherung, für die **§ 86 Abs. 1 S. 1 VVG** gilt, wonach ein dem Versicherungsnehmer gegen einen Dritten zustehender Ersatzanspruch auf den Versicherer übergeht, soweit dieser den Schaden ersetzt (BGH, Urteil vom 13.02.2020 - IX ZR 90/19 -, juris Rn. 10 m.w.N.). **Von diesem Übergang erfasst werden auch Ansprüche auf Erstattung von Prozesskosten, die dem Versicherungsnehmer gegen seinen Prozessbevollmächtigten wegen Schlechterfüllung des Anwaltsvertrages zustehen** (OLG Köln, Urteil vom 23.05.2019 - 24 U 122/18 -, juris Rn. 45 m.w.N.). Entgegen der Annahme der Beklagten wird der Schaden des Versicherungsnehmers weder dadurch ausgeglichen, dass der Versicherer bereits vor der kostenauslösenden Prozesshandlung entsprechende **Deckungszusagen** erteilt hat, noch durch die spätere Leistung des Versicherers. Dies widerspräche dem Zweck des § 86 VVG bzw. dem in der Regelung vorausgesetzten Grundsatz, dass eine private Schadensversicherung - wie eine Rechtsschutzversicherung (vgl. BGH a.a.O.) - den Schädiger durch die Leistung des Versicherers nicht entlasten soll (vgl. BGH, Urteil vom 21.04.2021 - IV ZR 169/20 -, juris Rn. 17; Urteil vom 27.09.2000 - VIII ZR 155/99, BGHZ 145, 203-245 -, juris Rn. 108 m.w.N.; OLG Bamberg, Urteil vom 20.11.2018 - 6 U 19/18 -, juris Rn. 42 m.w.N.; OLG Köln, Beschluss vom 23.06.2021 - 13 U 24/21-, n.v.). Die Kostenhaftung gegenüber der Staatskasse, dem eigenen Anwalt und dem Prozessgegner stellt einen Schaden im Sinne von § 86 VVG dar (BGH, Urteil vom 13.02.2020 - IX ZR 90/19 -, juris Rn. 10). Die Ersatzpflicht der Versicherung ist auf deren Beseitigung und damit - entgegen der Ansicht der Berufung - auf dasselbe Interesse gerichtet wie die Haftung der Beklagten (vgl. auch BGH, Urteil vom 16.09.2021 - IX ZR 165/19 -, Rn. 18 ff.). **Nicht gefolgt werden kann den Beklagten auch darin, dass ein Rechtsanwalt im Verhältnis zu seinem Mandanten nicht "Dritter" im Sinne des § 86 Abs. 1 VVG sein könne** (BGH, Urteil vom 16.09.2021 - IX ZR 165/19 -, Rn. 20 m.w.N.). Dritter ist, wer nicht Versicherungsnehmer oder versicherte Person ist (BGH, Urteil vom 13.03.2018 - VI ZR 151/17 -, juris Rn. 19 m.w.N.). Die Stellung als Repräsentant schließt es nicht aus, die Person als Dritten anzusehen (Voit in: Bruck/Möller, VVG, 9. Aufl. 2009, § 86 juris Rn. 88). Es kommt darauf an, ob der Repräsentant nach den Vereinbarungen als Mitversicherter oder als ein durch einen Regressverzicht Begünstigter in den Versicherungsvertrag einbezogen ist (OLG Frankfurt, Urteil vom 14.07.2021 - 17 U 60/20 -, juris Rn. 51 m.w.N.; Voit a.a.O., m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen bei einem Rechtsanwalt im Rechtsschutzversicherungsverhältnis nicht vor (OLG Frankfurt a.a.O.). Zudem reicht die Wahrnehmung rechtlicher Interessen in einem Einzelfall - wie im Streitfall - nicht aus, um die Repräsentantenstellung der Beklagten zu begründen (BGH, Urteil vom 16.09.2021 - IX ZR 165/19 -, Rn. 20).

[4] 2. Soweit die Beklagte unter Bezugnahme auf die Vollmacht der Klägerin des Vorprozesses - 2 O 151/18, Landgericht Bonn - offenbar meint, diese habe die H. Rechtsanwälte GbR und nicht sie mit der Rechtsverfolgung beauftragt, trägt dies nicht. Die besagte Vollmacht lautet mitnichten auf die GbR, sondern nur allgemein auf die "H. Rechtsanwälte". Daraus ergibt sich also nicht, dass die H. Rechtsanwaltsgesellschaft mbH nicht mandatiert worden wäre. Darüber hinaus hat die hiesige Beklagte ausweislich der Klageschrift des Vorprozesses das Mandant während des Prozesses ausgeübt, so dass sich

aus der Verfahrensakte des Vorprozesses insgesamt kein Hinweis darauf ergibt, dass die Beklagte hier nicht passivlegitimiert sein könnte. Hinzu kommt, dass die Beklagte in dem hiesigen Prozess erst- und zweitinstanzlich - jedenfalls bis zu ihrem Schriftsatz vom 05.05.2023 - für sich reklamiert hat, sie habe Frau P. als ihre Mandantschaft ausreichend beraten. Vor diesem Hintergrund besteht für den Senat kein Zweifel daran, dass die Beklagte Vertragspartnerin von Frau P. war.

[5] 3. Unter Zugrundelegung des unstreitigen Parteivorbringens hat die Beklagte ihre Beratungspflicht aus dem Rechtsanwaltsvertrag mit Frau P. verletzt.

[6] a. Wird - wie im Streitfall - geltend gemacht, der Anwalt habe den nicht gewinnbaren Vorprozess gar nicht erst einleiten oder fortführen dürfen, ist zunächst festzuhalten, dass es eine mandatsbezogene Pflicht, einen von Anfang an aussichtslosen Rechtsstreit nicht zu führen, als solche nicht gibt. Maßgeblich ist, ob der Rechtsanwalt seiner Pflicht zur Beratung des Mandanten über die Erfolgsaussichten des in Aussicht genommenen Rechtsstreits genügt hat. **Für den Inhalt dieser Pflicht ist es ohne Bedeutung, ob der Mandant eine Rechtsschutzversicherung unterhält oder nicht.** Soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf, ist der Rechtsanwalt grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Beratung des Auftraggebers verpflichtet**. In den Grenzen des Mandats hat er dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziel zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind.** Dazu hat er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären (zum Ganzen BGH, Urteil vom 16.09.2021 - IX ZR 165/19 -, juris Rn. 27 m.w.N.).

[7] Im Hinblick auf die Erfolgsaussichten eines in Aussicht genommenen Rechtsstreits geht es darum, den Mandanten in die Lage zu versetzen, eigenverantwortlich seine Rechte und Interessen zu wahren und eine Fehlentscheidung in seinen rechtlichen Angelegenheiten vermeiden zu können. Aufgrund der Beratung muss der Mandant in der Lage sein, Chancen und Risiken des Rechtsstreits selbst abzuwägen. Hierzu reicht es nicht, die mit der Erhebung einer Klage verbundenen Risiken zu benennen. Der Rechtsanwalt muss auch das ungefähre Ausmaß der Risiken abschätzen und dem Mandanten das Ergebnis mitteilen. Ist danach eine Klage praktisch aussichtslos, muss der Rechtsanwalt dies klar herausstellen**. Er darf sich nicht mit dem Hinweis begnügen, die Erfolgsaussichten seien offen.** Vielmehr kann der Rechtsanwalt nach den gegebenen Umständen gehalten sein, von der beabsichtigten Rechtsverfolgung ausdrücklich abzuraten. **In welchem Maße der Rechtsanwalt zu Risikohinweisen verpflichtet ist, richtet sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Beratung, insbesondere auch nach der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Der jeweils aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung kommt für die Erfüllung der dem Rechtsanwalt obliegenden vertraglichen Aufgaben überragende Bedeutung zu.** Deshalb hat er seine Hinweise, Belehrungen und Empfehlungen in der Regel danach auszurichten (zum Ganzen BGH, Urteil vom 16.09.2021 - IX ZR 165/19 -, juris Rn. 29 f. m.w.N.).

[8] **Die Pflicht des Rechtsanwalts, den Mandanten über die Erfolgsaussichten eines in Aussicht genommenen Rechtsstreits aufzuklären, endet nicht mit dessen Einleitung. Verändert sich die rechtliche oder tatsächliche Ausgangslage im Laufe des Verfahrens, muss der Rechtsanwalt seinen Mandanten über eine damit verbundene Verschlechterung der Erfolgsaussichten aufklären. Nur so erhält der Mandant die Möglichkeit, die ursprünglich getroffene Entscheidung zu hinterfragen und die Chancen und Risiken der laufenden Rechtsverfolgung auf der Grundlage der veränderten Lage neu zu bewerten.** Auch hier kann der Rechtsanwalt nach den gegebenen Umständen gehalten sein, von einer Fortführung der Rechtsverfolgung abzuraten. Dies kommt etwa in Betracht, wenn eine zu Beginn des Rechtsstreits noch ungeklärte Rechtsfrage in einem Parallelverfahren höchstrichterlich geklärt wird und danach das Rechtsschutzbegehren des Mandanten keine Aussicht auf Erfolg mehr hat (zum Ganzen BGH, Urteil vom 16.09.2021 - IX ZR 165/19 -, juris Rn. 31).

[9] **Darlegungs- und beweisbelastet** mit Blick auf eine **Pflichtverletzung** ist nach allgemeinen Grundsätzen die Klägerin. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trifft den Prozessgegner der für eine negative Tatsache beweisbelasteten Partei eine **sekundäre Darlegungslast**, deren Umfang sich nach den Umständen des Einzelfalls richtet, der der Gegner aber jedenfalls so konkret nachkommen muss, dass der beweisbelasteten Partei eine Widerlegung möglich ist (BGH, Urteil vom 29.11.2016 - X ZR 122/14 -, juris Rn. 33 m.w.N.). So liegt es auch, wenn - wie hier - streitig ist, ob der Rechtsanwalt eine gebotene Beratung nicht vorgenommen hat.

[10] b. Nach diesen Maßgaben liegt eine Beratungspflichtverletzung der Beklagten ungeachtet der Frage, ob die Rechtsverfolgung im Vorprozess ggf. (geringe) Erfolgsaussichten bot, schon deshalb vor, weil sie ihre Mandantin Frau P. unstreitig gar nicht beraten hat. Die Klägerin hat insoweit im hiesigen Prozess von Anfang an behauptet, die Beklagte habe Frau P. nicht über die Erfolgsaussichten des Vorprozesses beraten. Die Beklagte hat mit ihrem Schriftsatz vom 05.05.2023 nunmehr bestätigt, Frau P. gar nicht beraten zu haben. Soweit sie hierzu meint, deshalb nicht zur Beratung verpflichtet gewesen zu sein, weil Frau P. den Rechtsanwaltsvertrag über einen Stellvertreter abgeschlossen habe, geht sie in zweifacher Hinsicht

fehl. Zum einen beanspruchen die **vorgenannten Grundsätze zur Beratungsplicht des Rechtsanwalts auch dann Geltung, wenn der Rechtsanwaltsvertrag im Wege der Stellvertretung** zustande kommt. Insoweit ist nichts dafür ersichtlich, dass Frau P. - zumal ohne jeglichen Kontakt zu den Rechtsanwälten der Beklagten - auf eine Beratung teilweise oder gänzlich verzichtet hätte. Zum anderen ist im Streitfall eine solche Stellvertretung entgegen dem Beklagtenvorbringen nicht schlüssig dargetan, denn sie selbst nimmt Bezug darauf, dass Frau P. selbst eine Rechtsanwaltsvollmacht erteilt habe. Sollte diese Vollmacht der Beklagten von einer dritten Person übergeben worden sein - wofür vieles spricht -, so hat diese dritte Person lediglich als Bote die Willenserklärung der Frau P. überbracht, nicht aber eine eigene Willenserklärung mit Blick auf den Abschluss des Rechtsanwaltsvertrags abgegeben, die für eine wirksame Stellvertretung gemäß § 164 BGB erforderlich wäre. Jedenfalls geht die Berufung fehl, wenn sie meint, aufgrund einer Vertretungssituation sei im Vorprozess eine Beratung ihrer Mandantin nicht erforderlich gewesen, so dass ihr diesbezügliches Vorbringen unerheblich ist und ihren darauf bezogenen Beweisangeboten nicht nachzugehen ist.

[11] 4. Die Pflichtverletzung der Beklagten war auch kausal für den klägerseits geltend gemachten Schaden, also für das Entstehen der seitens der Klägerin ausgeglichenen Kosten und Gebühren des Vorprozesses. Insoweit kommt es im Streitfall nicht auf die Frage an, ob die Rechtsverfolgung im Vorprozess der Sache nach ggf. (geringe) Aussicht auf Erfolg hatte oder ob der Anscheinsbeweis beratungsgerechten Verhaltens zugunsten der Klägerin streitet. Denn nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass Frau P. auch bei einer ordnungsgemäßen Beratung durch die Beklagte den Vorprozess nicht geführt hätte.

[12-15] *(...)*

[16] 6. Die Berufung kann nicht mit Erfolg reklamieren, dass von dem Schadensersatzanspruch der Klägerin eine Erstberatungsgebühr sowie eine Abrategebühr in Abzug zu bringen ist, denn sie hat ihre Mandantin im Vorprozess unstreitig gar nicht beraten und deshalb eindeutig kein Honorar verdient, das im Zusammenhang mit einer Beratung steht.

[17] 7. Die insbesondere erstinstanzlich seitens der Beklagten vorgebrachten Einwände hinsichtlich ihrer Haftung gegenüber der Klägerin verfangen nicht. Der Beklagten kann insbesondere nicht darin gefolgt werden, der Schadensersatz sei mit Blick auf die erteilte **Deckungszusage** wegen einer **Treuwidrigkeit** der Klägerin ausgeschlossen bzw. um einen **Mitverschuldensanteil** zu kürzen. **Die Erteilung der Deckungszusage führt nicht zu einem Ausschluss des durch die Pflichtverletzung begründeten Schadensersatzanspruchs gemäß § 242 BGB. Sie hat auch unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens nach den §§ 254 Abs. 2, 278 BGB keinen Einfluss auf die Höhe der Schadenersatzverpflichtung der Beklagten.**

[18] aa. **Der Anwaltsvertrag einerseits und der Vertrag des Mandanten mit seinem Rechtsschutzversicherer andererseits sind als rechtlich selbstständige und unabhängige Verträge zu behandeln. Dies stimmt mit der in der Rechtsschutzversicherung angelegten Trennung zwischen Versicherungsvertrag und Mandatsverhältnis überein** (vgl. BGH, Urteil vom 21.10.2015 - IV ZR 266/14, WM 2015, 2241-2246 -, juris Rn. 40 ff.). Eine Deckungszusage stellt ein **deklaratorisches Schuldanerkenntnis** gegenüber dem Versicherungsnehmer der Rechtsschutzversicherung dar, welches spätere Einwendungen und Einreden des Rechtsschutzversicherers ausschließt, die ihm bei Abgabe der Deckungszusage bekannt waren oder die er zumindest für möglich gehalten hat bzw. mit denen er zumindest rechnete. **Die Deckungszusage eines Rechtsschutzversicherers hat keinen Einfluss auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Mandanten/Versicherungsnehmer und dem Rechtsanwalt. Sie begründet auch keine Einwendungen des Rechtsanwalts gegenüber dem Rechtsschutzversicherer bei auf diesen übergegangenen Regressansprüchen des Versicherungsnehmers. Den Rechtsschutzversicherer trifft im Verhältnis zum Rechtsanwalt keine Obliegenheit zur Prüfung der Erfolgsaussicht einer Klage oder eines Rechtsmittels** (zum Ganzen OLG Köln, Urteil vom 03.03.2020 - 9 U 77/19 -, juris Rn. 45 m.w.N.).

[19] bb. Ein **Mitverschuldenseinwand** kann daher auf die erteilte Deckungszusage nicht gestützt werden. Der Rechtsanwalt hat die Pflicht, keine kostenauslösenden rechtlichen Schritte zu ergreifen, die nicht geeignet sind, den Rechten des Mandanten zur Durchsetzung zu verhelfen. Den Mandanten trifft nicht die Pflicht, die Tätigkeit seines Rechtsanwalts zu überprüfen. Die **Rechtsschutzversicherung wird daher nicht als Erfüllungsgehilfe des Versicherungsnehmers in dessen Pflichtenkreis aus dem mit dem Anwalt geschlossenen Vertrag tätig.** Die Deckungszusage gibt dem Anwalt nicht das Recht, bei der Prüfung, ob das Auslösen von Verfahrenskosten zur Erreichung des vom Mandanten angestrebten Rechtsschutzziels geeignet und angemessen ist, beim Versicherungsnehmer einen geringeren Sorgfaltsmaßstab anzulegen als bei einem Mandanten ohne Rechtsschutz. Bei anderer Betrachtungsweise wäre die Rechtsschutzversicherung im Ergebnis eine Schadenversicherung auch zugunsten des Rechtsanwalts, der in der Konsequenz von seinen Sorgfaltspflichten im Rahmen des Anwaltsvertrages befreit wäre. Dies ließe sich mit dem Zweck der Rechtsschutzversicherung, den Schaden des Versicherungsnehmers in Form der Rechtsverfolgungskosten zu übernehmen, ebenso wenig vereinbaren wie mit dem Be-

rufsbild des für die Rechtsberatung seines Mandanten verantwortlichen Rechtsanwaltes. **Das Risiko, wegen einer anwaltlichen Pflichtwidrigkeit zur Rechenschaft gezogen zu werden, kann der Anwalt daher nicht mit Hinweis auf eine zuvor erteilte Deckungszusage auf den Rechtsschutzversicherer seines Mandanten abwälzen** (zum Ganzen OLG Köln, Urteil vom 03.03.2020 - 9 U 77/19, ZfSch 2020, 576-579 -, juris Rn. 45 m.w.N.; vgl. auch OLG Köln, Urteil vom 23.05.2019 - 24 U 124/18 -, juris Rn. 49 f. m.w.N).

[20] cc. Die Geltendmachung der Schadensersatzansprüche durch die Klägerin aus übergegangenem Recht verstößt mit Blick auf die erteilte Deckungszusage auch nicht gegen **Treu und Glauben (§ 242 BGB)**. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Rechtsverfolgung der Klägerin insbesondere nicht deshalb ausgeschlossen, weil das Schadensabwicklungsunternehmen der Klägerin die Deckungsanfragen der Beklagten geprüft hat und die zur Begründung der Schadensersatzansprüche geltend gemachte Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung selbst hätte erkennen können (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 - IX ZR 165/19, juris Rn. 22 f.). Die Klägerin ist aus dem Versicherungsverhältnis gegenüber den Versicherungsnehmern berechtigt und verpflichtet. Gegenüber den Beklagten treffen sie keine Pflichten. Auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ist die Klägerin daher nicht gehalten, die Prüfung des bedingungsgemäßen Versicherungsfalls zur Vermeidung einer Haftung des Rechtsanwalts einzusetzen. Es obliegt allein dem Rechtsanwalt, seine Tätigkeit so auszurichten, dass der Mandant nicht geschädigt wird. Der gesetzliche Forderungsübergang nach § 86 VVG ändert daran nichts (zum Ganzen BGH, Urteil vom 16.09.2021 - IX ZR 165/19 -, juris Rn. 22 f.).

[21-23] *(...)*

Rechtsanwaltshaftung

- Fremdgelder
- Strafrechtliche Verurteilung
- Einziehung des Werts des Tatertrags
- Zivilrechtsweg

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.10.2022 – I-24 U 91/21)

Leitsatz

Wird ein Rechtsanwalt wegen rechtswidrig einbehaltener Fremdgelder eines Mandanten strafrechtlich verurteilt und u.a. die Einziehung des Wertes des Tatertrages angeordnet, ist der Mandant nicht gehindert, seine Zahlungsansprüche auch zivilrechtlich zu verfolgen.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Rückzahlung vereinnahmter Fremdgelder und überzahlten Honorars aus einem Verkehrsunfallprozess in Anspruch. Die Rechtsanwaltspartnerschaft, der auch der Beklagte angehörte und welche zwischenzeitlich im Partnerschaftsregister gelöscht wurde, vereinnahmte von der gegnerischen Versicherung Zahlungen für Schadensersatz, Sachverständigenkosten und außergerichtliche Kosten. Eine Information an die Klägerin über den Zahlungseingang durch die Rechtsanwaltspartnerschaft oder den Beklagten als Sachbearbeiter bzw. eine Abrechnung hierüber erfolgte nicht. Von der Zahlung der Versicherung erfuhr die Klägerin durch einen gegnerischen Schriftsatz vom 13. März 2017. Nachdem der Beklagte trotz mehrfacher Aufforderungen keine Zahlungen leistete, nahm die Klägerin ihn mit einer im Mai 2020 erhobenen Klage auf Zahlung von insgesamt EUR 12.936,93 sowie auf Erstattung vorgerichtlicher Kosten in Anspruch.

[2] Am 23. April 2020 hatte die Klägerin bei der Staatsanwaltschaft Düsseldorf eine Strafanzeige gegen den Beklagten erstattet. Aufgrund dessen wurde vom Amtsgericht Neuss am 8. Dezember 2020 ein Strafbefehl erlassen, in dem gegen den Beklagten eine Geldstrafe von 270 Tagessätzen zu je EUR 100,00 festgesetzt und die Einziehung des Wertes des Tatertrages iHv EUR 10.312,52 angeordnet wurde. Dagegen legte der Beklagte einen auf die Rechtsfolgenseite beschränkten Einspruch ein, welcher zu einer Reduzierung der Geldstrafe, jedoch zur Beibehaltung der Einziehung der Taterträge für die Opferentschädigung führte.

[3] Der Beklagte hat sich auf die Einrede der Verjährung berufen.

[4] Mit seinem am 12. Mai 2021 verkündeten Urteil hat das Landgericht der Klage unter Abweisung im Übrigen iHv EUR

12.191,93 stattgegeben und den Beklagten darüber hinaus zur Zahlung vorgerichtlicher Kosten iHv EUR 805,20 verurteilt.

[5] Mit seiner zulässig eingelegten Berufung wendet sich der Beklagte gegen die - im Urteil nicht erläuterte - Annahme des Landgerichts, die Klägerin verfüge über ein Rechtsschutzbedürfnis für ihre Klage. Er meint, die Klägerin könne durch die von der Staatsanwaltschaft betriebene Vollstreckung, welche auch die Einziehung des Wertes des Tatertrages umfasse, ihre Forderung befriedigen, weshalb für ihn die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme bestünde. Er zahle monatlich an die Staatsanwaltschaft EUR 500,00. Des Weiteren meint der Beklagte, mit Ablauf des Jahres 2019 sei Verjährung eingetreten.

[6] Der Beklagte beantragt,

[7] das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

[8] Die Klägerin beantragt,

[9] die Berufung zurückzuweisen.

[10] Sie tritt dem Vorbringen des Beklagten entgegen und trägt vor, sie habe bislang kein Geld erhalten. Eine doppelte Inanspruchnahme des Beklagten werde, worauf auch das Landgericht verwiesen hatte, durch die Regelung des § 459g Abs. 4 StPO verhindert.

[11] Wegen aller Einzelheiten des Sach- und Streitstand wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf den gesamten Inhalt der Gerichtsakte Bezug genommen.

Aus den Gründen:

[12] Die Berufung des Beklagten hat nach einstimmiger Auffassung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Die Sache hat keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung; auch erfordert weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch Urteil des Berufungsgerichts. Schließlich ist nach den Umständen des Falls auch sonst keine mündliche Verhandlung geboten (§ 522 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 ZPO).

[13] Die Berufung kann gemäß §§ 513 Abs. 1, 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht oder nach § 529 ZPO zu Grunde zulegende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Solche Umstände zeigt die Berufungsbegründung nicht in verfahrensrechtlich erheblicher Weise auf. Vielmehr hat das Landgericht der Klage zu Recht im angefochtenen Umfang stattgegeben.

1.

[14] Mit der Berufung greift der Beklagte die Feststellungen des Landgerichts und die darauf basierenden Rechtsausführungen zu seiner grundsätzlichen Verpflichtung zur Rückzahlung der ausgeurteilten Beträge ebenso wie deren Höhe nicht an. Bereits in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 21. April 2021 hatte er erklärt, sich bei dem Geschäftsführer der Klägerin entschuldigt zu haben und nur deshalb kein Anerkenntnis abgeben zu wollen, weil er eine doppelte Inanspruchnahme befürchte (GA 116).

[15] Mit Blick auf § 529 ZPO und die Bindung des Berufungsgerichts an die vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen wäre zu einer fehlerhaften Tatsachengrundlage auszuführen gewesen (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Mai 2003 - XII ZR 165/02, Rn. 8 mwN). Entsprechendes gilt, soweit das Landgericht die Höhe der Forderung berechnet hat. Auch hierzu hat der Beklagte in der Berufungsbegründung keine Einwendungen erhoben. Der Senat ist deshalb nicht gehalten, zu den nicht angegriffenen landgerichtlichen Feststellungen ergänzend auszuführen.

2.

[16] Der Beklagte rügt, das Landgericht habe das Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses der Klägerin verkannt und sei unzutreffend davon ausgegangen, eine Anspruchsverjährung sei nicht eingetreten. Mit beiden Angriffen vermag der Beklagte indes nicht durchzudringen.

a.

[17] Die Klägerin hat ein **Rechtsschutzbedürfnis** für ihre Klage. Ein solches ergibt sich bei einer - wie hier erhobenen - Leistungsklage bereits aus der Nichterfüllung des materiellen Anspruchs. Erfüllt der Schuldner nicht freiwillig, ist der Gläubiger auf eine gerichtliche Entscheidung angewiesen, um den Anspruch notfalls im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen zu können (vgl. st. Rspr. BGH, Urteil vom 23. März 2022 - VIII ZR 133/20, Rn. 17 mit zahlreichen Nachweisen).

[18] **Ein schnelleres und billigeres Mittel des Rechtsschutzes lässt das berechtigte Interesse für eine Klage nur entfallen, sofern es wenigstens vergleichbar sicher oder wirkungsvoll alle erforderlichen Rechtsschutzziele herbeiführen kann** (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juli 2009 - IX ZR 29/09, Rn. 6; BeckOK/ZPO/Bacher, Stand: 1. Juli 2022, § 253 Rn. 29 mwN). Hiervon kann vorliegend im Hinblick auf die **Einziehungsanordnung des Strafgerichts** nicht ausgegangen werden. Die Klägerin erhält mit der vom Strafgericht angeordneten Einziehung der Taterträge **keinen Titel, aus dem sie selbst vollstrecken kann**. Die Vollstreckungsbefugnis hieraus liegt vielmehr

allein bei den Strafvollstreckungsbehörden. Zudem hat die Klägerin bislang unstreitig kein Geld erhalten, was darauf schließen lässt, dass die Zahlungen des Beklagten zunächst auf die verhängte Geldstrafe angerechnet werden. Es wäre für sie mit einem erheblichen Zeitverlust verbunden (und dies ohne Verzinsung), wenn sie zunächst das mit monatlichen Raten von EUR 500,00 verbundene Abbezahlen der Geldstrafe iHv EUR 17.550,00 (diese Höhe geht aus der Rechnung der Staatsanwaltschaft vom 18. Juni 2021, GA 182, hervor) abwarten müsste.

[19] Das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin folgt auch daraus, dass ein solches in einer derartigen Konstellation durch die einschlägigen Regelungen in der Strafprozessordnung gesetzlich verankert ist. **Die Möglichkeit, im Strafvollstreckungsverfahren eine Opferentschädigung zu erlangen, hindert den Geschädigten grundsätzlich nicht, Ersatzansprüche unmittelbar im zivilrechtlichen Weg gegen den Einziehungsadressaten** (hier der Beklagte) **geltend zu machen** (vgl. BeckOK/StPO/Coen, § 459l Einleitung; siehe auch BT-Drucks. 18/9525, S. 52). Es ergibt sich im Übrigen auch aus den **Regelungen in §§ 459j Abs. 5 und 459k Abs. 5 StPO.** Dort ist angeordnet, dass der Geschädigte als "Anspruchsinhaber" einen Anspruch auf Rückübertragung oder Herausgabe bzw. auf Auskehrung des Verwertungserlöses geltend machen kann, indem er ein vollstreckbares Endurteil iS § 704 ZPO oder einen anderen dort genannten Vollstreckungstitel vorlegt. Der von der Einziehung Betroffene (hier der Beklagte) wiederum kann gem. § 459l Abs. 1 StPO u.a. ein vollstreckbares Endurteil i.S. § 704 ZPO vorlegen, aus dem sich ergibt, dass der Anspruch auf Rückgewähr des Erlangten aus der Tat erwachsen ist. In diesem Fall kann er verlangen, dass der eingezogene Gegenstand an den Anspruchsinhaber zurückübertragen oder herausgegeben wird. **Derartige Regelungen setzen gerade voraus, dass trotz einer Einziehung ein zivilrechtliches Verfahren vom Geschädigten betrieben wurde und er daraus einen Titel erlangt hat.**

[20] Werden die Ansprüche des Geschädigten befriedigt, erlischt sein Anspruch. Das Gericht hat in diesem Fall nach § 459g Abs. 4 StPO den Ausschluss der Vollstreckung anzuordnen (BeckOK/StPO/Coen, § 459l Rn. 11). Wie auch § 73e Abs. 1 StGB verfolgt die Regelung des § 459g Abs. 4 StPO das Ziel, den Einziehungsadressaten (hier der Beklagte) vor einer doppelten Inanspruchnahme zu schützen (vgl. MünchKomm/StPO/Nestler, 1. Aufl. 2019, § 459g Rn. 23). Denn die Vollstreckung der Einziehung oder Wertersatzeinziehung ist nicht mehr gerechtfertigt, soweit der Geschädigte nach ihrer Anordnung befriedigt wird (vgl. BT-Drucks. 18/9525, S. 54; siehe auch LG Hamburg, Beschluss vom 4. Dezember 2021 - 601 Qs 41/21, Rn. 9). Im **Gesetzesentwurf** wird hierzu folgendes ausgeführt:

[21] *"Wird der Anspruch des Verletzten bis zur tatrichterlichen Entscheidung erfüllt, ist die Einziehung des Tatertrages oder des Wertersatzes ausgeschlossen (§ 73e StGB-E). Geschieht dies nach der Rechtskraft der Entscheidung, hindert dies die Vollstreckung (§ 459g Absatz 3 StPO-E). Eine zusätzliche Inanspruchnahme des Tatbeteiligten oder Drittbegünstigten durch den Staat droht damit nicht."*

[22] Eine zivilrechtliche Inanspruchnahme des Beklagten durch die geschädigte Klägerin ist somit ohne Weiteres möglich, weshalb ihr Rechtsschutzbedürfnis für die Klage gegeben ist.

b.

[23] Der Anspruch der Klägerin ist nicht verjährt, auch hiervon ist das Landgericht zutreffend ausgegangen. Der Beklagte konzediert in der Berufungsbegründung vom 12. August 2021 eine Kenntniserlangung der Klägerin von der Zahlung der Versicherung durch den Schriftsatz der Gegenseite vom 13. März 2017 (GA 177-180). Somit begann die dreijährige, der Vorschrift des § 195 BGB unterfallende Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres 2017 (§ 199 Abs. 1 BGB) und endete mit Ablauf des Jahres 2020. Die im Mai 2020 erfolgte Klageerhebung war somit rechtzeitig und hat den Verjährungseintritt gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt.

III.

[24] Der Senat weist darauf hin, dass die Rücknahme der Berufung vor Erlass einer Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO gemäß GKG KV 1222 S. 1 und 2 kostenrechtlich privilegiert ist; statt vier fallen nur zwei Gerichtsgebühren an (OLG Brandenburg, Beschluss vom 18. Juni 2009 - 6 W 88/09; Senat, Beschluss vom 6. März 2013 - I-24 U 204/12, Rn. 19 mwN; KG, Beschluss vom 21. April 2016 - 6 U 141/15, Rn. 18; siehe auch Zöller/Heßler, ZPO, 34. Auflage, § 522 Rn. 45 mwN).

IV.

[25] Das angefochtene Urteil bedarf der Berichtigung gem. § 319 Abs. 1 ZPO, denn den Entscheidungsgründen (S. 9, GA 131) ist zu entnehmen, dass das Landgericht lediglich Zinsen iHv 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ausurteilen wollte.

Wiedereinsetzung

- Berufungsbegründung
- Outsourcing der Fertigung des Schriftsatzes
- Fristenkontrolle

(OLG Zweibrücken, Beschl. v. 17.10.2022 – 4 U 92/22)

Leitsatz (der Redaktion)
Hat der mit der Prozessvertretung mandatierte Rechtsanwalt, den Auftrag zur Fertigung (eines Entwurfs) der Berufungsbegründung im Rahmen einer Kooperation an einen anderen Rechtsanwalt aus einer anderen Kanzlei erteilt, entpflichtet ein solches Outsourcing der Rechtsmittelbegründung den mit der Prozessvertretung mandatierten Rechtsanwalt nicht.

Zum Sachverhalt:
[1] Die Parteien streiten um Ansprüche aus Urheberrechtsverletzung, deren sich die Klägerin gegenüber dem Beklagten berühmt.

[2] Die Klägerin begehrt Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Begründung der von ihr eingelegten Berufung gegen das klageabweisende Urteil erster Instanz.

[3] Durch das der Klägerin am 07.07.2022 zugestellte Urteil vom 06.07.2022 – 6 O 91/19 hat das Landgericht Frankenthal (Pfalz) die unter anderem auf Schadensersatz nach behaupteter Urheberrechtsverletzung gerichtete Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil, auf dessen tatsächliche Feststellungen und Entscheidungsgründe Bezug genommen wird, hat die Klägerin am 11.07.2022 Berufung eingelegt. Durch Verfügung des stellvertretenden Senatsvorsitzenden vom 09.09.2022 ist die Klägerin auf das Verstreichen der Frist zur Berufungsbegründung hingewiesen worden. Mit am 22.09.2022 eingegangenem Schriftsatz hat die Klägerin Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der anwaltlich versicherten Begründung beantragt, die Nichteinhaltung der Berufungsbegründungsfrist sei krankheitsbedingt unverschuldet; wegen des Vorbringens dazu im Einzelnen wird auf den Wiedereinsetzungsantrag nebst Anlagen verwiesen.

[4] Mit am selben Tag eingegangenen Schriftsatz vom 07.10.2022 hat die Klägerin ihre Berufung begründet.

[5] Die Klägerin beantragt,

[6] den Beklagten zu verurteilen,

[7] a) an die Klägerin einen Betrag von EUR 984,60 nebst jährlicher Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 25.03.2014 zu zahlen;

[8] b) an die Klägerin einen weiteren Betrag von EUR 4.599,00 nebst jährlicher Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 25.03.2014 zu zahlen.

[9] Der Beklagte wendet sich gegen das Wiedereinsetzungsgesuch der Klägerin.

[10] Auf die in beiden Rechtszügen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen wird wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Einzelnen Bezug genommen.

Aus den Gründen:
[11] Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist zulässig (§ 234 ZPO); in der Sache führt er jedoch nicht zum Erfolg.

[12] Die Prozessbevollmächtigten (in eigener Diktion: Hauptbevollmächtigten) der Klägerin haben die Frist zur Berufungsbegründung schuldhaft versäumt, was sich die Klägerin nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen muss. Ob für die Versäumung der Frist daneben auch ein Verschulden des von den Prozessbevollmächtigten mit der Fertigung des Entwurfs einer Berufungsbegründung (unter-) beauftragten und vor Fristablauf erkrankten Rechtsanwalts H. mitursächlich geworden ist, kann dahingestellt bleiben.

[13] **Der im Rechtsstreit mandatierte Rechtsanwalt muss dafür Sorge tragen, dass ein fristgebundener Schriftsatz nicht nur rechtzeitig hergestellt wird, sondern auch fristgerecht bei dem zuständigen Gericht eingeht.** Zu diesem Zweck muss der Prozessbevollmächtigte nicht nur sicherstellen, dass ihm die Akten von Verfahren, in denen Rechtsmitteleinlegungs- und Rechtsmittelbegründungsfristen laufen, rechtzeitig zur Bearbeitung vorgelegt werden, sondern auch **durch organisatorische Maßnahmen zuverlässig gewährleisten, dass fristwahrende Schriftsätze auch tatsächlich rechtzeitig hinausgehen.**

[14] **Daran ändert sich nichts, wenn der mit der Prozessvertretung mandatierte Rechtsanwalt, wie nach dem Vorbringen der Klägerin im Streitfall geschehen, den Auftrag zur Fertigung (eines Entwurfs) der Berufungsbegründung im Rahmen einer Kooperation an einen anderen Rechtsanwalt aus einer anderen Kanzlei (in der Diktion der Klägerin: Unterbevollmächtigten) erteilt.** Denn ein solches „Outsourcing" der Rechtsmittelbegründung entpflichtet den „hauptbevollmächtigten" und als solcher für die Einhaltung von Fristen weiterhin in erster Linie selbst verantwortlichen Rechtsanwalt nicht davon, **vor Fristablauf rechtzeitig und eigenverantwortlich zu prüfen, ob von dem „Unterbevollmächtigten" überhaupt ein Entwurf der Rechtsmittelbegründung übermittelt worden ist und, bejahendenfalls, ob er diesen Ent-**

wurf als Prozessbevollmächtigter inhaltlich selbst (unverändert) verantworten, mit seiner eigenen Unterschrift/Signatur versehen und dann als Berufungsbegründung fristwahrend bei Gericht einreichen will. Hierzu bedarf es der **Organisation einer Fristenkontrolle** bei dem „Hauptbevollmächtigten", welche diesen überhaupt in die Lage versetzt, den Fristenlauf weiter selbst im Blick zu halten und welche sicherstellt, dass der Prozessbevollmächtigte der ihn weiterhin im Außenverhältnis (gegenüber dem eigenen Mandanten und dem Prozessgericht) treffenden Pflicht zur Fristwahrung zuverlässig genügen kann.

[15] Vorliegend ist nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin davon auszugehen, dass ihre Prozessbevollmächtigten die sie treffenden vorstehend dargestellten anwaltlichen Pflichten zur Wahrung der Berufungsbegründungsfrist schuldhaft verletzt haben.

[16] Denn nach der Darstellung in dem Wiedereinsetzungsantrag hat in der Kanzlei der Prozessbevollmächtigten der Klägerin nach der Erteilung des Auftrags zur Vorbereitung einer Berufungsbegründung durch den Rechtsanwalt H. überhaupt keine Fristenkontrolle in Bezug auf die zu wahrende Berufungsbegründungsfrist mehr stattgefunden, weil sich die „Hauptbevollmächtigten" insoweit - zu Unrecht - nicht in der Pflicht sahen ("Der Unterzeichner bzw. die Hauptbevollmächtigten hatten weder Anlass noch Möglichkeit die Fristversäumnis des Kollegen H. zu erkennen oder zu verhindern").

[17] Mindestens geboten gewesen wäre jedoch die Organisation einer Fristenkontrolle, welche gewährleistet hätte, dass dem sachbearbeitenden Rechtsanwalt aus der Kanzlei der Prozessbevollmächtigten der Klägerin die Berufungssache rechtzeitig vor Fristablauf, spätestens also vor Ende des Arbeitstages 07.09.2022, vorgelegt worden wäre. Dann wäre aufgefallen, dass von dem Auftragnehmer Rechtsanwalt H., aus welchen Gründen auch immer, bis dahin noch kein Entwurf einer Rechtsmittelbegründung geliefert worden war und die Hauptbevollmächtigten hätten auf diesen Umstand noch fristwahrend reagieren können - und sei es durch einen Antrag gegenüber dem Senat auf (erstmalige) Verlängerung der Rechtsmittelbegründungsfrist, mit dessen Stattgabe ohne weiteres zu rechnen war.

[18-19] *(...)*

Wiedereinsetzung

- Eingangsbestätigung
- Ausgangskontrolle

(BGH, Beschl. v. 6.9.2023 – IV ZB 4/23)

Leitsatz

Zu den organisatorischen Anforderungen an die Kontrolle einer Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO.

Zum Sachverhalt:

[1] I. Die Klägerin erstrebt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Frist zur Berufungsbegründung.

[2] Sie hat gegen das ihrem Prozessbevollmächtigten am 16. September 2022 zugestellte Urteil des Landgerichts, mit dem ihre Klage abgewiesen wurde, fristgerecht Berufung eingelegt. Nachdem die Berufung nicht innerhalb der Frist des § 520 Abs. 2 Satz 1 ZPO begründet worden war, hat das Berufungsgericht die Klägerin mit Schreiben vom 22. November 2022 auf diesen Umstand sowie die beabsichtigte Verwerfung der Berufung als unzulässig hingewiesen.

[3] Die Klägerin hat daraufhin mit Schriftsatz vom 28. November 2022 unter Beifügung einer auf den 16. November 2022 datierten Berufungsbegründung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beantragt und ausgeführt, ihr Prozessbevollmächtigter habe die Berufungsbegründung rechtzeitig am 16. November 2022 gefertigt und über eine Schnittstelle der hauseigenen Kanzleisoftware in das besondere elektronische Anwaltspostfach (im Folgenden: beA) versandt. Die Kontrolle, ob das Befüllen des beA erfolgreich gewesen sei, obliege in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten der Klägerin den gesondert geschulten Büromitarbeitern. Im konkreten Fall habe der Prozessbevollmächtigte der Klägerin verfügt, dass die zuständige Büroangestellte kontrolliere, ob die Berufungsbegründung erfolgreich in das beA habe "geschoben" werden können. Ausweislich einer Fehlermeldung habe das beA den Empfänger jedenfalls zu diesem Zeitpunkt nicht finden können. Deshalb sei der Posteingang nicht befüllt worden. Die Büroangestellte habe die Fehlermeldung wegen eines eigenen Versäumnisses nicht bemerkt, die Frist aber dennoch als erledigt eingetragen und den Prozessbevollmächtigten der Klägerin, der auf die Richtigkeit der "erledigten Fristenliste" habe vertrauen dürfen, nicht auf die fehlerhafte Schnittstellenübermittlung hingewiesen.

[4] Auf einen weiteren Hinweis des Gerichts hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 6. Dezember 2022 ergänzend ausgeführt, in der Kanzlei ihres Prozessbevollmächtigten bestehe im Zu-

sammenhang mit der Übermittlung fristgebundener Schriftsätze auch die Anweisung, am Ende eines jeden Arbeitstages die Fristenliste mit den erfolgreichen "beA-Versandprotokollen" abzugleichen und eine endgültige Erledigung nur zu notieren, wenn das "Versandprotokoll" auf Existenz und Inhalt geprüft worden sei. Tagesfristen dürften erst nach einem zweifachen "Erledigungsvermerk" (erstens: beA befüllt, zweitens: "Versandprotokoll" liegt abgeglichen mit der Fristenliste vor) endgültig auf "erledigt" gestellt werden. Nachdem der Prozessbevollmächtigte der Klägerin im konkreten Fall die zuständige Büroangestellte angewiesen habe, die "Versandprotokolle" mit der Fristenliste abzugleichen, habe diese objektiv wahrheitswidrig mitgeteilt, dass alle Fristen erledigt seien.

[5] Das Kammergericht hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung der Klägerin als unzulässig verworfen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen:

[6] II. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 238 Abs. 2 Satz 1, § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist im Übrigen nicht zulässig, weil die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO, die auch bei einer Rechtsbeschwerde gegen einen die Berufung als unzulässig verwerfenden Beschluss gewahrt sein müssen (Senatsbeschluss vom 25. Januar 2023 - IV ZB 7/22, VersR 2023, 739 Rn. 6 m.w.N.), nicht vorliegen. Insbesondere die von der Rechtsbeschwerde allein geltend gemachte Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) erfordert keine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts. Der angefochtene Beschluss verletzt die Klägerin nicht in ihren Verfahrensgrundrechten auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip) und rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG).

[7] 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, den Prozessbevollmächtigten der Klägerin treffe ein dieser nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechenbares Eigenverschulden. Der Rechtsanwalt müsse durch allgemeine Anweisungen - und gegebenenfalls auch durch eigene, stichprobenartige Kontrollen - Vorkehrungen gegen die versehentliche Streichung von Fristen treffen; dies sei in der vom Klägervertreter vorgetragenen Büroorganisation nicht hinreichend der Fall gewesen. Es sei unerlässlich, den Versandvorgang zu überprüfen, wozu insbesondere die Kontrolle gehöre, ob die Bestätigung des Eingangs des elektronischen Dokuments bei Gericht nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO erteilt worden sei. Es falle deshalb in den Verantwortungsbereich des Rechtsanwalts, das in seiner Kanzlei für die Versendung fristwahrender Schriftsätze über das beA zuständige Personal dahingehend anzuweisen, Erhalt und Inhalt der automatisierten Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO nach Abschluss des Übermittlungsvorgangs stets zu kontrollieren.

[8] Die von der Klägerin vorgetragene Organisation genüge diesen Anforderungen nicht. Zwar habe die Klägerin geltend gemacht, der Klägervertreter habe durch einen zweifachen Kontrollmechanismus Vorkehrungen geschaffen, um nicht nur das Befüllen des beA-Faches, sondern auch die beA-Eingangsbestätigung zu überprüfen, und damit hinreichende Anweisungen zur Fristenkontrolle durch die Kanzleimitarbeiterin getroffen. Damit sei aber lediglich dargelegt, welche organisatorischen Voraussetzungen üblicherweise für die Eintragung der Fristen als erledigt bestünden. Es sei gerade nicht dargelegt, welcher Kontrollmechanismus verhindere, dass eine versehentlich als erledigt eingetragene Frist tatsächlich noch offen stehe, weil - wie hier - etwa eine Fehlermeldung der Kanzleisoftware bei der Übermittlung in das beA übersehen worden sei oder - wie hier zusätzlich - eine Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO fehle und daher keine Sicherheit darüber bestehe, dass der Sendevorgang an das Gericht erfolgreich gewesen sei. Schließlich habe die Klägerin nicht vorgetragen, in welchem Maße der Klägervertreter stichprobenartig kontrolliere, ob die Büroangestellte, wie vorliegend, offenbar ohne jeden entsprechenden Beleg gleichsam ins Blaue hinein die Erledigung aller Fristen objektiv wahrheitswidrig behaupte. Im konkreten Fall habe das frühzeitige fälschliche Eintragen der Rechtsmittelfrist als "erledigt" gerade dazu geführt, dass eine weitere Kontrolle - die zweifache Kontrolle sowohl der Übermittlungsbestätigung als auch der Eingangsbestätigung - ausgeblieben sei und dieses zweifache Warnanzeichen weder von der Büroangestellten noch von dem Prozessbevollmächtigten selbst bemerkt worden sei. Um derartige Fehler zu vermeiden, werde allgemein verlangt, dass der Rechtsanwalt auch die Kontrolle ausgehender Schriftsätze organisieren und eine Weisung dahingehend erteilen müsse, dass die Erledigung fristgebundener Sachen am Abend eines jeden Arbeitstages durch eine dazu beauftragte Bürokraft ausgehend von den Eintragungen im Fristenkalender nochmals selbständig überprüft werde. Daran fehle es hier jedoch, ebenso wie an entsprechenden stichprobenartigen Kontrollen durch den Rechtsanwalt selbst. Die Fristversäumung beruhe gerade auch auf diesem Organisationsmangel.

[9] 2. Die Versagung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand durch das Berufungsgericht erfordert keine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung.

[10] a) Das Verfahrensgrundrecht der Klägerin auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes ist nicht verletzt. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde stellt das Berufungsgericht an die Sorgfaltspflichten von Prozessbevollmächtigten keine

Anforderungen, die den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Mai 2022 - XI ZB 18/21, NJW-RR 2022, 1069 Rn. 8 m.w.N.).

[11] aa) Hat eine Partei die Berufungsbegründungsfrist versäumt, ist ihr nach § 233 Satz 1 ZPO auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn sie ohne ihr Verschulden an der Einhaltung der Frist verhindert war. Das Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten wird der Partei zugerechnet (§ 85 Abs. 2 ZPO), das Verschulden sonstiger Dritter hingegen nicht. Fehler des Büropersonals hindern eine Wiedereinsetzung deshalb nicht, solange den Prozessbevollmächtigten kein eigenes Verschulden etwa in Form eines Organisations- oder Aufsichtsverschuldens trifft (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Januar 2023 - I ZB 42/22, NJW 2023, 1969 Rn. 13 m.w.N.). Die Partei hat einen Verfahrensablauf vorzutragen und glaubhaft zu machen (§ 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO), der ein Verschulden an der Nichteinhaltung der Frist zweifelsfrei ausschließt; verbleibt die Möglichkeit, dass die Einhaltung der Frist durch ein Verschulden des Prozessbevollmächtigten der Partei versäumt worden ist, ist der Antrag auf Wiedereinsetzung unbegründet (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Januar 2023 aaO m.w.N.).

[12] bb) So liegt es hier. Nach den zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags vorgetragenen Umständen ist nicht ausgeschlossen, dass das Fristversäumnis auf einem **Verschulden des Prozessbevollmächtigten** der Klägerin beruht. Die Klägerin hat nicht dargelegt, dass ihr Prozessbevollmächtigter in seiner Kanzlei über eine **ordnungsgemäße Ausgangskontrolle** verfügt.

[13] (1) Ein Rechtsanwalt hat nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs durch organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig gefertigt wird und innerhalb laufender Frist beim zuständigen Gericht eingeht. Hierzu hat er grundsätzlich sein Möglichstes zu tun, um Fehlerquellen bei der Be-handlung von Rechtsmittelfristen auszuschließen (Senatsbeschlüsse vom 11. Januar 2023 - IV ZB 23/21, NJW-RR 2023, 425 Rn. 14; vom 23. Februar 2022 - IV ZB 1/21, juris Rn. 9; vom 16. Dezember 2015 - IV ZB 23/15, juris Rn. 9; BGH, Beschlüsse vom 21. März 2023 - VIII ZB 80/22, NJW 2023, 1668 Rn. 18; vom 26. Januar 2023 - I ZB 42/22, NJW 2023, 1969 Rn. 15; vom 17. März 2020 - VI ZB 99/19, NJW 2020, 1809 Rn. 8; jeweils m.w.N.). **Die anwaltlichen Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Übermittlung von fristgebundenen Schriftsätzen im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs über das beA entsprechen denen bei Übersendung von Schriftsätzen per Telefax** (Senatsbeschlüsse vom 11. Januar 2023 aaO; vom 30. November 2022 - IV ZB 17/22, VersR 2023, 200 Rn. 10). Unerlässlich ist die Überprüfung des Versandvorgangs. **Dies erfordert die Kontrolle, ob die Bestätigung des Eingangs des elektronischen Dokuments bei Gericht nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO erteilt worden ist** (Senatsbeschluss vom 11. Januar 2023 aaO m.w.N.; BGH, Beschluss vom 21. März 2023 - VIII ZB 80/22, NJW 2023, 1668 Rn. 20). Diese Eingangsbestätigung soll dem Absender unmittelbar und ohne weiteres Eingreifen eines Justizbediensteten Gewissheit darüber verschaffen, ob die Übermittlung an das Gericht erfolgreich war oder ob weitere Bemühungen zur erfolgreichen Übermittlung des elektronischen Dokuments erforderlich sind (vgl. BT-Drucks. 17/12634 S. 26). Hat der Rechtsanwalt eine Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO erhalten, besteht Sicherheit darüber, dass der Sendevorgang erfolgreich war (BGH, Beschlüsse vom 18. April 2023 - VI ZB 36/22, NJW 2023, 2433 Rn. 14; vom 20. September 2022 - XI ZB 14/22, NJW 2022, 3715 Rn. 7 m.w.N.). Bleibt sie dagegen aus, muss dies den Rechtsanwalt zur Überprüfung und gegebenenfalls erneuten Übermittlung veranlassen (BGH, Beschluss vom 20. September 2022 aaO m.w.N.).

[14] Der Rechtsanwalt darf hierbei nicht von einer erfolgreichen Übermittlung eines Schriftsatzes per beA an das Gericht ausgehen, wenn in der Eingangsbestätigung im Abschnitt "**Zusammenfassung Prüfprotokoll**" nicht als Meldetext "**request executed**" und unter dem Unterpunkt "**Übermittlungsstatus**" nicht die Meldung "**erfolgreich**" angezeigt wird (BGH, Beschluss vom 18. April 2023 - VI ZB 36/22, NJW 2023, 2433 Rn. 14 m.w.N.). Es fällt deshalb in den Verantwortungsbereich des Rechtsanwalts, das in seiner Kanzlei für die Versendung fristwahrender Schriftsätze über das beA zuständige Personal dahingehend anzuweisen, Erhalt und Inhalt der Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO nach Abschluss des Übermittlungsvorgangs stets zu kontrollieren (Senatsbeschluss vom 11. Januar 2023 - IV ZB 23/21, NJW-RR 2023, 425 Rn. 14; BGH, Beschluss vom 24. Mai 2022 - XI ZB 18/21, NJW-RR 2022, 1069 Rn. 12).

[15] (2) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat die Klägerin bereits nicht schlüssig dargelegt, dass in der Kanzlei ihres Prozessbevollmächtigten durch organisatorische Maßnahmen eine nach Maßgabe der dargelegten Grundsätze wirksame Ausgangskontrolle auch für den Fall sichergestellt war, dass ein Schriftsatz fristwahrend aus dem beA übersandt werden sollte.

[16] (a) Den Ausführungen der Klägerin lässt sich schon nicht entnehmen, dass in der Kanzlei ihres Prozessbevollmächtigten eine Anweisung bestand, wonach die Frist zur Berufungsbegründung im Fristenkalender erst nach Überprüfung der erfolgreichen Übermittlung der Berufungsbegründungsschrift an das Gericht unter Berücksichtigung der Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO gestrichen werden darf. Sie hat

im Schriftsatz vom 6. Dezember 2022 lediglich allgemein behauptet, in der Kanzlei ihres Prozessbevollmächtigten bestehe im Zusammenhang mit der Übermittlung fristgebundener Schriftsätze auch die Anweisung, am Ende eines jeden Arbeitstages die Fristenliste mit den erfolgreichen "beA-Versandprotokollen" abzugleichen und eine endgültige Erledigung nur zu notieren, wenn das "Versandprotokoll" auf Existenz und Inhalt geprüft worden sei. **Es lässt sich insoweit bereits nicht feststellen, ob sich die behauptete Anweisung einer Überprüfung des "Versandprotokolls" auf die Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO oder das Übermittlungsprotokoll** (dazu BGH, Beschlüsse vom 29. September 2021 - VII ZR 94/21, NJW 2021, 3471 Rn. 13; vom 11. Mai 2021 - VIII ZB 9/20, NJW 2021, 2201 Rn. 51) **bezog**. Eine **genaue Anweisung** durch den Rechtsanwalt ist insbesondere erforderlich, um **Verwechslungen der Eingangsbestätigung** gemäß § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO mit dem Übermittlungsprotokoll zu vermeiden, dessen Vorliegen für die Ausgangskontrolle nicht genügt (Senatsbeschluss vom 11. Januar 2023 - IV ZB 23/21, NJW-RR 2023, 425 Rn. 17). Schon an der Darlegung einer solchermaßen eindeutigen Anweisung fehlt es.

[17] (b) Zudem fehlen einer solcherart gefassten Anordnung auch hinreichende Anweisungen dazu, wie der zuständige Mitarbeiter die Kontrolle im Einzelfall vorzunehmen hat. Insoweit genügt es nicht, dass zur Organisation der Kanzlei des klägerischen Prozessbevollmächtigten die Weisung an die den Postversand tätigenden Büromitarbeiter gehört, zu prüfen, ob die Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO vorliegt. Der Rechtsanwalt muss dem Mitarbeiter vielmehr vorgeben, an welcher Stelle innerhalb der benutzten Software die elektronische Eingangsbestätigung zu finden ist und welchen Inhalt sie haben muss (Senatsbeschluss vom 11. Januar 2023 - IV ZB 23/21, NJW-RR 2023, 425 Rn. 16; vgl. auch BAGE 167, 221 Rn. 23 zu § 46c Abs. 5 Satz 2 ArbGG; H. Müller in jurisPK-ERV § 130a ZPO Rn. 417.4 [Stand: 14. August 2023]). **Die pauschale Anweisung, das Vorliegen der Eingangsbestätigung gemäß § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO zu kontrollieren, lässt den Mitarbeiter dagegen schon darüber im Unklaren, welches im Zusammenhang mit der Übermittlung von Schriftsätzen im elektronischen Rechtsverkehr erstellte Dokument eine elektronische Eingangsbestätigung gemäß § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO ist.** Wie die Eingangsbestätigung aufgerufen und ihr Inhalt überprüft werden kann, erfordert eine intensive Schulung der mit dem Versand über das beA vertrauten Mitarbeiter. Das gilt nicht nur im Fall der Versendung über die eigene Internet-Anwendung des beA (vgl. Bacher, MDR 2021, 916, 917 f.), sondern auch dann, wenn der elektronische Rechtsverkehr - wie vorliegend in der Kanzlei der klägerischen Prozessbevollmächtigten - über die Schnittstelle eines Büroverwaltungsprogramms abgewickelt wird (Senatsbeschluss vom 11. Januar 2023 aaO Rn. 17). Dass der Prozessbevollmächtigte der Klägerin seine den Postversand tätigenden Mitarbeiter entsprechend geschult oder angewiesen hat, hat die Klägerin schon nicht vorgetragen.

[18] (3) Die Pflichtverletzung war für die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist auch ursächlich. Bei ordnungsgemäßer Organisation der Kanzlei des klägerischen Prozessbevollmächtigten wäre die fehlgeschlagene Übermittlung zeitnah erkannt worden. In diesem Fall wäre nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge bei ansonsten pflichtgemäßem Verhalten der Beteiligten (Senatsbeschluss vom 11. Januar 2023 - IV ZB 23/21, NJW-RR 2023, 425 Rn. 20; BGH, Beschlüsse vom 11. Mai 2021 - VIII ZB 9/20, NJW 2021, 2201 Rn. 54; vom 29. Oktober 2019 - VIII ZB 104/18, NJW-RR 2020, 52 Rn. 19) zu erwarten gewesen, dass der erforderliche erneute Übermittlungsversuch der Berufungsbegründung erfolgreich gewesen, die Berufung mithin fristgerecht begründet worden wäre.

[19] b) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kommt es daher nicht darauf an, ob das Berufungsgericht zu Unrecht davon ausgegangen ist, die Klägerin habe weiter gebotene stichprobenweise Überprüfungen der entsprechenden organisatorischen Abläufe in der Kanzlei durch den Rechtsanwalt (vgl. dazu BGH, Beschlüsse vom 24. Mai 2022 - XI ZB 18/21, NJW-RR 2022, 1069 Rn. 12; vom 11. Mai 2021 - VIII ZB 9/20, NJW 2021, 2201 Rn. 24 m.w.N.) nicht hinreichend dargelegt und glaubhaft gemacht. Fehlte es nach dem Vortrag der Klägerin nämlich schon generell an der konkreten Anweisung, die Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO zu kontrollieren, kann deren Befolgung nicht durch stichprobenartige Überprüfungen sichergestellt worden sein (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Mai 2022 aaO Rn. 16). Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind insoweit jedenfalls nicht entscheidungserheblich.

Wiedereinsetzung

- Vermeidung von Fristversäumnissen
- Einwöchige Vorfrist

(BGH, Beschl. v. 24.10.2023 – VI ZB 53/22)

Leitsatz

Ein Rechtsanwalt hat durch geeignete organisatorische Vorkehrungen dafür Sorge zu tragen, dass Fristversäumnisse möglichst vermieden werden. Hierzu gehört die allgemeine Anordnung, bei Prozesshandlungen, deren Vornahme ihrer Art nach mehr als nur einen geringen Aufwand an Zeit und Mühe erfordert, wie dies regelmäßig bei Rechtsmittelbegründungen der Fall ist, außer dem Datum des Fristablaufs noch eine grundsätzlich etwa einwöchige Vorfrist zu notieren. Die Eintragung einer Vorfrist bietet eine zusätzliche Fristensicherung. Sie kann die Fristwahrung in der Regel selbst dann gewährleisten, wenn die Eintragung einer Rechtsmittelbegründungsfrist versehentlich unterblieben ist.

Zum Sachverhalt:

[1] Das Landgericht hat die Klage durch Versäumnisurteil abgewiesen und dieses nach Einspruch aufrechterhalten. Die Klägerin hat gegen das ihr am 17. Februar 2022 zugestellte Urteil fristgerecht Berufung eingelegt. Mit Schriftsatz vom 19. Mai 2022 hat die Klägerin die Berufung begründet und zugleich die Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsbegründungsfrist beantragt.

[2] Zur Begründung hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin vorgetragen, die Säumnis beruhe auf einem Versehen seiner Angestellten. Diese habe gemäß erteilter Weisung zwar die Berufungsfrist in den Fristenkalender eingetragen, allerdings aus im Nachhinein nicht mehr eruierbaren Gründen nicht auch die Berufungsbegründungsfrist, obwohl beide Fristen als "notiert" und damit als im Fristenkalender eingetragen vermerkt worden seien. Das Empfangsbekenntnis werde von ihm mit Datum versehen und unterzeichnet. Zugleich würden die Fristen notiert und die Akte zwecks Notierung der Fristen im Fristenkalender an die Angestellte übergeben. Die Fristen würden sodann von der Angestellten - nach erneuter Prüfung der Richtigkeit der notierten Frist - einzeln im Fristenkalender eingetragen und hinter dem Datum des jeweiligen Fristablaufs mit einem entsprechenden Vermerk "notiert" mit dem Kürzel der Angestellten versehen. Die Akte werde sodann wieder an ihn gegeben, um zu kontrollieren, ob der Erledigungsvermerk "notiert" aufgebracht worden sei. Im vorliegenden Fall sei der Posteingang über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) erfolgt und sei somit von ihm direkt bearbeitet worden. Nach Kenntnisnahme des erstinstanzlichen Urteils seien durch ihn die Fristen für die Berufung und die Berufungsbegründung notiert worden. Die Angestellte habe dann beide Fristen in den Fristenkalender eintragen sollen. Bei Einlegung der Berufung habe er sich noch einmal vergewissert, dass hinter beiden notierten Fristen ein Eintragungsvermerk aufgebracht worden sei. Er sei deshalb davon ausgegangen, dass auch die Berufungsbegründungsfrist ordnungsgemäß eingetragen worden sei. In der beigefügten eidesstattlichen Versicherung der Angestellten ist ausgeführt, es sei ihr nicht erklärlich, aus welchem Grunde sie nicht auch die Berufungsbegründungsfrist im Fristenkalender eingetragen habe.

[3] Das Berufungsgericht hat den Antrag auf Wiedereinsetzung zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Klägerin.

Aus den Gründen:

[4] Die statthafte (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO) Rechtsbeschwerde ist unzulässig. Eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts ist nicht zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Der angefochtene Beschluss verletzt die Klägerin nicht in ihrem Anspruch auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip).

[5] 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Fristversäumung sei dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin als Organisationsverschulden vorzuwerfen. Es sei anerkannt, dass ein Rechtsanwalt nicht nur Berufungs- und Berufungsbegründungsfrist zu notieren habe, sondern auch eine Vorfrist. Dass es im Büro des Prozessbevollmächtigten der Klägerin Anordnungen bezüglich einer solchen Vorfrist gebe, sei weder seinen Ausführungen in der Berufungsbegründung zu entnehmen, die zugleich den Wiedereinsetzungsantrag enthalte, noch der eidesstattlichen Versicherung seiner Angestellten. Dem könne auch nicht entgegengehalten werden, dass diese nicht nur die Eintragung der Begründungsfrist, sondern auch die einer Vorfrist vergessen hätte. Denn dies stehe nicht fest. Zum einen sei die Eintragung der Berufungsfrist erfolgt, zum anderen sei unklar, warum die Eintragung der Begründungsfrist nicht erfolgt sei. Dann aber sei nicht gesichert, dass auch eine Vorfrist nicht eingetragen worden wäre. Dies gehe zu Lasten der Klägerin. Wiedereinsetzung sei nur zu gewähren, wenn feststehe, dass es an einem zurechenbaren Verschulden fehle.

[6] 2. Diese Erwägungen des Berufungsgerichts sind nicht zu beanstanden.

[7] a) Hat eine Partei die Berufungsbegründungsfrist versäumt, ist ihr nach § 233 Satz 1 ZPO auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn sie ohne ihr Verschulden an der Einhaltung der Frist verhindert war. Das Verschul-

den ihres Prozessbevollmächtigten wird der Partei zugerechnet (§ 85 Abs. 2 ZPO), das Verschulden sonstiger Dritter hingegen nicht. **Fehler des Büropersonals** hindern eine Wiedereinsetzung deshalb nicht, solange den Prozessbevollmächtigten kein eigenes Verschulden etwa in Form **eines Organisations- oder Aufsichtsverschuldens** trifft. Die Partei hat einen Verfahrensablauf vorzutragen und glaubhaft zu machen (§ 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO), der ein Verschulden an der Nichteinhaltung der Frist zweifelsfrei ausschließt; verbleibt die Möglichkeit, dass die Einhaltung der Frist durch ein Verschulden des Prozessbevollmächtigten der Partei versäumt worden ist, ist der Antrag auf Wiedereinsetzung unbegründet (vgl. BGH, Beschlüsse vom 6. September 2023 - IV ZB 4/23, juris Rn. 11; vom 26. Januar 2023 - I ZB 42/22, NJW 2023, 1969 Rn. 13 mwN).

[8] b) So liegt es hier. Nach den zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags vorgetragenen Umständen ist nicht ausgeschlossen, dass das Fristversäumnis auf einem Verschulden des Prozessbevollmächtigten der Klägerin beruht. Die Klägerin hat nicht dargelegt, dass ihr Prozessbevollmächtigter die Notierung von Vorfristen angeordnet hatte.

[9] aa) Ein Rechtsanwalt darf zwar die **Berechnung und Notierung von Fristen** einer gut ausgebildeten, als zuverlässig erprobten und sorgfältig überwachten **Bürokraft** übertragen. Er hat aber durch geeignete organisatorische Vorkehrungen dafür Sorge zu tragen, dass Fristversäumnisse möglichst vermieden werden. Hierzu gehört nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung die allgemeine Anordnung, bei Prozesshandlungen, deren Vornahme ihrer Art nach mehr als nur einen geringen Aufwand an Zeit und Mühe erfordert, wie dies regelmäßig bei Rechtsmittelbegründungen der Fall ist, außer dem Datum des Fristablaufs noch eine grundsätzlich **etwa einwöchige Vorfrist zu notieren.** Die Vorfrist dient dazu sicherzustellen, dass auch für den Fall von Unregelmäßigkeiten und Zwischenfällen noch eine ausreichende Überprüfungs- und Bearbeitungszeit bis zum Ablauf der zu wahrenden Frist verbleibt. **Die Eintragung einer Vorfrist bietet eine zusätzliche Fristensicherung. Sie kann die Fristwahrung in der Regel selbst dann gewährleisten, wenn die Eintragung einer Rechtsmittelbegründungsfrist versehentlich unterblieben ist** (vgl. Senatsbeschluss vom 20. September 2022 - VI ZB 17/22, NJW-RR 2022, 1717 Rn. 7; BGH, Beschlüsse vom 21. Juni 2023 - XII ZB 418/22, juris Rn. 11; vom 6. Oktober 2020 - XI ZB 17/19, juris Rn. 9 mwN).

[10] bb) Die Klägerin hat nicht vorgetragen, dass ihr Prozessbevollmächtigter diese Vorgaben bei der Organisation seiner Kanzlei eingehalten hatte. Dies macht die Rechtsbeschwerde auch nicht geltend.

[11] c) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist nicht auszuschließen, dass bei Notierung einer Vorfrist die Berufungsbegründungsfrist gewahrt worden wäre.

[12] aa) Wiedereinsetzung kann nicht gewährt werden, wenn die Ursächlichkeit des Organisationsmangels für das Versäumen der Frist nicht ausgeräumt ist. **Hat ein Rechtsanwalt nicht alle ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen zur Wahrung einer Berufungsbegründungsfrist ergriffen, geht es zu seinen Lasten, wenn nicht festgestellt werden kann, dass die Frist auch bei Durchführung dieser Maßnahmen versäumt worden wäre** (vgl. Senatsbeschluss vom 20. September 2022 - VI ZB 17/22, NJW-RR 2022, 1717 Rn. 10; BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2020 - XI ZB 17/19, juris Rn. 12 mwN).

[13] bb) Bei auf die Vorfrist bezogen unterstellt ordnungsgemäßem Vorgehen wären die Akten dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin rechtzeitig vorgelegt worden. In diesem Fall hätte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin rechtzeitig bemerkt, dass eine Berufungsbegründung noch nicht erstellt war. Ein Rechtsanwalt hat eine ihm aufgrund einer Vorfrist vorgelegte und damit in seinen persönlichen Verantwortungsbereich (zurück-)gelangte Fristsache rechtzeitig zu bearbeiten und für die Weiterleitung der bearbeiteten Sache in der Weise Sorge zu tragen, dass der entsprechende Schriftsatz fristgerecht bei Gericht eingeht. **Dieser Pflicht wird er nicht durch eine weitere, auf den Tag des Fristablaufs notierte Frist enthoben.** Hätte mithin der Prozessbevollmächtigte der Klägerin nach Vorlage der Akten zur Vorfrist die Berufungsbegründung fristgerecht fertiggestellt und einer Büroangestellten mit der Weisung übergeben, sie bei Gericht einzureichen, wäre die Berufungsbegründungsfrist gewahrt worden (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 20. September 2022 - VI ZB 17/22, NJW-RR 2022, 1717 Rn. 11 f.; BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2020 - XI ZB 17/19, juris Rn. 14 mwN).

[14] Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ergibt sich Abweichendes nicht aus dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 13. September 2018 - V ZB 227/17, NJW-RR 2018, 1451 Rn. 8 f., der eine andere Sachverhaltsgestaltung betrifft (unzutreffende Übertragung der in der Handakte notierten Hauptfrist in den Fristenkalender). Zwar weist sie im Ausgangspunkt zutreffend darauf hin, dass die Vorfrist keine echte Frist darstellt, sondern die rechtzeitige Wiedervorlage sichert, von der Hauptfrist abhängt und von dieser ausgehend durch einfache Rückrechnung ermittelt wird (vgl. BGH, Beschluss vom 13. September 2018 - V ZB 227/17, NJW-RR 2018, 1451 Rn. 9). **Allerdings existiert entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kein Erfahrungssatz, dass die Notierung der Vorfrist nicht ohne die Notierung der Hauptfrist geschieht.** Dagegen spricht vorliegend schon der Umstand, dass

nach Vortrag der Klägerin die Angestellte ihres Prozessbevollmächtigten die Frist zur Einlegung der Berufung korrekt in den Fristenkalender eingetragen hat.

[15] d) **Schließlich hätte entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde das Berufungsgericht die Klägerin nicht darauf hinweisen müssen, dass es ein etwaiges versehentliches Unterbleiben der Notierung der Vorfrist und darauf bezogene Anweisungen ihres Prozessbevollmächtigten gegenüber seinem Kanzleipersonal für relevant hält.** Zwar können im Wiedereinsetzungsverfahren erkennbar unklare oder ungenaue Angaben, deren Aufklärung nach § 139 ZPO geboten ist, über die Frist nach § 234 Abs. 1, § 236 Abs. 2 ZPO hinaus erläutert und vervollständigt werden (vgl. Senatsbeschluss vom 15. Februar 2022 - VI ZB 37/20, NJW-RR 2022, 855 Rn. 10). Vorliegend sind Ausführungen im Wiedereinsetzungsantrag zur Notierung einer Vorfrist aber nicht unklar oder ungenau; vielmehr fehlt insoweit jeglicher Vortrag. Die Anforderungen an eine wirksame Organisation des Fristenwesens und deren Darlegung im Rahmen eines Wiedereinsetzungsantrags sind bekannt und müssen einem Rechtsanwalt auch ohne richterliche Hinweise geläufig sein (vgl. etwa Zöller/Greger, ZPO 34. Aufl., § 233 Rn. 22, 23.18, § 236 Rn. 6). Insoweit fehlender Vortrag erlaubt den Schluss darauf, dass entsprechende Sicherungsvorkehrungen gefehlt haben (vgl. Senatsbeschluss vom 15. Februar 2022 - VI ZB 37/20, NJW-RR 2022, 855 Rn. 10 mwN).

[16] 3. Danach hat das Berufungsgericht die Berufung der Klägerin wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zu Recht als unzulässig verworfen (§ 520 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO).

Wiedereinsetzung

- Empfangsvollmacht
- Haftungsverfahren

(FG Münster, Urt. v. 7.9.2023 – 5 K 2915/22)

Leitsätze

1. Eine dem Finanzamt vorliegende Empfangsvollmacht stellt eine verfahrensrechtliche Willenserklärung dar, deren Inhalt durch Auslegung unter Beachtung des Empfängerhorizonts zu ermitteln ist. Bei der Auslegung sind nur solche Umstände zu berücksichtigen, die für den Empfänger (das Finanzamt) bei Zugang der Willenserklärung erkennbar waren.

2. Die unter Bezugnahme auf eine Steuernummer für laufend veranlagte Steuern einem Steuerberater erteilte Empfangsvollmacht erstreckt sich nicht auf ein Haftungsverfahren, in welchem der die Vollmacht erteilende Steuerpflichtige durch unter anderer Steuernummer erlassenen Haftungsbescheid für die Steuerschulden eines Dritten in Anspruch genommen wird.

3. Ist in einem Haftungsverfahren kein Steuerberater oder Rechtsanwalt gegenüber der Finanzbehörde aufgetreten, steht es nicht im Ermessen der Behörde, an wen sie den Haftungsbescheid zustellt. Es liegt kein Fall des § 122 Abs. 5 Satz 2 AO i.V.m. § 7 Abs. 1 Satz 1 VwZG vor.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Beteiligten streiten darüber, ob der Einspruch gegen den Haftungsbescheid zulässig ist.

[2] Der Beklagte übersandte dem Kläger (persönlich) mit Schreiben vom 16.03.2022 unter der Steuernummer xxx/xxxx/xxx1 eine Haftungsanfrage bezogen auf Steuerschulden der Firma M (im Folgenden bezeichnet als: M). Der Aufforderung des Beklagten zur Beantwortung der in dem Schreiben gestellten Fragen bis zum 19.04.2022 ist der Kläger nach Aktenlage nicht nachgekommen.

[3] Der Beklagte erließ unter dem 26.04.2022 einen Haftungsbescheid, in dem der Kläger für Steuerrückstände der M in Haftung genommen wird. In dem Haftungsbescheid (Steuernummer xxx/xxxx/xxx1, Aktenzeichen Vbz …) wird ausgeführt: Die Steuerpflichtige M, A-Str. 84-88, 00000 J, schulde dem Beklagten als Steuerschuldnerin die in der Anlage „Kontoauszug 1“ im Einzelnen aufgeführten Steuern und Abgaben. Für diese Steuerrückstände in Höhe von 1.218.436,87 EUR hafte er, der Kläger, neben der Steuerschuldnerin, der M, gemäß §§ 69, 34, 35, 71 und 191 der Abgabenordnung (AO). Dieser Betrag sei

spätestens zahlbar am 30.05.2022. In der Anlage „Kontoauszug 1" sind „offene" Beträge zur Umsatzsteuer 2007 bis 2019 und September 2020, Säumniszuschläge, Zinsen zur Umsatzsteuer 2007 bis 2018 und der Verspätungszuschlag zur Umsatzsteuer 2019 aufgeführt. In den Gründen wird u.a. ausgeführt: Nach den Feststellungen der Steuerfahndung N sei der Kläger faktischer Geschäftsführer der M im Sinne des § 35 AO. Er sei über sämtliche relevante Sachverhalte informiert gewesen, habe sämtliche betriebliche Entscheidungen getroffen und / oder im Nachgang legitimiert. Er habe das Sagen gehabt und sei Kopf des Unternehmens gewesen. Er habe neben den formal bestellten Geschäftsführerinnen der M S.L., OV und LV , die steuerlichen Pflichten der M zu erfüllen gehabt. Der Haftungszeitraum beginne am 10.02.2007 mit der ältesten Pflichtverletzung, die noch andauere und ende spätestens mit dem Erlass dieses Haftungsbescheids. Die älteste Pflichtverletzung liege in der Nichtabgabe der Umsatzsteuer-Voranmeldung für Januar 2007 begründet. Der Aufforderung, mitzuteilen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die anderen Gläubiger der M gegenüber ihm, dem Beklagten, vorrangig befriedigt worden seien, sei er nicht nachgekommen. Die formal bestellte Geschäftsführerin Frau LV werde neben ihm als Haftende nach §§ 69, 34 AO durch Haftungsbescheid in Anspruch genommen. Es werde noch geprüft, ob auch Frau OV als Haftende gemäß §§ 69, 34 AO durch Haftungsbescheid in Anspruch zu nehmen sei. Der Kläger werde für die in der Anlage „Kontoauszug 2" aufgeführten Steuerrückstände zudem nach §§ 71, 191 AO in Haftung genommen. In der Anlage „Kontoauszug 2" sind die Umsatzsteuer 2007 bis 2019 mit einem Gesamtbetrag in Höhe von 743.000,- EUR aufgeführt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Haftungsbescheid verwiesen.

[4] Der Haftungsbescheid war an den Kläger persönlich adressiert und ist ihm per Zustellungsurkunde zugestellt worden. Die Zustellungsurkunde weist als Tag der Zustellung den 27.04.2022 aus.

[5] Der Kläger legte – durch seine Prozessvertreter im vorliegenden Verfahren – am 29.06.2022 Einspruch gegen den Haftungsbescheid vom 26.04.2022 ein und beantragte die Aussetzung der Vollziehung. Zur Begründung führte er aus: Der Haftungsbescheid sei mangels ordnungsgemäßer Bekanntgabe nichtig und daher unwirksam (§ 124 AO). Gemäß § 122 Abs. 5 AO richte sich die Zustellung nach den Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes (VwZG). Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 VwZG seien Zustellungen an einen Bevollmächtigten zu richten, wenn er eine schriftliche Vollmacht vorgelegt habe. Über § 122 Abs. 5 Satz 3 AO solle die Zustellung an einen Bevollmächtigten erfolgen. Die Finanzämter seien aufgrund der Regelung des Anwendungserlasses zur Abgabenordnung (AEAO) zu § 122 Nr. 1.7.3. angewiesen, das ihnen durch § 122 Abs. 1 Sätze 3 und 4 AO eingeräumte Ermessen dahingehend auszuüben, in Fällen, in denen der Steuerpflichtige dem Finanzamt ausdrücklich mitgeteilt habe, dass er seinen Vertreter auch zur Entgegennahme von Verwaltungsakten ermächtige, den Verwaltungsakt grundsätzlich dem Bevollmächtigten bekannt zu geben (BFH-Urteil vom 05.10.2000 VII R 96/99, BStBl II 2001, 86). Werde ein Verwaltungsakt dem Inhaltsadressaten (oder Bekanntgabeadressaten) selbst bekannt gegeben und hierdurch eine seinem Bevollmächtigten erteilte und der Finanzbehörde bekannte Empfangsvollmacht ohne besondere Gründe nicht beachtet, werde der Bekanntgabemangel durch die Weiterleitung des Verwaltungsakts an den Bevollmächtigten geheilt (analog § 8 VwZG). Die Frist für einen Einspruch beginne dann in dem Zeitpunkt, in dem der Bevollmächtigte den Verwaltungsakt nachweislich erhalten habe (BFH-Urteil vom 08.12.1988 IV R 24/87, BStBl II 1989, 346). Vorliegend habe der Beklagte den Haftungsbescheid ihm persönlich bekanntgegeben, obwohl dem Beklagten eine Vollmacht von Herrn Steuerberater E sowie der Kanzlei B & Partner mbB aus D vorgelegen habe. Die Bekanntgabe per Zustellung an ihn, den Kläger, am 27.04.2022 sei nicht wirksam. Er habe den Haftungsbescheid seinerzeit nicht an Herrn Steuerberater E weitergeleitet, da er davon ausgegangen sei, dass der Beklagte Herrn Steuerberater E ebenfalls einen Bescheid zukommen lasse, wie es auch in den Parallelverfahren geschehen sei. Der Kläger habe erst in der vergangenen Woche Rücksprache mit Herrn Steuerberater E gehalten, sodass die einmonatige Einspruchsfrist noch nicht abgelaufen sei. Rein vorsorglich werde Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 110 AO beantragt. Er sei unverschuldet verhindert gewesen, den Einspruch einzulegen, weil er davon ausgegangen sei, dass der Haftungsbescheid aufgrund seiner Bevollmächtigung auch gegenüber Herrn Steuerberater E bekannt gegeben werde und er den Einspruch fristgerecht einlegen werde. Erst durch Rücksprache mit Herrn Steuerberater E habe er erfahren, dass er, Herr Steuerberater E, den Haftungsbescheid nicht auch erhalten habe und daher keinen Einspruch habe einlegen können. Die einmonatige Wiedereinsetzungsfrist sei noch nicht abgelaufen.

[6] Der Beklagte lehnte den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung mit Verfügung vom 11.07.2022 ab. Der Kläger legte gegen diese Ablehnungsverfügung am 19.09.2022 Einspruch ein, den der Beklagte ebenfalls mit Einspruchsentscheidung vom 27.09.2022 als unbegründet zurückwies. Die Kanzlei B & Partner mbB habe das Mandat für den Kläger gemäß Schreiben vom 23.03.2022, d.h. vor der Bekanntgabe des Haftungsbescheids, mit sofortiger Wirkung niedergelegt. Herr Steuerberater E habe am 04.09.2015 eine Vollmacht des Klägers zu der Steuernummer xxx/xxxx/xxx2 eingereicht. In dem Schreiben werde angeführt, dass die Steuerberatungsgesellschaft mit der Erstellung der Steuererklärungen für 2013 und 2014 beauftragt sei. Eine ihm vorgelegte, mit der Steuernummer für die

laufend veranlagten Steuern versehene Vollmachtsurkunde erstrecke sich auch nur auf die unter dieser Steuernummer erfassten Steuerarten, nicht dagegen auf die sonstigen Bereiche. Danach sei der Haftungsbescheid vom 26.04.2022 dem Kläger bekannt zu geben gewesen. Der Kläger habe die Einspruchsfrist auch nicht ohne eigenes Verschulden versäumt. Er hätte sich Gewissheit darüber verschaffen müssen, dass die Rechtsbehelfsfrist gewahrt sei. Die Steuerberatungsgesellschaft E sei nicht in das Haftungsprüfungsverfahren eingebunden gewesen. Der Kläger habe nicht ungeprüft davon ausgehen können, dass Herr Steuerberater E von ihm eine Ausfertigung des Haftungsbescheids erhalte.

[7] Mit Schreiben vom 21.07.2022 stellte der Kläger einen erneuten Antrag auf Aussetzung der Vollziehung des Haftungsbescheids beim Beklagten. Herr Steuerberater E habe am 04.09.2015 seine Vollmacht beim Beklagten eingereicht, die er beifüge und auf die er verweise. Eine Einschränkung auf die Veranlagungszeiträume 2013 und 2014 ergebe sich aus der Vollmacht nicht. Aus dem Schreiben des Herrn Steuerberater E vom 04.09.2015, mit dem er die Vollmacht beim Beklagte eingereicht habe, sei ebenfalls nicht ersichtlich, dass die Vollmacht lediglich die Jahre 2013 und 2014 umfasse. Vielmehr habe lediglich das Schreiben, aber nicht die Vollmacht diese beiden Veranlagungszeiträume betroffen. Die Vollmacht umfasse ausdrücklich alle Steuerangelegenheiten der Eheleute, d.h. von ihm und seiner Ehefrau. Somit seien auch die Haftungsverfahren von der Vollmacht umfasst. Hinsichtlich der Begründung in der Sache wird auf das Schreiben des Klägers vom 02.08.2022 verwiesen.

[8] Mit Verfügung vom 15.08.2022, auf die wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, lehnte der Beklagte den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung ab. Es liege kein zulässiger Einspruch vor. Der Kläger stellte daraufhin am 22.11.2022 einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung des Haftungsbescheids beim 5. Senat des Finanzgerichts Münster.

[9] Der Beklagte erließ unter dem 23.11.2022 die Einspruchsentscheidung, mit der er den Einspruch gegen den Haftungsbescheid als unzulässig verwarf und eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ablehnte. Zur Begründung führte er aus: Der Haftungsbescheid sei dem Kläger am 27.04.2022 zugestellt worden, sodass der am 29.06.2022 eingelegte Einspruch verfristet und der Einspruch daher unzulässig sei. Eine dem Finanzamt vorliegende Empfangsvollmacht für einen Steuerberater berechtige den Bevollmächtigten zur Vornahme aller das Verwaltungsverfahren betreffenden Verfahrenshandlungen, soweit der Steuerpflichtige die Vollmacht nicht ausdrücklich eingeschränkt und die Einschränkung dem Finanzamt mitgeteilt habe. Unter „Verwaltungsverfahren" sei dabei das gesamte abgestufte Verwaltungsverfahren zu verstehen, das aus Festsetzungsverfahren einschließlich Rechtsbehelfsverfahren als verlängertes Besteuerungsverfahren sowie dem Erhebungs- und Vollstreckungsverfahren bestehe. Eine dem Finanzamt mit der Steuernummer für die laufend veranlagten Steuern versehene Vollmachtsurkunde erstrecke sich nur auf die unter dieser Steuernummer erfassten Steuerarten, nicht dagegen auf sonstige Bereiche. Der Erlass des Haftungsbescheids gegen den Kläger sei Teil des Erhebungsverfahrens bei der M und damit kein Teil des Verwaltungsverfahrens betreffend den Kläger, sodass die auf Herrn E lautende Vollmacht, die unter der Steuernummer der Eheleute V bzgl. der Einkommensteuer eingereicht worden sei, nicht zu berücksichtigen gewesen sei. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 110 AO könne nicht gewährt werden, da der Kläger es versäumt habe, den Bescheid an seinen Bevollmächtigten weiterzuleiten und damit ein Verschulden vorliege und im Übrigen keine Gründe ersichtlich seien, die eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigen würden.

[10] Am 21.12.2022 hat der Kläger gegen die Einspruchsentscheidung vom 23.11.2022 die vorliegende Klage erhoben. Der Antrag auf gerichtliche Aussetzung der Vollziehung ist unter dem Aktenzeichen 5 V 2700/22 U geführt worden. Mit Beschluss vom 06.04.2023 lehnte der erkennende Senat den Antrag ab. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Beschluss verwiesen.

[11] Zur Begründung seiner Klage trägt der Kläger vor: Seit 2016 seien Ermittlungen der Steuerfahndung erfolgt. Mit Vollmacht vom 04.09.2015 habe er Steuerberater E mit der Betreuung sämtlicher steuerlicher Angelegenheiten beauftragt. Herr Steuerberater E habe zudem in sämtlichen Verfahren, alle Gesellschaften und natürliche Personen betreffend, die Korrespondenz mit dem Beklagten geführt. Der Beklagte habe auch stets in diversen Verfahren Bescheide direkt an Herrn Steuerberater E übersandt. Den streitbefangenen Haftungsbescheid vom 26.04.2022 habe er jedoch an ihn persönlich übersandt. Er habe seinerzeit den Bescheid nicht an Herrn Steuerberater E weitergeleitet, da er – wie ausgeführt – davon ausgegangen sei, dass der Beklagte Herrn Steuerberater E ebenfalls einen Bescheid zukommen lasse, wie es auch in Parallelverfahren geschehen sei. Er wiederholt insoweit seine Ausführungen aus dem Verwaltungsverfahren und führt ergänzend aus: Es sei nach dem Urteil des BFH vom 16.03.2022 VIII R 19/19, BStBl. II 2022, 459, auch festzustellen, dass die Tätigkeit des Steuerberaters für den Mandanten selbst ohne konkrete Vollmachtserteilung dazu führe, dass das Finanzamt die Bevollmächtigung des Steuerberaters für diese Angelegenheit dann zu vermuten habe. Obwohl der Beklagte stets in sämtlichen Belangen ihn und auch seine Unternehmen betreffend mit dem Steuerberater E korrespondiert habe und daher von der Bevollmächtigung habe ausgehen müssen, habe er den Haftungsbescheid nicht an den bevollmächtigten Steuerberater übersandt. Der Haftungsbescheid sei vorliegend ihm gegenüber bekanntgegeben

worden, obwohl dem Beklagten eine Vollmacht von Herrn Steuerberater E vorgelegen habe. Die Bekanntgabe per Zustellung am 27.04.2022 sei nicht wirksam. Die Frist für einen Einspruch habe erst in dem Zeitpunkt begonnen, in dem sein Bevollmächtigter den Bescheid nachweislich erhalten habe. Dies sei erst im Juni 2022 der Fall gewesen, sodass der Einspruch rechtzeitig eingelegt worden sei. Der Einspruch sei auch begründet, er hafte nicht für die von der M geschuldeten Beträge, da die Haftungsvoraussetzungen nicht vorlägen. Der Haftungsbescheid sei aufzuheben und der Einspruch gegen den Haftungsbescheid begründet.

[12] Darüber hinaus sei – wie der Kläger in der mündlichen Verhandlung unter anderem ausführt – die Gesamtsituation zu beachten. Nach der Durchsuchung der Familienwohnung und sämtlicher Büroräume durch die Steuerfahndung in 2016 habe er zunächst nichts mehr von der Finanzverwaltung gehört. Erst ab 2022 habe er an einzelnen Tagen bis zu 30 cm Post von der Finanzverwaltung erhalten und der Zusteller habe ca. 30 Minuten gebraucht, um die Zustellungsurkunden auszufüllen. Es seien etliche Durchschriften von Drittschuldneranfragen und Zustellungen von Drittschuldnererklärungen bei den Briefen dabei gewesen. Zunächst habe er sämtliche Post Herrn Steuerberater E übermittelt, bis dieser ihm mitgeteilt habe, dass er ebenfalls die Poststücke erhalte und eine Weiterleitung durch, ihn, den Kläger nicht notwendig sei. Herr Steuerberater E habe ihm, dem Kläger, immer gesagt, dass er erstmal nichts machen müsse, sondern der Beklagte agieren müsse. Er, der Kläger, sei daher davon ausgegangen, dass sich sein Steuerberater auch um die Haftungsanfrage kümmere und die Angelegenheit erledige. Daher habe er, der Kläger, den streitgegenständlichen Haftungsbescheid und auch die Haftungsanfrage des Beklagten nicht weitergegeben. Es sei ihm auch nicht aufgefallen, dass der Haftungsbescheid unter einer anderen Steuernummer ergangen sei. Diese Steuernummer habe er bei Vollmachterteilung an Herrn E in 2015 auch nicht kennen und damit angeben können.

[13] Aus dem Gesamtkontext ergebe sich, dass das Handeln des Beklagten bzgl. der Bekanntgaben willkürlich gewesen sei. Letztendlich gelte dies auch für die Haftungsanfrage, die ebenfalls ihm, dem Kläger, gegenüber bekannt gegeben worden sei, obwohl die Kanzlei B das Mandat erst danach niedergelegt habe. Aus der Empfängersicht habe alles seinem Bevollmächtigten, Herrn Steuerberater E, bekannt gegeben werden müssen. Vor diesem Hintergrund und vor dem Hintergrund, dass es eine Masse an Briefen und Papier gegeben habe, sei in dieser besonderen Situation aus seiner Sicht zumindest ein Wiedereinsetzungsgrund gegeben. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Sitzungsniederschrift vom 07.09.2023 verwiesen.

[14-15] *(Anträge: ...)*

[16-18] *(...)*

Aus den Gründen:

[19] Die Klage hat keinen Erfolg.

[20] I. Die Einspruchsentscheidung vom 23.11.2022 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten (§ 100 Abs. 1 Satz 1 Finanzgerichtsordnung – FGO). Der Beklagte hat den Einspruch zu Recht als unzulässig verworfen und insoweit auch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand – in die Einspruchsfrist – zu Recht abgelehnt. Der Haftungsbescheid vom 26.04.2022 ist mangels fristgerechter Einspruchseinlegung bestandskräftig geworden.

[21] 1. Gemäß § 355 Abs. 1 Satz 1 AO ist der Einspruch innerhalb eines Monats nach der Bekanntgabe des Verwaltungsakts einzulegen. Abgestellt wird damit auf die Bekanntgabe, die nach § 124 Abs. 1 AO zum Wirksamwerden des Verwaltungsakts führt. Wirksam wird der Verwaltungsakt nur, wenn die Bekanntgabe gegenüber demjenigen erfolgt, demgegenüber sie erfolgen musste oder zumindest durfte.

[22] Als **besondere Form der Bekanntgabe** kann die Behörde – wie im Streitfall der Beklagte – gemäß § 122 Abs. 5 Satz 1 AO die Zustellung des Verwaltungsakts anordnen. Die Zustellung des Verwaltungsakts richtet sich nach § 122 Abs. 5 Satz 2 AO vorbehaltlich des § 122 Abs. 5 Satz 3 AO nach dem VwZG. § 7 Abs. 1 Satz 1 VwZG regelt insoweit, dass Zustellungen an den allgemeinen oder für bestimmte Angelegenheiten bestellten Bevollmächtigten gerichtet werden können. Damit sieht die Vorschrift **zwei Möglichkeiten der Zustellung** vor, die Zustellung an den Betroffenen oder die Zustellung an dessen Bevollmächtigten, und stellt die Auswahl in das Ermessen der Finanzbehörde. Liegt der Finanzbehörde jedoch eine schriftliche oder eine nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz elektronisch übermittelte Empfangsvollmacht vor, soll der Verwaltungsakt in entsprechender Anwendung des § 122 Abs. 1 Satz 4 AO dem Bevollmächtigten zugestellt werden (vgl. § 122 Abs. 5 Satz 3 AO), solange dem Bevollmächtigten nicht eine Zurückweisung nach § 80 Abs. 7 AO bekannt gegeben worden ist. Durch die entsprechende Anwendung des § 122 Abs. 1 Satz 4 AO wird das nach § 122 Abs. 5 Satz 2 AO i.V.m. § 7 Abs. 1 Satz 1 VwZG eingeräumte Ermessen („kann") bei Vorlage einer schriftlichen Vollmacht zu einem „Soll" reduziert. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis, das sich auch aus der Rechtsprechung ergab (vgl. u.a. BFH-Urteil vom 05.10.2000 VII R 96/99, BFHE 193, 41, BStBl II 2001, 86), wurde mit dem Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens vom 18.07.2016 klargestellt (vgl. Bundestags-Drucksache 18/7457, Seite 74).

[23] Liegt ein **Bekanntgabemangel** vor, d.h. wird ein Verwaltungsakt dem Inhaltsadressaten selbst bekanntgegeben und

hierdurch eine dem Bevollmächtigten erteilte und der Finanzbehörde bekannte Empfangsvollmacht ohne besondere Gründe nicht beachtet, wird der Mangel **durch die Weiterleitung des Verwaltungsakts an den Bevollmächtigten geheilt.** Die Frist für den Einspruch beginnt dann erst in dem Zeitpunkt, in dem der Bevollmächtigte den Verwaltungsakt nachweislich erhalten hat (vgl. u.a. BFH-Beschluss vom 21.02.2013 II B 113/12, juris; BFH-Urteil vom 08.12.1988 IV R 24/87, BFHE 155, 472, BStBl II 1989, 346).

[24] 2. Hiervon ausgehend liegt im Streitfall – entgegen der Auffassung des Klägers – kein Bekanntgabemangel vor. Es kommt daher weder auf den Zeitpunkt des Eingangs des Haftungsbescheids bei Herrn Steuerberater E noch bei der E Steuerberatungsgesellschaft mbH an.

[25] a. Dabei ist zunächst festzustellen, dass eine Bekanntgabe an Herrn Steuerberater E selbst dann nicht von dem Kläger gefordert werden könnte, wenn man die Vollmacht vom 4.9.2015 als für das Haftungsverfahren maßgeblich ansehen würde. Denn in dieser Vollmacht ist nur die E Steuerberatungsgesellschaft mbH bevollmächtigt.

[26] b. Der Beklagte war auch **nicht** verpflichtet, den Haftungsbescheid in **entsprechender Anwendung des § 122 Abs. 1 Satz 4 AO (vgl. § 122 Abs. 5 Satz 3 AO)** an die E Steuerberatungsgesellschaft mbH zuzustellen.

[27] Die „**Sollvorschrift**" ist im Streitfall nicht einschlägig, da dem Beklagten zum Zeitpunkt der Bekanntgabe des Haftungsbescheids vom 26.04.2022 keine schriftliche – auf das Haftungsverfahren bzw. den Haftungsbescheid – bezogene Empfangsvollmacht vorlag. Die Vollmacht vom 04.09.2015, die die E Steuerberatungsgesellschaft mbH dem Beklagten am 04.09.2015 zu der Steuernummer xxx/xxxx/xxx2 übermittelt hatte, bevollmächtigte die E Steuerberatungsgesellschaft mbH nicht zum Empfang des streitbefangenen Haftungsbescheids. Zwar stellt eine Vollmacht eine verfahrensrechtliche Willenserklärung dar, deren Inhalt durch Auslegung unter Beachtung des Empfängerhorizonts zu ermitteln ist (vgl. u.a. BFH-Urteil vom 05.10.2000 VII R 96/99, BFHE 193, 41, BStBl II 2001, 86; BFH-Urteil vom 19.10.1994 II R 131/94, BFH/NV 1995, 475), jedoch kann die dem Beklagten am 04.09.2015 übermittelte Vollmacht nicht dahingehend ausgelegt werden, dass sie sich auch auf das Haftungsverfahren bzw. den unter der Steuernummer xxx/xxxx/xxx1 erlassenen Haftungsbescheid erstreckte. Dies folgt nach Ansicht des Senats aus der Verwendung der dem Kläger und seiner Ehefrau für die laufend veranlagten Steuern zugeteilten Steuernummer xxx/xxxx/xxx2 in der Vollmachtsurkunde. Denn die für einen Steuerpflichtigen vergebene Steuernummer betrifft nur einen Teil möglicher abgabenrechtlicher Verfahren und stellt keine für sämtliche möglichen Rechtsbeziehungen mit der Behörde geltende Ordnungsnummer dar, unter der durchgängig von allen Stellen der Finanzbehörde zu beachtende Grunddaten abgelegt werden (vgl. auch BFH-Urteil vom 20.09.2000 II R 65/98, BFH/NV 2001, 732). Die dem Beklagten unter der Steuernummer xxx/xxxx/xxx2 übermittelte Vollmacht erstreckt sich mithin nur auf die Vorgänge, die zu dieser Steuernummer gehören. Hierzu gehörte der Haftungsbescheid, der unter der Steuernummer xxx/xxxx/xxx1 erlassen wurde, nicht. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der in der Vollmachtsurkunde enthaltenen formularmäßigen Passage, dass die E Steuerberatungsgesellschaft mbH berechtigt sei "uns in allen Steuerangelegenheiten ... zu vertreten". **Denn im Zusammenhang mit der in der Vollmachtsurkunde bezeichneten Steuernummer des Klägers und seiner Ehefrau kann dieser formularmäßige Satz auch nur so aufgefasst werden, dass es sich um "alle Steuerangelegenheiten" handeln solle, die mit den unter der angegebenen Steuernummer erfassten Steuern zusammenhängen** (vgl. auch BFH-Urteil vom 16.01.2001 XI B 14/99, BFH/NV 2001, 888; BFH-Urteil vom 19.10.1994 II R 131/94, BFH/NV 1995, 475). Der Einwand des Klägers, er habe zum Zeitpunkt der Bevollmächtigung der E Steuerberatungsgesellschaft die Steuernummer, unter der der Haftungsbescheid ergangen ist, noch nicht gekannt, führt zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Denn auszulegende verfahrensrechtliche Willenserklärung bleibt die am 04.09.2015 erteilte Vollmacht. Diese erhält nicht nachträglich dadurch einen anderen Inhalt, dass nach dem Zugang der Vollmacht mit der Erteilung der neuen Steuernummer im Haftungsverfahren im Jahr 2022 neue Umstände eintreten. Bei der Auslegung einer Willenserklärung zu berücksichtigen sind nur solche Umstände, die für den Empfänger – hier den Beklagten – bei Zugang der Willenserklärung erkennbar waren. Aus Umständen, die erst nach Zugang der Erklärung zutage treten, kann mithin nicht der Schluss gezogen werden, dass der Empfänger diese Erklärung in einem anderen als in dem zum Zeitpunkt des Zuganges erkennbaren Sinn verstehen musste (vgl. BFH, Urteil vom 05.10.2004, VII R 37/03, BFHE 208, 1, BStBl. II 2005, 238 Rn. 16, juris; BGH, Urteil vom 24.06.1988, V ZR 49/87 Rn. 22, juris, m.w.N.). Eine andere das Haftungsverfahren betreffende schriftliche Vollmacht des Klägers ist dem Beklagten nach Aktenlage vor der Bekanntgabe des Haftungsbescheids nicht übermittelt worden.

[28] c. Der Beklagte hatte im Streitfall auch keine Ermessensentscheidung nach § 122 Abs. 5 Satz 2 AO i.V.m. § 7 Abs. 1 Satz 1 VwZG zu treffen.

[29] **Tritt ein Bevollmächtigter für einen Steuerpflichtigen auf, ohne der Finanzbehörde eine schriftliche Vollmacht vorzulegen, stellt § 122 Abs. 5 Satz 2 AO i.V.m. § 7 Abs. 1 Satz 1 VwZG es in das Ermessen der Finanzbehörde, ob sie den Verwaltungsakt dem Steuerpflichtigen, d.h. dem vom Verwaltungsakt Betroffenen, oder seinem Bevollmächtigten**

zustellt. Der Zweck des § 7 Abs. 1 Satz 1 VwZG ist darauf gerichtet, die Behörde nicht über das notwendige Maß hinaus zu binden und ihr dadurch die Möglichkeit zu lassen, den vielfältigen Erscheinungen des Massenverfahrens individuell Rechnung zu tragen (vgl. auch BFH-Urteil vom 03.02.2004 VII R 30/02, BFHE 2004, 403, BStBl II 2004, 439). Die Vorschrift stellt lediglich eine Erweiterung der der Behörde eröffneten Möglichkeiten der Bekanntgabe dar (vgl. u.a. BFH-Urteil vom 05.10.2000 VII R 96/99, BFHE 193, 41, BStBl II 2001, 86). Das Gericht hat eine solche Ermessensentscheidung der Finanzbehörde gemäß § 102 Satz 1 FGO darauf zu überprüfen, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder ob von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht wurde.

[30] Es lag vorliegend bereits kein Fall des § 122 Abs. 5 Satz 2 AO i.V.m. § 7 Abs. 1 Satz 1 VwZG vor, denn die E Steuerberatungsgesellschaft mbH bzw. Steuerberater E und auch kein anderer Steuerberater und/oder Rechtsanwalt ist in dem Haftungsverfahren für den Kläger aufgetreten. Es war dem Beklagten demnach nicht in das Ermessen gestellt, den streitbefangenen Haftungsbescheid nicht an den Kläger, sondern an einen Bevollmächtigten zuzustellen.

[31] Aus denselben Gründen können auch die in dem von dem Kläger angeführten Urteil des BFH vom 16.02.2022 VIII R 19/19, BFHE 275, 410, BStBl II 2022, 459, gemachten Ausführungen nicht auf das hiesige Verfahren übertragen werden. Der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt weicht nämlich insoweit von dem hiesigen Sachverhalt ab, als dass in dem dortigen Verfahren die Bevollmächtigten zwar in den von den Klägern unterschriebenen Vollmachten nur für die „Erklärung von Einkünften für die Jahre 2008 – 2011" sowie „Einkommensteuer 2012" bevollmächtigt waren, gleichwohl aber auch „wunschgemäß […] zur Nacherklärung von Einkünften [ihrer] Mandanten" für andere Jahre tätig geworden sind und der Finanzbehörde für Rückfragen zur Verfügung standen. Gerade dieses konkrete Tätigwerden auch für andere Zeiträume außerhalb der ausdrücklichen Bevollmächtigung war für den BFH maßgebendes Kriterium dafür, dass die Finanzbehörde eine Erweiterung der Bevollmächtigung auf andere Besteuerungszeiträume annehmen durfte. Daran fehlt es aber – wie ausgeführt – im hiesigen Verfahren.

[32] 3. Der Haftungsbescheid vom 26.04.2022 ist mithin mit der laut der Zustellungsurkunde am 27.04.2022 bewirkten Zustellung an den Kläger wirksam bekanntgegeben worden. Die Zustellung entsprach der in § 122 Abs. 5 Satz 2 AO, § 3 VwZG, § 181 der Zivilprozessordnung (ZPO) vorgeschriebenen Form. Die Zustellung setzte damit die Einspruchsfrist in Lauf, die am 28.04.2022, 0.00 Uhr, begann und am 27.05.2022, 24.00 Uhr, endete (§ 108 Abs. 1 AO i.V.m. §§ 187, 188 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB)). Der streitbefangene Einspruch des Klägers ist erst außerhalb der Einspruchsfrist am 29.06.2022 und damit verspätet beim Beklagten eingegangen.

[33] 4. Die Voraussetzungen für eine **Wiedereinsetzung** in die (abgelaufene) Einspruchsfrist lagen im Streitfall nicht vor.

[34] Nach § 110 Abs. 1 AO ist jemanden auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn dieser ohne Verschulden verhindert war, eine gesetzliche Frist einzuhalten. Ohne Verschulden verhindert, eine gesetzliche Frist einzuhalten, ist jemand nur dann, wenn er die für einen gewissenhaft und sachgemäß handelnden Verfahrensbeteiligten gebotene und ihm nach den Umständen zumutbare Sorgfalt beachtet hat (vgl. u.a. BFH-Urteil vom 29.02.2012 IX R 3/11, BFH/NV 2012, 915). Jedes (Mit-)Verschulden, auch einfache Fahrlässigkeit, schließt die Wiedereinsetzung aus (vgl. u.a. BFH-Beschluss vom 07.10.2003 IX R 79/03, BFH/NV 2004, 11).

[35] Hiervon ausgehend war der Kläger nicht ohne sein Verschulden verhindert, fristgerecht Einspruch gegen den streitbefangenen Haftungsbescheid einzulegen. Denn der Kläger hat trotz der zutreffenden Rechtsbehelfsbelehrung in dem Haftungsbescheid vom 26.04.2022, aus dem sich insbesondere die Form- und Fristanforderungen an einen zulässigen Einspruch ergaben, selbst keinen Einspruch gegen den Bescheid eingelegt. Auch der Umstand, dass der Kläger – wie er vorträgt – davon ausgegangen sei, dass der streitbefangene Haftungsbescheid auch Herrn Steuerberater E bekannt gegeben werde und dieser von sich aus auch Einspruch gegen den Haftungsbescheid einlege, kann eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht rechtfertigen. **Denn dem Kläger wäre es möglich und insbesondere auch zumutbar gewesen, sich nach dem Erhalt des Haftungsbescheids bei der E Steuerberatungsgesellschaft mbH zu erkundigen, ob sie auch eine Ausfertigung des Haftungsbescheids vom 26.04.2022 erhalten habe, und sich zu vergewissern, dass die E Steuerberatungsgesellschaft mbH einen Einspruch gegen diesen Bescheid für ihn einlegt bzw. eingelegt hat.** Von beidem durfte der Kläger nicht ungeprüft ausgehen. Die von dem Kläger angeführte Fehlvorstellung wäre vermeidbar gewesen. Unter diesen Umständen ist kein Raum für die Annahme einer unverschuldeten Versäumung der Einspruchsfrist zum Haftungsbescheid vom 26.04.2022.

[36] Zwar darf eine Fristversäumnis dem Betroffenen dann nicht angelastet werden, wenn er durch arglistiges Verhalten der Gegenseite an der rechtzeitigen Einlegung des Rechtsbehelfs gehindert worden ist oder wenn die Fristversäumnis auf das rechts- oder treuwidrige Verhalten der Behörde zurückgeführt werden kann und der Beteiligte das unsachgemäße Verhalten der Behörde trotz aller ihm zumutbaren Anstrengungen nicht erkennen konnte (vgl. BFH, Urteil vom 08.02.2001, VII R

59/99, BFHE 194, 466, BStBl. II 2001, 506 Rn. 21, juris, m.w.N.). Der Senat kann jedoch ein rechts- oder treuwidriges Verhalten des Beklagten nicht feststellen. **Allein der vom Kläger vorgetragene Umstand, dass der Beklagte ihm an bestimmten Tagen sehr viele Briefe zugestellt habe und in der Vergangenheit Briefe gleichen Inhalts sowohl an ihn als auch an seinen steuerlichen Berater versendet habe, lässt ein solches Verhalten nicht erkennen.** Der Senat kann insbesondere auch nicht feststellen, dass das Handeln des Beklagten bezüglich der Bekanntgabe des Haftungsbescheids willkürlich war.

[37] II. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 FGO.

[38] III. Gründe, die Revision zuzulassen, sind nicht ersichtlich.

Wiedereinsetzung

- Elektronischer Rechtsverkehr
- Fristen- und Ausgangskontrolle

(BSG, Beschl. v. 27.6.2023 – B 1 KR 27/22 R)

Leitsätze (der Redaktion)

1. Die Sorgfaltspflicht eines Rechtsanwalts fordert auch bei einem Versand fristfahrender Schriftsätze per beA im elektronischen Rechtsverkehr eine wirksame Fristen- und Ausgangskontrolle.

2. Die vorübergehende Unmöglichkeit des Nachrichtenversands im elektronischen Rechtsverkehr aus technischen Gründen begründet für sich genommen keinen Wiedereinsetzungsgrund.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin begehrt die Kostenübernahme für stationäre Liposuktionen. Während sie mit ihrer Klage vor dem SG erfolgreich war (Urteil vom 8.1.2021), hat das LSG die Klage unter Aufhebung des Urteils des SG abgewiesen (Urteil vom 13.9.2022). Gegen das ihr am 23.9.2022 zugestellte Urteil des LSG hat die Klägerin am Montag, den 24.10.2022 Revision eingelegt. Der Vorsitzende des erkennenden Senats hat die Frist für die Revisionsbegründung antragsgemäß bis zum 23.12.2022 und nachfolgend nochmals bis zum 10.2.2023 verlängert (Schreiben vom 28.11.2022 und 22.12.2022, dem Bevollmächtigten der Klägerin zugestellt am 5.12.2022 und 2.1.2023). Mit einem am 9.3.2023 beim BSG eingegangenen Schriftsatz hat die Klägerin die Revision begründet und beantragt, ihr Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der Versäumung der Revisionsbegründungsfrist zu gewähren.

[2] Zu ihrem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand trägt die Klägerin vor: Durch ein Versehen der sorgfältig angeleiteten und überwachten Assistentin der Bundesrechtsabteilung ihres Bevollmächtigten sei der Fristverlängerungsantrag am 10.2.2023 nicht an das Bundessozialgericht übermittelt und der Fristablauf erst am darauffolgenden Montag, den 13.2.2023 bemerkt worden. Die Assistentin habe absprachegemäß einen weiteren Fristverlängerungsantrag vorbereitet und zusammen mit weiteren Schreiben in das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) des für die Bearbeitung des Verfahrens zuständigen Rechtsanwaltes L eingestellt und diesen darüber informiert. Der Versuch, die Nachrichten zu versenden, sei aufgrund technischer Störungen mehrfach fehlgeschlagen. Bei dem wiederholten Einstellen der Nachrichten für den Versand durch Rechtsanwalt L habe die Assistentin vergessen, den Fristverlängerungsantrag in der hier vorliegenden Sache noch einmal einzustellen. Sie habe sich mit dem Rechtsanwalt zu ihrem Feierabend dahingehend verständigt, dass sämtliche Fristabläufe für den 10.2.2023 im beA als Entwürfe hochgeladen seien und er den Versand per beA noch einmal am Abend probieren würde. Als er dann am späten Abend gegen 22.25 Uhr die Nachrichten aus den Entwürfen erfolgreich habe versenden können, sei der Fristverlängerungsantrag nicht dabei gewesen. Ein Ausstreichen der Frist im Rahmen der Fristenkontrolle habe um diese Uhrzeit nicht mehr erfolgen können. Der Fehler sei deshalb erst beim Austragen der Fristen am darauffolgenden Montag, den 13.2.2023 bemerkt worden.

Aus den Gründen:

[3] Die nicht in der gesetzlichen Frist begründete Revision ist durch Beschluss ohne Zuziehung der ehrenamtlichen Richter als unzulässig zu verwerfen (§ 169 Satz 2 und 3 SGG; dazu 1.). Der Antrag der Klägerin auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Frist zur Begründung der Revision ist abzulehnen (dazu 2.).

[4] 1. Nach § 164 Abs 2 Satz 1 SGG ist die Revision innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils oder des Beschlusses über die Zulassung der Revision zu begründen. Die Begründungsfrist kann auf einen vor ihrem Ablauf gestellten Antrag von dem Vorsitzenden verlängert werden (§ 164 Abs 2 Satz 2 SGG). Die Klägerin hätte ihre Revision, die sie rechtzeitig gegen das ihr am 23.9.2022 mit zutreffender Rechtsmittelbelehrung zugestellte LSG-Urteil eingelegt hat, nach der bereits zwei Mal verlängerten Frist bis zum Ablauf des 10.2.2023 begründen müssen. Dem genügt die erst am 9.3.2023 beim BSG eingegangene Revisionsbegründung nicht.

[5] 2. Der Klägerin ist auch nicht antragsgemäß Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Revisionsbegründungsfrist zu gewähren (§ 67 Abs 1 SGG).

[6] Wenn jemand ohne Verschulden verhindert war, eine gesetzliche Verfahrensfrist einzuhalten, so ist ihm auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Der Antrag ist binnen eines Monats nach Wegfall des Hindernisses zu stellen. Die Tatsachen zur Begründung des Antrags sollen glaubhaft gemacht werden (§ 67 Abs 1 und Abs 2 Satz 1 und 2 SGG).

[7] Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Die Klägerin hat schuldhaft die Revisionsbegründungsfrist versäumt, wobei sie sich das Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten und des bei diesem angestellten Rechtsanwaltes L zurechnen lassen muss (§ 73 Abs 4 Satz 1 SGG iVm § 85 Abs 2 ZPO; vgl zur Verschuldenszurechnung allgemein BSG vom 28.6.2018 - B 1 KR 59/17 B - SozR 4-1500 § 67 Nr 15 RdNr 7 mwN; zur Zurechnung des Verschuldens eines angestellten Rechtsanwalts, dem der Rechtsstreit zur selbstständigen Bearbeitung übertragen worden ist vgl BGH vom 9.6.2004 - VIII ZR 86/04 - NJW 2004, 2901 = juris RdNr 8). Nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin ist der mit der Sache betraute Rechtsanwalt L seiner (eigenen) Obliegenheit zur Fristenkontrolle nicht hinreichend nachgekommen (dazu b). Zudem ist auch nicht erkennbar, aus welchen Gründen er darauf vertrauen durfte, dass seinem erneuten Fristverlängerungsantrag entsprochen wird (dazu c). Die vorübergehenden technischen Störungen des elektronischen Rechtsverkehrs stellen keinen Wiedereinsetzungsgrund dar (dazu a).

[8] a) Dass der **elektronische Versand von Nachrichten** am Tag des Fristablaufs aufgrund von **technischen Störungen** vorübergehend unmöglich war, begründet für sich genommen **keinen Wiedereinsetzungsgrund**. Ungeachtet des Umstandes, dass nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin am späten Abend des 10.2.2023 der elektronische Versand wieder möglich war und durch Rechtsanwalt L hinsichtlich anderer Dokumente auch tatsächlich erfolgt ist, hätte insofern nach § 65d Satz 3 SGG die Möglichkeit bestanden, **andere Übermittlungswege (ua Briefpost oder Telefax) zu nutzen** (vgl dazu Gädeke in jurisPK-ERV, 2. Aufl 2022, § 65d SGG RdNr 29 ff, Stand 24.3.2023). Diese musste dem Bevollmächtigten der Klägerin bekannt sein (vgl BayVGH vom 2.5.2022 - 6 ZB 22.30401 - NVwZ 2022, 1392, 1393 = juris, jeweils RdNr 9).

[9] b) Das **Unterlassen der hinreichenden Fristenkontrolle** durch Rechtsanwalt L begründet ein Verschulden. Grundsätzlich darf ein Rechtsanwalt darauf vertrauen, dass eine Büroangestellte, die sich bisher als zuverlässig erwiesen hat, eine konkrete Einzelanweisung befolgt; er ist deshalb im Allgemeinen nicht verpflichtet, sich anschließend über die Ausführung zu vergewissern (vgl BSG vom 1.11.2017 - B 14 AS 26/17 R - RdNr 6; BGH vom 2.4.2008 - XII ZB 189/07 - NJW 2008, 2589 mwN).

[10] **Ein Rechtsanwalt ist aber verpflichtet, durch organisatorische Maßnahmen Fehlerquellen bei der Behandlung von Fristsachen in größtmöglichem Umfang auszuschließen; hierzu gehört insbesondere eine wirksame Ausgangskontrolle, durch die gewährleistet wird, dass fristwahrende Schriftsätze auch tatsächlich rechtzeitig hinausgehen** (vgl BSG vom 29.12.2015 - B 13 R 392/15 B - juris RdNr 8 mwN). Die Ausgangskontrolle für fristwahrende Schriftsätze kann zB derart organisiert sein, dass ein Fristenkalender geführt wird, in dem für jeden fristwahrenden Schriftsatz die maßgebliche Frist eingetragen und erst nach tatsächlich erfolgter Absendung durchgestrichen wird, sowie, dass am Schluss eines jeden Arbeitstages eine Überprüfung der noch erforderlichen Erledigungen stattfindet (vgl BSG, aaO, mwN). Eine bloße Prüfung, ob der für die Gerichtspost bestimmte Ausgangskorb leer ist, reicht nicht aus (vgl BGH vom 16.2.2010 - VIII ZB 76/09 - NJW 2010, 1378 = juris RdNr 7).

[11] Dass eine solche Fristen- und Ausgangskontrolle am Abend des 10.2.2023 tatsächlich stattgefunden oder aus den Prozessbevollmächtigten der Klägerin nicht zurechenbaren Gründen nicht stattgefunden hat, hat die Klägerin nicht dargelegt und ist auch nicht erkennbar. Nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin und der zur Glaubhaftmachung vorgelegten eidesstattlichen Versicherung der für ihren Bevollmächtigten tätigen Assistentin P war vielmehr zu dem Zeitpunkt, als Frau P am 10.2.2023 in den Feierabend ging, der Fristverlängerungsantrag in dem vorliegenden Verfahren noch nicht an das BSG übersandt worden. Sie hatte die an diesem Tag noch zu versendenden Fristsachen in Absprache mit Rechtsanwalt L lediglich für den Versand durch diesen vorbereitet und in dessen beA eingestellt, dabei aber versehentlich den Fristverlängerungsantrag in der vorliegenden Sache vergessen. Eine Überwachung der Fristwahrung und Austragung im Fristenkalender konnte durch Frau P an diesem Tage folglich nicht mehr erfolgen. **Ungeachtet des Umstandes, dass die Überwachung von Fristen im Revisionsverfahren gesteigerten Anforderungen unterliegt und regelmäßig nicht zu den delegierbaren Routineangelegenheiten gehört** (vgl etwa BSG vom 1.11.2017 - B 14 AS 26/17 R - juris RdNr 7 mwN; BSG vom 5.12.2017 - B 12 P 2/16 R - juris RdNr 11), wäre es insofern die Aufgabe von Rechtsanwalt L gewesen, die Einhaltung der beim Verlassen des Büros durch Frau P **noch offenen Fristen nach dem Versand selbst abschließend zu kontrollieren und im Fristenkalender zu notieren.** Dann wäre ihm das Versehen von Frau P aufgefallen und hätte er den Fristverlängerungsantrag noch rechtzeitig übersenden können.

[12] c) Die Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist nach § 164 Abs 2 Satz 2 SGG, über die von dem bzw der Vorsitzenden des Senats nach pflichtgemäßem Ermessen entschieden wird, erfordert das Vorbringen eines plausiblen Grundes hierfür (vgl BSG vom 5.8.2020 - B 4 AS 6/20 R - juris RdNr 5 mwN).

Bei einem weiteren Verlängerungsantrag darf mit einer Bewilligung grundsätzlich nur gerechnet werden, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalles keine andere Entscheidung erwarten lassen (vgl BGH vom 4.3.2004 - IX ZB 121/03 - NJW 2004, 1742 = juris RdNr 4; Heinz in BeckOGK, SGG, § 164 RdNr 35, Stand 1.5.2023). Das Vertrauen auf eine dritte Fristverlängerung ist nur noch bei besonders schwerwiegenden Gründen gerechtfertigt (vgl Greger in Zöller, ZPO, 34. Aufl 2022, § 233 RdNr 23.19 mwN).

[13] Nachdem die Frist für die Revisionsbegründung vom Vorsitzenden des erkennenden Senats bereits zwei Mal verlängert worden war, hätte es daher der Darlegung besonderer Umstände bedurft, um ein schutzwürdiges Vertrauen der Klägerin auf eine nochmalige Bewilligung der am letzten Tag der Frist beantragten Fristverlängerung zu rechtfertigen. Solche besonderen Umstände lassen sich dem Vorbringen der Klägerin nicht entnehmen. Allein der von Frau P in ihrer eidesstattlichen Versicherung dargelegte Umstand, dass die Bundesrechtsabteilung des Bevollmächtigten der Klägerin seit Ende Oktober 2021 krankheitsbedingt nur durch Rechtsanwalt L und sie besetzt gewesen sei und sich zum Ende des Jahres 2022 zahlreiche Fristen angesammelt hätten, reicht hierfür nicht aus. Bei einer länger andauernden - auch krankheitsbedingten - Arbeitsüberlastung muss der Bevollmächtigte sobald wie möglich geeignete Maßnahmen zur Verringerung der Belastung treffen, zB durch Heranziehung zusätzlicher Mitarbeiter (vgl BGH vom 23.11.2000 - I ZB 34/00 - juris RdNr 15).

[14] *(...)*

Haftung des Sanierungsberaters

- Vertrag mit Schutzwirkung
- Mitverschulden
- Haftungsbeschränkung

(OLG Bamberg, Urt. v. 31.7.2023 – 2 U 38/22)

Leitsätze

1. Im Rahmen einer Sanierungsbegutachtung nach IDW S6 – Standard gehört es zu den Kernanforderungen an den Gutachter, in einer Form auf eine eingetretene Zahlungsunfähigkeit hinzuweisen, die geeignet ist, die verantwortlichen Personen zur Einleitung der insolvenzrechtlich erforderlichen (Eil-)Maßnahmen anzuhalten.

2. Ein Verweis des Gutachters auf die Nichterbringung von Rechts- und Steuerberaterleistungen, weil der beauftragte Gutachter weder Rechtsanwalt noch Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer ist, befreit diesen nicht von den zur Erfüllung der Pflichten nach IDW S6 zu treffenden Feststellungen zur Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung.

3. Der Geschäftsführer kommt aufgrund § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. mit der Frage der Insolvenzreife der GmbH in gleicher Weise in Berührung wie die GmbH als Auftraggeber selbst, weshalb der Begutachtungsvertrag nach IDW S6 – Standard Schutzwirkung zugunsten des Geschäftsführers entfaltet.

4. Ein Sanierungsberater mit spezifischen Fachkenntnissen nimmt bei umfassender Beauftragung nach IDW S6 – Standard ein besonderes Vertrauen in Anspruch, wie es wirtschaftsprüfenden Professionen mit besonderem gesetzlich geregelten Haftungsregime entgegengebracht wird. Eine klauselmäßige Beschränkung dessen Haftung für eine Verletzung der zentralen Hauptpflichten auf grobe Fahrlässigkeit neben einer höhenmäßigen Beschränkung benachteiligt den Auftraggeber unbillig und ist wegen Verstoßes gegen die Grundsätze von Treu und Glauben gem. § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB unwirksam.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Parteien streiten über Ansprüche wegen Pflichtverletzung aus einem Sanierungsberatervertrag.

[2] 1. Der Kläger ist der Insolvenzverwalter über das Vermögen der B GmbH (im Folgenden B). Diese gehörte zusammen mit der X GmbH und der Y GmbH zur X-Firmengruppe (nachfolgend X). Geschäftsführer der B war Herr H.

[3] Der Beklagte ist der Insolvenzverwalter über das Vermögen der D GmbH (nachfolgend D). Diese beriet kleine und mittlere Unternehmen in Krisensituationen.

[4] Im Frühjahr 2013 befand sich die X in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Auf Initiative eines Kreditgebers (U Bank AG, vormals V Bank AG, nachfolgend bezeichnet als V) sollten die wirtschaftlichen Fortführungsmöglichkeiten der X durch eine externe Begutachtung festgestellt werden. Hierzu legte die D am 25.04.2013 zunächst eine „Projektskizze" vor betreffend die Erstellung eines Sanierungsgutachtens in Anlehnung an den IDW S6 Standard (Stand 04.10.2012). Auf der letzten Seite der Projektskizze befindet sich unmittelbar über den Unterschriften folgende Bestimmung:

[5] *Die D erbringt keine Rechts- oder Steuerberatungs- oder Wirtschaftsprüfungsleistungen. Sie wird alles unternehmen, um die beschriebenen Aufgaben erfolgreich zu erfüllen und haftet für vorsätzliche und grobe Fahrlässigkeit ihrer Berater für Vermögensschäden bis zu einer Höhe von 1 Mio. EUR. Die D verpflichtet sich, alle Informationen über den Auftraggeber und dessen Unternehmen, von denen die Berater im Rahmen des Projekts Kenntnis erhalten, streng vertraulich zu behandeln.*

[6] Die B beauftragte die D daraufhin am 06.05.2013 mit der Erstellung eines Sanierungsgutachtens entsprechend dem in der Projektskizze vom 25.04.2013 beschriebenen Auftragsumfang. Durch die Gutachterin wurde am 06.06.2013 eine Fortbestehensprognose bereitgestellt und am 29.07.2013 eine abschließende Fortführungsprognose für die X vorgelegt. In dieser kam die D zu dem Ergebnis, dass eine drohende Zahlungsunfähigkeit aufgrund einer Liquiditätslücke von 1,3 Mio. € nur durch Sanierungsbeiträge der wirtschaftlich an der X Beteiligten verhindert werden könne. Dabei handelte es sich in erster Linie um die VM GmbH (nachfolgend VM) mit ihrem Geschäftsführer Herrn O und die V als Kreditgeber. In Verbindung mit weiteren empfohlenen Umstrukturierungsmaßnahmen kam die D zu dem Schluss, dass bei entsprechender Prolongation und Ausweitung des Engagements der Stakeholder eine positive Fortführungsprognose für die X gestellt werden konnte. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf das Gutachten vom 29.07.2013 verwiesen.

[7] Nachdem trotz längerer Verhandlungen eine Einigung über die Verlängerung bzw. Ausweitung der Engagements der VM und der V bis Ende Februar 2014 nicht erreicht werden konnte, wurde aufgrund Eigenantrags der B vom 13.03.2014 mit Beschluss des Amtsgerichts – Insolvenzgericht – Neubrandenburg vom 16.04.2014 das Insolvenzverfahren über das Vermögend der B eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt.

[8] Mit nicht datiertem schriftlichem Vertrag trat der Geschäftsführer der B sämtliche Freistellungs-, Regress- und sonstigen Ansprüche gegen die D, die ihm gegen diese aufgrund seiner insolvenzrechtlichen Inanspruchnahme als Geschäftsführer zustehen, an den Kläger ab. Diese Ansprüche aus abgetretenem Recht bilden den Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits.

[9] 2. Der Kläger hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, dass der Geschäftsführer H gemäß § 64 Satz 1 GmbHG a.F. zum Ersatz masseschmälernder Zahlungen verpflichtet sei, welche die B in den Monaten Januar und Februar 2014 geleistet habe, da die Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt bereits zahlungsunfähig gewesen sei. Aus den vorgelegten Zahlungseingängen und Kontoauszügen der B für diesen Zeitraum ergebe sich, dass auf einem stets im Soll geführten Debetkonto der Gesellschaft Zahlungsgutschriften in Höhe von 422.214,34 Euro eingegangen seien, die dann sofort im Kontokorrent verrechnet worden seien. Tatsächlich sei die Zahlungsunfähigkeit der B bereits seit dem 01.11.2009 gegeben gewesen. Dem Geschäftsführer H stehe ein Anspruch auf Haftungsfreistellung gegen die D aus dem Sanierungsberatungsvertrag vom 06.05.2013 zu. Die D habe es versäumt, auf die Insolvenzreife der B hinzuweisen, obwohl sie hierzu bei einem Sanierungsgutachten nach IDW S6 Standard verpflichtet gewesen sei. Der Vertrag über das Sanierungsgutachten entfalte Schutzwirkung zugunsten des Geschäftsführers, da er über § 64 GmbHG a.F. von der zu prüfenden Insolvenzreife in gleicher Weise betroffen sei wie die Gesellschaft selbst. Dieses sei der D auch bekannt gewesen. Hätte die D den Geschäftsführer H auf die Zahlungsunfähigkeit der B und damit den Eintritt der Insolvenzreife hingewiesen, hätte dieser umgehend einen Insolvenzantrag für die Gesellschaft gestellt, so dass kein weiterer Schaden entstanden wäre. Eine etwaige Untätigkeit des Geschäftsführers trotz von ihm erkannter drohender Zahlungsunfähigkeit der B stehe einer Haftung der D nicht entgegen, da sich verschiedene Verursachungsbeiträge nicht gegenseitig ausschlössen. Auch scheide insoweit ein zu berücksichtigendes Mitverschulden des Geschäftsführers aus, da dieser bei Fortführung der Geschäfte lediglich der Empfehlung der D als Gutachterin mit überlegener Sachkenntnis gefolgt sei. Die in der Projektskizze vom 25.04.2013 enthaltene Haftungsbeschränkung zugunsten der D sei unwirksam. Dies ergebe sich zumindest aus der unzulässigen Freizeichnung von der Erfüllung zentraler vertraglicher Pflichten, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

[10-11] *(Anträge: ...)*

[12] Er *(der Beklagte)* hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, dass die D bei der Erstellung des Sanierungsgutachtens keine vertraglichen Pflichten verletzt habe. Eine Insolvenzreife habe zum Zeitpunkt der Erstellung der Fortführungsprognose nicht vorgelegen, auf die drohende Zahlungsunfähigkeit und

den hohen Liquiditätsbedarf sei deutlich hingewiesen worden. Zudem sei bei einem Sanierungsgutachten nach IDW S6 Standard keine Prüfung der Insolvenzreife des Unternehmens geschuldet. Es sei bereits in der Projektskizze darauf hingewiesen worden, dass die D keine Rechtsberatungsleistungen erbringe. Diese habe die D als reine Unternehmensberatungsgesellschaft auch rechtlich nicht erbringen dürfen. Der Sanierungsberatungsvertrag entfalte ferner keine Schutzwirkung zugunsten des Geschäftsführers. Der Beklagte hat ferner die Auffassung vertreten, dass es jedenfalls am Kausalzusammenhang zwischen einem möglichen Beratungsfehler der D in Verbindung mit der Fortführungsprognose vom 29.07.2013 und einem erst ab Januar 2014 vermeintlich eingetretenen Schaden fehle. Ein zeitlicher Zusammenhang sei nicht erkennbar. Überdies träfen den Geschäftsführer eigenständig Prüfungspflichten hinsichtlich der finanziellen Situation der Gesellschaft. Der Geschäftsführer H habe jedoch trotz auch von der D vermittelter Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit keine Schritte zur – von der D nicht geschuldeten – Prüfung der Insolvenzreife unternommen. Ihn treffe daher zumindest ein anspruchsausschließendes Mitverschulden. Die entsprechend der Projektskizze vereinbarte Haftungsbeschränkung der D sei wirksam.

[13] 3. Mit am 19.07.2022 verkündetem Endurteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass es bereits an einer Einbeziehung des Geschäftsführers H in den Schutzbereich des zwischen der D und der B geschlossenen Beratungsvertrages fehle. Die vertraglich geschuldete Fortbestehens- und Fortführungsprognose habe allein den wirtschaftlichen Interessen der B gedient. Eine weitergehende Beratungspflicht in insolvenzrechtlichen Fragen sowie hinsichtlich Handlungsoptionen des Geschäftsführers habe nicht bestanden. Insoweit träfen den Geschäftsführer eigene originäre Pflichten. Die D habe zudem als reine Sanierungsberaterin keine Hinweise auf eine etwaige Insolvenzantragspflicht oder eine mögliche Haftung des Geschäftsführers nach § 64 GmbHG a.F. geben dürfen, da dies eine unzulässige Rechtsberatung nach § 3 RDG dargestellt hätte. In der Fortführungsprognose vom 29.07.2013 sei die Zahlungsunfähigkeit überdies thematisiert worden, so dass eine Pflichtverletzung der D nicht erkennbar sei. Nachdem der Geschäftsführer zur eigenständigen Prüfung der Überschuldung der Gesellschaft verpflichtet sei, fehle es an dem erforderlichen Kausal- und Zurechnungszusammenhang der behaupteten Pflichtverletzung. Einen Schadenseintritt habe der Kläger nicht hinreichend dargelegt.

[14] 4. Gegen diese Entscheidung wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. *(...)*

[15-19] *(Anträge: ...)*

[20-22] *(...)*

Aus den Gründen:

[23] Die zulässige Berufung ist teilweise begründet. Dem Kläger steht aus abgetretenem Recht unter Berücksichtigung eines anspruchskürzenden Mitverschuldens des Geschäftsführers der B von 50 % ein Zahlungsanspruch in Höhe von 211.107,17 € gemäß §§ 280 Abs. 1, 611, 675, 398 BGB zu.

[24] 1. Mit dem zwischen der B und der D mit Auftragserteilung vom 06.05.2013 geschlossenen Sanierungsberatungsvertrag wurde das vollständige Leistungsspektrum nach dem Standard IDW S6 beauftragt. Eine hiervon abweichende und abschließende Vereinbarung durch die D zu erbringender Leistungen besteht nicht. Entgegen der Auffassung des Beklagten war die D daher auch verpflichtet, die B in einer Form auf eine eingetretene Zahlungsunfähigkeit hinzuweisen, die geeignet war, die verantwortlichen Personen zur Einleitung der insolvenzrechtlich erforderlichen Maßnahmen anzuhalten.

[25] a) Grundlage des Vertrags war die Projektskizze vom 25.04.2013. Bereits in der Überschrift der Projektskizze ist angeführt, dass die Fertigung des Gutachtens in Anlehnung an den IDW S6 Standard erfolgt. Auf Seite 4 der Projektskizze ist ausgeführt, dass das Gutachten auf Wunsch des Gläubigers V dem IDW S6 Standard entsprechen soll. Unter Zugrundelegung des IDW S6 Standard (Stand 04.10.2012) ist in jedem Fall durch den Sanierungsgutachter der Hinweis auf eine eingetretene Zahlungsunfähigkeit in einer Form geschuldet, die es dem Auftraggeber ermöglicht, die gebotenen rechtlichen Konsequenzen zu ziehen. Dieses ergibt sich aus verschiedenen Vorgaben für die Gutachtenserstellung nach IDW S6:

[26] In Rn. 12 IDW S6 wird m Rahmen von 2.1 (Kernanforderungen an Sanierungskonzepte) auf einzuleitende Eilmaßnahmen innerhalb der 3-Wochen-Frist nach § 15a Abs. 1 InsO (i.d.F.v. 01.03.2012 bis 31.12.2020) hingewiesen. Der Sanierungsgutachter hat danach den Eintritt der Insolvenzreife im Zeitraum bis zur Fertigstellung des Gutachtens auszuschließen. Diese im „Kernbereich" getroffenen Feststellungen muss der Gutachter bei Anlass unverzüglich dem Auftraggeber offenlegen, damit dieser bspw. die in Rn. 12 IDW S6 aufgeführten Eilmaßnahmen zur Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit ergreifen kann. Offenkundige Insolvenzantragspflichten wegen eingetretener Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung müssen im Zeitraum der Begutachtung bis zur Fertigstellung des Sanierungskonzepts mit der erforderlichen Sicherheit auszuschließen sein.

[27] In Rn. 79, 80 IDW S6 weist bereits der Titel des Abschnitts 3.4.6 „Feststellungen zur Insolvenzreife" eindeutig darauf hin, dass es sich um einen wesentlichen Teil des Prüfungsumfangs des Sanierungsgutachters handelt. In Rn. 79 wird ausdrücklich

zwischen drohender und bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit unterschieden, da sich nur bei ersterer die Möglichkeit eines Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO (mit Wirkung v. 01.03.2012 bis 31.12.2020) eröffnet. Bereits im Rahmen der Fortbestehensprognose sind daher Feststellungen zum Umfang der Zahlungsschwierigkeiten zu treffen, da sich hier verschiedene Reaktionsmöglichkeiten des Auftraggebers ergeben können von Beschaffung frischen Kapitals bis zur erforderlichen Insolvenzantragsstellung. Dieses wird in Rn. 80 nochmals ausdrücklich klargestellt, wenn bestimmt wird: „*Ergeben sich … Hinweise auf eine (drohende) Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung, muss darauf unverzüglich aufmerksam gemacht werden, um den gesetzlichen Vertretern Gelegenheit zu geben, die gesetzlichen Konsequenzen zu ziehen…*" (vgl. auch Pape/Ott, Sanierungsgutachten, 1. Aufl., Rn. 703 ff zu den Pflichten des Sanierungsgutachters bei Feststellung der Insolvenzreife). Für den Gutachter selbst gilt, dass er die Begutachtung zu beenden oder zu versagen hat, sobald für ihn erkennbar wird, dass eine Insolvenzantragspflicht bereits vorliegt und dennoch eine außergerichtliche Sanierung noch versucht werden soll (IDW S6 Rn. 80 a.E.).

[28] Der Abschnitt 3.6 behandelt in Rn. 84, 85 IDW S6 die Fortführungsprognose. Diese war Gegenstand des abschließenden Gutachtens vom 29.07.2013. Es sind Feststellungen zu Zahlungsfähigkeit und Überschuldung im Fortführungszeitraum zu treffen. In Rn. 85 wird dabei ausdrücklich auf die insolvenzrechtliche Fortführungsprognose (vgl. § 19 Abs. 2 Satz 1, 2. Hs InsO) verwiesen. Für die Steuerberaterhaftung wurde vom Bundesgerichtshof (Urteil v. 07.03.2013, Az. IX ZR 64/12) ausdrücklich klargestellt, dass im Gegensatz zu den Pflichten im Rahmen eines allgemeinen Dauermandats des Steuerberaters fehlerhafte oder fehlende Feststellungen im Rahmen einer Fortführungsprognose nach § 19 Abs. 2 Satz 1, 2. Hs InsO eine Haftung für hieraus folgende Schäden begründen können.

[29] Nach IDW S6 Rn. 86 ff. hat der Gutachter auch eine handelsrechtliche Fortführungsprognose zu erarbeiten. Eine positive Prognose darf dabei nur gestellt werden, wenn weder die Insolvenzgründe der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorliegen noch andere rechtliche oder tatsächliche Gegebenheiten der Fortführung im Prognosezeitraum entgegenstehen. Bei drohender Zahlungsunfähigkeit bzw. drohender Überschuldung müssen geeignete Sanierungsmaßnahmen bereits eingeleitet oder jedenfalls in der Planung hinreichend konkretisiert sein. Ohne eine positive Fortführungsprognose (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB) fehlt es an der Sanierungsfähigkeit (vgl. IDW S6 Rn. 11).

[30] b) Einer Heranziehung der Regelungen des IDW S6 Standards steht vorliegend der Vorrang konkreter vertraglicher Bestimmungen nicht entgegen. Einerseits sind zwar entsprechend der Projektskizze nur Leistungen „in Anlehnung an" diesen Standard vereinbart. Allerdings ist unstreitig, dass die V als eigentlicher Initiator der Beauftragung ein Gutachten nach diesem Standard als Entscheidungsgrundlage für die Fortführung ihres Kreditengagements wollte, was so auch in der Projektskizze angeführt wird. Ferner stellt die Projektskizze auch inhaltlich mit dem Verweis auf eine Fortbestehens- und Fortführungsprognose auf zentrale Bestandteile des IDW S6 ab. Andererseits findet sich in den vertraglichen Bestimmungen kein Hinweis auf eine ausdrückliche oder konkludente Einschränkung der nach IDW S6 zu erbringenden Leistungen der D. Die Projektskizze (= Gutachtensvertrag) vom 25.04.2013 führt vielmehr unter Ziff. 3, 1. Absatz ausdrücklich aus, dass ein „Sanierungsgutachten" benötigt werde, „das dem IDW S6 Standard entspricht". Der Verweis auf die Nichterbringung von Rechts- und Steuerberaterleistungen ist lediglich allgemeiner Natur und nimmt auf die gesetzlichen Einschränkungen aufgrund der Rechtsform der D und Qualifikation der für sie handelnden Personen Bezug. Die fehlende Befugnis nach § 3 RDG und § 3 StBerG hinderte die D nicht an den zur Erfüllung der Pflichten nach IDW S6 zu treffenden Feststellungen zur Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung der B.

[31] c) **Die vom Beklagten herangezogene Entscheidung des OLG Frankfurt (Urteil v. 29.03.2019, Az. 8 U 218/17), in der dieses die Verpflichtung eines Sanierungsberaters zur Aufklärung über eine bestehende Insolvenzantragspflicht abgelehnt hat, betrifft einen anders gelagerten Sachverhalt.** Der dortigen Beauftragung lag keine **umfassende Beauftragung zur Erstellung eines Sanierungsgutachtens mit Fortführungsprognose nach IDW S6** zugrunde, sondern eine abschließende Aufzählung von vierzehn Leistungspunkten. Zudem hatte die Schuldnerin in dem dort entschiedenen Fall weitere Berater mit der Prüfung steuerlicher und rechtlicher Fragen beauftragt. **Hingegen bejaht das OLG Köln (Beschluss v. 13.10.2021, Az. 2 U 23/21) in einer mit dem vorliegenden Fall eher vergleichbaren Konstellation (umfassende Beauftragung eines Sanierungsgutachtens nach dem Standard IDW S1) eine Aufklärungspflicht bzgl. eingetretener Insolvenzreife aufgrund der überlegenen Sachkunde des Sanierungsberaters und nimmt zugleich die Einbeziehung der gesetzlichen Vertreter der krisenbefangenen Gesellschaft in den Schutzbereich des Vertrages vor dem Hintergrund der möglichen Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung sowie der persönlichen Haftung des Geschäftsführers an.**

[32] d) Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 26.01.2017 (Az. IX ZR 285/14) die **Hinweispflicht für Steuerberater im Rahmen eines allgemeinen steuerlichen Mandats** deutlich verschärft. Die vom Beklagten zitierte ältere Rechtsprechung (Urteil v. 07.03.2013, Az. IX ZR 64/12) wurde insoweit ausdrücklich ausgegeben. Danach ist der mit der Erstellung eines

Jahresabschlusses für eine GmbH beauftragte Steuerberater verpflichtet zu prüfen, ob sich auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen und der ihm sonst bekannten Umstände tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten ergeben, die einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit entgegenstehen können. Die Frage der **Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf Sanierungsberater** ist höchstrichterlich noch nicht entschieden. Maßgeblich ist insoweit, ob die Bewertungsfrage der positiven Fortführungsprognose nach den Umständen des Einzelfalls zum Gegenstand des Auftrags gemacht worden ist. Soll der Berater sich zur Frage der Insolvenz äußern, steht dies außer Zweifel. **Es ist aber davon auszugehen, dass der als Spezialist in der Unternehmenskrise zugezogene Berater typischerweise konkludent damit beauftragt wird, den wirtschaftlich gravierendsten Fall der eingetretenen Insolvenzreife ggfs. zu erforschen und darüber aufzuklären** (vgl. Altmeppen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, Anh. § 60 Rn. 244 m.w.N.). Da vorliegend mit der Vereinbarung des Standards IDW S6 Feststellungen zu den Voraussetzungen der möglichen Insolvenzreife ausdrücklich geschuldet wurden, ist von einer entsprechenden Hinweispflicht der D auszugehen.

[33] 2. Eine Pflichtverletzung gemäß § 280 Abs. 1 BGB der D ist gegeben. Sie hat nicht in der vertraglich geschuldeten Form auf eine bei Vorlage des Gutachtens am 29.07.2013 bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit der B hingewiesen.

[34] a) **Es kann vorliegend dahinstehen, ob im Anschluss an OLG Köln (Beschluss v. 13.10.2021, Az. 2 U 23/12) ein konkreter Hinweis auf die Insolvenzantragspflicht erforderlich ist, wobei § 5 Abs. 1 RDG einen solchen Hinweis als zulässige Nebenleistung im Zuge der Sanierungsberatung rechtlich ermöglichen würde** (vgl. BGH, Urteil v. 07.03.2013, Az. IX ZR 64/12 zur Zulässigkeit beim Steuerberater/Wirtschaftsprüfer; BVerwG, Urteil v. 27.10.2004, Az. 6 C 30/03 zu Art. 1 § 5 Nr. 1 RBerG; Krenzler-Krenzler, RDG, 2. Aufl., § 5 Rn. 105ff m.w.N.). Allerdings weist das Sanierungsgutachten der D vom 29.07.2013 bereits nicht in einer Form auf eine Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens hin, die geeignet ist, die gesetzlichen Vertreter zur Stellung eines Insolvenzantrags zu veranlassen. Vielmehr steht das Gutachten mit einer positiven Fortbestands- und Fortführungsprognose nach § 19 Abs. 2 Satz 1, 2. Hs InsO und dem Vorschlag konkreter Sanierungsmaßnahmen außerhalb der Frist des § 15a InsO (a.F.) der Einleitung des Insolvenzverfahrens entgegen. Damit war es nicht geeignet, wie geschuldet die wirtschaftliche Situation des Unternehmens in einer Weise darzustellen, die den Auftraggeber in die Lage versetzt, auch unter Berücksichtigung insolvenzrechtlicher Pflichten entsprechend zu handeln, vgl. Rn. 80 der IDW S6. In einer Gesamtbetrachtung des Gutachtens vom 29.07.2013 ist der Senat der Überzeugung, dass die D tatsächlich von noch bestehender Zahlungsfähigkeit der B ausging und dieses auch dem Auftraggeber so vermittelte. Der Geschäftsführer der D M gab in seiner Zeugenvernehmung vom 21.11.2022 im Verfahren 92 O 5/19 an, dass das Unternehmen Y GmbH als Bestandteil der X im Dezember 2013 noch zahlungsfähig gewesen sei, da 1 Mio. € durch den Verkauf des Milchsammelgeschäfts sowie die Prolongation des Kredits der V zugeflossen sei. Näher erklärt der Zeuge: „*Im Januar 2014 hatte die V dann den Kredit ultimativ bis zum 05. März 2014 prolongiert. Jetzt liefen die richtigen Probleme zu. Wenn die Geschäftsführer an dieser Stelle Herrn O unter Druck gesetzt hätten und er hätte nicht geleistet, dann hätten sie Insolvenz anmelden müssen.*" Zu beachten ist insoweit, dass die D ihre beratende Tätigkeit nach Vorlage der ersten Fortführungsprognose am 29.07.2013 fortsetzte und vom Geschäftsführer H auf Wunsch der V beauftragt wurde, diese zu überarbeiten. Eine zweite Fortführungsprognose sei nach Angaben des Zeugen M nach November 2013 erstellt worden und habe keine Liquiditätsprobleme aufgezeigt.

[35] b) Soweit der Beklagte auf die mehrfachen Hinweise auf eine drohende Zahlungsunfähigkeit und eine bestehende Liquiditätslücke von 1,3 Mio € in der Fortführungsprognose vom 29.07.2013 verweist, wovon auch die gesetzlichen Vertreter der B Kenntnis gehabt hätten, führt dieses zu keinem anderen Ergebnis. Eine „drohende" Zahlungsunfähigkeit stellt eine pauschale Darstellung dar, die nicht auf eine eingetretene Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung sowie das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 15a InsO verweist. Konkret waren die Beteiligten auf Grundlage der Fortführungsprognose der D offensichtlich zu der Erkenntnis gelangt, dass die Liquidität der B durch die vorläufige Prolongation des Darlehens der V sowie die Einstandsbereitschaft des weiteren Gläubigers VM gegeben war und Eilmaßnahmen bis hin zu einer Insolvenzantragsstellung nicht geboten waren, so dass durch die D im Ergebnis die Fortführung des Unternehmens empfohlen wurde. Auch der Zeuge H als Geschäftsführer der B und damit direkter Adressat des Gutachtens hat in seiner Einvernahme durch den Senat erklärt, dass nach seinem Verständnis das Gutachten eine Fortführung des Unternehmens ohne sofortige Einleitung insolvenzrechtlicher Maßnahmen zum Ergebnis hatte.

[36] Damit liegt - eine zum Zeitpunkt der Gutachtenserstellung bestehende Zahlungsunfähigkeit unterstellt (hierzu nachfolgend II. 1. d) - eine Pflichtverletzung vor. Die D hätte eine (außergerichtliche) Sanierungsfähigkeit mangels positiver Fortführungsprognose ausdrücklich verneinen müssen.

[37] c) Soweit im unstreitigen Tatbestand des angegriffenen Endurteils festgehalten ist, dass an mehreren Stellen im Gutachten explizit auf die Zahlungsunfähigkeit hingewiesen wurde, steht § 314 ZPO nicht entgegen. Aus dem Tatbestand ergibt sich nicht, dass die D mit der erforderlichen und geschul-

deten Deutlichkeit auf die Bedeutung des Vorliegens eines Insolvenzgrunds hingewiesen hat. Insoweit kommt es auf das Gesamtergebnis des Gutachtens mit seinen Handlungsempfehlungen an und nicht auf einzelne Aussagen.

[38] d) Nach den getroffenen Feststellungen lag die Zahlungsunfähigkeit und damit Insolvenzreife der B während oder bei Abschluss der Gutachtenserstellung durch die D im Juli 2013 vor.

[39] Insolvenzreife setzt eingetretene Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO) voraus. Zahlungsunfähigkeit und nicht nur eine vorübergehende Zahlungsstockung liegt vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, sich innerhalb von drei Wochen die zur Begleichung der fälligen Forderungen benötigten finanziellen Mittel zu beschaffen und die Liquiditätslücke auf unter 10 % zurückzuführen (std. Rspr., vgl. BGH, Urteil v. 19.12.2017, Az. II ZR 88/16 m.w.N.).

[40] Der Kläger hat unter Vorlage eines Gutachtens der S. Insolvenz-Steuerberatungsgesellschaft mbH vom 18.12.2014 eine Zahlungsunfähigkeit der B seit dem 01.11.2009 dargelegt und Sachverständigenbeweis angeboten. Der Kläger ist daher seiner Darlegungslast unter Beweisantritt nachgekommen. Der Vortrag des Beklagten zum Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit bzw. Insolvenzreife der B ist hingegen nicht konsistent. Während in der Klageerwiderung vom 10.04.2019 der Eintritt von Insolvenzreife im Juli 2013 bestritten wurde, wird in der Berufungserwiderung vom 04.10.2022 auf eine von der D im Rahmen der Fortführungsprognose vom 29.07.2013 festgestellte Zahlungsunfähigkeit als Insolvenzgrund abgestellt. Das pauschale Bestreiten des Beklagten ist ferner unsubstantiiert, nachdem die von ihm vertretene Insolvenzschuldnerin (D) eigene Sachkunde und -kenntnisse besitzt. Grundlage von deren Gutachtertätigkeit waren Feststellungen zur Liquidität und Zahlungsfähigkeit der B auch unter Berücksichtigung der längerfristigen finanziellen Kennzahlen für die Vergangenheit. Es ist dem Beklagten daher ohne weiteres möglich, sich inhaltlich mit dem Vortrag des Klägers zum Zeitpunkt der insolvenzrechtlichen Zahlungsunfähigkeit der B auseinanderzusetzen. Im Übrigen besitzt der Beklagte auch in eigener Person als Insolvenzverwalter die hierfür erforderliche Sachkunde. Die in der Fortführungsprognose vom 29.07.2013 enthaltenen Feststellungen zur Zahlungsunfähigkeit der B sind nicht geeignet, die Feststellungen im Gutachten in Frage zu stellen, nachdem es an einer konkreten Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen der insolvenzrechtlichen Zahlungs(un)fähigkeit fehlt.

[41] 3. Der Vertrag zwischen der B und der D über die Erbringung von Leistungen der Sanierungsberatung entfaltet **Schutzwirkung zugunsten des Geschäftsführers** der B (vgl. OLG Köln, a.a.O.; dem Grunde nach für einen Steuerberater auch BGH, Beschluss v. 14.06.2012, Az. IX ZR 145/11). **Ein Dritter kann dann in den Schutzbereich vertraglicher Pflichten einbezogen sein, wenn der geschützte Dritte mit der Hauptleistung des Schutzpflichtigen bestimmungsgemäß in Berührung kommt, zu dieser Leistungsnähe ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages hinzutritt und dem Schutzpflichtigen die Einbeziehung Dritter in sein vertragliches Haftungsrisiko erkennbar ist. Außerdem muss der Dritte für diese Haftungserstreckung selbst schutzwürdig sein** (vgl. BGH, Beschluss v. 07.03.2013, Az. IX ZR 64/12; Urteil v. 13.10.2011, Az. IX ZR 193/10).

[42] Die Feststellung der Insolvenzreife eines Unternehmens ist wie dargestellt Hauptleistungspflicht des Sanierungsberatervertrags nach dem Standard IDW S6, mit welcher der Geschäftsführer aufgrund § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. erkennbar in gleicher Weise in Berührung kommt, wie der Auftraggeber selbst (bejahend auch BGH, Beschluss v. 26.01.2023, Az. III ZR 91/22). An einer **Schutzbedürftigkeit des Geschäftsführers** bestehen aufgrund seiner gegenüber der D unterlegenen Sachkunde sowie der drohenden Konsequenzen einer Verletzung insolvenzrechtlicher Pflichten keine Zweifel. Auch Rn. 80 der IDW S6 geht von der Einbeziehung des gesetzlichen Vertreters in den Schutzbereich des Vertrages aus, da diesem durch eine Information über die (drohende) Zahlungsfähigkeit ausdrücklich die Möglichkeit gegeben werden soll, die gebotenen rechtlichen Konsequenzen zu ziehen (bejahend auch Pape/Opp, a.a.O., Rn. 1201).

[43] 4. Gegen den Geschäftsführer der B bestehen aufgrund masseschmälernder Leistungen gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. (§ 64 Abs. 1 GmbHG n.F.) Ansprüche in Höhe von 422.214,34 €, die einen als Schaden geltend zu machenden an den Kläger abgetretenen Freistellungsanspruch gegen den Beklagten begründen.

[44] a) Die Darstellung des Schadens durch den Kläger ist schlüssig und vom Beklagten lediglich pauschal bestritten. Die sofortige Sollbuchung sich aus der Anlage K5 ergebender eingehender Zahlungen innerhalb des Kontokorrentkontos stellte sich jeweils als Zahlung der B an die kontoführende U Bank AG entsprechend § 64 GmbHG a.F. dar, die nach Eintritt der Insolvenzreife eine Geschäftsführerhaftung auslöst. Der Einzug von Forderungen einer insolvenzreifen GmbH auf ein debitorisches Konto ist nach Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich eine masseschmälernde Zahlung im Sinn von § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. (§ 64 Satz 1 GmbHG nF), weil dadurch das Aktivvermögen der Gesellschaft zu Gunsten der Bank geschmälert wird (vgl. nur BGH, Urteil v. 23.06.2015, Az. II ZR 366/13 = BGHZ 206, 52 m.w.N.).

[45] b) Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist eine tatsächlich erfolgte Inanspruchnahme des Geschäftsführers H,

der seine Ansprüche gegen die D wirksam an den Kläger abgetreten hat, nicht erforderlich. Die drohende Inanspruchnahme des Geschäftsführers nach § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. begründete zunächst einen gegen die D gerichteten Freistellungsanspruch des Geschäftsführers H, der sich erst mit der Abtretung an den Kläger in einen Zahlungsanspruch umwandelte (vgl. jurisPK-BGB-Rosch, 10. Aufl., § 399 Rn. 11 m.w.N.).

[46] c) Die im unterlassenen Hinweis auf die Zahlungsunfähigkeit begründete Pflichtverletzung der D war auch kausal für diesen eingetretenen Schaden.

[47] Der Beklagte hat die **Kausalität** unter Hinweis auf die verschiedenen Handlungsmöglichkeiten bestritten, die dem Geschäftsführer nach Vorlage der Fortführungsprognose im Juli 2013 offenstanden, dieses auch für den Fall der Insolvenzreife. **Ein Anscheinsbeweis für ein beratungsgerechtes Verhaltens besteht nicht, da bei einem Hinweis auf eine Überschuldung der Gesellschaft verschiedene Maßnahmen in Betracht kommen, um eventuell auch eine sofortige Insolvenzantragstellung zu vermeiden, wie etwa die Zuführung frischen Kapitals** (vgl. BGH, Urteil v. 06.06.2013, Az. IX ZR 204/12; Pape/Opp, a.a.O., Rn. 1241).

[48] Der Kläger hat jedoch den entsprechenden Kausalitätsnachweis geführt. Der Zeuge H als zur Stellung eines Insolvenzantrags verpflichteter Geschäftsführer der B hat nachvollziehbar und glaubwürdig angegeben, dass er mit der Vorlage des Gutachtens am 29.07.2013 sofort die Insolvenz des Unternehmens angemeldet hätte, falls in dem Gutachten auf eine eingetretene Zahlungsunfähigkeit hingewiesen worden wäre. Dieses hätte er bereits aus Gründen des Eigenschutzes aufgrund der ihm bekannten Geschäftsführerhaftung gemacht.

[49] Der Senat hat keine Zweifel an diesen Angaben des Zeugen. Dafür, dass der Zeuge H trotz ausdrücklicher gutachterlicher Feststellung der Zahlungsunfähigkeit und außergerichtlicher Sanierungsunfähigkeit mangels positiver Fortführungsprognose die zeitnahe Stellung eines Insolvenzantrags unterlassen hätte, sind weder vom Beklagten nachvollziehbare Anhaltspunkte dargelegt worden, noch sind diese sonst ersichtlich. Durch eine Insolvenzantragsstellung zeitnah zur Vorlage des Gutachtens am 29.07.2013 wären die eine Geschäftsführerhaftung begründenden Zahlungen der B im Januar/Februar 2014 nicht erfolgt.

[50] Die Frage der Kenntnis der gesetzlichen Vertreter der B und damit des Zeugen H von deren (drohender) Zahlungsunfähigkeit und der Verpflichtung der gesetzlichen Vertreter zur eigenständigen Prüfung der Voraussetzung nach § 15a InsO ist hingegen für die Kausalität unerheblich. Bei der Feststellung der Kausalität ist lediglich die pflichtwidrige Handlung wegzudenken. Hingegen dürfen weitere hypothetische Umstände nicht hinzugedacht werden dürfen (vgl. BGH, Urteil v. 06.06.2013, IX ZR 204/12).

[51] 5. Der Anspruch des Klägers ist jedoch aufgrund Mitverschuldens des Geschäftsführers der B als Zedenten **um 50 % zu kürzen.** Die Berufung ist daher zurückzuweisen, soweit ein über 211.107,17 € hinausgehender Anspruch geltend gemacht wird.

[52] Der Schadensersatzanspruch kann aufgrund eines Mitverschuldens des Geschäftsführers (§ 254 Abs. 1 BGB) erheblich gemindert oder sogar ganz ausgeschlossen sein (vgl. BGH, Urteil v. 06.06.2013, Az. IX ZR 204/12). **Den Geschäftsführer einer GmbH trifft die Pflicht, sich stets über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft zu vergewissern. Hierzu gehört insbesondere die Prüfung der Insolvenzreife.** Bei Anzeichen einer Krise hat er sich durch Aufstellung eines Vermögensstatus einen Überblick über den Vermögensstand zu verschaffen. Der Geschäftsführer handelt fahrlässig, wenn er sich nicht rechtzeitig die erforderlichen Informationen und die Kenntnisse verschafft, die er für die Prüfung benötigt, ob er pflichtgemäß Insolvenzantrag stellen muss. Sofern er nicht über ausreichende persönliche Kenntnisse verfügt, muss er sich gegebenenfalls fachkundig beraten lassen (vgl. BGH, Versäumnisurteil v. 19.06.2012, Az. II ZR 243/11 m.w.N.).

[53] a. **Allerdings kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Berater, der seine Vertragspflicht zur Erteilung richtiger Auskünfte verletzt hat, gegenüber dem Ersatzanspruch des Geschädigten regelmäßig nicht geltend machen, diesen treffe deshalb ein Mitverschulden, weil er der Auskunft vertraut und dadurch einen Mangel an Sorgfalt gezeigt habe** (BGH, Urteil v. 07.12.2006, Az. IX ZR 37/04 m.w.N.). Dementsprechend darf sich selbst ein Auftraggeber mit einschlägiger Vorbildung auf eine einwandfreie Vertragserfüllung durch den Berater verlassen (BGH, Urteil v. 18.12.1997, Az. IX ZR 153/96; Steuerberaterhaftung). **Ist der Berater mit der Sanierungsberatung, der Erstellung eines Sanierungskonzepts oder sogar explizit mit der Prüfung der Insolvenzreife beauftragt und erteilt er im Rahmen dessen falsche Auskünfte zur Insolvenzreife, darf der Geschäftsführer in aller Regel auf diesen Rat vertrauen, weil er die (interne) Prüfungspflicht dem mandatierten Berater anvertraut hat. Ein der Gesellschaft zuzurechnendes Mitverschulden der Geschäftsführer für eine verspätete Insolvenzantragsstellung wird in diesen Fällen daher zumeist ausscheiden** (vgl. Pape/Opp, a.a.O., Rn. 1252 m.w.N.).

[54] Dies gilt zunächst auch im vorliegenden Fall. Da Feststellungen zur Fortführungsfähigkeit der B in Abgrenzung zur Insolvenzreife Hauptleistungspflicht des Beratervertrags der D

war, kann sich der Beklagte nicht darauf berufen, dass die gesetzlichen Vertreter der B daneben die Insolvenzreife auch eigenständig zu prüfen hatten. Ein Mitverschulden des Geschäftsführers H kann daher nicht damit begründet werden, dass er nach Vorlage des Gutachtens am 29.07.2013 den in diesem enthaltenen Empfehlungen zur Fortführung des Unternehmens folgte, aus denen sich ergab, dass die D nicht von der Insolvenzreife der B ausging.

[55] b. Allerdings kann der **Mitverschuldenseinwand auf das weitere Untätigbleiben des Geschäftsführers** H bis zur Stellung des Insolvenzantrags am 13.03.2014 gestützt werden. Der Beklagte bezieht sich insoweit auf die Nichtumsetzung der im Gutachten vom 29.07.2013 beschriebenen Maßnahmen. Nachdem eine Umsetzung zeitnah nicht erfolgt sei, habe die B bei bekannter drohender Zahlungsunfähigkeit aufgrund der Liquiditätslücke externen Rechtsrat einholen müssen.

[56] (1) Grundsätzlich kann der **Zurechnungszusammenhang** zwischen der Pflichtverletzung des Beraters und dem entstandenen Schaden unterbrochen sein, wenn die **Verluste nicht auf der Fortsetzung der üblichen Geschäftstätigkeit, sondern auf der Eingehung wirtschaftlich nicht vertretbarer Risiken beruhen. Dieses kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn die Geschäftsführer die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, deutlich überschritten haben, weil die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, deutlich überspannt worden ist oder das Verhalten des Geschäftsleiters aus anderen Gründen als unvertretbar gelten muss** (vgl. BGH, Urteil v. 06.06.2013, Az. IX ZR 204/12; Pape/Opp a.a.O., Rn. 1247).

[57] Hiergegen spricht vorliegend, dass in dem Fortführungsgutachten keine konkrete zeitliche Vorgabe für die Umsetzung der Sanierungsvorschläge enthalten war. Neben grundsätzlichen Umstrukturierungsmaßnahmen für die X sollte die Liquiditätsproblematik vor allem durch drei Maßnahmen beseitigt werden – die Veräußerung des Milchsammelgeschäfts für 500.000,00 €, die langfristige Prolongation des Darlehensrahmens der V von 500.000,00 € sowie ein weiteres finanzielles Engagement der VM in Höhe von 300.000,00 €. Ausweislich der Feststellungen im vorgelegten Urteil des OLG Bamberg vom 10.04.2019 (Az. 8 U 34/18, Anlage K11) sowie den Angaben des vormaligen Geschäftsführers der D in seiner Einvernahme vom 21.11.2022 im Verfahren 92 O 5/19 vor dem Landgericht Würzburg wurden die Mittel aus der Veräußerung des Milchsammelgeschäfts Anfang 2014 realisiert, während über die Sanierungsbeiträge der beiden Hauptgläubiger der B laufende Verhandlungen bis ins Jahr 2014 hinein stattfanden. Aus den nicht bestrittenen Angaben des vormaligen Geschäftsführers ergibt sich ferner, dass die D nach Abgabe der Fortführungsprognose im Juli 2013 den Sanierungsprozess weiter begleitete und nach November 2013 eine zweite Fortführungsprognose ohne das Milchsammelgeschäft erstellte. Es ist daher nicht ersichtlich, dass sich bis Januar 2014 für die gesetzlichen Vertreter der B eine wesentliche Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse oder ein sicheres Scheitern des fortlaufend von der D begleiteten Sanierungsprozesses abzeichnete.

[58] (2) Ein **nicht unerhebliches Mitverschulden** des Geschäftsführers der B ergibt sich hingegen aus dem Umstand, dass nach eigenem Vortrag des Klägers die B bereits seit dem 01.11.2009 **ununterbrochen zahlungsunfähig war, ohne dass ersichtlich ist, dass seitens ihrer gesetzlichen Vertreter Schritte zur Feststellung der finanziellen Gesamtsituation sowie erforderlicher insolvenzrechtlicher Schritte unternommen wurden.** Dieses geschah erst auf Forderung eines Hauptgläubigers (V) mit der Beauftragung der D im Frühjahr 2013 und damit etwa 3,5 Jahre nach dem klägerseits behaupteten Eintritt der Zahlungsunfähigkeit. Hieraus folgt eine maßgebliche Verletzung der Pflichten des Geschäftsführers zur Beobachtung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens sowie zur Ergreifung der erforderlichen Maßnahmen, einschließlich der zeitnahen Heranziehung wirtschaftlicher und rechtlicher Expertise. Zwar sind Gegenstand der Klage vorliegend Schäden, die erst nach Beauftragung der D und deren Auskunftserteilung eingetreten sind (vgl. Pape/Opp, a.a.O., Rn. 1255). Allerdings bestand seitens der gesetzlichen Vertreter auch nach Fertigstellung des Gutachtens im Juli 2013 dringende Veranlassung, weiter eigenständig Feststellungen zur insolvenzrechtlich relevanten Finanzsituation der B zu treffen, da die Fortführungsprognose erkennbar nicht geeignet war, diese Fragen abschließend zu beantworten. So enthielt das Gutachten weder eine eindeutige und begründete verneinende Aussage zur Insolvenzreife des Unternehmens noch Angaben zu einzuhaltenden Fristen bei der Umsetzung der vorgeschlagenen Sanierungsmaßnahmen. Vor dem Hintergrund der den gesetzlichen Vertretern der B spätestens seit der Vorlage des Gutachtens bekannten Liquiditätslücke von 1,3 Mio. € sowie der seit Jahren bestehen wirtschaftlichen Schwierigkeiten bis hin zum teilweisen Ausfall der Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen wären die gesetzlichen Vertreter verpflichtet gewesen, jedenfalls durch das Verlangen nach einer Ergänzung des Gutachtens gegenüber der D eine Klarstellung im Hinblick auf die aktuelle und nahe zukünftige insolvenzrechtliche Lage des Unternehmens zu erlangen.

[59] Das Landgericht Aachen (Urteil v. 14.04.2021, Az. 11 O 241/17, insoweit bestätigt durch OLG Köln, Beschluss v. 13.10.2021, Az. 2 U 23/21) hat aufgrund der eigenen Prüfpflichten des Geschäftsführers bei Kenntnis der kritischen

Liquidität der Gesellschaft und Insolvenzreife weit vor Beauftragung des Sanierungsgutachters ein Mitverschulden von 70 % angenommen. Abweichend zum vorliegenden Fall war in der dortigen Konstellation jedoch ein Hinweis des Sanierungsberaters erfolgt, die mögliche Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung durch einen Dritten überprüfen zu lassen. Zudem lagen Indizien vor, dass dem Geschäftsführer die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft bekannt war. Vorliegend erachtet der Senat unter Berücksichtigung sämtlicher dem Geschäftsführer H bekannten Umstände im Hinblick auf die wirtschaftliche Krise der B die Annahme eines hälftigen Mitverschuldens als angemessen.

[60] 6. Die **Haftungsbeschränkung** der D in der zum Gegenstand des Vertrags gemachten Projektskizze vom 25.04.2013 ist gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB unwirksam.

[61] **Eine Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit neben einer höhenmäßigen Beschränkung für eine Verletzung der zentralen Hauptpflichten ist in Gestaltungen der Inanspruchnahme eines durch höhere Sachkenntnis begründeten besonderen Vertrauens zumindest sehr problematisch** (vgl. bspw. OLG Düsseldorf, Urteil v. 21.04.2009, Az. I-24 U 27/08 [Wirtschaftsprüfer]; insgesamt MüKo/BGB-Wurmnest, 9. Aufl., § 307 Rn. 150 ff. m.w.N.). **Daher ist ein vertraglicher Haftungsausschluss bei Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern gesetzlich ausgeschlossen** (vgl. § 52 BRAO, § 67a StBerG, § 323 Abs. 4 HGB). Vorliegend nahm die D als Sanierungsberaterin angesichts der umfassenden und ausschließlichen Beauftragung nach Standard IDW S6 ein besonderes Vertrauen in Anspruch. Es handelte sich bei der D um eine am Markt etablierte Beratungsgesellschaft in ständiger Geschäftsbeziehung zur Gläubigerin V. Die Gutachtenserstellung erfolgte arbeitsteilig durch mehrere Mitarbeiter mit offenbar spezifischen Fachkenntnissen. **Es ist daher gerechtfertigt, das Haftungsregime dem gesetzlich geregelter wirtschaftsprüfender Professionen anzunähern.** Eine Freizeichnung würde jedenfalls hinsichtlich der im konkreten Fall verletzten vertraglichen Hauptpflichten die Auftraggeberin entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben unbillig benachteiligen (vgl. Pape/Opp, a.a.O., Rn. 1288 f für die Verletzung von Kardinalpflichten unter Verweis auf entsprechende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs).

[62] 7. Ein **Gegenanspruch des Beklagten auf Abtretung eines vorzubehaltenden Anspruchs des Geschäftsführers** der B auf Berücksichtigung einer Insolvenzquote der begünstigten Gesellschaftsgläubiger kann eine entsprechende **Zug-um-Zug-Verurteilung** des Klägers nicht begründen.

[63] a) **Um eine ungerechtfertigte Bereicherung der Insolvenzmasse zu verhindern, ist dem gemäß § 64 GmbHG verurteilten Geschäftsführer grundsätzlich von Amts wegen vorzubehalten, nach Erstattung des Verurteilungsbetrages an die Masse seine Gegenansprüche, die sich nach Rang und Höhe mit den Beträgen decken, welche die durch die verbotswidrigen Zahlungen begünstigten Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätten, gegen den Kläger als Insolvenzverwalter zu verfolgen** (BGH, Urteil v. 08.01.2001, Az. II ZR 88/99 = BGHZ 146, 264, 279; Urteil v. 11.07.2005, Az. II ZR 235/03; Beschluss v. 19.02.2013, Az. II ZR 296/12). Hierdurch wird im Verhältnis vom Geschäftsführer zu der in der Insolvenz befindlichen Gesellschaft dem Umstand Rechnung getragen, dass sich der der Gesellschaft verbleibende Schaden im Ergebnis aus den um die Insolvenzquote des begünstigten Gläubigers verminderten masseschmälernden Leistungen ergibt, es sich mithin um einen einheitlichen Vorgang der Schadensermittlung handelt.

[64] b) Abweichend hiervon ist Gegenstand der Klage aus abgetretenem Recht vorliegend der gegen einen Dritten gerichtete Freistellungsanspruch hinsichtlich der Geschäftsführerhaftung gemäß § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. **Der Gegenanspruch des Geschäftsführers auf Berücksichtigung der Insolvenzquote des begünstigten Gesellschaftsgläubigers besteht daher nicht unmittelbar in der Person des Beklagten als Insolvenzverwalter der D, sondern ist diesem erst - wie auch von dem Beklagten geltend gemacht - im Wege der Abtretung zu übertragen, um ihn dann dem Kläger entgegen halten zu können.** Es handelt sich somit nicht um die Feststellung eines einheitlichen Schadens in einem Schuldverhältnis. Vielmehr hat der Beklagte erstmals im Termin vom 17.07.2023 aufgrund eines bestehenden Anspruchs auf Abtretung des gegen den Kläger vorzubehaltenden Anspruchs des Geschäftsführers ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht, § 273 Abs. 1 BGB. Hiermit ist der Beklagte jedoch präkludiert, §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 530, 531 Abs. 2 ZPO. Der Kläger ist Vortrag des Beklagten hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen des Gegenanspruchs entgegen getreten. Gründe für die ausnahmsweise Zulässigkeit der verspäteten Geltendmachung der Einrede gemäß § 531 Abs. 2 ZPO sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

[65-68] *(...)*

Steuerberaterhaftung

- Schätzungsbescheid
- Darlegungs- und Beweislast

(OLG Karlsruhe, Urt. v. 6.9.2023 – 7 U 162/22)

Leitsatz

Bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen in Folge von Schätzungsbescheiden der Finanzbehörden muss grundsätzlich der Mandant darlegen, welche Gewinne oder Verluste abweichend von den Besteuerungsgrundlagen der Schätzungsveranlagung tatsächlich entstanden sind. Sofern es ihm mangels Unterlagen nicht möglich ist zu belegen, welcher Gewinn abweichend von den Besteuerungsgrundlagen der Schätzungsveranlagung hätte versteuert werden müssen, bleibt er beweisfällig.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, nimmt den Beklagten auf Schadensersatz wegen behaupteter fehlerhafter steuerlicher Beratung im Zusammenhang mit einer Außenprüfung der Finanzverwaltung in Anspruch.

[2] Die Klägerin betrieb bis zum Jahr 2011 eine Diskothek auf dem B. A. Park in R. Der Beklagte erstellte für die Veranlagungszeiträume 2009 bis 2011 für die Klägerin die Steuererklärungen und Gewinnermittlungen. Die Buchhaltung oblag nicht dem Beklagten, sondern wurde im Auftrag der Klägerin durch einen „Buchhaltungsservice" erledigt. Aufgrund der Prüfungsanordnung des Finanzamts B. vom 10.12.2014 kam es ab dem 06.10.2015 zu einer steuerlichen Betriebsprüfung für die Zeiträume 2009 bis 2011. Trotz mehrerer Aufforderungen seitens der Finanzbehörde legte der Beklagte zur Betriebsprüfung keine Unterlagen der Klägerin vor. Die Finanzbehörde nahm darauf eine Schätzung vor und änderte die Steuerbescheide, wobei ertragsteuerlich geltend gemachte Verluste auf null geschätzt und die erstattungsfähigen Vorsteuerbeträge jeweils um die Hälfte reduziert wurden. Die geänderten Steuerbescheide wurden bestandskräftig. Wegen der Einzelheiten wird auf die Darstellung im landgerichtlichen Urteil verwiesen.

[3] Die Klägerin macht geltend, sie habe weder Kenntnis von der Außenprüfung noch von der Aufforderung zur Vorlage von Unterlagen, die sich sämtlich beim Beklagten befunden hätten, gehabt. Auch die geänderten Steuerbescheide seien ihr vor Ablauf der Rechtsmittelfrist nicht bekannt gewesen. Der Beklagte sei mit der Begleitung der Betriebsprüfung betraut gewesen. Es stelle einen Beratungsfehler dar, dass er die Klägerin nicht informiert und die ihm vorliegenden Unterlagen nicht der Finanzbehörde vorgelegt habe. Die Buchhaltung der Klägerin für die Jahre 2009 bis 2011 sei ordnungsgemäß. Bei ihrer Vorlage im Rahmen der Betriebsprüfung hätte eine Abänderung der Umsatzsteuerbescheide verhindert werden können und die Umsatzsteuernachzahlungen wären vermieden worden. Dadurch, dass der Beklagte der Klägerin die geänderten Umsatzsteuerbescheide nicht vorgelegt habe, habe die Klägerin keine Möglichkeit gehabt, gegen diese im Rechtsmittelverfahren vorzugehen. Wegen ihrer wirtschaftlichen Lage könne die Klägerin Zahlungen auf die offenen Umsatzsteuerverbindlichkeiten nicht leisten, weshalb weiter Zinsen und Säumniszuschläge anfielen. Wegen der Einzelheiten der Schadensberechnung wird auf die Darstellung im landgerichtlichen Urteil verwiesen.

[4] Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen des weiteren Sach- und Streitstands im ersten Rechtszug sowie der getroffenen Feststellungen Bezug genommen wird, hat zunächst am 18.07.2018 ein Teil-Versäumnis- und Schlussurteil gegen den Beklagten erlassen, mit dem dieser zur Zahlung von 61.706,32 € zuzüglich Zinsen sowie Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten von 1.642,40 € zuzüglich Zinsen verurteilt wurde. Nach Einspruch des Beklagten hat das Landgericht Beweis erhoben und nach Klageerweiterung mit dem angefochtenen Urteil das Teilversäumnisurteil vom 18.07.2018 bestätigt, den Beklagten verurteilt, weitere 9.391,65 € zuzüglich Zinsen an die Klägerin zu bezahlen, sowie festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, die laufenden Säumniszuschläge der Klägerin auf die Umsatzsteuerschulden zu tragen.

[5] Nach der Einvernahme von Zeugen hat sich das Landgericht davon überzeugt, dass der Beklagte damit beauftragt war, die Klägerin im Zusammenhang mit der Betriebsprüfung des Finanzamts für die Jahre 2009 bis 2011 zu betreuen und ihm die insoweit bei der Klägerin vorhandenen Unterlagen (drei Leitzordner) vorlagen. Der Beklagte sei daher verpflichtet gewesen, auf die Aufforderung des Finanzamts die ihm überlassenen Unterlagen dem Außenprüfer zur Verfügung zu stellen und dessen Fragen soweit möglich zu beantworten. Da der Beklagte – insoweit unstreitig – weder Auskünfte erteilt noch Unterlagen vorgelegt habe, habe er seine vertraglichen Pflichten verletzt. Folge der Pflichtverletzung seien die Abänderungen der Steuerbescheide. Durch Umsatzsteuernachzahlungen sei insoweit ein Schaden von 45.318 € eingetreten, hinzu kämen Zinsen zur Umsatzsteuer i.H.v. 10.915 €, Säumniszuschläge von 24.135,50 € sowie Vollstreckungskosten von 28,32 €. Nach Einholung des Gutachtens einer Steuerberaterin/Wirtschaftsprüferin hat sich das Landgericht davon überzeugt, dass, wenn der Beklagte die ihm vorliegenden drei Leitzordner der Finanzbehörde vorgelegt hätte, die Voraussetzungen für eine Schätzung der Umsatzsteuer nicht vorgelegen hätten, weshalb es zu einer Änderung der Umsatzsteuerbescheide für die Jahre 2009 bis 2011 nicht gekommen und der Schaden der Klägerin nicht entstanden wäre.

[6] Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, mit der dieser geltend macht, das Landgericht habe steuerrechtliche Fragen selbst beantworten müssen und kein Sachverständigengutachten einholen dürfen. Die auf einer Hinzuschätzung beruhenden Steuern stellten im Übrigen keinen Schaden dar, solange die Klägerin nicht darstellen könne, dass der Schätzungsschaden von den tatsächlichen Betriebseinnahmen abweiche. Tatsächlich wäre der Klägerin wegen der Mangelhaftigkeit ihrer Buchhaltungsunterlagen bei deren Vorlage ein höherer Schaden als jetzt entstanden. Die Annahmen der Sachverständigen zum Rohgewinnaufschlag unter Berücksichtigung eines Beschlusses des Finanzgerichts München seien unzutreffend. Die Sachverständige habe insbesondere übersehen, dass die dort genannten durchschnittlichen Rohgewinnaufschläge auf den Wareneinsatz für Diskotheken auf Fachinformationen des Landes Nordrhein-Westfalen beruhten und daher vom Finanzgericht München nicht von einem hohen Münchner Preisniveau ausgegangen worden sei. Da die aus den Unterlagen der Klägerin ermittelten Rohgewinnaufschläge für 2009 und 2010 am unteren Ende bzw. unter dem Durchschnitt gelegen hätten, während sie für 2011 deutlich darüber gelegen hätten, was für die Möglichkeit wesentlich höherer Umsätze spreche, wäre eine Hinzuschätzung auf die Umsätze durch die Finanzverwaltung sehr wahrscheinlich gewesen. Dies hätte zur Folge gehabt, dass es zu einer Prüfungserweiterung auf die Veranlagungszeiträume 2006 bis 2008 gekommen wäre, was für die Klägerin weitere negative Konsequenzen hätte haben können. Vor diesem Hintergrund sei es nicht fehlerhaft gewesen, dass der Beklagte die Unterlagen der Klägerin nicht vorgelegt habe. Das Landgericht habe im Übrigen den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör dadurch verletzt, dass es sich nicht ausreichend mit dem Beschluss des Finanzgerichts München auseinandergesetzt habe, obwohl der Beklagte hierauf ausdrücklich hingewiesen habe. Weiter beanstandet die Berufung, dass das Landgericht fehlerhaft davon ausgegangen sei, dass die bloße Darstellung der Klägerin, sie sei zur Begleichung der Umsatzsteuernachforderungen nicht in der Lage, weshalb Säumniszuschläge und Zinsen Teil des Schadens der Klägerin seien, zum Nachweis ausreiche. Im Übrigen hält die Berufung die Zahlungsanträge für unzulässig, da nicht ersichtlich sei, dass die Klägerin die Steuerforderungen bereits beglichen habe. Ein Schaden sei ihr daher noch nicht entstanden, so dass sie lediglich Freistellung von der Verpflichtung verlangen könne. Hinsichtlich des Feststellungsantrags zur Erstattungspflicht für offene Säumniszuschläge fehle es am Feststellungsinteresse, da die Klägerin insoweit Leistungsklage mit dem Antrag auf Freistellung erheben könne.

[7-11] *(Anträge: ...)*

[12] Sie *(Klägerin)* verteidigt das angefochtene Urteil. Das Landgericht habe, gestützt auf die überzeugenden Ausführungen der Sachverständigen, zutreffend gesehen, dass das Finanzamt bei Vorlage der geordneten Buchführung der Klägerin keine Schätzung vorgenommen hätte, eine Änderung der Steuerbescheide zum Nachteil der Klägerin nicht erfolgt und der Schaden der Klägerin nicht entstanden wäre.

[13] Wegen des weiteren Sach- und Streitstands im zweiten Rechtszug und der dort gestellten Anträge wird auf die gewechselten Schriftsätze und die Sitzungsniederschrift vom 30.08.2023 verwiesen.

Aus den Gründen:

[14] Die Berufung ist zulässig und hat in der Sache Erfolg.

[15] Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, dass der Beklagte im Zuge seiner Tätigkeit als Steuerberater der Klägerin im Zusammenhang mit der Durchführung einer Außenprüfung durch das Finanzamt Vertragspflichten gegenüber der Klägerin verletzt hat (1. und 2.). Es ist jedoch nicht festzustellen, dass als Folge der Vertragsverletzung der Klägerin der von ihr geltend gemachte Schaden entstanden ist (3.).

[16] 1. Der Beklagte greift die Beweiswürdigung des Landgerichts, dass er mit der Betreuung der Klägerin im Verfahren über die Außenprüfung beauftragt und im Besitz ihrer Unterlagen gewesen sei, zu Recht nicht an. Die Beweiswürdigung des Landgerichts ist insoweit auch für den Senat überzeugend. Dass der Beklagte die Unterlagen der Finanzverwaltung nicht auf deren Anforderung vorgelegt hat, ist unstreitig. Ebenso unstreitig ist, dass das Finanzamt daraufhin eine Schätzung vornahm, die u.a. zu einer Nacherhebung von Umsatzsteuer zuzüglich Säumniszuschlägen und Zinsen in der als Schadensersatz eingeklagten Höhe geführt hat.

[17] 2. Der Beklagte hat seine vertraglich übernommenen Beratungspflichten gegenüber der Klägerin verletzt. Diese Pflichtverletzung ist grundsätzlich geeignet, einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten zu begründen (§ 280 Abs. 1 BGB). **Der Beklagte hätte bei pflichtgemäßem Handeln die Klägerin auf seine Bedenken hinsichtlich der Gefahr der Hinzuschätzungen bei einer Betriebsprüfung hinweisen müssen. Er hätte sodann weder eigenmächtig die Belege zurückhalten noch zu ihrer Nichtvorlage raten dürfen**.

[18] a. Der Beklagte hielt die Buchführung der Klägerin zu Recht für unzureichend.

[19] Nach den Feststellungen der Sachverständigen N. sind die Buchhaltungsunterlagen der Klägerin auf der Einnahmenseite unvollständig. Es fehlen Unterlagen, anhand derer man nachvollziehen könnte, wie sich die in der Buchhaltung eingetragenen Einnahmen zusammensetzen. Unstreitig handelte es sich

bei der Klägerin um einen Betrieb, bei dem Bargeld jedenfalls in ganz erheblichem Umfang – Hinweise auf bargeldlose Einnahmen finden sich nicht und werden auch nicht behauptet – vereinnahmt wurde. Weder sind die Kassenbestände der einzelnen Kassen (Eingang, Garderobe, Bar) insoweit dokumentiert, als Bestand am Beginn der Öffnung und bei Schließung festgehalten worden wären, noch gibt es Bonrollen oder sonstige Belege über die Einnahmen. Dass anhand bloßer Eintragungen in der Buchhaltung die tatsächlichen Einnahmen von einem kundigen Dritten nicht nachvollzogen werden können, was aber für eine ordnungsgemäße Buchführung nach den Ausführungen der Sachverständigen erforderlich wäre, ist auch für den Laien gut nachvollziehbar. **Für die Grundaufzeichnungen der Buchhaltung war ausschließlich die Klägerin verantwortlich** (vgl. Meixner, DStR 2018, 2352, 2353). Nachdem die Klägerin nach unbestrittenem Vortrag des Beklagten bereits in den Jahren 2006 bis 2008 ausschließlich Verluste erzielte und sich dies in den Jahren 2009 bis 2011 fortsetzte, ist es nachvollziehbar, dass der Beklagte Bedenken hatte, dass die unzureichende (Einnahmen-)Buchhaltung bei einer Außenprüfung akzeptiert werden würde und er die in seinem Schreiben an die Klägerin vom 01.03.2017 (I K10) dargestellte Befürchtung, dass es zu einer Ausweitung des Prüfungszeitraums kommen könne, hegte. Der Beklagte macht insoweit geltend, dass es bei Vorlage der Unterlagen im Hinblick auf die fehlenden Einnahmebelege zu höheren Schätzungen als tatsächlich geschehen gekommen wäre. Ob dies tatsächlich der Fall gewesen wäre, bedarf hier keiner Entscheidung.

[20] b. Diese Bedenken des Beklagten begründeten eine Beratungspflicht gegenüber der Klägerin und ermächtigten ihn nicht zum eigenmächtigen Handeln in Form des Zurückhaltens von Buchhaltungsunterlagen.

[21] **Ein Steuerberater ist zur Mitwirkung an Handlungen des Mandanten, die zu einer Steuerverkürzung führen, nicht verpflichtet.** Wenn der Beklagte, was aus seinen Äußerungen gegenüber den Zeugen H. und S. geschlossen werden kann, jedenfalls vermutete, dass Einnahmen nicht erklärt und deshalb die Steuer verkürzt worden sei, konnte die Klägerin nicht von ihm verlangen, in einer Weise tätig zu werden, die ihr die Früchte einer Steuerhinterziehung erhielt (vgl. dazu BGH, NJW 2018, 541, 544). **Der Beklagte durfte als Steuerberater an einer Steuerhinterziehung seines Mandanten nicht mitwirken** (BGH a.a.O.). **Der Beklagte hätte zwar nicht die (vermutete) Steuerhinterziehung gegenüber den Finanzbehörden aufdecken müssen, er hätte aber im Rahmen der ihm aus dem Auftrag zur Begleitung der Betriebsprüfung obliegenden Beratungspflicht seine Bedenken gegenüber der Klägerin offenlegen müssen.** Sodann wäre es Sache der Klägerin gewesen zu entscheiden, ob sie unter Vorlage der vorhandenen, auf der Einnahmenseite unvollständigen Unterlagen das Risiko einer Schätzung auf der Grundlage der Unterlagen eingehen wolle oder das Risiko einer Hinzuschätzung ohne Vorlage von Unterlagen tragen wolle. Die Verletzung einer Vertragspflicht liegt somit darin, dass der Beklagte die Klägerin nicht in diesem Zusammenhang beraten und nicht ihre Entscheidung herbeigeführt hat. Dass er im zeitlichen Zusammenhang mit der Betriebsprüfung seine Bedenken mit der Klägerin erörtert und ihre Entscheidung, die Unterlagen nicht vorzulegen, herbeigeführt hätte, ist nicht bewiesen (LGU 14). Diese Feststellung des Landgerichts greift die Berufung nicht an.

[22] 3. Es ist aber nicht festzustellen, dass der Klägerin aus der Nichtvorlage der Buchhaltungsunterlagen, soweit diese vorhanden waren, ein Schaden entstanden ist. Da die tatsächliche Umsatzsteuerlast der Klägerin nicht festgestellt werden kann, kann selbst ein Mindestschaden nicht geschätzt werden.

[23] **Bei der Schadensberechnung sind alle Folgen des haftungsbegründenden Umstands bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in den Tatsacheninstanzen einzubeziehen.** Es geht bei dem erforderlichen **Gesamtvermögensvergleich nicht um Einzelpositionen**, sondern um eine Gegenüberstellung der hypothetischen und der tatsächlichen Vermögenslage (BGH, WM 2015, 1622, 1624). Das mithilfe der Differenzhypothese ermittelte rechnerische Ergebnis eines Schadenseintritts ist einer normativen Wertung zu unterziehen (BGH, NJW 2018, 541, 543). Eine lediglich äußere Verbindung des entstandenen Nachteils zu dem Verhalten des Schuldners begründet noch keine Schadensersatzpflicht; vielmehr muss der Schaden in einem inneren Zusammenhang zu der vom Schädiger geschaffenen Gefahrenlage stehen. Diese Haftungsbegrenzung erfordert eine wertende Betrachtung und gilt gleichermaßen für die vertragliche wie für die deliktische Haftung. Ein Geschädigter soll grundsätzlich im Wege des Schadensersatzes nicht mehr erhalten als dasjenige, was er nach der materiellen Rechtslage hätte verlangen können. Der Verlust einer tatsächlichen oder rechtlichen Position, auf die er keinen Anspruch hat, ist grundsätzlich kein erstattungsfähiger Nachteil (BGH, NJW 2018, 541, 543). **Ein Steuernachteil ist folglich nur ersatzfähig, wenn er auf rechtlich zulässigem Wege vermeidbar war** (BGH a.a.O.).

[24] Soweit die Klägerin meint, die Entscheidung des Bundesgerichtshofs sei hier nicht anwendbar, da nicht ein (fehlerhaftes) positives Tun, sondern ein Unterlassen schadensursächlich geworden sei, überzeugt dies nicht. **Für die Rechtsfolgenseite, nämlich die Entstehung des Schadens und den normativen Schadensbegriff, ist es ohne Bedeutung, ob die der Ersatzpflicht zugrunde liegende Vertragsverletzung auf einem Handeln oder einem Unterlassen beruht.**

[25] Es macht, da ein Vermögensvergleich vorzunehmen ist, auch keinen Unterschied, ob Steuern nachentrichtet werden

mussten oder Steuervorteile bzw. steuerlich anerkannte Verluste in Wegfall kamen. **Es kommt allein darauf an, ob das Vermögen der Klägerin als Folge des Beratungsfehlers verglichen mit dem Vermögen ohne den Beratungsfehler, aber bei Berücksichtigung aller steuerlich relevanten Tatsachen, seien sie der Finanzverwaltung bekannt oder nicht, gemindert ist.**

[26] **Darlegungs- und beweisbelastet** für den Schadenseintritt ist nach allgemeinen Grundsätzen die Klägerin. Sie ist auch nach Hinweis des Senats ihrer Darlegungs- und Beweislast nicht nachgekommen.

[27] a. Eine Darstellung der hypothetischen und der tatsächlichen Vermögenslage fehlt bereits im Hinblick auf das Gesamtvermögen der Klägerin und ihrer Gesellschafterinnen. Insbesondere ist nicht bekannt, wie sich die Festsetzung der geänderten Umsatzsteuer und die Streichung der Verluste im Rahmen der einheitlichen Feststellung von Grundlagen für die Einkommensbesteuerung auf die Einkommenssteuern der Gesellschafterinnen der Klägerin ausgewirkt haben. Es kann jedoch ausgeschlossen werden, dass eine Erhöhung der Betriebsausgaben der Klägerin durch Nachforderungen bei der Umsatzsteuer sowie die Streichung einkommenssteuerlich anerkannter Verluste, zu einer Mehrung des Vermögens der Klägerin bzw. ihrer Gesellschafterinnen geführt hat, da hier zusätzliche Ausgaben entstanden sind bzw. Verluste nicht mehr steuermindernd auf Einkünfte aus anderen Einkunftsarten angerechnet werden konnten. Insoweit ist plausibel und wird vom Beklagten auch nicht angegriffen, dass die Umsatzsteuernachforderungen sich nachteilig auf das Vermögen der Klägerin bzw. ihrer Gesellschafterinnen ausgewirkt haben können.

[28] b. Es ist aber nicht festzustellen, in welcher Höhe Vermögensnachteile eingetreten sind und dass sie einen Schaden darstellen, der auf den Fehler des Beklagten zurückzuführen wäre.

[29] Feststellungen dazu, wie sich das Finanzamt bei Vorlage der Buchhaltungsunterlagen, wie sie der Sachverständigen N. zur Verfügung standen, verhalten hätte, können nicht getroffen werden. Auch die Sachverständige hat in ihrem Gutachten darauf hingewiesen, dass sie dies nicht voraussagen könne. Das Finanzamt hat eine amtliche Auskunft hierüber nicht abgegeben.

[30] Diese Frage kann letztlich jedoch offenbleiben, denn der Senat müsste sich nicht nur davon überzeugen, dass bei einer Vorlage der Unterlagen bei der Betriebsprüfung die Finanzbehörde zu einem anderen, der Klägerin vorteilhaften Prüfergebnis gekommen wäre, sondern auch davon, dass dies der materiellen Rechtslage entsprochen hätte. Dabei ist zu sehen, dass auf der Einnahmenseite die Finanzbehörde auch bei Vorlage der Unterlagen auf eine Schätzung angewiesen gewesen wäre, die unabhängig davon, in welcher Höhe sie ausgefallen wäre, eine Schätzung geblieben wäre, die nicht der tatsächlichen Steuerlast entsprechen muss, auch wenn sie dieser nahekommen soll. Die Klägerin darf jedoch nach den vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätzen nicht deshalb materiell besser stehen, weil sie als Folge unvollständiger Buchhaltungsunterlagen, nämlich wenn das Finanzamt bei der Betriebsprüfung daraus keine Schlüsse zu Lasten der Klägerin gezogen hätte, nicht in der gebotenen Höhe zur Umsatzsteuer veranlagt worden wäre. Feststellungen dazu kann das Gericht nicht treffen, da die tatsächlichen Einkünfte der Klägerin, aus denen sich die Steuerlast errechnen ließe, nicht bewiesen sind.

[31] aa. Die Klägerin soll nämlich grundsätzlich im Wege des Schadensersatzes nicht mehr erhalten als dasjenige, was sie nach der materiellen Rechtslage hätte verlangen können. Der Verlust einer tatsächlichen oder rechtlichen Position, auf die sie keinen Anspruch hat, ist grundsätzlich kein erstattungsfähiger Nachteil. Durch eine fiktive Entscheidung, die gerade mit diesem Inhalt nicht hätte ergehen dürfen, wird kein schutzwürdiger Besitzstand begründet. **Bei wertender Betrachtung kann der Verlust eines Rechtsstreits nicht als Schaden im Rechtssinne angesehen werden, wenn sich im Haftungsprozess herausstellt, dass die unterlegene Partei den Vorprozess materiell-rechtlich zu Recht verloren hat, dieser also nach Auffassung des mit dem Haftungsprozess befassten Gerichts im Ergebnis richtig entschieden worden ist. Der Umstand, dass die Partei bei sachgerechter Vertretung durch ihren Anwalt den Vorprozess gewonnen hätte, rechtfertigt es nicht, der Partei im Regressprozess gegen ihren Prozessbevollmächtigten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, auf den sie nach materiellem Recht keinen Anspruch hatte. Auf diesen Fall trifft die Regel nicht zu, dass ein Schaden bereits dann bejaht werden kann, wenn die Partei einen Prozess verloren hat, den sie bei sachgemäßer Vertretung gewonnen hätte** (vgl. BGH, NJW 2013, 540 Rn. 28, zu einer Rechtsanwaltshaftung).

[32] bb. Ein Vermögensnachteil der Klägerin durch die streitgegenständliche Nacherhebung von Umsatzsteuer wäre nur dann entstanden, wenn sie aufgrund ihrer tatsächlich erzielten Einnahmen materiell-rechtlich weniger Umsatzsteuer geschuldet hätte (vgl. OLG Köln, Urteil vom 03.07.2013 - 8 U 79/02 - , Rn. 49 juris; OLG Bamberg, Urteil vom 28.04.2006 - 6 U 23/05 - Rn. 55, juris).

[33] Eine solche Feststellung setzt voraus, dass die Klägerin darlegt und, da der Beklagte die Richtigkeit der Buchhaltung bestritten hat, auch beweist, dass die in ihrer Buchhaltung ausschließlich mit Eigenbelegen und ohne Untermauerung durch

Kassenjournale oder Bonrollen erfassten Einkünfte, die unstreitig durchgängig einer Umsatzsteuer von 19 % unterlagen, so tatsächlich richtig sind. Aus höheren Einkünften hätte sich eine höhere Umsatzsteuerlast ergeben, die mit den geltend gemachten Vorsteuern zu verrechnen gewesen wäre, so dass die Festsetzung einer Zahlung auf die Umsatzsteuer auf höheren Einnahmen - und nicht wie hier auf der Aberkennung eines Teils der gemeldeten Vorsteuer - hätte beruhen können. Ihre tatsächlich angefallene Steuerlast hat die Klägerin weder darlegen noch beweisen können.

[34] cc. Die Klägerin hat ihre tatsächlichen Einkünfte nicht unter Beweis gestellt. Das Landgericht hat bereits bei der Bestimmung des frühen ersten Termins darauf hingewiesen, dass die tatsächliche Steuerlast zu ermitteln sei. Die Klägerin hat sich dazu auf ihre Buchhaltungsunterlagen berufen, die Veranlassung für die Einholung eines Sachverständigengutachtens waren. Dafür, dass die dort festgehaltenen Einkünfte den tatsächlichen Einkünften entsprachen, hat die Klägerin jedoch keinen Beweis angeboten. Auch nach dem Hinweis des Senats, dass die Klägerin ihre Einnahmen vollständig darzustellen habe und die vorgelegten Buchhaltungsunterlagen, deren Verlässlichkeit jedenfalls hinsichtlich der Einnahmenseite der Beklagte bestreitet, dazu nicht ausreichen würden, hat die Klägerin weiteren Beweis nicht angeboten. Sie räumt vielmehr ein, dass es nicht mehr Unterlagen zu den Einkünften gebe. Mit den vorgelegten Einnahmebelegen ohne Kassenjournale oder Bonrollen ist der Beweis, dass die in den vorgelegten Ordnern mit Ausgabebelegen getrennt aufnotierten Einnahmen den tatsächlichen Einnahmen entsprechen, nicht geführt. Die Angaben auf den Eigenbelegen sind in keiner Weise für das Gericht oder sonstige Dritte überprüfbar.

[35] Soweit die Klägerin geltend macht, auf die **fehlenden Belege** könne sich der Beklagte nach § 242 BGB nicht berufen, da er die Klägerin nicht zu einer genaueren Dokumentation der Einnahmen aufgefordert habe, überzeugt dies nicht. **Die Klägerin als Anspruchstellerin trägt vollumfänglich die Darlegungs- und Beweislast für einen ihr entstandenen Schaden. Sofern es ihr mangels Unterlagen nicht möglich ist, zu belegen, welcher Gewinn abweichend von den Besteuerungsgrundlagen der Schätzungsveranlagung hätte versteuert werden müssen, bleibt sie beweisfällig** (vgl. Meixner, DStR 2018, 2352, 2356 m.w.N.). **Die eigene Verantwortlichkeit der Klägerin für die korrekte Buchhaltung liegt darin, dass sie den konkreten Geschäftsvorgängen örtlich und zeitlich näher steht als der beklagte Steuerberater** (Meixner, DStR 2018, 2352, 2353). Es ist zudem unstreitig, dass der Beklagte mit der Buchhaltung selbst nicht beauftragt war. Er erhielt die kontierten Belege. Auf welcher Basis die verbuchten Einnahmebelege erstellt worden waren, konnte er daraus nicht entnehmen. Dass der Beklagten mit der Kontrolle der Buchhaltung beauftragt gewesen wäre, macht die Klägerin selbst nicht geltend. Es bestand daher für den Beklagten kein Anlass, nach einer dokumentierten Grundlage der mitgeteilten Einnahmen zu fragen, oder die Klägerin auf die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Buchführung insoweit hinzuweisen.

[36] dd. **Etwas Anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln (Urteil vom 3. Juli 2003 – 8 U 79/02 –, Rn. 49, juris).** Das Oberlandesgericht Köln geht ebenso wie der Senat davon aus, dass für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen in Folge von Schätzungsbescheiden grundsätzlich der Mandant darlegen muss, welche Gewinne oder - wie hier - Verluste abweichend von den Besteuerungsgrundlagen der Schätzungsveranlagung tatsächlich entstanden sind. Für diesen Zweck muss regelmäßig eine Gewinn- bzw. Verlustermittlung vorgelegt werden, die im Falle des Bestreitens von einem Sachverständigen überprüft werden kann (OLG Köln a.a.O.). **Soweit das Oberlandesgericht Köln weiter ausführt, dass dann, wenn sich der Mandant, wie hier die Klägerin, auf einen von dem Steuerberater selbst aufgestellten Jahresabschluss stütze, dies zum Nachweis der Fehlerhaftigkeit des Schätzungsbescheides ausreiche, solange nicht der Steuerberater die Richtigkeit dieses Jahresabschlusses substantiiert angreife, davon ausgegangen werden müsse, dass der von ihm selbst angefertigte Jahresabschluss zutreffend sei (vgl. OLG Köln, Urteil vom 3. Juli 2003 – 8 U 79/02 –, Rn. 49, juris m.w.N.; ebenso OLG Bamberg, Urteil vom 28. April 2006 – 6 U 23/05 –, Rn. 55ff, juris), betrifft dies einen anderen Fall**. Der Beklagte hat hier die Richtigkeit der verbuchten Einnahmen wirksam bestritten. Eine weitere Substantiierung seines Bestreitens kann von ihm, anders als im Fall des Oberlandesgerichts Köln, in dem der Steuerberater nach eigenen Angaben als Controller der dortigen klagenden Kapitalgesellschaft Einblick in die Buchhaltung hatte, nicht verlangt werden. Denn der Beklagte erhielt im streitgegenständlichen Veranlagungszeitraum keinen Einblick in die Buchhaltung der Klägerin, sondern lediglich in die gebuchten Belege.

[37] ee. Der Verweis der Klägerin auf das Gutachten der Sachverständigen führt nicht zur Feststellung **eines (Mindest-)Schadens** der Klägerin. Die Sachverständige N. hat zwar unter Berücksichtigung der Buchhaltungsunterlagen der Klägerin auf der Grundlage einer Hinzuschätzung nach Richtsatzverprobung eine Umsatzsteuerlast errechnet, die geringer ist als die im Korrekturbescheid nach Betriebsprüfung vorgenommene Kürzung der Vorsteuer. Die Sachverständige weist jedoch selbst darauf hin, dass niemand sagen kann, was die Steuerprüfung tatsächlich für ein Ergebnis gebracht hätte. Darauf kommt es auch nicht an, denn auch aus den von der Sachverständigen angestrengten Überlegungen lässt sich ein Schluss auf die tatsächlich zutreffende Umsatzsteuerlast nicht ziehen.

[38] ff. Da der Senat nicht feststellen kann, dass und gegebenenfalls in welcher Höhe die festgesetzte Steuernachzahlung unberechtigt ist, kommt es darauf, ob der Beklagte zu Verzögerungen bei ihrer Begleichung schuldhaft beigetragen hat, nicht an. Denn sowohl Zinsen (§§ 233 ff. AO) als auch Säumniszuschläge (§ 240 AO) knüpfen zur Berechnung an die Höhe der Steuerschuld an, so dass es an einer Berechnungsgrundlage fehlt. Zudem trägt die Klägerin selbst nicht vor, dass sie zu einem früheren Zeitpunkt, nämlich bei einer schnelleren Entscheidung des Finanzamts für den Fall der Vorlage der Buchhaltungsunterlagen auf erstes Anfordern, in der Lage gewesen wäre, Steuernachforderungen in der festgesetzten Höhe zu bezahlen, so dass weitere Zinsen und Säumniszuschläge vermieden worden wären.

[39-40] *(...)*

Wirtschaftsprüferhaftung

- Kapitalanleger-Musterverfahren
- Feststellungen zu Schadensersatzanspruch
- Feststellungsziel

(OLG München, Beschl. v. 18.5.2022 – 3 U 1342/22)

Leitsätze (der Redaktion)

1. Eine nach § 8 KapMuG zwingende Aussetzung des Verfahrens ist auch im Berufungsverfahren möglich.

2. Im Kapitalanleger-Musterverfahren sind nur Feststellungen zu einem Schadenersatzanspruch, der nicht an eine falsche, irreführende oder unterlassene öffentliche Kapitalmarktinformation anknüpft, unstatthaft.

3. Im Rahmen des Anwendungsbereichs des § 1 Abs. 1 Nr. 1 KapMuG kann jeder Anspruchsgegner sein, gegen den ein - natürlich schlüssiger - Schadenersatzanspruch wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation geltend gemacht wird, und zwar auch im Wege der Beihilfe gemäß § 830 Abs. 2 BGB.

4. Vor dem Hintergrund der Norm, aus der der Schadenersatzanspruch abgeleitet wird, ist ein Feststellungsziel zu beurteilen (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Februar 2022, XI ZB 32/20).

5. Beim Aktienkauf spricht grundsätzlich ein sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung ergebender Erfahrungssatz dafür, dass Anleger die Aktien in Kenntnis verschwiegener Machenschaften nicht gekauft hätten.

Zum Sachverhalt:

[1] I. Die Klagepartei verlangt den Feststellungen des Landgerichts zufolge von den Beklagten Schadensersatz im Zusammenhang mit dem Erwerb von Aktien der W. AG. Sie trägt dazu vor, sie habe im Vertrauen auf die Richtigkeit der Testate der Beklagten Aktien der W. AG erworben.

[2] Die Beklagte war seit 2010 alleinige Abschlussprüferin der W. AG. Sie hat die Jahresabschlüsse für die Jahre 2015, 2016, 2017 und 2018 ohne Einschränkungen testiert. Die Klagepartei begehrt Schadensersatz, da die Konzernabschlüsse der W. AG schuldhaft falsch testiert worden seien.

II.

[3] II. 1. Am 16.03.2022 wurde im elektronischen Bundesanzeiger der Vorlagebeschluss des Landgerichts München I - 3. Zivilkammer – vom 14.03.2022, Gz. 3 OH 2767/22 KapMuG, veröffentlicht.

[4] a) Feststellungsziele des o.g. Vorlagebeschlusses sind u.a.:

[5] Zu A.I.

[6] (Haupttat; Unrichtigkeit der Geschäftsberichte der W. AG),

[7] Nr. 1 bis 5,

[8] ob die Geschäftsberichte der W. AG für die Jahre 2014 bis 2018 die Verhältnisse der W. AG insoweit unrichtig wiedergeben, als sie

[9] a. falsche Zahlungsmittel und Zahlungsmitteläquivalente enthalten,

[10] b. falsche Umsatzerlöse enthalten,

[11] c. die Risiken aus dem Drittpartnergeschäft (TPA-Geschäft) falsch darstellen,

[12] d. die Segmentberichterstattung nicht den Anforderungen von IFRS 8 entspricht,

[13] e. das Risikofrüherkennungssystem der W. AG falsch darstellen,

[14] Nr. 6 bis 7:

[15] 6. Die W. AG und der Beklagte Dr. M. B. kannten die Unrichtigkeit der Geschäftsberichte für die Jahre 2014, 2015, 2016, 2017 und/ oder 2018 im Zeitpunkt ihrer jeweiligen Veröffentlichung.

[16] 7. Die Unrichtigkeit der Geschäftsberichte für die Jahre 2014, 2015, 2016, 2017 und/ oder 2018 beruhte auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit der W. AG und des Beklagten Dr. M. B.

[17] Zu A.II.:

[18] (Zu weiteren Anspruchsvoraussetzungen und zur Klärung der Rechtsfragen)

[19] Die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale Rechtswidrigkeit und Schuld, ausgenommen Fragen der individuellen Kausalität und Schadensberechnung, als Voraussetzungen einer zivilrechtlichen Haftung des Beklagten Dr. M. B. aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 37v WpHG a.F., § 331 HGB, § 400 AktG liegen sämtlich vor.

[20] Zu B.I. und II.,

[21] (Frage von Teilnahme; zur Schadensersatzpflicht der Beklagten Ernst & Young GmbH nach §§ 37b, 37c WpHG a.F. i.V.m. § 830 Abs. 2 S. 1, Abs. 2 Alt. 2 BGB),

[22] ob die auch hier Beklagte E. GmbH die Verletzung der in

[23] § 37b WpHG a.F. (Schadenersatz wegen unterlassener unverzüglicher Veröffentlichung von Insiderinformationen),

[24] § 37c WpHG a.F. (Schadenersatz wegen Veröffentlichung unwahrer Insiderinformationen) und

[25] § 37v WpHG a.F. i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB (Veröffentlichung von Jahresfinanzberichten),

[26] je i.V.m. § 830 Abs. 2 S. 1, Abs. 2 Alt. 2 BGB geregelten Publizitätspflichten durch die W. AG objektiv gefördert hat, indem sie über die Prüfung der Konzernabschlüsse für 2014 bis 2018 und der zugehörigen Konzernlageberichte nach IAS/IFRS der W. AG einen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk erteilt hat,

[27] Zu B.III.

[28] (Zum Vorsatz der Beklagten E.GmbH),

[29] dass die hiesige Beklagte jeweils billigend in Kauf genommen habe, dass ihre Bestätigungsvermerke über die Prüfung der in Ziff. I.1 und II.1 genannten Konzernabschlüsse und Konzernlageberichte der W. AG für die Geschäftsjahre 2014 bis 2018 nach IAS/ IFRS unrichtig waren, indem die Beklagte zu 1) uneingeschränkte Bestätigungsvermerke erteilt hat, ohne

[30] a. sich Originalkontoauszüge und Banksaldenbestätigungen zu den Treuhandkonten zeigen zu lassen und/oder

[31] b. die Zahlungseingänge auf den Treuhandkonten zu prüfen, und

[32] Zu C.

[33] (Schaden und Kausalität),

[34] der Kursdifferenzschaden sei ohne konkreten Kausalitätsnachweis ersatzfähig.

[35] b) Zur Begründung hat das Landgericht u.a. ausgeführt, die dortigen Kläger nähmen die dortigen Beklagten auf Schadensersatz in Bezug auf Erwerbe von Aktien der W. AG (WKN …60) in Anspruch; die dortigen Kläger würden Schadensersatz in Bezug auf Kaufgeschäfte zwischen dem 11.07.2017 und 19.06.2020 begehren.

[36] Die dortigen Kläger sähen als Anspruchsgrundlage für eine Haftung der E. GmbH Delikte wegen der Erstellung falscher Bestätigungsvermerke sowie wegen Beihilfe zu kapitalmarktrechtlichen Pflichtverletzungen der W. AG gemäß §§ 826, 31 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 332 Abs. 1 HGB, 31 BGB, §§ 830 Abs. 1, Abs. 2, 840, 31 BGB, §§ 325 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 331 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 HGB, § 400 AktG, §§ 37b, 37c WpHG, § 37v WpHG, §§ 97, 98 WpHG.

[37] Der dortige Beklagte Dr. M. B. sei als Vorstandsvorsitzender für betrügerische Handlungen der W. AG verantwortlich. Die - auch dortige - Beklagte E. GmbH habe durch unzureichende Prüfungshandlungen und falsche Bestätigungsvermerke diese Art der Unternehmungsführung aufrechterhalten. Insbesondere sei nicht einmal die Echtheit und Existenz von Kontoauszügen von Treuhandkonten bzw. Banksaldenbestätigungen geprüft worden.

[38] Die dortigen Kläger benennen u. a. einzelne handelnde Prüfer als Zeugen. Im Übrigen verweisen sie u. a. auf den Abschlussbericht des dritten Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages vom 22.06.2021 einschließlich des von den Ermittlungsbeauftragten erstellten sogenannten „Wambach-Bericht". Weiter verweisen die dortigen Kläger auf den im Auftrag der W. AG selbst erstellten sogenannten KPMG-Bericht.

[39] 2. Der Vorsitzende hat die Parteien gemäß § 8 Abs. 1 S. 3 KapMuG darauf hingewiesen, dass beabsichtigt ist, das Berufungsverfahren in Richtung auf die Beklagte im Hinblick auf den am 16.03.2022 im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlichten Vorlagebeschluss des Landgerichts München I - 3. Zivilkammer – vom 14.03.2022, Gz. 3 OH 2767/22 KapMuG, gemäß § 8 Abs.1 KapMuG auszusetzen.

[40] Die Klagepartei hat sich mit dem beabsichtigten Vorgehen des Senats einverstanden erklärt.

[41] Die Beklagte ist dem Hinweis des Senats umfangreich entgegengetreten. Sie meint, eine Aussetzung sei bereits deshalb ausgeschlossen, weil das vorliegende Verfahren nicht musterverfahrensfähig und somit der Anwendungsbereich des KapMuG nicht eröffnet sei, was der Senat auch zu prüfen habe. Die Durchführung des KapMuG-Verfahrens sei für das hiesige Verfahren auch nicht vorgreiflich: Die wesentlichen Tatbestandsmerkmale des geltend gemachten Anspruchs aus § 826 BGB seien schon nicht Gegenstand der Feststellungsziele. Zudem sei die Klage mangels schlüssigen Klägervortrags – ohne Aussetzung und ohne Beweisaufnahme – abzuweisen. Es fehle bereits an der haftungsbegründenden Voraussetzung der Kausalität. Die Anlageentscheidung der Klagepartei sei unabhängig von der Erteilung der Bestätigungsvermerke durch die Beklagten erfolgt. Die Klagepartei könne sich insoweit auch nicht auf eine Beweiserleichterung in Form der Rechtsfigur der Anlagestimmung oder einer allgemeinen Kausalitätsvermutung berufen. Ein Anspruch aus § 826 BGB scheitere darüber hinaus daran, dass die Beklagte weder sittenwidrig noch vorsätzlich gehandelt habe. Die Klage sei deshalb bereits jetzt abweisungsreif.

Aus den Gründen:

[42] III. Das Berufungsverfahren ist gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG im Hinblick auf den Vorlagebeschluss des LG München I von Amts wegen auszusetzen. Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG setzt das Prozessgericht nach der Bekanntmachung des Vorlagebeschlusses im Klageregister von Amts wegen alle bereits anhängigen oder bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Feststellungsziele im Musterverfahren noch anhängig werdenden Verfahren aus, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits von den geltend gemachten Feststellungszielen abhängt. Die Voraussetzungen der Aussetzung sind vorliegend gegeben:

[43] 1. Das Berufungsgericht ist ebenfalls Prozessgericht i. S. d. § 8 KapMuG (vgl. dazu schon BT-Drs. 15/5091 S. 24/25; OLG München, Beschluss vom 27.8.2013 – 19 U 5140/12, BeckRS 2013, 15338, ebenso z.B. Vorwerk/Wolf, KapMuG, 2. Aufl. 2020, KapMuG § 8 Rn. 6 mwN, beckonline). **Die Aussetzung des Verfahrens nach § 8 Abs. 1 KapMuG ist zwingend und auch im Berufungsverfahren möglich** (BGH, Beschluss vom 16. Juni 2020 – II ZB 30/19 –, Rn. 14, juris).

[44] 2. **Ob die Vorlagevoraussetzungen der §§ 1 ff. KapMuG vorliegen, ist im Aussetzungsverfahren gemäß § 8 KapMuG nicht zu prüfen;** im Übrigen würden sie nach Auffassung des Senats auch vorliegen:

[45] a) Zwar weist die Beklagte zutreffend darauf hin, dass **nach der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH eine Aussetzung nach § 8 Abs. 1 KapMuG dann unzulässig sein soll, wenn die geltend gemachten Klageansprüche nicht nach Maßgabe des § 1 Abs. 1 KapMuG in den Anwendungsbereich des KapMuG fallen** (BGH Beschl. v. 30.4.2019 – XI ZB 13/18, BeckRS 2019, 17221 Rn. 14, beck-online), was dann wohl auch eine entsprechende Prüfung im Aussetzungsverfahren erfordern würde. **Nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH gebietet es der Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) aber nicht, dass das Prozessgericht von der Aussetzung des Verfahrens Abstand nimmt, wenn ein Gericht das Musterverfahren für unzulässig hält.** Die Entscheidung über die Aussetzung hängt ausschließlich von den in § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG genannten Voraussetzungen ab und ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Feststellungsziele möglich (BGH, Beschluss vom 16. Juni 2020 – II ZB 30/19 –, Rn. 20

f, juris; ebenso schon OLG München Beschl. v. 27.8.2013 – 19 U 5140/12, BeckRS 2013, 15338, beck-online).

[46] **Der Senat folgt der letztgenannten Auffassung des II. Zivilsenats des BGH. Die Auffassung des XI. Zivilsenats des BGH berücksichtigt die Gesetzgebungsgeschichte und die vom Gesetzgeber mit dem Musterverfahren beabsichtigte Bündelungswirkung nicht hinreichend; sie wäre zudem nicht prozessökonomisch:**

[47] aa) Der **Gesetzgeber** hat mit der nunmehrigen **Anfechtbarkeit des Aussetzungsbeschlusses in § 8 KapMuG n.F.** auf die Kritik des XI. Zivilsenats des BGH an dem bisherigen Anfechtungsausschluss reagiert und den Ausschluss der Anfechtbarkeit des Aussetzungsbeschlusses bei der Neufassung des § 8 KapMuG entfallen lassen. Er hat dabei in der Gesetzesbegründung ausdrücklich auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16.06.2009 (Az.: XI ZB 33/08) hingewiesen und ausgeführt, dass künftig gegen die Aussetzungsentscheidung nach § 8 KapMuG n.F. gemäß § 252 ZPO die sofortige Beschwerde stattfinde. Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz gebiete, dass die Parteien gegen eine rechtswidrige Aussetzung des Verfahrens vorgehen könnten (vgl. BT-Drucksache 17/8799 S. 21).

[48] **An der Unanfechtbarkeit und Bindungswirkung des Vorlagebeschlusses in § 6 KapMuG n.F. hat der Gesetzgeber jedoch festgehalten, obwohl der BGH diesbezüglich bereits vorher entschieden hatte, dass die Bindungswirkung des Vorlagebeschlusses für das Oberlandesgericht entfallen soll, wenn der geltend gemachte Anspruch schon nicht Gegenstand eines Musterverfahrens sein kann** (z.B. BGH, Beschluss vom 26. Juli 2011 – II ZB 11/10 , zu § 4 KapMuG a.F.).

[49] **Da der Gesetzgeber somit in Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an der Unanfechtbarkeit und Bindungswirkung des Vorlagebeschlusses festgehalten hat, kann nicht davon ausgegangen werden, dass insoweit eine planwidrige Regelungslücke vorläge, die – gegen den klaren Wortlaut von § 6 Abs. 1 S. 2 KapMuG - durch eine erweiternde Auslegung von § 8 KapMuG zu schließen wäre.**

[50] bb) Nach Auffassung des Senats wäre es auch **prozessunökonomisch, wenn ggf. hunderte von „Prozessgerichten" in hunderten von Einzelverfahren jeweils im Aussetzungsverfahren gemäß § 8 KapMuG prüfen und entscheiden,** ob die Vorlagevoraussetzungen der §§ 1 ff. KapMuG vorliegen mit der Folge, dass diese Vorfrage ggf. in allen divergierenden, hunderten Einzelentscheidungen durch Rechtsbeschwerde zum BGH geklärt werden müsste.

[51] Diese Prüfung hat vielmehr – soweit man sie gegen den eindeutigen Wortlaut von § 6 Abs. 1 S. 2 KapMuG, wonach der **Vorlagebeschluss unanfechtbar** und für das Oberlandesgericht bindend ist, für zulässig halten sollte (vgl. dazu noch nach der Reform des KapMuG BGH, Beschluss vom 09. März 2017 – III ZB 135/15 –, Rn. 9 - 10, juris) - **gebündelt ausschließlich im Musterverfahren zu erfolgen.** Sollte das BayObLG den Vorlageschluss des Landgerichts München I rechtskräftig aufheben, wären die gemäß § 8 KapMuG ausgesetzten Verfahren entsprechend § 22 Abs. 4 KapMuG wieder aufzunehmen und fortzusetzen. Bis dahin sind sie auszusetzen, soweit die Voraussetzungen von § 8 KapMuG vorliegen.

[52] cc) **Diese normative Ausgestaltung des Rechtswegs ist unter Berücksichtigung dieser Auslegung von § 8 Abs. 1 KapMuG weder ungeeignet oder unangemessen noch für den Rechtssuchenden unzumutbar.** Verzögerungen des Musterverfahrens sind nicht zu vermeiden, wenn z.B. das Oberlandesgericht – in Bayern also inzwischen das BayObLG - von der Unzulässigkeit des Musterverfahrens ausgeht und diese Entscheidung im Rechtsbeschwerdeverfahren überprüft werden muss. Von der ansonsten gegebenen Möglichkeit, die Einzelverfahren – dann möglicherweise nur vorübergehend - fortzusetzen, geht keine wesentliche Verbesserung der Rechtsschutzmöglichkeiten aus, sondern würde der mit der Bündelung der Verfahren im Musterverfahren angestrebte Zweck unterlaufen werden (so auch BGH, Beschluss vom 16. Juni 2020 – II ZB 30/19 –, Rn. 20 f, juris).

[53] b) Im Übrigen hielte der Senat das Musterverfahren hier auch für statthaft.

[54] aa) Bei ihren umfangreichen Ausführungen zur angeblich mangelnden **KapMuG-Fähigkeit der Bestätigungsvermerke** der Beklagten übersieht sie, dass diese hier – zumindest bisher – nicht unmittelbarer Gegenstand des Musterverfahrens sind. Festgestellt werden soll hier als Haupttat die „Unrichtigkeit der Geschäftsberichte der W. AG". In der Praxis kapitalmarktorientierter Unternehmen wird der Lagebericht gerne mit der Bilanz (einschließlich Anhang), der Gewinn- und Verlustrechnung und weiteren Informationen in einem einheitlichen Dokument, dem sog. „Geschäftsbericht", zusammengefasst (MüKoHGB/Reiner, 4. Aufl. 2020, HGB § 264 Rn. 8). Gegenstand des Vorlagebeschlusses ist damit auch die Unrichtigkeit der in § 1 Abs. 2 Nr. 5 KapMuG als Regelbeispiele feststellungsgeeigneter öffentlicher Kapitalmarktinformationen ausdrücklich genannten Jahresabschlüsse und Lageberichte der W. AG.

[55] Die Beklagte soll nach der Konstruktion des Vorlagebeschlusses zu dieser Haupttat durch ihre - behauptet – unrichtigen Bestätigungsvermerke (nur) Beihilfe gemäß § 830 Abs. 2 BGB geleistet haben. Bei dieser Sachlage sind die Bestätigungsvermerke der Beklagten und deren – behauptete – Un-

richtigkeit nicht selbst unmittelbarer Gegenstand des Musterverfahrens, sondern die behauptete Unterstützungshandlung zur – zunächst festzustellenden – Haupttat der W. AG.

[56] Dagegen bestehen aus Sicht des Senats keine Bedenken. Nur Feststellungen zu einem Schadensersatzanspruch, der nicht an eine falsche, irreführende oder unterlassene öffentliche Kapitalmarktinformation anknüpft, wären im Kapitalanleger-Musterverfahren unstatthaft (vgl. z.B. BGH, Beschluss vom 15. März 2022 - XI ZB 31/20, Rz. 17 mwN). Das ist hier nicht der Fall, denn die Feststellungsziele in Richtung auf die Beklagte knüpfen, wie dargelegt, an die „Unrichtigkeit der Geschäftsberichte der W. AG" als Haupttat an, die fraglos in den Anwendungsbereich des KapMuG fallen, s.o.

[57] Der Anwendungsbereich von § 1 Abs. 1 Nr. 1 KapMuG definiert sich ansonsten weder nach der konkreten Anspruchsgrundlage noch nach der Person des Anspruchsgegners (Vorwerk/Wolf, KapMuG/Radtke-Rieger, 2. Aufl. 2020, KapMuG § 1 Rn. 20), so dass Anspruchsgegner jeder sein kann, gegen den ein - natürlich schlüssiger - Schadensersatzanspruch wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation geltend gemacht wird, und zwar auch im Wege der Beihilfe gemäß § 830 Abs. 2 BGB (vgl. z.B. BGH Beschl. v. 21.7.2020 – II ZB 19/19, BeckRS 2020, 22215 Rn. 50, zum Gerichtsstand gemäß § 32b Abs. 1 Nr. 1 ZPO im Falle einer Beihilfe zu einer Informationspflichtverletzung; OLG Frankfurt a.M., Musterentscheid vom 22.4.2015 – 23 Kap 1/13, BeckRS 2015, 9131 Rn. 107, zur Verwendung eines Konditionenblatts als objektive Beihilfe im Sinne von § 830 BGB, nachgehend vom BGH im Beschluss vom 19. September 2017, XI ZB 17/15, insoweit nicht beanstandet).

[58] bb) **Die Frage, ob die Bestätigungsvermerke der Beklagten selbst unmittelbarer Gegenstand eines Musterverfahrens sein könnten, stellt sich daher - zumindest derzeit - nicht. Im Übrigen würde der Senat auch dies bejahen, wenn er es zu prüfen hätte** (vgl. dazu OLG München, Hinweis vom 09.12.2021, 8 U 6063/21, BeckRS 2021, 43191). Mit dem hiergegen beklagtenseits vorgelegten Gutachten von Prof. M. mag sich ggf. das BayObLG auseinandersetzen, falls gemäß § 15 KapMuG eine entsprechende Erweiterung der Feststellungsziele beantragt wird.

[59] cc) Die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits hängt gegen die Beklagte insgesamt von den im Musterverfahren geltend gemachten Feststellungszielen ab und der Rechtsstreit ist auch nicht aus anderen Gründen entscheidungsreif:

[60] (1.) Prüfungsmaßstab

[61] Zwar weist die Beklagte zutreffend darauf hin, dass die Entscheidung des Rechtsstreits nicht von den geltend gemachten Feststellungszielen abhängt, wenn die Sache ohne weitere Beweiserhebungen und ohne Rückgriff auf die Feststellungsziele eines Musterverfahrens entscheidungsreif ist (Vorwerk/Wolf, KapMuG/Fullenkamp, 2. Aufl. 2020, KapMuG § 8 Rn. 17). Die Auffassung, dass dabei lediglich eine kursorische Schlüssigkeitsprüfung zu erfolgen habe, lässt sich weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus den Gesetzesmaterialien herleiten. Wenn die Klage unschlüssig ist, ist die Sache entscheidungsreif (Vorwerk/Wolf, KapMuG/Fullenkamp, 2. Aufl. 2020, KapMuG § 8 Rn. 18).

[62] Zu ergänzen ist, dass das Klagevorbringen für eine Aussetzung gemäß § 8 KapMuG nicht nur schlüssig, sondern auch hinreichend bestritten sein muss. Ist es somit beweisbedürftig, muss der Beweispflichtige – hier also die Klagepartei – hinreichenden, nach der ZPO statthaften Beweis angeboten haben; denn ansonsten ist die Klage wegen Beweisfälligkeit abzuweisen und nicht das Verfahren auszusetzen (vgl. dazu ausführlich OLG München, Beschluss vom 27.01.2022 – 8 W 1818/21, BeckRS 2022, 670 Rn. 45 ff, zur Aussetzung gemäß § 149 ZPO in einem Verfahren gegen den mutmaßlichen Hauptverantwortlichen der W. AG). Diese Voraussetzungen liegen aber hier sämtlich vor, wie nachfolgend im Einzelnen darzustellen sein wird.

[63] Dabei kann hier dahinstehen, ob der weitergehenden Auffassung des XI. Zivilsenats des BGH, dass der verfassungsrechtliche Grundsatz effektiven Rechtsschutzes eine Auslegung des § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG erfordere, nach der dem Prozessgericht bei der Prüfung dieser Frage entgegen der Auffassung des Gesetzgebers keinerlei Beurteilungsspielraum zukomme, sondern eine Aussetzung nur dann in Betracht komme, wenn sich das Prozessgericht bereits die Überzeugung gebildet habe, dass es auf dort statthaft geltend gemachte Feststellungsziele für den Ausgang des Rechtsstreits konkret ankommen werde, und dies sogar dann gelten solle, wenn hierzu vorab eine Beweisaufnahme durchzuführen sei (BGH, Beschl. v. 30.04.2019 – XI ZB 13/18, m. abl. Anm. Lechner, WuB 2019, 591; a.A. z.B. auch Vorwerk/Wolf, KapMuG/Fullenkamp, 2. Aufl. 2020, KapMuG § 8 Rn. 13; a.A. zur Aussetzung gemäß § 149 ZPO bereits OLG München, Beschluss vom 27.01.2022 – 8 W 1818/21, BeckRS 2022, 670 Rn. 31 ff.), zu folgen wäre. Denn auch diese Voraussetzungen lägen hier vor; der Senat ist - in einem Zwischenverfahren notwendigerweise vorläufig in seiner derzeitigen Besetzung - davon überzeugt i.S.v. § 286 ZPO, dass es auf die im Vorlagebeschluss geltend gemachte Feststellungsziele für den Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits konkret ankommen wird:

[64] (2.) Haupttat der W. AG:

[65] Unrichtigkeit der Geschäftsberichte der W. AG

[66] Die in dem Vorlagebeschluss unter A.I. als Feststellungsziele zur angeblichen Haupttat der W. AG angeführten angeblichen Unrichtigkeiten der Geschäftsberichte der W. AG entsprechen – wenn auch mit z.T. anderen Formulierungen - in der Sache weitestgehend denjenigen, die auch die hiesige Klagepartei unter Vorlage des KPMG-Berichts und des Wambach-Berichts mit Beweisangeboten geltend macht (s.o.); dem tritt die Gegenerklärung der Beklagten schon nicht konkret entgegen – sie befasst sich nicht konkret mit dem Vortrag im vorliegenden Einzelfall.

[67] Auch die Feststellungsziele zum Vorsatz des Verantwortlichen der W. AG unter A.I. Nr. 6 bis 7 des Vorlagebeschlusses entsprechen weitestgehend dem hiesigen beweisbewehrten Klagevorbringen.

[68] Allgemeine haftungsbegründende Kausalität der Haupttat der W. AG:

[69] Der Beklagten ist zuzugeben, dass die in Ziff. A.II. des Vorlagebeschlusses genannten Feststellungziele „zu weiteren Anspruchsvoraussetzungen und zur Klärung der Rechtsfragen" ausdrücklich nur „die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale Rechtswidrigkeit und Schuld, ausgenommen Fragen der individuellen Kausalität und Schadensberechnung, als Voraussetzungen einer zivilrechtlichen Haftung" von Herrn Dr. M. B. bezeichnen. Nach Auffassung des Senats ist dies aber dahingehend auszulegen, dass dies auch die allgemeine haftungsbegründende Kausalität als Feststellungsziel umfassen solle (insbes. Vermutungen und Erfahrungssätze; vgl. dazu OLG München, Hinweis vom 09.12.2021, 8 U 6063/21, BeckRS 2021, 43191). Ein Feststellungsziel ist vor dem Hintergrund der Norm zu beurteilen, aus der der Schadensersatzanspruch abgeleitet wird (BGH, Beschluss vom 22. Februar 2022 - XI ZB 32/20, Rz. 14). Hier möchte das Landgericht mit Ziff. A.II. festgestellt wissen, dass die „Voraussetzungen einer zivilrechtlichen Haftung des Beklagten Dr. Markus Braun aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 37v WpHG a.F., § 331 HGB, § 400 AktG sämtlich vorliegen". Zu diesen Voraussetzungen gehört auch die allgemeine haftungsbegründende Kausalität. Außerdem wäre ansonsten dort der ausdrückliche Ausschluss der „individuellen Kausalität" nicht erforderlich gewesen.

[70] Außerdem schließt sich der Senat - wie bereits in seinem Hinweisbeschluss vom 13.12.2021 (3 U 6014/21, WM 2022, 470) - der Rechtsauffassung des 8. Zivilsenats an, welche dieser in seinem Hinweis vom 09.12.2021 (8 U 6063/21, BeckRS 2021, 43191) ausführlich dargelegt hat, wonach jedenfalls beim Kauf von Aktien grundsätzlich ein sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung ergebender Erfahrungssatz dafür spricht, dass die Anleger die Aktien in Kenntnis der verschwiegenen Machenschaften nicht gekauft hätten (OLG München, Urteil vom 11.11.2021 - 8 U 5670/21, BeckRS 2021, 34699). Allenfalls bei Investments mit rein spekulativem Charakter kann die entsprechende Vermutung eingeschränkt oder aufgehoben sein (OLG München, Beschluss vom 16.11.2021 – 8 W 1541/21, BeckRS 2021, 34702).

[71] Soweit sich die Beklagtenseite generell gegen die Anwendung von Erfahrungssätzen und Vermutungen im Bereich der unerlaubten Handlung wendet, ist diese Auffassung jedenfalls so nicht zutreffend:

[72] So hat z.B. der III. Zivilsenat zu einem „Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1, § 264a Abs. 1, § 27 Abs. 1 StGB und gemäß § 826 BGB" ausgeführt, dass die auf Tatsachenerfahrung beruhende **Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens für die quasi-vertragliche Prospekthaftung und für Schadensersatzansprüche wegen falscher Prospektangaben auf deliktischer Grundlage** gleichermaßen gelte (BGH, Urteile vom 21. Februar 2013 – III ZR 139/12 –, Rn. 15, und vom 21. Februar 2013 – III ZR 94/12 –, Rn. 14; bestätigt im Urteil vom 3.2.2022 – III ZR 84/21, mit (wohl) zust. Anm. Zoller, BB 2022, 721).

[73] Auch der XI. Zivilsenat scheint zumindest für Ansprüche aus § 826 BGB dieser Auffassung zu sein (BGH, Urteil vom 16. Oktober 2001 – XI ZR 25/01 –, Rn. 18; ähnlich wohl der II. Zivilsenat im Urteil vom 20.03.1986, II ZR 141/85, Rn. 11).

[74] Mit dem VI. Zivilsenat wird man allerdings wohl unter Schutznormaspekten in manchen Fällen einschränkend verlangen müssen, dass der Anleger jedenfalls Kenntnis von der fehlerhaften Kapitalmarktinformation hatte (BGH, Urteil vom 04.06.2013 - VI ZR 288/12, Rn 25 zum Fall K.; dort ging es um die Frage, ob der Anleger überhaupt bei einer der Versammlungen, bei denen die Anlage angepriesen worden war, anwesend gewesen war).

[75] Der vorliegende Fall unterscheidet sich hiervon aber dadurch, dass die hypothetische Lage hier anders als im Falle K. zu beurteilen ist. Von der Richtigkeit der Anpreisungen in den Versammlungen im Fall K. hing der Fortbestand der dortigen Emittentin nicht ab; hier dagegen hing der Fortbestand der W. AG zur Überzeugung des Senats sehr wohl von den Testaten der Beklagten ab, wie nicht zuletzt deren Insolvenzantrag nach Verweigerung des Testats belegt.

[76] Das unterscheidet den hypothetischen Kausalverlauf hier auch wesentlich von den BGH-Entscheidungen zu ad-hoc-Mitteilungen in Sachen Comroad. Auch dort ging es nicht darum,

ob die Comroad bei zutreffender Berichterstattung zusammengebrochen wäre, sondern nur darum, ob sich ein Anleger gerade aufgrund der unrichtigen Berichterstattung beteiligt hat. Das kann so sein, muss es aber nicht, deshalb ist in diesen Fällen für eine Kausalitätsvermutung zumindest eine „Anlagestimmung" erforderlich. Hier dagegen stellt sich diese Frage so nicht, weil die W. AG bei früherer Testatsverweigerung zur Überzeugung des Senats auch früher Insolvenz angemeldet hätte und sich dann ein durchschnittlicher Anleger nicht mehr beteiligt hätte (vgl. OLG München, Hinweis vom 09.12.2021, 8 U 6063/21, BeckRS 2021, 43191).

[77] Zu einer vertiefteren schriftlichen Auseinandersetzung mit den weiteren hiergegen von Beklagtenseite – wenn auch nur im Zusammenhang mit der Kausalität der Bestätigungsvermerke, um die es hier nicht unmittelbar geht (s.u.) - erhobenen Einwänden und dem hierzu vorgelegten Gutachten von Prof. B. sähe der Senat im derzeitigen Verfahrensstadium auch sonst keinen Anlass. Zwar muss im Verfahren gemäß § 8 KapMuG eine volle Schlüssigkeitsprüfung durchgeführt werden. Das bedeutet aber nicht, dass das Ergebnis dieser Schlüssigkeitsprüfung bereits in einer Zwischenentscheidung in der Form eines Endurteils begründet werden müsste oder gar zur Vorabklärung umstrittener materiell-rechtlicher Fragen die Rechtsbeschwerde zuzulassen wäre.

[78] (3.) Beihilfe zur Haupttat der W. AG durch die Beklagte:

[79] Bei ihrer umfangreichen Gegenerklärung verkennt die Beklagte auch insoweit, dass die Beklagte nach der Konstruktion des Vorlagebeschlusses zu dieser Haupttat durch ihre - behauptet - unrichtigen Bestätigungsvermerke (nur) Beihilfe gemäß § 830 Abs. 2 BGB geleistet haben soll. Deren Voraussetzungen hat die Klagepartei hier ebenfalls schlüssig vorgetragen und hinreichend unter Beweis gestellt; sie sind – zumindest in den entscheidenden Teilen – auch Gegenstand der Feststellungsziele des Vorlagebeschlusses:

[80] Nach der Rechtsprechung des BGH verlangt die **Teilnahme an einer unerlaubten Handlung** neben der Kenntnis der Tatumstände wenigstens in groben Zügen den jeweiligen Willen der einzelnen Beteiligten, die Tat gemeinschaftlich mit anderen auszuführen oder sie als fremde Tat zu fördern; objektiv muss eine Beteiligung an der Ausführung der Tat hinzukommen, die in irgendeiner Form deren Begehung fördert und für diese relevant ist. (**sog. doppelter Gehilfenvorsatz**). Für den einzelnen Teilnehmer muss ein Verhalten festgestellt werden, das den rechtswidrigen Eingriff in das den rechtswidrigen Eingriff in ein fremdes Rechtsgut unterstützt hat und das von der Kenntnis der Tatumstände und dem auf die Rechtsgutsverletzung gerichteten Willen getragen wird. Ein bewusstes Verschließen vor der Kenntnis von Tatumständen ist anzunehmen, wenn die Unkenntnis auf einem gewissenlosen oder grob fahrlässigen (leichtfertigen) Handeln beruht, etwa Berufspflichten in solchem Maße leichtfertig verletzt wurden, dass das Verhalten als bedenken- und gewissenlos zu bezeichnen ist (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 11.09.2012 - VI ZR 92/11).

[81] Diesen Anforderungen genügt der beweisbewehrte Vortrag der hiesigen Klagepartei nach Auffassung des Senats ohne weiteres. Diese hat im Einzelnen ausgeführt und unter Beweis gestellt, dass die Beklagte ab 2008 vorsätzlich, zumindest **leichtfertig uneingeschränkte Bestätigungen der Jahresabschlüsse erteilt** habe, **obwohl sie Bilanzprüfungen nicht ordnungsgemäß durchgeführt habe und obligatorische Prüfvorgänge entweder nicht sachgemäß oder gar nicht durchgeführt habe,** wie nicht zuletzt der KPMG-Sonderbericht belege, wodurch sie billigend in Kauf genommen habe, dass Anleger enorme Kapitalverluste erleiden würden. Damit wird nicht nur eine eigene Haupttat der Beklagten u.a. gemäß § 826 BGB schlüssig dargelegt (vgl. OLG München, Hinweis vom 09.12.2021 - 8 U 6063/21, BeckRS 2021, 43191), sondern auch eine - **mindestens bedingt vorsätzliche - Beihilfe** zu einer entsprechenden Haupttat der Verantwortlichen der W. AG.

[82] Die Erweislichkeit dieser Behauptungen würde zur Überzeugung des Senats (§ 286 ZPO) auch die Feststellung tragen, dass die Verantwortlichen der Beklagten neben der Kenntnis der Tatumstände wenigstens in groben Zügen den jeweiligen Willen hatten, die Tat durch – unterstellt – unrichtige Bestätigungsvermerke zumindest als fremde Tat zu fördern. Dass durch diese – unterstellt – unrichtigen Bestätigungsvermerke objektiv die Begehung der - festzustellenden - Haupttaten der W. AG gefördert worden und für diese relevant gewesen wäre, liegt nach Auffassung des Senats auf der Hand, s.o.

[83] Die Tatbestandsvoraussetzungen einer Beihilfe durch die Verantwortlichen der Beklagten sind – zumindest in den entscheidenden Teilen – auch Gegenstand der Feststellungsziele des Vorlagebeschlusses:

[84] Ob die Beklagte die Haupttat der W. AG gemäß § 830 Abs. 2 BGB objektiv gefördert hat, indem sie über die Prüfung der Konzernabschlüsse für 2014 bis 2018 und der zugehörigen Konzernlageberichte nach IAS/IFRS der W. AG einen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk erteilt hat, ist Feststellungsziel zu B.I. und II.

[85] Zum Vorsatz der Beklagten wird in dem Vorlagebeschluss unter B.III. als Feststellungsziel aufgeführt, dass die hiesige Beklagte es jeweils billigend in Kauf genommen habe, dass ihre Bestätigungsvermerke unrichtig waren, weil sie sich Originalkontoauszüge und Banksaldenbestätigungen zu den Treu-

handkonten nicht habe zeigen lassen und/oder die Zahlungseingänge auf den Treuhandkonten nicht geprüft habe. Dies würde zur Überzeugung des Senats (§ 286 ZPO) auch den erforderlichen „doppelten Gehilfenvorsatz" (s.o.) zur Förderung der Haupttat der Verantwortlichen der W. AG hinreichend belegen. Somit kann die von der Beklagten aufgeworfene Frage, ob die erforderliche Feststellung, dass sie auch hinsichtlich der Schadensfolgen mindestens bedingter Vorsatz treffe, bereits Gegenstand des Musterverfahrens ist, dahinstehen. Denn das läge nach Auffassung des Senats bei Erweislichkeit der oben genannten Feststellungsziele ebenfalls auf der Hand. Den Verantwortlichen der Beklagten muss klar gewesen sein, dass im Falle der Verweigerung der Testate für die W. AG mindestens akute Insolvenzgefahr bestanden hätte und sich dann zumindest ein durchschnittlicher Anleger nicht mehr beteiligt hätte, s.o.

[86] Eine **Schadenskausalität der Beihilfehandlung** der Beklagten **im engeren Sinne** ist **nicht erforderlich**. Sie muss nur objektiv eine Beteiligung an der Ausführung der Haupttat darstellen, die in irgendeiner Form deren Begehung fördert und für diese relevant ist (BGH, Urteil vom 11.09.2012, VI ZR 92/11). Das ist hier zur Überzeugung des Senats der Fall, s.o.

[87] (4.) Dass die hiesige Klagepartei primär auf § 826 BGB als Anspruchsgrundlage abgestellt hat, der Vorlagebeschluss aber bisher ausschließlich auf §§ 37b ff. WpHG a.F. i.V.m. § 830 Abs. 2 BGB abhebt, steht der Vorgreiflichkeit ebenfalls nicht entgegen:

[88] Wie oben bereits ausführlich dargelegt, würde der Sachvortrag der hiesigen Klagepartei auch eine Haupttat der Verantwortlichen der W. AG aus § 37b WpHG a.F. (Schadenersatz wegen unterlassener unverzüglicher Veröffentlichung von Insiderinformationen), § 37c WpHG a.F. (Schadenersatz wegen Veröffentlichung unwahrer Insiderinformationen) und § 37v WpHG a.F. (Veröffentlichung von Jahresfinanzberichten) je i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB und einer Beihilfe der Beklagten hierzu gemäß § 830 Abs. 2 BGB umfassen. Nach dem Grundsatz „iura novit curia" kommt es dabei nicht darauf an, ob die hiesige Klagepartei diese Anspruchsgrundlagen ausdrücklich genannt hat. Außerdem hielte der Senat eine (vorsätzliche) Beihilfe der Beklagten zu einem Verstoß der W. AG gegen §§ 37b ff. WpHG a.F. ohne weiteres auch für sittenwidrig i.S.v. § 826 BGB. Schließlich deckt der Vorlagebeschluss insbesondere zu B.III. in der Sache auch den Tatbestand von § 826 BGB ab. Erforderlich ist dafür, dass der Wirtschaftsprüfer seine Aufgabe qualifiziert nachlässig erledigt, zum Beispiel durch unzureichende Ermittlungen oder durch Angaben ins Blaue hinein, und dabei eine Rücksichtslosigkeit an den Tag legt, die angesichts der Bedeutung des Bestätigungsvermerks für die Entscheidung Dritter als gewissenlos erscheint (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 20. Januar 2022 - III ZR 194/19, Rz. 18 mwN). Das wäre zur Überzeugung des Senats der Fall, wenn die hiesige Beklagte es entsprechend dem Feststellungsziel unter B.III. billigend in Kauf genommen hätte, dass ihre Bestätigungsvermerke unrichtig waren, weil sie sich Originalkontoauszüge und Banksaldenbestätigungen zu den Treuhandkonten nicht habe zeigen lassen und/oder die Zahlungseingänge auf den Treuhandkonten nicht geprüft habe.

[89] c) Der Höhe nach hat die Klagepartei hier ihren wegen des Erwerbs von Aktien der W. AG den im Tenor genannten Hauptsache-Schaden in der Klageschrift schlüssig dargelegt. Dazu bringt die Beklagte keine konkreten fallbezogenen Einwände vor.

IV.

[90] Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Soweit der Senat von der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH abweicht, wonach im Rahmen der Aussetzung nach § 8 Abs. 1 KapMuG auch zu prüfen sein soll, ob die geltend gemachten Klageansprüche nach Maßgabe des § 1 Abs. 1 KapMuG in den Anwendungsbereich des KapMuG fallen, und insoweit der gegenteiligen Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH folgt, wonach die Aussetzungsentscheidung ausschließlich von den in § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG genannten Voraussetzungen abhängt, ist diese Frage nicht entscheidungserheblich, da der Senat das Musterverfahren im vorliegenden Falle für statthaft hält, falls er das zu prüfen hätte. Jedenfalls hinsichtlich der Unrichtigkeit der Geschäftsberichte der W. AG als Haupttat bestehen insoweit auch keine ernsthaften Zweifel.

Notarhaftung

- Verwahrungsanweisung
- Notaranderkonto
- Pfändung

(BGH, Beschl. v. 2.8.2023 – VII ZB 28/20)

Leitsätze

1. Der Verstoß des Notars gegen die lediglich an ihn gerichtete Verbotsnorm des § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG gebietet es nicht, die regelmäßig im Grundgeschäft enthaltene öffentlich-rechtliche Verwahrungsanweisung an den Notar und die davon zu unterscheidende zivilrechtliche Verwahrungsvereinbarung zwischen den Vertragsparteien, die ebenfalls regelmäßig Bestandteil des Grundgeschäfts ist, für unwirksam zu erachten.

2. Bei einer Abwicklung der Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto erstreckt sich das mit der Pfändung des Kaufpreisanspruchs entstandene Pfandrecht auf den Auszahlungsanspruch des Verkäufers gegen den Notar. Der Auskehrungsanspruch gegen den Notar ist im Verhältnis zur Kaufpreisforderung als ein Nebenrecht im Sinne von § 401 BGB einzuordnen (Anschluss an BGH, Beschluss vom 9. Juni 2016 - V ZB 37/15, DNotZ 2016, 957). Für die Abtretung des Kaufpreisanspruchs - auch wenn sie zur Sicherung erfolgt - gilt nichts anderes.

3. Soweit die Wirksamkeit der Abtretung des Kaufpreisanspruchs oder sonstige Vorfragen der Empfangsberechtigung im mehrseitigen Verwahrungsverhältnis zu klären sind, ist der Prüfungsmaßstab des Notars im Rahmen einer auf Auszahlung des hinterlegten Geldes gerichteten Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO auf eine Evidenzkontrolle beschränkt.

Zum Sachverhalt:

[1] Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 20. Oktober 2016 (UR-Nr. des Notars W. B.) veräußerte die S. GmbH (nachfolgend: Verkäuferin) die von ihr noch zu errichtenden Eigentumswohnungen Nrn. 81 und 88 der Wohnungseigentumsanlage Sp. in B. nebst den Sondernutzungsrechten an zwei Stellplätzen zu einem Kaufpreis von insgesamt 2.010.000 € an den Beteiligten zu 1.

[2] In § 3 Nr. 4 des Vertrages wurde die Zahlung von Kaufpreisraten nach Baufortschritt gemäß § 3 Abs. 2 der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) vereinbart. Zahlungen sollten nach § 3 Nr. 5 des Vertrages auf ein Konto der Verkäuferin geleistet werden.

[3] § 7 Nr. 2 enthält folgende Vertragsklausel:

"Verkäufer übergibt Erwerber den Besitz nach Bezugsfertigkeit gegen vollständige Zahlung der geschuldeten Vertragssumme ... Ist der Vertragsgegenstand bei Bezugsfertigkeit noch nicht vollständig fertig gestellt oder sind noch Mängel zu beseitigen, ist Erwerber berechtigt, noch ausstehende Raten, insbesondere die letzte Rate von 3,5 % der geschuldeten Vertragssumme bei dem Notar auf Anderkonto zu hinterlegen mit der Weisung, diesen Betrag erst an Verkäufer auszuzahlen, wenn Erwerber dem Notar schriftlich bestätigt, dass die Bauleistungen für die ausstehenden Raten jeweils erbracht sind und bezüglich der letzten Rate von 3,5 %, dass der Vertragsgegenstand ohne wesentliche Mängel rechtzeitig fertig gestellt und die im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel beseitigt sind.

Mit Hinterlegung der ausstehenden Raten einschließlich der letzten Rate von 3,5 % auf Notaranderkonto ist der Verkäufer zur Besitzübergabe verpflichtet ... "

[4] Soweit Zahlungen auf ein Anderkonto des beurkundenden Notars erfolgten, wurde der Notar nach § 3 Nr. 6 des Vertrages unwiderruflich angewiesen, die Auszahlung entsprechend den Voraussetzungen des Ratenplans und unter Beachtung etwaiger Zurückbehaltungsrechte des Beteiligten zu 1 vorzunehmen.

[5] Der Beteiligte zu 1 zahlte den gesamten Kaufpreis auf das Anderkonto des Notars B. ein. Dieser Betrag wurde entsprechend dem vereinbarten Ratenplan bis auf einen 8,5 % des Gesamtkaufpreises entsprechenden Restbetrag von 170.850 € an die Verkäuferin ausgezahlt. Dieser Restbetrag setzte sich zusammen aus einer vereinbarungsgemäßen Reduzierung der ersten Kaufpreisrate um 5 % als Sicherheitseinbehalt des Beteiligten zu 1 bis zur rechtzeitigen Herstellung des Objekts ohne wesentliche Mängel sowie weiteren 3,5 %, die als letzte Kaufpreisrate gemäß § 3 Nr. 4 Buchst. k des Vertrages erst nach vollständiger Fertigstellung und Beseitigung der im Abnahmeprotokoll aufgeführten Mängel zu zahlen waren.

[6] Am 20. September 2017 gab die Verkäuferin gegenüber der Beteiligten zu 2 ein notariell beurkundetes Schuldanerkenntnis über 200.000 € ab. Zur Sicherung dieser Forderung erklärten die Verkäuferin und die Beteiligte zu 2 in derselben Urkunde die Abtretung "fälliger Kaufpreisforderungen" der Verkäuferin an die Beteiligte zu 2, unter anderem aus dem Kaufvertrag zwischen der Verkäuferin und dem Beteiligten zu 1 betreffend die Eigentumswohnung Nr. 81 nebst dem zugehörigen Sondernutzungsrecht an einem der beiden Stellplätze in Höhe von 8,5 % (= 82.025 €). Weiter wies die Verkäuferin den Notar B. an, auf seinem Anderkonto eingehende Beträge bis zu dieser Höhe an die Beteiligte zu 2 auszuzahlen, sobald sie nach dem Kaufvertrag zur Auszahlung an die Verkäuferin fällig seien.

[7] Am 11. März 2019 wurde über das Vermögen der Verkäuferin das Insolvenzverfahren eröffnet. Nachdem der Insolvenzverwalter am 20. November 2019 den auf dem Notaranderkonto befindlichen Restkaufpreis zugunsten des Beteiligten zu 1 freigegeben hatte, überwies Notar K. (nachfolgend: Notar), dem die Verwahrung der Notariatsakten des zwischenzeitlich aus dem Amt geschiedenen Notars B. übertragen worden war, das auf dem Anderkonto vorhandene Guthaben bis auf einen Teilbetrag in Höhe von 82.025 € an den Beteiligten zu 1. Mit Schreiben vom 28. November 2019 teilte der Notar dem Beteiligten zu 1 mit, diesen Betrag nur mit Zustimmung der Beteiligten zu 2 an den Beteiligten zu 1 auszahlen zu können, welche nicht vorliege.

[8] Dagegen hat der Beteiligte zu 1 Beschwerde eingelegt und die Auszahlung des auf dem Anderkonto verbliebenen Betrages an sich verlangt. Der Notar hat der Beschwerde mit Schreiben vom 16. Januar 2020 nicht abgeholfen. Auf die Beschwerde hat das Landgericht ihn angewiesen, den auf dem Anderkonto noch befindlichen Restbetrag von 82.025 € an den Beteiligten zu 1 auszuzahlen. Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 2 mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen:

[9] Die nach § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i.V.m. § 70 Abs. 1 und 2 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 2 ist begründet.

[10] 1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung - soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren von Bedeutung - im Wesentlichen wie folgt begründet:

[11] Die Pflicht des Notars zur Auskehr des auf dem Notaranderkonto befindlichen Restbetrags an den Beteiligten zu 1 folge aus § 57 Abs. 2 BeurkG. Der Betrag sei an den Einzahler zurückzuzahlen, da es jedenfalls an einer wirksamen Verwahrungsanweisung für den Restbetrag fehle und auch nicht damit zu rechnen sei, dass eine solche noch nachträglich erteilt werde.

[12] Als Verwahrungsanweisung im Sinne von § 57 Abs. 2 Nr. 2 BeurkG komme nur die Bestimmung in § 7 Nr. 2 des notariellen Kaufvertrags in Betracht. Diese sei unwirksam, weil für eine Verwahrung mit dieser Anweisung kein berechtigtes Sicherungsinteresse nach § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG bestehe, weshalb der Notar sie nicht annehmen dürfe. Beide Vertragsparteien hätten bei einem Bauträgervertrag wie dem vorliegenden kein rechtliches Sicherungsinteresse an der notariellen Verwahrung des Kaufpreises.

[13] Unabhängig davon sei die Verwahrungsanweisung auch deshalb unwirksam, weil die Verkäuferin durch die Verwahrung der noch nicht fälligen Kaufpreisteilbeträge gegen das gesetzliche Verbot des § 3 Abs. 2 MaBV verstoße, wonach sie als Bauträgerin vor Eintritt der dort festgelegten Voraussetzungen keine Vermögenswerte des Auftraggebers zur Ausführung des Auftrags entgegennehmen dürfe. Wenngleich nicht der Bauträger, sondern der Notar die auf das Anderkonto eingezahlten Zahlungsmittel entgegennehme, begründe die den Bauträger zum Empfangsberechtigten bestimmende Verwahrungsanweisung für diesen bereits eine rechtlich gesicherte Auszahlungsanwartschaft.

[14] 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der Notar hat sein Tätigwerden nicht ohne ausreichenden Grund verweigert.

[15] Die **Verweigerung der Amtsausübung** durch den Notar ist nur zulässig und damit pflichtgemäß, wenn sie auf einen ausreichenden Grund gestützt werden kann (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO). Das nach § 15 Abs. 2 BNotO für die Prüfung der Verweigerung einer notariellen Amtstätigkeit zuständige Beschwerdegericht ist hierbei nicht an die Beschwerdebegründung gebunden, sondern hat das Ersuchen im Hinblick auf alle Umstände zu prüfen, die der Beschwerde zum Erfolg verhelfen können (BGH, Beschluss vom 9. Dezember 2021 - V ZB 25/21 Rn. 5, 9, NJW-RR 2022, 428). Solche liegen indes nicht vor.

[16] a) Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts lässt sich die Verpflichtung des Notars zur Auskehr des auf dem Anderkonto befindlichen Restbetrags an den Beteiligten zu 1 nicht auf ein fehlendes Sicherungsinteresse an der Verwahrung im Sinne von § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG und eine damit einhergehende Unwirksamkeit der in § 7 Nr. 2 des notariellen Kaufvertrags enthaltenen Verwahrungsanweisung stützen.

[17] Nach **§ 57 Abs. 2 BeurkG** darf der Notar Geld zur Verwahrung unter anderem nur entgegennehmen, wenn hierfür ein **berechtigtes Sicherungsinteresse** der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen gegeben ist (Nr. 1) und ihm ein Antrag auf Verwahrung verbunden mit einer **Verwahrungsanweisung** näher geregelten Inhalts vorliegt (Nr. 2).

[18] Inwieweit für die Abwicklung von Kaufpreisraten über ein Notaranderkonto bei einem Bauträgervertrag ein entsprechendes berechtigtes Sicherungsinteresse besteht (vgl. zum Streitstand Basty, Der Bauträgervertrag, 10. Aufl., Kap. 1 Rn. 94; Kämper in Bremkamp/Kindler/Winnen, BeurkG, § 57 Rn. 31 ff.; jeweils m.w.N.), kann für den Streitfall dahinstehen. Denn ein Notar, der - wie hier - einen Verwahrungsantrag angenommen hat, hat die mit dem Verwahrungsantrag verbundene Verwahrungsanweisung auch dann zu beachten, wenn ein berechtigtes Sicherungsinteresse der Beteiligten fehlt.

[19] **Das Erfordernis eines berechtigten Sicherungsinteresses gemäß § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG soll einer formularmäßigen - kostenpflichtigen - Verwahrung entgegenwirken und die Zahl der Verwahrungsgeschäfte niedrig halten** (vgl. BT-Drucks. 13/4184, S. 37 f.; BGH, Urteil vom 16. November 2020 - NotSt (Brfg) 2/19 Rn. 27, NJW-RR 2021, 784; jeweils zu § 54a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG a.F. als Vorgängerregelung von § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG). Ein berechtigtes Sicherungsinteresse ist anzunehmen, wenn die **notarielle Verwahrung gegenüber der Direktzahlung eine Absicherung der Beteiligten zumindest deutlich erleichtert** (BGH, Urteil vom 16. November 2020 - NotSt (Brfg) 2/19 Rn. 29, NJW-RR 2021, 784). Ausgehend hiervon hat der Notar bei fehlendem berechtigten Sicherungsinteresse zwar die Amtspflicht, die Verwahrungstätigkeit abzulehnen (BGH, Urteil vom 16. November 2020 - NotSt (Brfg) 2/19 Rn. 33, NJW-RR 2021, 784). **Der Verstoß des Notars gegen die lediglich an ihn gerichtete Verbotsnorm des § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG gebietet es indes nicht, die regelmäßig im Grundgeschäft enthaltene öffentlich-rechtliche Verwahrungsanweisung an den Notar und die davon zu unterscheidende zivilrechtliche Verwahrungsvereinbarung zwischen den Vertragsparteien, die ebenfalls regelmäßig Bestandteil des Grundgeschäfts ist, für unwirksam zu erachten** (allg. Meinung; vgl. BeckOGK BeurkG/Franken, Stand: 1. September 2022, § 57 Rn. 32; Hertel in Frenz/Miermeister, BNotO, 5. Aufl., § 57 BeurkG Rn. 24; Mayer in Armbrüster/Preuß, BeurkG mit NotAktVV und DONot, 9. Aufl., Vor §§ 57 ff. BeurkG Rn. 26).

[20] **Aus einem fehlenden berechtigten Sicherungsinteresse der Beteiligten folgt daher nicht, dass der Notar den verwahrten Kaufpreisteilbetrag wieder an den Beteiligten zu 1 als diejenige Vertragspartei auszahlen muss, die den Teilkaufpreis auf das Notaranderkonto eingezahlt hat.** Die vom Beschwerdegericht für seine gegenteilige Auffassung als alleiniger Beleg angeführte Literaturstelle ("vgl. Winkler, BeurkG, 19. Aufl., § 57 Rdn. 59") bezieht sich auf § 57 Abs. 5 BeurkG und den hier nicht gegebenen Fall der Rückzahlung bei - von vorneherein - fehlendem Treuhandauftrag.

[21] b) Eine Pflicht des Notars zur Auszahlung des Restkaufpreises auf dem Anderkonto an den Beteiligten zu 1 folgt, anders als vom Beschwerdegericht angenommen, auch nicht aus einem - etwaigen - Verstoß der Regelung zur Hinterlegung der Kaufpreisraten in § 7 Nr. 2 des Kaufvertrags gegen materiellrechtliche Vorschriften, insbesondere § 3 Abs. 2, § 12 MaBV.

[22] Nach § 3 Abs. 2 Satz 1 MaBV darf ein Bauträger Vermögenswerte des Auftraggebers nur entsprechend dem Bauablauf in bis zu sieben Teilbeträgen entgegennehmen oder sich zu deren Verwendung ermächtigen lassen. Ein von § 3 MaBV abweichender Ratenplan ist unzulässig (§ 12 MaBV).

[23] Es kann dahinstehen, ob die in § 7 Nr. 2 des Kaufvertrags getroffene Regelung zur notariellen Verwahrung der Kaufpreisraten nach § 134 BGB i.V.m. § 3 Abs. 2, § 12 MaBV unwirksam ist. Denn ein etwaiger Verstoß gegen § 3 Abs. 2, § 12 MaBV, der zur Unwirksamkeit der zivilrechtlichen Verwahrungsvereinbarung der Parteien führt (vgl. Hertel in Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 5. Aufl., Kap. 4 Rn. 79 f.), ist vom Notar nur zu beachten und die Verwahrung nicht weiter durchzuführen, wenn die Unwirksamkeit der Verwahrungsvereinbarung für ihn evident ist. Eine evidente Unwirksamkeit der Verwahrungsvereinbarung liegt hier indes nicht vor. Dies gilt gleichermaßen im Hinblick auf einen etwaigen Verstoß gegen die Klauselverbote nach §§ 305 ff. BGB.

[24] aa) Im Rahmen einer auf Rückzahlung des hinterlegten Geldes an den Käufer gerichteten Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO gilt aufgrund der Aufgabenverteilung zwischen dem Notar und den Zivilgerichten ein beschränkter Prüfungsmaßstab. **Es ist nicht Aufgabe des Notars und damit nicht Aufgabe der über eine Notarbeschwerde entscheidenden Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, über materiellrechtliche Fragen zu befinden.** Diese sind daher nicht in einem Beschwerdeverfahren nach § 15 Abs. 2 BNotO, sondern in einem Zivilprozess der Beteiligten untereinander zu entscheiden**. Anders verhält es sich nur dann, wenn die Unwirksamkeit einer vertraglichen Regelung für den Notar ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar ist.** Eine evident unwirksame Vertragsbestimmung darf ein Notar weder beurkunden noch vollziehen (BGH, Beschluss vom 9. Dezember 2021 - V ZB 25/21 Rn. 5, NJW-RR 2022, 428; Beschluss vom 1. Oktober 2015 - V ZB 171/14 Rn. 21, NJW-RR 2016, 695). Ist die zivilrechtliche Verwahrungsvereinbarung für den Notar evident unwirksam, ist die Verwahrung für den Notar undurchführbar und darf nicht mehr abgewickelt werden (vgl. Brambring, DNotZ 1990, 615, 640; siehe auch Bräu, Verwahrungstätigkeit des Notars, Rn. 94; Zimmermann, DNotZ 1980, 451, 467 f.).

[25] bb) Es ist nicht davon auszugehen, dass die Klausel in § 7 Nr. 2 des Kaufvertrags offensichtlich und ohne jeden vernünftigen Zweifel unwirksam ist und der Notar dies erkennen musste. Zur Frage der Wirksamkeit einer Verwahrungsvereinbarung wie derjenigen in § 7 Nr. 2 des Kaufvertrags besteht in Rechtsprechung und Schrifttum kein einheitliches Meinungsbild. Die Klausel räumt dem Beteiligten zu 1 die Möglichkeit (" ... ist Erwerber berechtigt, ... ") ein, die bei Bezugsfertigkeit der Wohnungen noch ausstehenden Raten auf einem Notaranderkonto zu verwahren, sofern das Kaufobjekt zu diesem Zeitpunkt noch nicht vollständig fertiggestellt ist oder noch Mängel zu beseitigen sind; macht er von dieser Option Gebrauch, erhält er nach § 7 Nr. 2 Abs. 2 Satz 1 des Vertrages einen Anspruch auf Besitzübertragung gegen den Bauträger. Zwar

stößt die Übernahme einer Verpflichtung des Käufers zur Einzahlung der Raten auf ein Notaranderkonto bei einem Bauträgervertrag vor dem Hintergrund der § 3 Abs. 2, § 12 MaBV sowie der Klauselverbote nach §§ 305 ff. BGB in Rechtsprechung und Schrifttum unter bestimmten Voraussetzungen auf Bedenken (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 1984 - VII ZR 248/83, BauR 1985, 93, juris Rn. 17 ff. zu § 11 Nr. 2a AGBG [jetzt § 309 Nr. 2a BGB]; zum Streitstand allgemein Hertel in Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 5. Aufl., Kap. 4 Rn. 80; Mayer in Armbrüster/Preuß, BeurkG mit NotAktVV und DONot, 9. Aufl., § 57 BeurkG Rn. 26 ff.). Die bloße Option zur Hinterlegung von Kaufpreisraten auf einem Notaranderkonto soll aber eine - auch formularvertraglich - zulässige Gestaltung sein können (vgl. etwa Basty, Der Bauträgervertrag, 10. Aufl., Kap. 1 Rn. 103; siehe auch Brambring, DNotZ 1999, 381, 391 f.; Meyer, RNotZ 2006, 497, 513 ff.).

[26] cc) Nach alledem kann offenbleiben, ob dem Notar im Falle einer - hier nicht vorliegenden - evident unwirksamen Verwahrungsvereinbarung über die Einstellung der weiteren Vertragsabwicklung hinaus überhaupt gestattet ist, den hinterlegten Kaufpreis kraft seines Amtes wieder an den Einzahlenden zurückzuüberweisen (in diesem Sinne wohl KG, Beschluss vom 30. Juli 2002 - 1 W 59/02, juris Rn. 3 ff. für den Fall des einseitigen Widerrufs mehrseitiger Verwahrungsanweisungen nach § 54c Abs. 3 BeurkG a.F.; anders Mayer in Armbrüster/Preuß, BeurkG mit NotAktVV und DONot, 9. Aufl., § 60 BeurkG Rn. 32).

[27] 3. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i.V.m. § 74 Abs. 2 FamFG).

[28] Entgegen der Auffassung des Beteiligten zu 1 ist der Notar nicht verpflichtet, einem vom Beteiligten zu 1 und dem Insolvenzverwalter übereinstimmend erklärten Widerruf der Verwahrungsanweisung Folge zu leisten und den auf dem Anderkonto befindlichen Restkaufpreis wunschgemäß an den Beteiligten zu 1 auszuzahlen. Der Notar ist vielmehr berechtigt, die Auszahlung wegen fehlender Zustimmung der Beteiligten zu 2 zu verweigern.

[29] Nach **§ 60 Abs. 2 BeurkG** hat ein Notar **den Widerruf einer von mehreren Anweisenden erteilten Anweisung** - vorbehaltlich einer abweichenden Regelung (§ 60 Abs. 4 BeurkG) - nur zu beachten, wenn er durch alle Anweisenden gemeinsam erfolgt. Diese Voraussetzung liegt nicht vor.

[30] a) Bei der in § 7 Nr. 2 des Kaufvertrags erteilten Verwahrungsanweisung handelt es sich um eine mehrseitige Anweisung der Verkäuferin und des Beteiligten zu 1.

[31] aa) **Für die Abgrenzung einer einseitigen von einer mehrseitigen Verwahrungsanweisung kommt es entscheidend darauf an, wessen Sicherungsinteresse die mit der Anweisung verbundene Übertragung der Verfügungsbefugnis auf den Notar dient. Dient die Weisung dem Interessenschutz mehrerer Beteiligter, ist eine mehrseitige Anweisung gegeben** (vgl. BayObLG, Beschluss vom 1. Juni 1995 - 3Z BR 49/95, BayObLGZ 1995, 204, juris Rn. 29; Hertel in Frenz/Miermeister, BNotO, 5. Aufl., § 60 BeurkG Rn. 17 m.w.N.).

[32] bb) Nach der gebotenen Auslegung der hier in Rede stehenden Vertragsbestimmung, die der Senat mangels weiterer zu erwartender Feststellungen selbst vornehmen kann, liegt eine mehrseitige Anweisung vor. Die Klausel sichert sowohl die Interessen des Beteiligten zu 1 als auch die der Verkäuferin bei der Abwicklung der Kaufpreiszahlung. Sie trägt einerseits den Interessen des Beteiligten zu 1 Rechnung, weil die bei Bezugsfertigkeit der Eigentumswohnungen hinterlegten noch nicht fälligen Kaufpreisraten erst nach dessen schriftlicher Bestätigung einer mangelfreien und vollständigen Erbringung der jeweiligen Bauleistung von dem Notar an die Verkäuferin ausgezahlt werden dürfen. Andererseits liegt die Regelung im Interesse der Verkäuferin am vollständigen Erhalt der Kaufpreiszahlung nach erfolgter Besitzübertragung auf den Beteiligten zu 1 bei ordnungsgemäßer Erbringung ihrer Bauleistungen. Die Verwahrung schützt die Verkäuferin vor ungerechtfertigten Mängelrügen sowie der grundlosen Zahlungsverweigerung des Erwerbers (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 1984 - VII ZR 248/83, BauR 1985, 93, juris Rn. 21).

[33] b) Diente die Verwahrungsanweisung in § 7 Nr. 2 des Kaufvertrags auch den Interessen der Verkäuferin, durfte der Notar davon ausgehen, dass der Widerruf dieser Anweisung der Zustimmung der Beteiligten zu 2 bedarf, die kraft Abtretung in die Rechtsposition der Verkäuferin eingetreten ist.

[34] aa) Zwar war die Beteiligte zu 2 ursprünglich nicht am notariellen Verwahrungsverhältnis beteiligt. Unter der Annahme, dass die Beteiligte zu 2 durch die am 20. September 2017 erklärte notarielle Abtretung Inhaberin der Kaufpreisforderung in Höhe der auf dem Anderkonto noch befindlichen 82.025 € geworden ist, ist die Beteiligte zu 2 aber verfahrensrechtlich als Beteiligte an der Verwahrung in die Stellung der Verkäuferin gerückt. Wird eine Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto abgewickelt, geht mit der Abtretung des Kaufpreisanspruchs automatisch auch der Auskehrungsanspruch gegen den Notar als Nebenrecht des Kaufpreisanspruchs im Sinne des § 401 BGB auf den Abtretungsempfänger über.

[35] **In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass sich bei einer Abwicklung der Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto das mit der Pfändung des**

Kaufpreisanspruchs entstandene Pfandrecht auf den Auszahlungsanspruch des Verkäufers gegen den Notar erstreckt. Der Anspruch gegen den Notar wird nur deshalb begründet, weil der Verkäufer von seinem Vertragspartner nicht Zahlung an sich verlangen kann; er ergänzt die vertragliche Forderung. **Der Auskehrungsanspruch gegen den Notar ist daher im Verhältnis zur Kaufpreisforderung als ein Nebenrecht im Sinne von § 401 BGB einzuordnen** (BGH, Beschluss vom 9. Juni 2016 - V ZB 37/15 Rn. 20 ff., DNotZ 2016, 957). Für die **Abtretung des Kaufpreisanspruchs** - auch wenn sie zur Sicherung erfolgt - **gilt nichts anderes**. Mit dem Übergang des zivilrechtlichen Anspruchs geht der Auskehrungsanspruch auch ohne ausdrückliche Mitabtretung als Nebenrecht kraft Gesetzes mit über und der Zessionar rückt auch verfahrensrechtlich in die sich aus dem notariellen Verwahrungsverhältnis ergebende Beteiligtenstellung des Zedenten ein. Zu einer Änderung oder einem Widerruf einer Verwahrungsanweisung ist fortan seine Zustimmung als Empfangsberechtigter erforderlich und im Umfang der Abtretung die Mitwirkung des Zedenten entbehrlich (Hertel in Frenz/Miermeister, BNotO, 5. Aufl., § 23 BNotO Rn. 33, 37; vgl. für den Pfändungsgläubiger auch BayObLG, Beschluss vom 17. Dezember 2004 - 1Z BR 64/04, DNotZ 2005, 616, juris Rn. 14; Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 23 Rn. 189; a.A. KG, Beschluss vom 9. Januar 1996 - 9 U 8386/94, KG-Report 1996, 143).

[36] bb) Der Notar durfte ferner annehmen, dass die Beteiligte zu 2 infolge der Abtretung der Teilkaufpreisforderung Empfangsberechtigte hinsichtlich des auf dem Anderkonto noch befindlichen Restbetrags sein kann.

[37] (1) Soweit die Wirksamkeit der Abtretung des Kaufpreisanspruchs oder sonstige Vorfragen der Empfangsberechtigung im mehrseitigen Verwahrungsverhältnis zu klären sind, ist der **Prüfungsmaßstab des Notars im Rahmen einer auf Auszahlung des hinterlegten Geldes** gerichteten Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO auf eine **Evidenzkontrolle** beschränkt, da die Prüfung solcher Fragen grundsätzlich nicht Aufgabe des Notars ist (siehe oben unter II. 2. b) aa)). In Fallgestaltungen, in denen für den Notar etwa ohne jeden vernünftigen Zweifel feststeht, dass die Abtretung materiell-rechtlich unwirksam ist, darf er annehmen, dass der Zessionar nicht in die verfahrensrechtliche Stellung des Zedenten eingetreten ist. **Der Notar handelt hingegen nicht pflichtwidrig, wenn er sich bei begründeten Zweifeln über die Empfangsberechtigung entschließt, den hinterlegten Betrag nicht auszuzahlen, sondern weiter zu verwahren und die Beteiligten auf den Zivilprozess gegeneinander zu verweisen** (KG, Beschluss vom 16. März 1999 - 1 W 8724/98, DNotZ 1999, 994, juris Rn. 11; OLG Hamm, Beschluss vom 9. Februar 1993 - 15 W 198/92, OLGZ 1994, 115, juris Rn. 23; Hertel in Frenz/Miermeister, BNotO, 5. Aufl., § 23 BNotO Rn. 36; Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 15 Rn. 74; vgl. auch schon BGH, Urteil vom 21. Dezember 1959 - III ZR 180/58, DNotZ 265, 270 f.).

[38] (2) Gemessen daran stellt sich die Verweigerung der Auszahlung durch den Notar nicht als pflichtwidrig dar. Eine Empfangsberechtigung der Beteiligten zu 2 infolge der Abtretung der Teilkaufpreisforderung kann vom Notar derzeit nicht evident ausgeschlossen werden.

[39] Der Beteiligte zu 1 hat im Rahmen seiner Notarbeschwerde die Auffassung vertreten, eine wirksame Abtretung des Kaufpreisanspruchs durch die Verkäuferin habe nicht stattgefunden. Die notarielle Abtretung habe allein fällige Kaufpreisforderungen umfasst, wobei der noch auf dem Anderkonto verwahrte Kaufpreisrest nicht zu den fälligen Beträgen gehöre und Fälligkeit aufgrund der Verweigerung der weiteren Erfüllung durch den Insolvenzverwalter nicht mehr eintreten könne. Demgegenüber hat der Notar in seinem Nichtabhilfeschreiben vom 16. Januar 2020 ausgeführt, er könne die Fälligkeit der Kaufpreisraten nicht beurteilen, da sich diese nach dem Bautenstand richte, zu dessen Überprüfung er außer Stande sei. Insbesondere könne er nicht feststellen, ob die bislang von dem Beteiligten zu 1 an die Verkäuferin gezahlten Kaufpreisraten dem erreichten Bautenstand entsprächen. Da er nicht zu erkennen vermöge, ob noch Ansprüche der Verkäuferin bestünden, müsse er im Rahmen der gebotenen Evidenzprüfung von der Wirksamkeit der Abtretung ausgehen.

[40] Diese Bedenken des Notars hinsichtlich des Kreises der Empfangsberechtigten, namentlich die Annahme einer möglichen Empfangsberechtigung der Beteiligten zu 2, sind nicht von der Hand zu weisen. Selbst wenn der Insolvenzverwalter die Nichterfüllung weiterer Bauverpflichtungen aus dem Bauträgervertrag erklärt haben mag (§ 103 Abs. 2 InsO), käme ein fälliger und durchsetzbarer Anspruch der Verkäuferin gegen den Beteiligten zu 1 auf anteilige Kaufpreiszahlung für bereits erbrachte, aber noch nicht bezahlte Bauleistungen in Betracht, der kraft Abtretung auf die Beteiligte zu 2 übergegangen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2009 - IX ZR 214/08 Rn. 12, NJW-RR 2010, 773; MünchKommInsO/Huber, 4. Aufl., § 103 Rn. 32; jeweils zu Ansprüchen des Insolvenzverwalters bei fehlender Erfüllungswahl nach § 103 Abs. 2 InsO und teilweiser Vorleistung des Schuldners). Ob aufgrund des erreichten Bautenstandes noch offene Zahlungspflichten bestehen, kann vom Notar, der keine genaue Kenntnis vom Bautenstand hat, jedenfalls nicht zweifelsfrei verneint werden. Im Ergebnis nichts anderes gilt für etwaige weitere Folgewirkungen aus der Eröffnung des Insolvenzverfahrens für die Empfangszuständigkeit der Beteiligten zu 2, vgl. insbesondere § 51 Nr. 1, § 166 Abs. 2, § 170 Abs. 2 InsO. In Ermangelung einer Zustim-

mung der Beteiligten zu 2 ist die Verweigerung der Auszahlung an den Beteiligten zu 1 nach alledem sachlich nicht zu beanstanden.

[41] *(...)*

Versicherungsschutz

- Steuerberater
- Unternehmerische Tätigkeit
- Treuhand

(BGH, Urt. v. 15.11.2023 - IV ZR 277/22)

Leitsätze

1. Ein Verstoß ist im Bereich eines unternehmerischen Risikos im Sinne der Ausschlussklausel in A. 5.3 a) BBR-S begangen, wenn der Steuerberater entweder in einem fremden Unternehmen unternehmerisch tätig geworden ist oder eine unternehmerische Investitionsentscheidung des Steuerberaters sein dem Verstoß zugrundeliegendes Verhalten beeinflusst hat.

2. Für die Abgrenzung einer versicherten Aufsichtstreuhand von einer nichtversicherten geschäftsführenden Treuhand im Rahmen der Tätigkeit eines Steuerberaters als Treuhandkommanditist einer Fondsgesellschaft kommt es entscheidend darauf an, inwieweit dem Steuerberater aufgrund des Treuhandvertrags ein Entscheidungs- und Handlungsspielraum, Mitwirkungsrechte und/oder Ermessen zustehen und sich diese auf das unternehmerische Risiko der Fondsgesellschaft auswirken (hier: B.II.6. BBR-S).

Zum Sachverhalt:

[1] Die Kläger nehmen den beklagten Versicherer aus einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung in Anspruch, nachdem über das Vermögen einer versicherten Steuerberatungsgesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist.

[2] Die T. GmbH (im Folgenden: Versicherte) war in einem mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten abgeschlossenen Berufshaftpflichtversicherungsvertrag mitversichert. Diesem Versicherungsvertrag lagen die Allgemeinen und Besonderen Versicherungsbedingungen sowie Risikobeschreibungen zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer, Steuerberater, Rechtsanwälte und Patentanwälte (AVB-WSR) zugrunde.

[3] Teil 1 der AVB-WSR enthält die AllgemeinenVersicherungsbedingungen (AVB). Er lautet auszugsweise:

"A. Der Versicherungsschutz (§§ 1-4)
§ 1 Gegenstand der Versicherung
I. Der Versicherer bietet dem Versicherungsnehmer Versicherungsschutz (Deckung) für den Fall, dass er wegen eines bei der Ausübung beruflicher Tätigkeit ... begangenen Verstoßes von einem anderen auf Grund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird.
..."

[4] Teil 3 der AVB-WSR, der die Besonderen Bedingungen und Risikobeschreibungen für Steuerberater (BBR-S) enthält, lautet auszugsweise:

"A. Besondere Bedingungen
5. Ausschlüsse
5.3 Haftpflichtansprüche aus unternehmerischem Risiko Der Versicherungsschutz bezieht sich nicht auf Haftpflichtansprüche wegen Schäden, die dadurch entstanden sind, dass

a) der Versicherungsnehmer im Bereich eines unternehmerischen Risikos, das sich im Rahmen der Ausübung einer versicherten Tätigkeit ergibt, einen Verstoß begeht, z. B. als Insolvenzverwalter bei der Fortführung eines Unternehmens, als Testamentsvollstrecker, so weit ein gewerbliches Unternehmen zum Nachlass gehört,

b)...

B. Risikobeschreibung für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Steuerberatern

II. Der Versicherungsschutz erstreckt sich auch auf die Tätigkeiten, die nach § 57 Abs. 3 Nr. 2, 3 und 6 StBerG mit dem Beruf vereinbar sind, und zwar

...

6. Tätigkeit als nicht geschäftsführender Treuhänder;
..."

[5] Mit Beitrittserklärungen vom 9.November 2005 beteiligten sich die Klägerin zu 1 in Höhe von nominal 20.000 € zzgl. Agio und der Kläger zu 2 in Höhe von nominal 40.000 € zzgl. Agio über die Versicherte als Treuhandkommanditistin an der Equity Pictures Medienfonds GmbH & Co. KG IV (im Folgenden: Fondsgesellschaft). Die Versicherte fungierte zudem als Mittelverwendungskontrolleurin der Fondsgesellschaft.

[6] Den Beteiligungen der Kläger lag der Emissionsprospekt

vom 10. August 2005 zugrunde. In dem im Prospekt abgedruckten Gesellschaftsvertrag der Fondsgesellschaft heißt es auszugsweise:

"§ 5 Kommanditanteil, Kapitalerhöhung
3.Die Treuhandkommanditistin kann im Hinblick auf ihren Kommanditanteil, jedoch nicht in Höhe des eigennützig gehaltenen Anteils, mit natürlichen und juristischen Personen Treuhandverträge ... abschließen ...

§ 6 Erbringung der Kapitaleinlagen.
1. Die Kommanditeinlage der Gründungskommanditistin ist erbracht. Die eigennützige Kommanditeinlage der Treuhandkommanditistin ist sofort zur Einzahlung fällig.
..."

[7] Die Versicherte erhielt für jedes Geschäftsjahr eine Vergütung als Treuhänderin in Höhe von 0,03 % und als Mittelverwendungskontrolleurin in Höhe von weiteren 0,07 % der Summe der bis zum 31. Dezember des betreffenden Geschäftsjahres der Gesellschaft eingezahlten Pflichteinlagen der Gesellschaft, wobei jeweils eine Vergütungsdegression griff, sobald die Gesamt-Pflichteinlagen einen Betrag von 20.000.000 € überschritten.

[8] Mit Urteil vom 14. September 2017 verurteilte das Oberlandesgericht München die Versicherte zum Ersatz des Schadens, der den Klägern aus der Beteiligung an der Fondsgesellschaft entstanden ist, unter anderem zur Rückzahlung der erbrachten Direkteinlagen sowie zur Erstattung der für den Rückkauf der Inhaberschuldverschreibungen aufgewandten Beträge. Zur Begründung führte es aus, die Versicherte hafte aus ihrer Treuhänderstellung wegen unzureichender Aufklärung der Kläger, weil der Prospekt die Anleger nicht ausreichend über durch das Finanzierungskonzept entstehende Risiken aufkläre. Am 1. April 2018 wurde über das Vermögen der Versicherten das Insolvenzverfahren eröffnet.

[9] Im vorliegenden Verfahren haben die Kläger von der Beklagten in der Hauptsache im Wesentlichen gefordert, die durch das Oberlandesgericht München tenorierten Schadensersatzansprüche ihnen gegenüber auf der Grundlage von § 157 VVG in der bis 31. Dezember 2007 geltenden Fassung (im Folgenden: § 157 VVG a.F.) auszugleichen. Die Beklagte hat eingewandt, es handele sich nicht um eine versicherte Tätigkeit. Zudem sei die Versicherte jedenfalls unternehmerisch tätig geworden.

[10] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Kläger zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die durch das Berufungsgericht zugelassene Revision der Kläger, mit der sie ihre Klageanträge weiterverfolgen.

Aus den Gründen:

[11] Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

[12] I. Dieses hat ausgeführt, die Kläger könnten die Beklagte nicht nach § 157 VVG a.F. in Anspruch nehmen, denn es fehle an einem versicherungsvertraglichen Anspruch der Versicherten gegen die Beklagte. Zwar sei die Aufklärungspflichtverletzung im Rahmen einer versicherten Tätigkeit erfolgt, denn ein Entscheidungsspielraum der Versicherten, der ihre Treuhandtätigkeit zu einer geschäftsführenden gemacht habe, könne anhand des Treuhandvertrags nicht festgestellt werden. Die Tätigkeit als Treuhandkommanditistin und die daraus resultierende Prospekthaftung könne auch nicht generell als nicht versicherte unternehmerische Tätigkeit eingeordnet werden. Es greife aber der Risikoausschluss in A. 5.3 a) BBR-S. Die Versicherte sei als Treuhandkommanditistin in das Gesamtkonzept der Fondsgesellschaft eingebunden gewesen. Die Pflichtverletzung berühre jedenfalls dann ihre unternehmerischen Interessen, wenn sie am Erfolg und Misserfolg der Fondsgesellschaft partizipiert habe. Das wäre unmittelbar dann der Fall gewesen, wenn sie an dieser eigene Anteile gehalten hätte. Der Treuhänder handele aber auch dann mit Blick auf ein künftiges unternehmerisches Risiko, wenn er im Zeitpunkt des Verstoßes (noch) keine eigenen Anteile halte, der Erwerb solcher Anteile aber vertraglich vorgesehen sei. Nach § 6 Ziff. 1 und § 5 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags sei das Halten eines eigennützigen Kommanditanteils verbindlich vertraglich vorgesehen gewesen. Daran ändere es nichts, dass die Höhe des Kommanditanteils dort nicht geregelt sei. Auf die Umsetzung des Gesellschaftsvertrags komme es nicht an. Diese Auslegung sei durch die Ausschlussklausel gedeckt. Der Wortlaut sei weit gefasst. Für einen Steuerberater ergebe sich nicht, dass ein Treuhänder bereits unternehmerisch tätig sein müsse, wenn er den Pflichtverstoß begehe. Es sei auch der Fall erfasst, dass der Treuhänder mit einem konkreten Bezug zu einem unternehmerischen Risiko handele, auch wenn dies aktuell noch nicht bestehe, wohl aber in naher Zukunft aufgrund konkret getroffener Regelungen sicher zu erwarten sei. Schließlich zeige sich der Umstand, dass die Versicherte im Bereich eines unternehmerischen Risikos gehandelt habe, auch daran, dass die Höhe der Vergütung vom eingeworbenen Kapital abhängig gewesen sei.

[13] Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

[14] 1. Mit der gegebenen Begründung hat das Berufungsgericht nicht annehmen dürfen, der Versicherungsschutz sei nach A. 5.3 a) BBR-S ausgeschlossen, weil die Versicherte den Verstoß im Bereich eines **unternehmerischen Risikos** begangen habe, das sich im Rahmen einer versicherten Tätigkeit ergeben habe.

[15] a) Ein Verstoß ist im Bereich eines unternehmerischen Risikos im Sinne von A. 5.3 a) BBR-S begangen, wenn der Steuerberater entweder in einem fremden Unternehmen unternehmerisch tätig geworden ist oder eine unternehmerische Investitionsentscheidung des Steuerberaters sein dem Verstoß zugrundeliegendes Verhalten beeinflusst hat. Das ergibt die Auslegung der Klausel.

[16] aa) **Allgemeine Versicherungsbedingungen** sind so **auszulegen**, wie ein durchschnittlicher, um Verständnis bemühter Versicherungsnehmer sie bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und unter Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs versteht. Dabei kommt es auf die Verständnismöglichkeiten eines Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse und damit auch auf seine Interessen an. In erster Linie ist vom Bedingungswortlaut auszugehen. Der mit dem Bedingungswerk verfolgte Zweck und der Sinnzusammenhang der Klauseln sind zusätzlich zu berücksichtigen, soweit sie für den Versicherungsnehmer erkennbar sind (Senatsurteil vom 26. Januar 2022 - IV ZR 144/21, BGHZ 232, 344 Rn. 10 m.w.N.; st. Rspr.). Liegt eine Versicherung zugunsten Dritter vor, so kommt es daneben auch auf die Verständnismöglichkeiten durchschnittlicher Versicherter und ihre Interessen an (Senatsurteil vom 20. Mai 2021 - IV ZR 324/19, VersR 2021, 900 Rn. 21 m.w.N.). Werden Versicherungsverträge - wie hier - typischerweise mit einem und für einen bestimmten Personenkreis geschlossen, so sind die Verständnismöglichkeiten und Interessen der Mitglieder dieses Personenkreises maßgebend (Senatsurteil vom 25. Mai 2011 - IV ZR 117/09, r+s 2011, 295 Rn. 22). Bei einer - wie hier in A. 5.3 BBR-S vereinbarten - Risikoausschlussklausel geht das Interesse des Versicherungsnehmers und Versicherten zudem in der Regel dahin, dass der Versicherungsschutz nicht weiter verkürzt wird, als der erkennbare **Zweck der Klausel** dies gebietet. Der durchschnittliche Versicherungsnehmer oder Versicherte braucht nicht damit zu rechnen, dass er Lücken im Versicherungsschutz hat, ohne dass die Klausel ihm dies hinreichend verdeutlicht. Deshalb sind **Risikoausschlussklauseln** nach ständiger Rechtsprechung des Senats **eng und nicht weiter auszulegen, als es ihr Sinn unter Beachtung ihres wirtschaftlichen Zwecks und der gewählten Ausdrucksweise erfordert** (vgl. Senatsurteil vom 20. Mai 2021 aaO Rn. 21 m.w.N.).

[17] bb) Nach dem Wortlaut und erkennbaren Sinnzusammenhang versteht ein durchschnittlicher Steuerberater - auf dessen Sicht als Versicherter es bei der Auslegung der Besonderen Bedingungen und Risikobeschreibungen für Steuerberater ankommt - die Regelung in A. 5.3 a) BBR-S zunächst so, dass sie den **Versicherungsschutz dort ausschließt, wo der Steuerberater als Freiberufler ausnahmsweise in einem fremden Unternehmen unternehmerisch tätig wird** (vgl. auch Diller in: Späte/Schimikowski, Haftpflichtversicherung 2. Aufl. AVB-V § 4 Ausschlüsse Rn. 121 f.; Dallwig, jurisPR-VersR 11/2022 Anm. 2 unter C II 1). Hierauf verweisen ihn insbesondere die **in der Klausel aufgeführten Beispiele** ("als Insolvenzverwalter bei der Fortführung eines Unternehmens, als Testamentsvollstrecker, so weit ein gewerbliches Unternehmen zum Nachlass gehört"), die im Zusammenhang mit der Erstreckung des Versicherungsschutzes auf diese Tätigkeiten gemäß B. III. BBR-S stehen. **Der für ihn erkennbare Zweck der Klausel besteht darin, den Versicherungsschutz auf die Haftung aus der eigentlichen beruflichen Tätigkeit zu beschränken und Haftpflichtansprüche aus berufsfremder Tätigkeit vom Versicherungsschutz auszunehmen** (vgl. Senatsurteil vom 30. Januar 1980 - IV ZR 86/78, VersR 1980, 353, 354 zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte; OLG Köln VersR 2017, 1005 [juris Rn. 14]; Gräfe/Brügge in Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess 4. Aufl. § 19 Rn. 604; Dallwig aaO).

[18] cc) Darüber hinaus erkennt ein durchschnittlicher Steuerberater, dass der Ausschluss des Versicherungsschutzes gemäß A. 5.3 a) BBR-S nicht auf die unternehmerische Tätigkeit in einem fremden Unternehmen beschränkt ist, sondern Haftpflichtansprüche wegen Schäden schon dann erfasst, wenn der zugrundeliegende Verstoß in den Bereich eines unternehmerischen Risikos fällt.

[19] (1)Unter einer **unternehmerischen Entscheidung** versteht ein durch schnittlicher Steuerberater nach allgemeinem Sprachverständnis eine auf Gewinnerzielung gerichtete Investitionsentscheidung (vgl. Brügge in Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess 4. Aufl. § 19 Rn. 320). Als unternehmerisches Risiko sieht er danach Unsicherheiten an, die einer Investitionsentscheidung mit Blick auf die künftige wirtschaftliche Entwicklung typischerweise in besonderem Maße anhaften (vgl. Brügge in Veith/Gräfe/Gebert, aaO). Bestätigt wird dieses Verständnis durch den erkennbaren **Sinn und Zweck** des Risikoausschlusses. **Der Versicherer möchte keinen Versicherungsschutz für Entscheidungen des Versicherten im Zusammenhang mit einem eigentlichen unternehmerischen Risiko versprechen** (Senatsurteil vom 30. Januar 1980 - IV ZR 86/78, VersR 1980, 353, 354), weil er die damit verbundenen Unsicherheiten im Voraus nicht abschließend kalkulieren kann. Die mit einer Investitionsentscheidung beabsichtigten wirtschaftlichen Vorteile lassen sich nicht in jedem Fall verwirklichen. Folgen von Pflichtverstößen sind vorab nur schwer zu überblicken, weil die sich im Rahmen der Investitionsentscheidung stellenden Fragen in der Regel nicht eindeutig bejaht oder verneint werden können.

[20] **Im Bereich eines unternehmerischen Risikos** begangen ist ein Verstoß nach dem Verständnis eines durchschnittlichen Steuerberaters, **wenn das unternehmerische Risiko den Ver-**

stoß beeinflusst hat. Dieser entnimmt dem Bedingungswortlaut, dass der Verstoß nicht notwendigerweise bei einer unternehmerischen Tätigkeit begangen worden sein muss. Nach allgemeinem Sprachgebrauch beschreibt ein Bereich vielmehr einen umgrenzten Raum oder eine umgrenzte Sphäre. Für den durchschnittlichen Steuerberater erkennbar möchte der Versicherer mit der Risikoausschlussklausel - wie oben dargelegt - solche Verstöße des Versicherten vom Versicherungsschutz ausnehmen, die in die Sphäre der für ihn nicht abschließend kalkulierbaren, unternehmerischen Investitionsentscheidungen fallen. Sinn und Zweck des Risikoausschlusses führen dem durchschnittlichen Steuerberater weiter vor Augen, dass nicht jeder Bezug zwischen Investitionsentscheidung und Verstoß ausreicht, um den Versicherungsschutz entfallen zu lassen. **Ein Verstoß fällt vielmehr erst dann in den Bereich eines unternehmerischen Risikos, wenn die Investitionsentscheidung das dem Verstoß zugrundeliegende Verhalten beeinflusst hat.** In diesem Fall wirken sich die für den Versicherer nicht abschließend kalkulierbaren wirtschaftlichen Unsicherheiten, die der Investitionsentscheidung anhaften, auch auf die dem Verstoß zugrundeliegende Tätigkeit und damit auch auf den Verstoß aus.

[21] Keine Rolle bei der Auslegung von A. 5.3 a) BBR-S spielt dagegen der von der Revisionserwiderung aufgezeigte Gesichtspunkt, das deutsche Recht setze an anderer Stelle - nämlich bei § 1 FIGB, § 123 Abs. 2 FIGB und §§ 13, 14 BGB - **Vorbereitungshandlungen für eine unternehmerische Tätigkeit** der Ausübung der unternehmerischen Tätigkeit gleich. Dies übergeht bereits, dass A. 5.3 a) BBR-S anders als B. II. BBR-S nicht auf eine unternehmerische Tätigkeit, sondern auf einen Verstoß im Bereich eines unternehmerischen Risikos abstellt. Insbesondere unterliegt eine versicherungsvertragliche Risikoausschlussklausel aber anderen Auslegungsgrundsätzen als die genannten gesetzlichen Regelungen. Namentlich ist bei der Auslegung der gesetzlichen Regeln der Verkehrsschutz zu beachten, während für die Auslegung der Klausel - wie gezeigt - die Sichtweise des durchschnittlichen Versicherungsnehmers oder Versicherten maßgeblich und der Grundsatz der engen Auslegung von Risikoausschlussklauseln zu berücksichtigen ist.

[22] b) **Ein als Treuhandkommanditist tätiger Steuerberater, dem ein gesellschaftsvertraglich begründetes Anrecht auf Erwerb eines eigennützigen Kommanditanteils zusteht, begeht mit einer fehlerhaften Beratung von Anlegern im Zusammenhang mit dem Fondsbeitritt auf dieser Grundlage erst dann einen Verstoß im Bereich eines unternehmerischen Risikos im Sinne von A. 5.3 a) BBR-S, wenn im Zeitpunkt der fehlerhaften Beratung jedenfalls hinreichend sichere Umstände für den späteren Erwerb des eigennützigen Anteils feststehen.** Mit diesem Verständnis von A. 5.3 a) BBR-S ist die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht zu vereinbaren.

[23] Im Ausgangspunkt zutreffend zieht es für seine Beurteilung eines Verstoßes im Bereich eines unternehmerischen Risikos heran, inwieweit die **Versicherte am Erfolg oder Misserfolg der Fondsgesellschaft teilgehabt hat. Bei einer als Treuhandkommanditistin tätigen Steuerberatungsgesellschaft kann es dafür ausreichen, dass sie einen eigenen Anteil an der Fondsgesellschaft hält** (vgl. OLG Celle, Urteil vom 2. September 2021 - 8 U 63/21, juris Rn. 48; OLG Köln VersR 2017, 1005 [juris Rn. 24]; OLG München, Urteil vom 19. Oktober 2016 - 20 U 438/16, juris Rn. 64) oder sich schuldrechtlich über den Erwerb einer solchen Beteiligung geeinigt hat (OLG Celle, Urteil vom 2. September 2021 aaO Rn. 53). **Dagegen genügt es nicht, dass der Gesellschaftsvertrag der Fondsgesellschaft den Erwerb eines eigenen Gesellschaftsanteils der Treuhandkommanditistin im festgestellten Umfang zu einem späteren Zeitpunkt vorsieht.** Die notwendige Teilhabe am unternehmerischen Erfolg oder Misserfolg der Fondsgesellschaft scheidet entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht erst dann aus, wenn es keinerlei Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Treuhandkommanditistin in Zukunft einen eigenen Anteil erwerben wird. **Vielmehr erfordert der Zweck der Risikoausschlussklausel, von einem unternehmerischen Risiko beeinflusste Entscheidungen des Versicherten vom Versicherungsschutz auszunehmen, dass bereits hinreichend sichere Umstände für einen späteren Erwerb eines eigennützigen Anteils feststehen.**

[24] Dafür darf entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts **nicht allein die rechtliche Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags in den Blick** genommen werden. Enthält der Vertrag ein **Anrecht der Treuhandkommanditistin auf Erwerb eines eigennützigen Anteils, ist vielmehr auch zu berücksichtigen, wie die Parteien dieses Anrecht tatsächlich gehandhabt haben. Die Treuhandkommanditistin muss im Zeitpunkt des Verstoßes jedenfalls entschlossen gewesen sein, ihren Anspruch auf einen eigennützigen Anteil tatsächlich geltend zu machen.** Das hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Die von ihm herangezogenen Regelungen des Gesellschaftsvertrags lassen einen entsprechenden Rückschluss schon deshalb nicht zu, weil danach weder die Höhe des Anteils noch der Erwerbszeitpunkt festgestanden haben.

[25] c) Daraus, dass nach der Vergütungsregelung die **Höhe der Gesamtvergütung** der Versicherten von der Höhe der insgesamt eingezahlten Pflichteinlagen abhing und damit davon, wieviel Kapital bei Anlegern eingeworben werden konnte, folgt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kein Handeln im Bereich eines unternehmerischen Risikos beim Abschluss von Treuhandverträgen mit den Anlegern. **Eine ent-**

geltliche Tätigkeit ist nicht gleichzusetzen mit einer unternehmerischen Tätigkeit im Sinne der Risikoausschlussklausel (vgl. OLG Celle, Urteil vom 2. September 2021 - 8 U 63/21, juris Rn. 70). Jene ist - auch nach dem Verständnis eines durchschnittlichen Steuerberaters - dadurch gekennzeichnet, dass sie mit **Verlustrisiken** verbunden ist (vgl. Dallwig, jurisPR-VersR 11/2022 Anm. 2 unter C a.E.) **und der Schaden, der auf einer fehlerhaften unternehmerischen Entscheidung beruht**, schwer eingrenzbar ist (vgl. Senatsurteil vom 30. Januar 1980 - IV ZR 86/78, VersR 1980, 353, 354). Das ergibt sich aus der Entgeltlichkeit einer Tätigkeit auch dann nicht, wenn die Höhe der Vergütung von den eingeworbenen Geschäftsanteilen abhängig ist, und erst recht nicht daraus, dass sie degressiv gestaltet ist. Anderes folgt entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nicht aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Aufklärungspflichten von Banken über verdeckte Rückvergütungen (vgl. BGH, Urteile vom 15. April 2010 - III ZR 196/09, BGHZ 185, 185 Rn. 10; vom 19. Dezember 2000 - XI ZR 349/99, BGHZ 146, 235 [juris Rn. 15]). Für die Auslegung der hier maßgeblichen Risikoausschlussklausel lässt sich aus dieser nichts herleiten.

[26] 2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, die - im Haftpflichturteil bindend festgestellte - Aufklärungspflichtverletzung sei im Rahmen einer versicherten Tätigkeit erfolgt.

[27] a) Nach dem maßgeblichen Nachtrag zum Versicherungsschein ist das versicherte Risiko definiert als unter anderem die gesetzliche Haftpflicht des Versicherungsnehmers (hier der Versicherten) aus der freiberuflichen Tätigkeit als Steuerberater. Nach A. § 1 I. AVB-WSR bietet der Versicherer dem Versicherungsnehmer Versicherungsschutz (Deckung) für den Fall, dass er wegen eines bei der Ausübung beruflicher Tätigkeit begangenen Verstoßes von einem anderen auf Grund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird**. Diese Versicherung ist erkennbar Ausfluss der Pflicht eines Steuerberaters** (§ 67 Abs. 1 StBerG, § 51 Abs. 1 DVStB), sich gegen die aus seiner Berufstätigkeit (§§ 33, 57 Abs. 3 Nr. 2 und 3 StBerG) ergebenden Haftpflichtgefahren für Vermögensschäden zu versichern. **Die treuhänderische Tätigkeit ist in § 57 Abs. 3 Nr. 3 StBerG als mit dem Beruf eines Steuerberaters vereinbar benannt.** Allerdings unterfällt **nicht jede treuhänderische Tätigkeit** der Versicherungspflicht gemäß § 67 Abs. 1 StBerG, § 51 Abs. 1 DVStB. Denn zugleich ist einem Steuerberater eine **gewerbliche Tätigkeit** nach § 57 Abs. 4 Nr. 1 StBerG grundsätzlich untersagt (vgl. OLG Celle, Urteil vom 2. September 2021 - 8 U 63/21, juris Rn. 38-40; Brügge in Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess 4. Aufl. Rn. 277). Die Wahrnehmung **geschäftsführender Treuhandfunktionen** durch Steuerberater ist **regelmäßig als gewerbliche Tätigkeit einzuordnen** und damit berufsrechtlich unzulässig (vgl. Brügge aaO; Schlie, Die Berufshaftpflichtversicherung für die Angehörigen der wirtschaftsprüfenden und steuerberatenden Berufe, 1995, S. 86). Dementsprechend ist im Rahmen der hier geltenden Versicherungsbedingungen gemäß B. II. 6. BBR-S der Versicherungsschutz auf die Tätigkeit als nicht geschäftsführender Treuhänder beschränkt.

[28] b) Auf dieser Grundlage hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Versicherte im Rahmen einer erlaubten beruflichen Tätigkeit als nicht geschäftsführende Treuhänderin handelte, als sie mit den Klägern die hier gegenständlichen Treuhandverträge abschloss.

[29] aa) Der **Begriff der geschäftsführenden Treuhandtätigkeit** bezieht sich sprachlich auf die Art und Weise, wie eine Treuhandtätigkeit ausgeübt wird. Eine Auslegung, wonach eine geschäftsführende Treuhand nur vorliegt, wenn der Treuhänder - wie hier nicht - zugleich auch Geschäftsführer ist, scheidet vorliegend schon deshalb aus, weil hierfür in B. V. BBR-S ein ausdrücklicher Ausschlusstatbestand geschaffen ist (vgl. auch OLG Celle, Urteil vom 2. September 2021 - 8 U 63/21, juris Rn. 41; OLG Köln VersR 2017, 1005 [juris Rn. 13]; Brügge in Gräfe/Brügge/Melchers, Berufshaftpflichtversicherung für rechts- und steuerberatende Berufe, 3. Aufl. B Rn. 458; Dallwig, jurisPR-VersR 11/2022 Anm. 2 unter C I).

[30] bb) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass es für die **Abgrenzung einer versicherten Aufsichtstreuhand von einer nichtversicherten geschäftsführenden Treuhand im Rahmen der Tätigkeit eines Steuerberaters als Treuhandkommanditist einer Fondsgesellschaft entscheidend darauf ankommt, inwieweit dem Steuerberater aufgrund des Treuhandvertrags ein Entscheidungs- und Handlungsspielraum, Mitwirkungsrechte und/oder Ermessen zustehen und sich diese auf das unternehmerische Risiko der Fondsgesellschaft auswirken.** Dies entspricht - bei unterschiedlichen Akzentuierungen im Detail - der einhelligen Ansicht in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum (vgl. OLG Celle, Urteil vom 2. September 2021 - 8 U 63/21, juris Rn. 42; OLG Köln VersR 2017, 1005 [juris Rn. 16]; Beschluss vom 16. Juni 2016 - 9 U 206/15, juris Rn. 15; OLG Hamm VersR 1994, 167 [juris Rn. 9-11]; OLG Düsseldorf VersR 1990, 411, 412; Brügge in Gräfe/Brügge/Melchers, Berufshaftpflichtversicherung für rechts- und steuerberatende Berufe, 3. Aufl. B Rn. 459, 470; ders. in Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess 4.Aufl. § 19 Rn. 277 f.; Hartmann/Jöster in MAH Versicherungsrecht, 5.Aufl. §22 Rn. 153; von Rintelen in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch 3. Aufl. § 26 Rn.

286; Dallwig, jurisPR- VersR 11/2022 Anm. 2 unter C I; Fortmann, jurisPR-VersR 9/2017 Anm. 1 unter C; Lehmann, r+s 2016, 1, 3 f.; Schlie, Die Berufshaftpflichtversicherung für die Angehörigen der wirtschaftsprüfenden und steuerberatenden Berufe, 1995, S. 86). **Die Abgrenzung muss im jeweiligen Einzelfall erfolgen; eine abstrakte, allgemein gültige Abgrenzungsregel lässt sich nicht aufstellen** (vgl. Dallwig aaO; Lehmann aaO).

[31] cc) Revisionsrechtlich unbedenklich ist das Berufungsgericht auf dieser Grundlage zu dem Ergebnis gekommen, ein Entscheidungsspielraum der Versicherten, der ihre Treuhandtätigkeit zu einer geschäftsführenden gemacht hätte, könne anhand des Treuhandvertrags nicht festgestellt werden (vgl. zum identischen Treuhandvertrag auch OLG Celle, Urteil vom 2. September 2021 - 8 U 63/21, juris Rn. 43, 45). Die Revisionserwiderung greift dies zu Recht nicht an.

[32] dd) Die Tätigkeit eines Steuerberaters als Treuhandkommanditist im Rahmen eines geschlossenen Fonds und die damit verbundene Haftung gegenüber beitretenden Anlegern aufgrund von Aufklärungspflichtverletzungen sind entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung auch nicht generell als geschäftsführende Treuhandtätigkeit oder unternehmerische Tätigkeit vom Versicherungsschutz der Berufshaftpflichtversicherung für Steuerberater ausgeschlossen. Vielmehr ist auch in diesen Fällen im Einzelfall zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer geschäftsführenden Treuhand oder einer unternehmerischen Tätigkeit - wie hier nicht - vorliegen.

[33] (1) Ein Steuerberater wird einen derart weitreichenden, von den Umständen des Einzelfalls unabhängigen Ausschluss seines Versicherungsschutzes weder aufgrund des Wortlauts noch aufgrund des erkennbaren Zwecks von B. II. 6. BBR-S erwarten. **Die Begrenzung des Versicherungsschutzes auf nicht geschäftsführende Treuhandtätigkeiten hat den erkennbaren Zweck, den Versicherungsschutz auf die eigentliche berufliche Tätigkeit zu beschränken und Haftungsansprüche aus berufsfremder Tätigkeit vom Versicherungsschutz auszunehmen** (vgl. Senatsurteil vom 30. Januar 1980 - IV ZR 86/78, VersR 1980, 353, 354 zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte; Brügge in Gräfe/ Brügge/Melchers, Berufshaftpflichtversicherung für rechts- und steuerberatende Berufe, 3. Aufl. Teil B Rn. 455). **Während ihm die Unterscheidung zwischen geschäftsführender und aufsichtsführender Treuhand im Grundsatz bekannt ist** (vgl. OLG Köln VersR 2017, 1005 [juris Rn. 13]), **muss der Steuerberater nicht damit rechnen, dass jede Tätigkeit als Treuhandkommanditist im Rahmen eines geschlossenen Fonds - unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung - als unerlaubte gewerbliche Tätigkeit und damit als nicht versicherte geschäftsführende Treuhand gewertet wird.**

[34] (2) **Dem lässt sich nicht entgegenhalten, der Steuerberater übernehme in diesen Fällen ein berufsfremdes unternehmerisches Haftungsrisiko, weil er für jeden Prospektfehler und/oder jede Prospektabweichung hafte und damit auf einer Stufe mit den Prospektverantwortlichen stehe, die an dem Vertrieb der Anteile an der Kommanditgesellschaft ein eigenes wirtschaftliches Interesse haben** (a. A. Brügge in Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess 4. Aufl. §19 Rn. 281; ders. in Gräfe/Brügge/ Melchers, Berufshaftpflichtversicherung für rechts- und steuerberatende Berufe, 3. Aufl. Teil B Rn. 161 f., 477 f.; vgl. auch Hartmann/Jöster in MAH Versicherungsrecht, 5. Aufl. § 22 Rn. 152). **Hätte der Versicherer die Tätigkeit als Treuhandkommanditist im Rahmen eines geschlossenen Fonds aufgrund ihrer weitreichenden Haftungsrisiken generell vom Versicherungsschutz ausschließen wollen, hätte er auf eine ausdrückliche Regelung hinwirken müssen.**

[35] (3) Dies steht zudem - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - im Einklang mit der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung zum Versicherungsschutz für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, die aufgrund ihrer Stellung als Treuhandkommanditisten durch Anleger auf Schadensersatz für die Verletzung von Aufklärungspflichten im Rahmen des Beitritts zu einem geschlossenen Fonds in Anspruch genommen wurden. In den Fällen, in denen der Versicherungsschutz versagt wurde, lagen jeweils weitergehende Umstände vor, die eine gewerbliche bzw. unternehmerische Tätigkeit und damit eine geschäftsführende Treuhand begründeten, wie etwa das Halten eigennütziger Anteile und/oder ein sich auf das unternehmerische Risiko auswirkender eigener Entscheidungsspielraum (vgl. OLG Köln VersR 2017, 1005 [juris Rn. 17, 21, 24]; OLG München, Urteil vom 19. Oktober 2016 - 20 U 438/16, juris Rn. 64; OLG Köln, Beschlüsse vom 16. Juni 2016 - 9 U 206/15, juris Rn. 16-20, 23; vom 2. Juni 2014 - 9 U 157/13, juris Rn. 13).

[36] ff) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung folgt nichts anderes daraus, dass nicht nur ein Steuerberater als Treuhandkommanditist eingesetzt werden könne und dem Anleger aus dem Umstand, dass die als Treuhänder eingesetzte Person zugleich aufgrund ihrer weiteren beruflichen Tätigkeit zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung verpflichtet sei, kein Vorteil erwachsen könne. **Die in § 67 Abs. 1 StBerG, § 51 Abs. 1 DVStB vorgeschriebene Versicherungspflicht beschränkt sich nicht auf die sogenannten Vorbehaltsaufgaben gemäß § 33 StBerG, sondern erstreckt sich auch auf die in § 57 Abs. 3 Nr. 2 und 3 StBerG aufgezählten vereinbaren Tätigkeiten, die nicht allein Steuerberatern vorbehalten sind** (vgl. Hartmann/Jöster in MAH Versicherungsrecht, 5. Aufl. § 22 Rn. 137; von Rintelen in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungs- rechts-Handbuch 3. Aufl. § 26 Rn. 273, 276). Hierzu gehört auch die Tätigkeit als nicht geschäftsführender

Treuhänder (§ 57 Abs. 3 Nr. 3, Abs. 4 Nr. 1 StBerG), die vorliegend in B. II. 6. BBR-S als versicherte Tätigkeit aufgeführt ist. **Solch eine Tätigkeit ist mithin unabhängig davon vom Versicherungsschutz umfasst, dass sie auch von einer Person ausgeübt werden könnte, die keine berufsspezifische Haftpflichtversicherung unterhält. Etwas anderes lässt sich auch nicht aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Verjährung von Schadensersatzansprüchen gegen als Treuhandkommanditisten tätig gewordene Berufsträger** (BGH, Urteile vom 6.November 2008 - III ZR 231/07, WM 2008, 2355 Rn. 17; vom 13. Juli 2006 - III ZR 361/04, VersR 2007, 219 Rn. 13) **ableiten**.

[37] III. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um diesem Gelegenheit zu geben, die Voraussetzungen des Risikoausschlusses in A. 5.3 a) BBR-S unter Berücksichtigung der vorstehend dargestellten Maßstäbe erneut zu prüfen. Sollte der Risikoausschluss nicht eingreifen, wird sich das Berufungsgericht mit der Anspruchshöhe, insbesondere mit einem gegebenenfalls nach der vertraglichen Vereinbarung zu berücksichtigenden Selbstbehalt (vgl. OLG Celle, Urteil vom 2. September 2021- 8 U 63/21, juris Rn. 71) sowie mit der Erstattungsfähigkeit der auf diesen Rechtsstreit bezogenen vorgerichtlichen Kosten und der Kosten des Vorprozesses befassen müssen.

Versicherungsschutz

- Wissentliche Pflichtverletzung
- Uneingeschränkter Bestätigungsvermerk
- Weitere, nicht wissentliche Pflichtverletzungen

(LG Hannover, Urt. v. 27.7.2023 – 6 O 134/22)

Leitsätze (der Redaktion)

1. Die Erteilung eines uneingeschränkten Bestätigungsvermerks stellt einen Elementarpflichtverstoß eines Abschlussprüfers dar, wenn er weiß, dass die Gefahr, dass die Anleger keine Rückzahlung erhalten werden, wesentlich höher war, als dies aus dem von ihm testierten Lagebericht erkennbar war.

2. Der Risikoausschluss für wissentliche Pflichtverletzungen bleibt anwendbar, wenn auch noch weitere, nicht wissentliche Pflichtverletzungen mitverursacht worden sind.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin macht gegen die Beklagte Ersatzansprüche wegen zwei uneingeschränkten Bestätigungsvermerken geltend, die die inzwischen insolvente C. GmbH Wirtschaftsprüfergesellschaft durch ihren geschäftsführenden Gesellschafter, H., als Abschlussprüfer für die W. AG AG erteilt hat.

[2] Für die C. GmbH Wirtschaftsprüfergesellschaft (fortan Versicherungsnehmerin) bestand bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten eine Vermögensschadenshaftpflichtversicherung. Die W. AG begann im Jahr 1999 Inhaberschuldverschreibungen in mehreren Tranchen an Kleinkapitalanleger herauszugeben. Die Klägerin erwarb im Juni 2004 unter den Couponnummern 30942 bis 30945 vier Inhaberschuldverschreibungen im Nennwert von jeweils 2.500 € mit einem Zinscoupon von 6,75 % sowie unter den Couponnummern 07037 bis 07040 vier Inhaberschuldverschreibungen im Nennwert von jeweils 2.500 € mit einem Zinscoupon von 5,5 %. Zugrunde lag ein Verkaufsprosekt der W. AG, in der ein uneingeschränkter Bestätigungsvermerk der Versicherungsnehmerin vom 25.6.2003 für das Geschäftsjahr 2002 abgedruckt war. Die Inhaberschuldverschreibungen mit den Couponnummern 07037 bis 07040 wurden im Juni 2005 umgetauscht in Inhaberschuldverschreibungen mit den Couponnummern 22965, 22906, 22967 und 22968 mit einem Zinscoupon von 5,5 %. Darüber hinaus erwarb die Klägerin im Oktober 2005 von der W. AG unter den Couponnummern 24198 und 24199 zwei weitere Inhaberschuldverschreibungen im Nennwert von jeweils 5.000 € mit einem Zinscoupon von 5,5 %. Sowohl dem Umtausch als auch dem Erwerb der neuen Inhaberschuldverschreibungen im Jahr 2005 lag ein Prospekt der W. AG zugrunde, in der ein uneingeschränkter Bestätigungsvermerk der Versicherungsnehmerin vom 29.6.2004 für das Geschäftsjahr 2003 abgedruckt war. Wegen der näheren Einzelheiten der beiden Bestätigungsvermerke wird auf Seite 2-9 der Klageschrift verwiesen. Eine Rückzahlung des eingezahlten Kapitals an die Klägerin erfolgte nicht. Am 1.9.2006 wurde das Insolvenzverfahren über die W. AG eröffnet.

[3] Die Klägerin erhob zunächst vor dem Landgericht Leipzig Klage u.a. gegen die Versicherungsnehmerin, mit der sie den ihr durch den Erwerb der Inhaberschuldverschreibungen entstandenen Schaden u.a. gestützt auf den Vorwurf einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung geltend machte. Während des Klageverfahrens vor dem Landgericht Leipzig wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Versicherungsnehmerin eröffnet. Mit dem am 15.2.2021 verkündeten, rechtskräftigen Versäumnisurteil (Az. 4 O 453/10) hat das Landgericht Leipzig festgestellt, dass der Klägerin in dem Insolvenzverfahren bei dem Amtsgericht Fürth (Az. ...) über das Vermögen der Versicherungsnehmerin eine Insolvenzforderung in Höhe von 30.000 € nebst außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.467,03 € zusteht. Die Forderung wurde anschließend durch den Insolvenzverwalter der Versicherungsnehmerin zur Insolvenztabelle anerkannt.

[4-9] *(Anträge: ...)*

[10] Die Beklagte ist der Ansicht, die Klägerin sei nicht aktivlegitimiert. Zudem fehle es an Vortrag der Klägerin zum Versicherungsschutz. Jedenfalls sei sie leistungsfrei, weil der Versicherungsnehmerin eine wissentliche Pflichtverletzung zur Last falle.

[11] Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Sitzungsprotokoll vom 1.6.2023 Bezug genommen.

Aus den Gründen:

I.

[12] Die zulässige Klage ist sowohl hinsichtlich des Haupt- als auch des Hilfsantrags unbegründet.

[13] Der Klägerin steht kein Anspruch auf Zahlung von 30.000 € nebst Zinsen gegen die Beklagte aus dem zwischen der Beklagten und der Versicherungsnehmerin bestandenen Versicherungsvertrag zu.

[14] 1. Zwar ist die Klägerin gemäß § 110 WG/§ 157 WG a.F. aktivlegitimiert. Nach dieser Vorschrift kann ein Dritter wegen des ihm gegen den Versicherungsnehmer zustehenden **Anspruchs abgesonderte Befriedigung aus dem Freistellungsanspruch des Versicherungsnehmers** verlangen, wenn über das Vermögen des Versicherungsnehmers das **Insolvenzverfahren** eröffnet wurde. Voraussetzung für einen unmittelbaren Zahlungsanspruch gegen den Versicherer ist aber - wie beim Zahlungsanspruch des Versicherungsnehmers - weiter, dass der Haftpflichtanspruch des Geschädigten gemäß § 106 Satz 1 WG festgestellt worden ist, weil dieser durch § 110 WG keine weitergehende Rechtsstellung als der Versicherungsnehmer erlangt (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 10.3.2021 - IV ZR 309/19, juris Rn. 10 mwN). So liegt der Fall hier. Das Landgericht Leipzig hat mit dem rechtskräftigen Versäumnisurteil vom 15.2.2021 festgestellt, dass der Klägerin in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Versicherungsnehmerin eine Insolvenzforderung in Höhe von 30.000 € nebst vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.467,03 € zusteht. Anschließend wurde die Forderung durch den Insolvenzverwalter der Versicherungsnehmerin zur Insolvenztabelle anerkannt.

[15] 2. Der geltend gemachte Anspruch scheidet jedoch deshalb aus, weil die Beklagte nach der Klausel in Teil 1 A § 4 Nr. 5 AVB Verm, die unstreitig dem streitgegenständlichen Versicherungsvertrag zugrunde gelegen hat, nicht zur Leistung verpflichtet ist. Der geschäftsführende Gesellschafter der Versicherungsnehmerin, H., der die streitgegenständlichen Bestätigungsvermerke erteilt und dessen Handeln der Versicherungsnehmerin zuzurechnen ist, hat bei der Abschlussprüfung und der anschließenden Erteilung der uneingeschränkten Bestätigungsvermerke **wissentlich gegen berufliche Elementarpflichten eines Abschlussprüfers verstoßen**.

[16] a) Nach **Teil 1 A § 4 Nr. 5 AVB Verm** bezieht sich der Versicherungsschutz nicht auf Haftpflichtansprüche, wegen Schadensverursachung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingung des Auftraggebers oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung. Diese wirksame Klausel enthält einen **subjektiven Risikoausschluss**, der in **zweifacher Hinsicht von der dispositiven Vorschrift des § 81 VVG abweicht**. Zum einen stellt Teil 1 A § 4 Ziff. 5 AVB Verm zugunsten des Versicherungsnehmers nur auf näher beschriebene Verstöße ab und lässt insoweit nicht bedingten Vorsatz genügen, sondern fordert direkten Vorsatz, also zumindest dolus directus zweiten Grades. Zum anderen muss der Versicherungsnehmer nicht den schädigenden Erfolg als möglich vorhergesehen und billigend in Kauf genommen haben (BGH, Urteil vom 20.6.2001 - IV ZR 101/00, juris Rn. 13; OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.7.2017 -1-4 U 1/16, juris Rn. 64, jeweils mwN). **Darlegungs- und beweispflichtig** für die Verwirklichung der subjektiven Tatbestandsmerkmale des Risikoausschlusses ist der Versicherer (vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2014 - IV ZR 90/13, juris Rn. 16 mwN). Dabei folgt aus der grundsätzlichen Darlegungs- und Beweislast des Versicherers, dass dieser zunächst einen Sachverhalt vorzutragen hat, der auf eine Wissentlichkeit der Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers zumindest hindeutet. **Der Vortrag weiterer zusätzlicher Indizien ist dann entbehrlich, wenn es sich um die Verletzung elementarer beruflicher Pflichten handelt, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden kann** (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.7.2017 -1-4 U 1/16, juris Rn. 65).

[17] b) So liegt der Fall hier. Nach dem eigenen, von der Beklagten nicht in Abrede genommenen Vortrag der Klägerin waren der Versicherungsnehmerin und ihrem geschäftsführenden Gesellschafter bekannt, dass im Prüfungszeitraum die Refinanzierung der W. AG in einem nicht unerheblichen Teil durch Einwerben von Anlegegeldern mittels Herausgabe von Inhaberteilschuldverschreibungen erfolgte. Ihnen war auch bekannt, dass die Einwerbung mittels Emissionsprospekten erfolgte. Sie hatten Kenntnis von dem Inhalt zumindest einzelner Prospekte. Damit wussten sie, dass ihre Bestätigungsvermerke zu früheren Jahresabschlüssen in den Prospekten aufgenommen waren. Ihnen war auch bekannt, dass aufgrund des damals noch geltenden § 11 VermVerkProspVO in den Verkaufsprospekten der Bestätigungsvermerk aufzunehmen war. Sie wussten, dass die notwendige Liquidität der W. AG auch künftig durch die Herausgabe von Inhaberteilschuldverschreibungen beschafft werden musste. Für die Annahme, dass das Einwerben von Anlegergeldern nicht wiederum mittels

Emissionsprospekten erfolgen werde, gab es hingegen keinen Anlass. Der geschäftsführende Gesellschafter hat es zumindest für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen, wenn nicht gar gewusst, dass die Anleger den Jahresabschluss, den Lageplan und den vom Beklagten erteilten **Bestätigungsvermerk zur Grundlage ihrer Entscheidung**, Inhaberteilschuldverschreibungen der W. AG zu erwerben, machen werden, da ihm zumindest einzelne Prospekte der W. AG bekannt waren, in denen diese Angaben stets abgedruckt waren. Es handelt sich bei diesen Unterlagen um zentrale Dokumente, aus denen die aktuelle Situation der Gesellschaft für einen Anleger ablesbar ist, und letztlich die einzige Prospektaussage, die nicht von der W. AG, sondern einem vermeintlich objektiven Fachmann stammt. **Er wusste aber auch, dass die Gefahr, dass die Anleger keine Rückzahlungen erhalten würden, wesentlich höher war, als dies aus dem von ihm testierten Lagebericht erkennbar war.** Damit hat der geschäftsführende Gesellschafter der Versicherungsnehmerin gegen die elementare und deshalb auch gemäß § 332 HGB strafbewehrte Berufspflicht eines Ab- , Schlussprüfers nach § 322 Abs. 3 HGB verstoßen, einen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk nur dann zu erteilen, wenn die von ihm nach § 317 HGB durchgeführte Prüfung zu keinen Einwendungen geführt hat und dass der von den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft auf- gestellte Jahres- oder Konzernabschluss aufgrund der bei der Prüfung gewonnenen Erkenntnisse des Abschlussprüfers nach seiner Beurteilung den gesetzlichen Vorschriften entspricht und unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung oder sonstiger maßgeblicher Rechnungslegungsgrundsätze ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft vermittelt.

[18] c) Der weitere Vortrag der Klägerin rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Vielmehr bewertet sie wiederholt unter Darlegung verschiedener Fehler und Versäumnisse, der dem geschäftsführenden Gesellschafter der Versicherungsnehmerin bei der Abschlussprüfung zur Last zu legen seien, die Erteilung der uneingeschränkten Bestätigungsvermerke als vorsätzliche Verletzung der Berufspflichten eines Abschlussprüfers. Das Vorliegen eines Verstoßes des geschäftsführenden Gesellschafters der Versicherungsnehmerin gegen elementare Berufspflichten findet überdies Bestätigung in dem weiteren Vortrag der Klägerin, die Erteilung der uneingeschränkten Bestätigungsvermerke stelle im Hinblick auf die angenommene Werthaltigkeit der von der W. AG ausgewiesenen Forderungen gegenüber anderen Unternehmen, die zu den in den Jahresabschlüssen der W. AG ausgewiesenen positiven Beteiligungs- und damit letztlich positiven Jahresergebnissen geführt hätten, einen eklatanten Verstoß gegen die Grundsätze der ordnungsgemäßen Abschlussprüfung dar. Die Kammer ist nach alledem davon überzeugt, dass der geschäftsführende Gesellschafter der Versicherungsnehmerin nicht nur bedingt vorsätzlich, sondern wissentlich bei der Erteilung der uneingeschränkten Bestätigungsvermerke gegen die ihm als Abschlussprüfer obliegenden Flüchten verstoßen hat.

[19] d) Die Kammer braucht nicht zu entscheiden, ob der der Klägerin entstandene Schaden **neben der wissentlichen Pflichtverletzung noch durch weitere, nicht wissentliche Pflichtverletzungen** mitverursacht worden ist. Denn auch in einer solchen Sachverhaltskonstellation greift nach der Auslegung der streitgegenständlichen Klausel aus der maßgeblichen Sicht eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers der Deckungsausschluss für Schadenverursachung durch wissentliche Pflichtverletzung in der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung ein (vgl. BGH, Beschluss vom 27.5.2015 - IV ZR 322/14).

[20] *(...)*

GI Literaturhinweis

Diller
Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte

Allgemeine Versicherungsbedingungen - Kommentar

Buch. Hardcover (Leinen)
3. Auflage. 2024
XXIX, 321 S.
C.H.BECK. ISBN 978-3-406-79868-9

Das Werk ist Teil der Reihe: Gelbe Erläuterungsbücher

Produktbeschreibung
Die Pflichtlektüre zur Pflichtversicherung.

Sicherheit für den Worst Case

bietet praxisnahe Erläuterungen, auch zur zweckmäßigen Gestaltung des Versicherungsschutzes sowie zur Optimierung der Versicherungsdeckung

Veranschaulicht Probleme anhand zahlreicher Beispiele
Berücksichtigt die Besonderen Bedingungen und Risikobeschreibungen (BBR-RA)

Der Kommentar erläutert die marktüblichen Versicherungsbedingungen der Rechts- und Patentanwaltshaftpflichtversicherung, deren Bedeutung in jüngster Zeit genauso wie die Größenordnung der Deckungssummen und der gemeldeten Schäden stark zugenommen hat. Die Bedingungen entsprechen in weiten Teilen auch den für andere beratende Berufe (Notare, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer) geltenden Bedingungswerken.

Die gründlich überarbeitete Neuauflage berücksichtigt insbesondere die umfangreichen Änderungen der BRAO durch das Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe, die zum 1.8.2022 in Kraft getreten sind und durch die für Sozietäten, die als Personengesellschaft geführt werden, erstmals eine eigene Versicherungspflicht statuiert wird. Ferner werden berücksichtigt gesteigerte Haftungsrisiken, beispielsweise aus den geldwäscherechtlichen Verpflichtungen oder dem Einsatz von Legal Tech, sowie die Frage, ob die derzeit am Markt verbreiteten Policen ausreichende Deckung gegen Cyber-Risiken bieten

Münchener Kommentar Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Band 2: §§ 100-216

Die Neuauflage erscheint in veränderter Konzeption: Band 1 und 2 behandeln das VVG, während in Band 3 die Erläuterungen zu den Nebengesetzen (VVG-InfoV, Rom-I-VO, EGVVG etc.).

Die Neuauflage ist gründlich überarbeitet und verarbeitet die große Zahl ergangener Rechtsprechung zum VVG sowie das seither veröffentlichte Schrifttum. Berücksichtigt wurden insbesondere die Gesetzesänderungen bei der Krankenversicherung.

Langheid / Wandt, Münchener Kommentar Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Band 2: §§ 100-216 C.H.BECK, 3. Auflage, 2024 XXVI, 2041 S., Hardcover (Leinen) 399,00€, ISBN 978-3-406-73042-9

GI Literaturecke

Becker: Haftungsfallen in der Unfallschadenregulierung, ZfSch 2023, 664

Blöse: Kapitalgesellschaften: Beratungsverträge zwischen GmbH und RA/StB: Mögliche Ansprüche, Hinweis- und Warnpflichten, GStB 2024, 20

Danylak: Aufsätze: Der Abfindungsvergleich – eine Haftungsfalle für den Rechtsanwalt?, VersR 2024, 80

Diller: Eigenes Honorar als versicherter Schaden in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte, VersR 2023, 1493

Haase/Heiss: Der Einsatz von künstlicher Intelligenz im Rechtsanwaltsberuf, InTeR 2023, 162

Jungk: Die Rechtsprechung des BGH zum Anwaltshaftungsrecht, NJW 2023, 3621

Juretzek: Ein Berater darf seine Tätigkeit von einem Vorschuss abhängig machen, Anmerkung zu Nichtannahmebeschluss des BVerfG v. 20.06.2023 - 1 BvR 524/22, DStR 2023, 2583

Kirstein: Die Haftung des Steuerberaters bei der Jahresabschlusserstellung im Hinblick auf die Hinweispflichten bezüglich einer etwaigen Insolvenzreife des Rechtsträgers, ZinsO 2023, 2485

Marx: Der Streitbeitritt des Haftpflichtversicherers auf der Gegenseite, VersR 2024, 65

Scaraggi-Kreitmayer: Vom Berufsbetreuer erstellte „einfache" Ein-kommensteuererklärung nicht nach der StBVV abrechenbar, Anmerkung zu BGH 19.07.2023 - XII ZB 115/23, DStR 2023, 2806

Schulteis: OLG Bamberg, Schadensersatzpflicht eines Unternehmensberaters aufgrund von Pflichtverletzungen in einem Sanierungsgutachten nach Standard IDW S6, ZWH 2023, 346

Vollkommer: Absenkung der inhaltlichen Anforderungen an die Glaubhaftmachung; Glaubhaftmachung durch Screenshot, WuB 2024, 33

Willems: Beratungspflichten bei Vergleichsabschluss, NJW-aktuell 52/2023, S. 17

Wolff: Anmerkung zu BGH v. 01.10.2020 IX ZR 228/19; Voraussetzungen der Einbeziehung fremden Vermögens in den im Rahmen der Rechtsanwalts- und Steuerberaterhaftung vorzunehmenden Gesamtvermögensvergleich im Wege der konsolidierten Schadensbetrachtung(F), WuB 2022, 299

GI service

Wichtige Info zur GI!

Nichts verpassen und GI als Newsletter abonnieren!
Themen wie Belehrungspflichten, Fristenkontrolle, Honoraransprüche und deren Durchsetzung unterliegen einem ständigen Wandel und betreffen Sie unmittelbar. Als einer der wenigen Versicherer kümmern wir uns bei HDI aktiv um Themen wie Haftungsprävention und Qualitätsmanagement für Ihren Berufsstand und halten Sie seit fast 40 Jahren immer auf dem Laufenden. Die Fachzeitschrift GI ist damit eine gute Hilfestellung bei der Vielzahl der Entscheidungen zur Anwalts-, Steuerberater- oder Wirtschaftsprüferhaftung. Neben der Haftungsrechtsprechung erhält der Berufsstand zudem aktuelle Informationen über Streitfragen der Gebührenpraxis. Die GI gibt es als Onlinemagazin, daher abonnieren Sie schnell kostenfrei Ihr Exemplar: www.hdi.de/gi

Service-Fax

(0511) 645 111 3661

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

Worauf Sie sich verlassen können:
HDI steht für umfassende Versicherungs- und Vorsorgelösungen, abgestimmt auf die Bedürfnisse unserer Kunden aus Industrie, mittelständischen Unternehmen, den Freien Berufen und Privathaushalten. Was uns auszeichnet, sind zukunftsorientierte, effiziente Produktkonzepte mit einem guten Preis-Leistungs-Verhältnis sowie ein exzellenter Service. Die HDI Versicherung AG bietet ein breites Leistungsspektrum, das alle Bereiche der Sach-, Unfall- und Kraftfahrtversicherung abdeckt: Es reicht von unserem innovativen Compact-Versicherungsschutz für Firmen über unsere leistungsfähigen Berufshaftpflichtversicherungen für die Freien Berufe bis hin zu anspruchsvollen Lösungen für den Privathaushalt. HDI gehört zum Talanx-Konzern, der nach Beitragseinnahmen drittgrößten deutschen Versicherungsgruppe.

Impressum

GI Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

Herausgeber
HDI Deutschland AG, Nicole Gustiné, Marketingmanagerin, Verkaufsförderung Komposit
HDI-Platz 1, 30659 Hannover, Telefax: 0511-6451113661

E-Mail: nicole.gustine@hdi.de, www.hdi.de

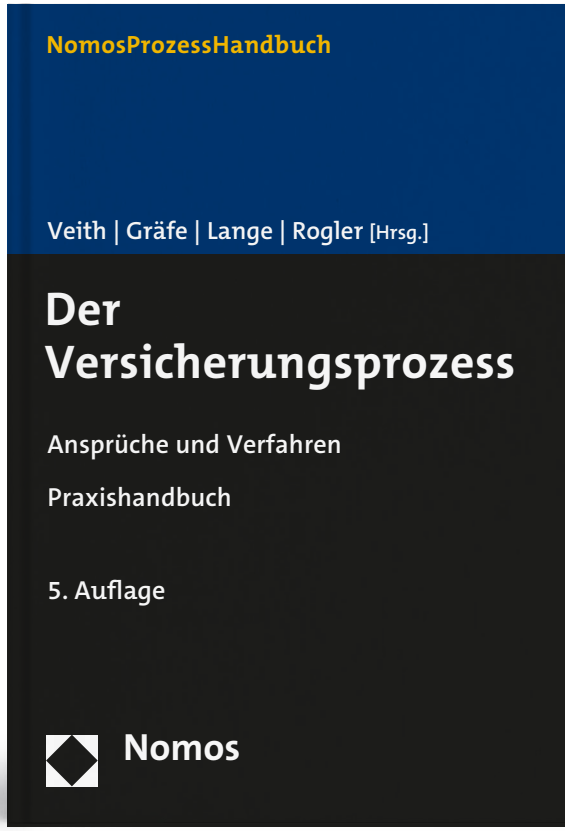
Redaktion
Rafael Meixner, Rechtsanwalt, HDI (verantwortlich für den Inhalt), Dr. Jürgen Gräfe, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Versicherungsrecht

Erscheinungsweise
6-mal im Jahr, jeweils in der 2. KW des Monats

Abonnementservice
Telefax: 0511-6451113661

»seit der ersten Auflage erste Wahl.«

RA Ralf Hansen, juralit.com 1/2016, zur Vorauflage



Der Versicherungsprozess
Ansprüche und Verfahren
Praxishandbuch
Herausgegeben von RA Dr. Jürgen Veith,
RA Dr. Jürgen Gräfe, FAStR u FAVersR,
RA Oliver Lange, LL.M. und VRiLG Dr. Jens Rogler
5. Auflage 2023, ca. 1.600 S., geb., ca. 159,– €
ISBN 978-3-8487-7852-2
Erscheint ca. September 2023

Der „Veith/Gräfe/Lange/Rogler" ist ein Muss für ein erfolgreich geführtes Versicherungsverfahren: Punkt für Punkt wird für jede Versicherungssparte erläutert, welche versicherungsvertraglichen und gesetzlichen Grundlagen zu beachten und wie diese vorzutragen und zu beweisen sind. Damit vermittelt es das unverzichtbar hohe Maß an taktischem Geschick und Professionalität für erfolgreiches Handeln in- und außerhalb eines Prozesses.

Die Neuauflage

- enthält eine komplette Neufassung und Aktualisierung des allgemeinen Versicherungsprozess- und Versicherungsrechts, insbesondere zum materiellen Kostenerstattungsanspruch des VR gegen den VN bei unberechtigter Inanspruchnahme
- berücksichtigt neue Entwicklungen in der Rechtsprechung (den Auskunftsanspruch des VN gegen den VR aus Art. 15 DS-GVO, die Wirecard-Urteile gegen den D&O-VR, den Business-Judgment-Rule-Wiedereinschluss im Wissentlichkeitsausschluss)
- implementiert Neuerungen zur Rechtsstellung des Exzedenten-VR sowie bei rückverweisenden Subsidiaritätsklauseln
- beinhaltet ein komplett neu überarbeitetes Kapitel zur Cyber-Versicherung.

Ein Muss für die Rechtsanwaltschaft in Versicherungsprozessen und die Praktizierenden der Versicherungswirtschaft, die vom Erfahrungsschatz führender Versicherungsexpert:innen profitieren:

- Eine gelungene Kombination aus Praxis- und Formularhandbuch
- Lösungen auch für schwierige und außergewöhnliche Fragestellungen
- 25 wichtige Versicherungssparten in einem Band
- Ein großer und aktualisierter Fundus an Urteilen und umfangreichen Literaturhinweisen.

Herausgeber und Autor:innen:

RA Dr. Marc Anschlag, LL.M. | RA Ronald Betz | RAin Dr. Mirjam Boche | RA u Mediator (DAA) Rainer-Karl Bock-Wehr | RA Peter Brenner | RA Michael Brügge | RA Joachim Cornelius-Winkler, FAVersR | RAin Sophie-Dorothee Enger, LL.M. | RA Dr. Arndt Eversberg | RA Dr. Jürgen Gräfe, FAStR u FAVersR | RA Jürgen Grauschopf | RA, RiOLG a.D. Dr. Dirk Halbach | RA Richard Harder | RAin Kerstin Hartwig, FAVersR | RA Dr. Stefan Hoeft, FATuSpedR u FAVersR | RA Dr. Ulf Hoenicke | RAin Marie Holzhauer, LL.M. | RAin Katharina Kipar LL.B. | RA Oliver Lange, LL.M. (M&A), LL.M. (Insurance) | RA Sven Lehmann | RA Michael Melchers, FAFamR u FAVersR | RA Jörg Ollick | VorsRiLG Dr. Jens Rogler | RA Frank Jörg Schäker, FAMedR u FAMuWR | RA Dr. Winfried Schnepp, FAVersR | Dr. Jürgen Veith | RA Martin Wendt, FAMedR u FAVersR