

# Glaktuell

> Ausgabe 3 / 06.2024 / 44. Jahrgang  
 > Informationen für wirtschaftsprüfende,  
 rechts- und steuerberatende Berufe

## Inhalt

<b>Editorial</b> .....	128	<b>Wirtschaftsprüferhaftung</b> .....	151
<b>GI Entscheidungen</b> .....	129	Zweifel an Unternehmensfortführung /	
<b>GI Literaturecke</b> .....	188	Fortführungsprinzip / Insolvenzvertiefungsschaden	
		(OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.9.2023 – I-22 U 111/23)	
		<b>Wirtschaftsprüferhaftung</b> .....	157
<b>Steuerberaterhaftung</b> .....	129	KapMuG-Verfahren / Aussetzung / Öffentliche	
Auftragsinhalt / Erstellung der Steuererklärungen /		Kapitalmarktinformation	
Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten		(OLG München, Beschl. v. 29.2.2024 – 17 W 1163/23e)	
(LG Münster, Urt. v. 12.1.22 – 110 O 42/20)		<b>Rechtsanwaltshaftung</b> .....	168
<b>Steuerberaterhaftung</b> .....	130	Arbeitsrechtsstreit / Anstellungsverhältnis / Beendigung	
Mitverschulden des Mandanten / Haftungsausschluss		durch Vergleich / Abgeltungsklausel	
(LG Neuruppin, Urt. v. 27.6.2023 – 2 O 17/21)		(LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 8.8.2023 – 2 Sa 44/23)	
<b>Haftung des Kommanditgesellschafters</b> .....	133	<b>Wiedereinsetzung</b> .....	172
Publikumskommanditgesellschaft / Altgesellschafter /		Steuerberaterplattform- und -postfachverordnung /	
Aufklärungspflichten		Zweifel an deren Wirksamkeit	
(BGH, Urt. v. 24.10.2023 – II ZR 57/21)		(BFH, Beschl. v. 17.4.2024 – X B 68/23, X B 69/23)	
<b>Haftung des Sanierungsberaters</b> .....	143	<b>Wiedereinsetzung</b> .....	177
Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit /		Unrichtige Rechtsmittelbelehrung / Rücknahme eines	
Benachteiligungsvorsatz / Hinweis auf Insolvenzreife		Rechtsmittels	
(OLG Köln, Beschl. v. 13.10.2021 – I-2 U 23/21)		(BGH, Beschl. v. 6.3.2024 – XII ZB 408/23)	
<b>Wirtschaftsprüferhaftung</b> .....	147	<b>Wiedereinsetzung</b> .....	180
Vertrag mit Schutzwirkung / Jahresabschlussprüfung /		Rechtsmittelbegründungsfrist / Eigenverantwortliche	
Empfehlung anwaltlicher Beratung		Prüfung	
(LG Berlin, Urt. v. 12.5.2022 – 93 O 115/20)		(BGH, Beschl. v. 1.3.2023 – XII ZB 483/21)	
		<b>Wiedereinsetzung</b> .....	182
		beA / Weitergabe des Zertifikats an Dritte	
		(BGH, Beschl. v. 31.8.2023 – VIa ZB 24/22)	
		<b>Wiedereinsetzung</b> .....	184
		Organisatorische Vorkehrungen / Einfache	
		Verfahrenshandlungen / Einwöchige Vorfrist	
		(BGH, Beschl. v. 21.6.2023 – XII ZB 418/22)	



## Ihre Sicherheit für alle Fälle.

 Rechtsanwälte → Vermögensschaden-Haftpflicht

Seit Jahren steht HDI fest an der Seite der Freien Berufe. Mit dem Deutschen Anwaltverein (DAV) haben wir seit dem 01.08.2022 eine weitere Kooperation geschlossen. Mitglieder eines dem DAV angeschlossenen örtlichen Anwaltvereins oder beim Forum Junge Anwaltschaft profitieren ab sofort von speziellen Top-Konditionen bei der Vermögensschaden-Haftpflicht. Wir überzeugen mit umfassender Kompetenz – angefangen bei der Analyse spezifischer Risiken bis zum professionellen Schadenmanagement. Nutzen Sie unsere Expertise und lassen Sie sich beraten!

**Wir sind HDI. #Möglichmacher**

Top-Konditionen und verbesserter Deckungsumfang



Rafael Meixner  
Rechtsanwalt



## Editorial

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

Der **BFH** hat in einem aktuellen Beschluss **Zweifel** daran geäußert, ob die **Steuerberaterplattform- und -postfachverordnung** – die Grundlage für die Erstregistrierung zum beSt – **wirksam** ist. Denn der wirksame Erlass einer Rechtsverordnung setzt voraus, dass die entsprechende formell-gesetzliche Ermächtigungsgrundlage im Zeitpunkt des Erlasses der Rechtsverordnung bereits in Geltung war. Dies war hier aber nicht der Fall.

Das **LG Neuruppin** hatte sich mit der seltenen Konstellation der Steuerbehauptung zu befassen, bei der ein gänzlich **haftungsausschließendes Mitverschulden des Mandanten** vorlag. In Missachtung seiner eigenen Interessen hatte der Mandant die Augen vor einem Fehler des Steuerberaters verschlossen und die vorbereiteten Steuererklärungen unterzeichnet, obwohl er hätte wissen müssen, dass sie falsch waren.

In einem Fall, in dem ein **Abschlussprüfer** wegen eines **Insolvenzvertiefungsschaden** vom Insolvenzverwalter auf Schadensersatz in Anspruch genommen wurde, ließ das **OLG Düsseldorf** die Frage der Aktivlegitimation des Insolvenzverwalter zur Geltendmachung eines solchen Schadens zwar offen. Es befasste sich aber damit, welche Bedeutung **IDW-Standards** für den **Pflichtenkreis** des Abschlussprüfers haben und welche Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des klagenden Insolvenzverwalters zu stellen sind.

Im Rahmen eines Arbeitsrechtsstreit befasste sich das **LAG Schleswig-Holstein** mit der Haftung des Rechtsanwalts eines Arbeitnehmers. Zwischen den Parteien des Arbeitsrechtsstreits kam es Unstimmigkeiten wegen eines zuvor geschlossenen **Abfindungsvergleichs**: Der Rechtsanwalt hat – so das LAG – darauf zu achten, dass tatsächlich alle Ansprüche in den Vergleich einbezogen werden, die abgefunden und erledigt sein sollen. Er darf es nicht dazu kommen lassen, dass der Wortlaut eines Vertrags zu Zweifeln überhaupt Anlass gibt.



Ihr Rafael Meixner

## GI Entscheidungen

### Steuerberaterhaftung

- Auftragsinhalt
- Erstellung der Steuererklärungen
- Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten  
(LG Münster, Urt. v. 12.1.2022 – 110 O 42/20)

#### Leitsatz (der Reaktion)

Der Auftrag zur Erstellung der Steuererklärungen verpflichtet den Steuerberater nicht, über gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zu beraten.

#### Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger macht Ansprüche wegen steuerberaterlicher Falschberatung geltend.

[2] Der Kläger schloss im Januar 2015 als Geschäftsführer der M. GmbH & Co. KG mit dem Steuerberater K. in den Räumlichkeiten der Beklagten und Streitverkündeten einen Steuerberatervertrag über die Erstellung der Steuererklärungen für die KG, die GmbH sowie den Kläger und seine Ehefrau persönlich, jeweils beginnend mit dem Veranlagungsjahr 2012, ab. Herr K. war zu dieser Zeit Komplementär der Beklagten sowie alleiniger Geschäftsführer der Streitverkündeten Firma T. Steuerberatungsgesellschaft mit Sitz in der O-Straße ## in B. Während des Mandatsverhältnisses korrespondierte Steuerberater K. sowohl unter dem Briefkopf der Beklagten als auch dem der Streitverkündeten mit den Mandanten. Für die Kommanditgesellschaft erklärte Herr K., diese müsse keine Gewerbesteuer zahlen und buchte bereits vorhandene Gewerbesteuerrückstellungen wieder aus. Gegenüber dem zuständigen Finanzamt deklarierte er die Einkünfte der KG als solche aus freiberuflicher Tätigkeit.

[3] Der Kläger behauptet, das Finanzamt habe Ende 2017 die Einkünfte der KG als gewerblich eingestuft und entsprechend für die Jahre 2013 bis 2017 Gewerbesteuer nachgefordert. Die Komplementär-GmbH als einzige Komplementärin sei daraufhin mit Wirkung zum 01.01.2018 aus der KG ausgetreten, sodass die KG sich in ein Einzelunternehmen gewandelt habe, welches er als einzig verbliebener Kommanditist und damit Rechtsnachfolger betreibe. Gegen die Gewerbesteuermessbescheide für 2013 bis 2017 seien noch Einspruchsverfahren anhängig.

[4] Der Kläger behauptet, hätte Steuerberater K. schon 2015 für das Veranlagungsjahr 2012 Gewerbesteuer abgeführt, wäre zur Vermeidung dieser Steuerbelastung die GmbH schon

damals aus der KG ausgetreten und so der Rechtsformwechsel zum Einzelunternehmen vollzogen worden.

[5-12] (...)

[13] Die Beklagte behauptet, die Kommanditgesellschaft habe der Haftungsabschirmung gedient und wäre daher auch bei Kenntnis der Gewerbesteuerpflichtigkeit nicht in ein Einzelunternehmen umgewandelt worden. Zudem habe nur so Herr D. in das Unternehmen einbezogen werden können, der - was unstreitig ist - zwischenzeitlich Kommanditist der KG war.

[14] Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung.

[15-16] (...)

#### Aus den Gründen:

[17] Die zulässige Klage ist unbegründet.

[18] Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch wegen steuerberaterlicher Falschberatung steht dem Kläger nicht zu.

[19] Die Beklagte ist schon **nicht passivlegitimiert. Das Angebot des Klägers** bzw. dessen Rechtsvorgängerin zum **Abchluss eines Steuerberatungsvertrages wurde unstreitig in Person des Steuerberaters K. angenommen.** Diese Erklärung muss der Steuerberater K. gemäß § 164 II BGB als eigene gelten lassen, sofern er den Willen, im Namen eines anderen Rechtssubjekts zu handeln, nicht ausdrücklich oder aufgrund der Umstände des Vertragsschlusses zum Ausdruck gebracht hat, vgl. § 164 I BGB (Palandt/Ellenberger, 81. Auflage 2022, § 164 BGB, Rn. 4).

[20] Ein Handeln in fremdem Namen hat der Kläger nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich. Auch aus den Umständen des Vertragsschlusses, insbesondere unter Zugrundelegung der Grundsätze des unternehmensbezogenen Geschäfts, ergibt sich kein eindeutiger Bezug zu der Beklagten als Geschäftsherrin. Nach diesen Grundsätzen muss die Vertreterklärung eindeutig ergeben, dass ein bestimmtes Unternehmen bzw. der Unternehmer berechtigt und verpflichtet werden soll. Neben der Erklärung des Vertreters ist der Bezug des Handelnden auf das Unternehmen von Bedeutung, insbesondere aufgrund des Ortes des Geschäftsabschlusses und den Inhalt des Rechtsgeschäfts (MünchKommBGB/Schubert, 9. Auflage 2021, § 164, Rn. 131; beck-online-Großkommentar/Huber, Stand: 01.11.2021, § 164 BGB, Rn. 63; Palandt/Ellenberger, 81. Auflage 2022, § 164 BGB, Rn. 2).

[21] Nach diesen Grundsätzen lässt sich ein eindeutiger Bezug allein zu der Beklagten nicht herstellen. Vielmehr kommt sowohl nach der Stellung des handelnden Steuerberaters, dem Ort des Vertragsschlusses als auch nach dem Gegenstand des

Vertrages sowohl die Beklagte als auch die Streitverkündete als dasjenige Unternehmen in Betracht, welches der Steuerberater K. bei Mandatsannahme vertreten wollte. **Denn der Steuerberater K. hätte in seinen Funktionen als Komplementär der Beklagten und alleiniger Geschäftsführer der Streitverkündeten für beide gleichermaßen operativ tätig werden können.** Soweit die Mandatierung unstrittig in den Geschäftsräumen der Beklagten erfolgte, handelt es sich dabei nach den Angaben des Klägers im Rahmen der Streitverkündung auch um den Geschäftssitz der Streitverkündeten. Schließlich ergibt sich aus den von beiden Parteien vorgelegten Unterlagen, dass sowohl die Beklagte als auch die Streitverkündete im steuerberatenden Geschäftsverkehr aufgetreten sind, sodass auch der Gegenstand des Vertrages keinen eindeutigen Bezug zu einer der beiden juristischen Personen herstellt. **Selbst das möglicherweise indizielle Verhalten nach Vertragsschluss ergibt ein unklares Bild:** Es finden sich zwar Schreiben mit Briefkopf der beklagten (z. B. Bl. 137-141 d. GA), andererseits scheint die Streitverkündete ausweislich Bl. 132 d. GA als Zustellungsempfängerin bei dem Finanzamt gemeldet gewesen zu sein, die auch die erbrachten Leistungen in Rechnung stellte (Bl. 28f. und 32f. d. GA).

[22] Soweit der Kläger meint, aufgrund dieses diffusen Geschäftsgebarens des jeweils handelnden Herrn K. müssten die Beklagte und die Streitverkündete sich das Handeln ihres Komplementärs bzw. Geschäftsführers gemeinsam zurechnen lassen, gibt es hierfür keine rechtliche Grundlage. Die klägerseits zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH KZR 21/08) betrifft Fragen der Wissenszurechnung bei kartellrechtlichen Fragen, nicht die Zurechnung von Willenserklärungen zu mehreren Geschäftsherren. Sowohl die Beklagte als auch die Streitverkündete zu mandatieren hätte auch offensichtlich nicht im Interesse des Klägers gelegen, da dann ggfs. doppelt Vergütungsansprüche entstanden wären.

[23] Dem Kläger steht ein Anspruch auf Freistellung von Gewerbesteuerzahlungen für die Veranlagungsjahre 2015 bis 2017 auch deshalb nicht zu, weil dem Kläger aus einem pflichtwidrigen Handeln des Herrn K. insoweit kein adäquat-kausaler Schaden entstanden ist.

[24] Als mögliche Pflichtverletzung kommt allein die fehlerhafte Nichtabführung von Gewerbesteuern in Betracht. Soweit der Kläger darüber hinaus ausführt, Herr K. hätte darauf hinweisen müssen, dass bei einem Wechsel der Rechtsform Gewerbesteuerfreiheit zu erreichen gewesen sei, verkennt er, dass die Beratung zu gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten unstrittig nicht Gegenstand des Mandates war. **Ein lediglich für die steuerliche Veranlagung beauftragter Steuerberater hat gestaltende Verträge hingegen grundsätzlich so zu nehmen, wie sie abgeschlossen wurden** (OLG Köln, 9 U 130/06). Das muss insbesondere dann gelten, wenn

- wie hier - eine gestalterische Entscheidung hin zur Rechtsform der Kommanditgesellschaft gerade erst mit Wirkung zu Beginn des mandatierten Veranlagungszeitraums getroffen worden ist.

[25] Auf der fehlerhaften Nichtabführung von Gewerbesteuern beruht der geltend gemachte Schaden der abgeführten Gewerbesteuer nicht. Es bestehen schon Zweifel an der haftungsausfüllenden Kausalität. Denn die Angabe des Klägers, bei Kenntnis der Gewerbesteuerpflichtigkeit hätte er die Kommanditgesellschaft aufgelöst und das Geschäft wieder als Einzelunternehmer betrieben, steht in Widerspruch dazu, dass der Kläger den Rechtsformwechsel überhaupt vollzogen hat, obwohl der damalige Steuerberater von einer Gewerbesteuerpflicht ausging und die KG schon entsprechend Rückstellungen gebildet hatte.

[26] Aber selbst die behauptete sofortige Rückkehr zum Einzelunternehmertum unterstellt, bestünde jedenfalls **kein Schutzzweckzusammenhang** zwischen der Nichtabführung der Gewerbesteuer und der als Schaden geltend gemachten Gewerbesteuerbelastung. **Denn die Pflicht zur Erstellung einer steuerrechtlich richtigen Erklärung dient allein dazu, den Steuerpflichtigen vor Steuerstrafverfolgung, Säumniszuschlägen, Steuerschätzungen u. ä. zu bewahren. Sie hat nicht den Zweck, dem Steuerpflichtigen die Höhe seiner Steuerlast vor Augen zu führen und so einen Anlass zu setzen, über gestalterische Möglichkeiten zur Verringerung dieser Steuerlast nachzudenken.**

[27] (...)

## Steuerberaterhaftung

- Mitverschulden des Mandanten
- Haftungsausschluss

(LG Neuruppin, Urt. v. 27.6.2023 – 2 O 17/21)

### Leitsatz (der Redaktion)

Verschließt der Mandant vor einem möglichen Fehler seines Steuerberaters in Missachtung seiner eigenen Interessen die Augen und unterzeichnet er die vom Steuerberater vorbereiteten Steuererklärungen, von denen er hätte wissen müssen, dass diese falsch waren, liegt ein haftungsausschließendes Mitverschulden des Mandanten vor.

### Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger nimmt die Beklagten auf Zahlung von Schadensersatz wegen Schlechterfüllung eines Steuerberatervertrags in Anspruch.

[2] Der Kläger ist Arzt und betreibt selbständig eine Praxis für Allgemeinmedizin. Der Beklagte war als Steuerberater für den Kläger tätig. Unter anderem war der Beklagte damit beauftragt, für die Jahre 2004 bis 2012 die Einkommenssteuererklärungen für den Kläger zu fertigen. Bei der Gewinnermittlung wurde die sogenannte Praxisgebühr bei den Umsätzen des Klägers nicht erfasst. Dadurch wurden die Gewinne zu gering ausgewiesen und der Kläger zahlte zu wenig Einkommenssteuer, Kirchensteuer und Solidaritätszuschlag. Im Jahr 2016 ordnete das Finanzamt ... eine steuerliche Außenprüfung bei dem Kläger für die Jahre 2010 bis 2012 an. Im März 2016 meldete die neue Steuerberaterin des Klägers B., dass versehentlich die Praxisgebühren in den Jahren 2009 bis 2012 nicht als Einnahmen erfasst worden seien. Gegen den Kläger wurde ein Strafverfahren eingeleitet. Der Prüfungszeitraum wurde auf die Jahre 2004 bis 2009 erweitert. Die Prüfung führte zu verschiedenen Beanstandungen. Wegen der Einzelheiten wird auf den Prüfbericht vom 15.11.2016 Bezug genommen. Das Finanzamt ... erließ für den Zeitraum von 2004 bis 2012 geänderte Einkommensteuerbescheide. Danach hatte der Kläger unter anderem Zinsen in Höhe von insgesamt 73.407,- € zu zahlen. Gegen die Bescheide legte der Kläger Einspruch ein. Die Einsprüche wurden zurückgewiesen. Die gegen die Zurückweisung der Einsprüche gegen die Bescheide betreffend die Jahre 2004 - 2009 erhobene Klage wies das Finanzgericht Berlin-Brandenburg rechtskräftig zurück.

[3] Der Kläger behauptet, die nunmehr für ihn tätige Steuerberaterin B. habe im Zuge der Vorbereitung der Außenprüfung festgestellt, dass der Kläger aufgrund der Nichtberücksichtigung der Praxisgebühr zu wenig Steuern gezahlt habe. Der Beklagte sei umfassend mit der steuerlichen Beratung des Klägers und seiner Ehefrau beauftragt gewesen. Die Buchführungsordner mit sämtlichen Belegen seien ihm überreicht worden. Er habe ohne Weiteres erkennen können, dass die Praxisgebühren angefallen seien, da diese in den Abrechnungen offen ausgewiesen seien. Dem Beklagten habe als Fachmann auch bekannt sein müssen, dass die Praxisgebühren dem Einkommen des Klägers hätte hinzugerechnet werden müssen. Den hierdurch entstandenen Schaden habe der Beklagte zu erstatten. Er beziffert seinen Schaden wie folgt:

[4] Beratung und Vertretung im Steuerstrafverfahren ... €  
Zinsen ... €  
Kosten für die Aufarbeitung durch Steuerberaterin B. ... €  
Vertretung durch den Prozessbevollmächtigten im  
Einspruchsverfahren gegen die neuen Einkommenssteuerbescheide .... €  
insgesamt ... €

[5] Wegen der Einzelheiten wird auf die Klageschrift verwiesen. Weiterer Schaden sei zu erwarten.

[6] In einem von dem Beklagten erstellten Einnahmediagramm für das Jahr 2004 sei ihm aufgefallen, dass seine Einnahmen zurückgegangen seien. Er habe den Beklagten gefragt, ob dies an der neu eingeführten Praxisgebühr liegen könne. Dieser habe daraufhin gesagt, er habe es übersehen und angekündigt, es richtig zu steilen. Hierauf habe er sich verlassen. Der Wechsel des Steuerberaters sei bereits vor Ankündigung der Außenprüfung erfolgt, da der Kläger mit den Leistungen des Beklagten nicht mehr zufrieden gewesen sei.

[7] Die gegen die Beklagte zu 1) gerichtete Klage hat der Kläger am 08.01.2019 zurückgenommen.

[8-12] (Anträge: ...)

[13] Der Beklagte behauptet, nicht mit der Buchführung beauftragt gewesen zu sein. Die laufende Verbuchung der Geschäftsvorfälle habe - um Kosten zu sparen - die Ehefrau des Klägers unternommen. Lediglich in den Jahren 2008 und 2012 seien die Buchhaltungsaufgaben teilweise durch den Beklagten durchgeführt worden. Es seine Ausgabenbelege und Belege zu Barausgaben nacherfasst worden. Die Vorerfassung der Belege habe daher nicht zu seinen Aufgaben gehört. Er habe auftragsgemäß lediglich die von dem Kläger selbst erstellten Summen und Saldenlisten übernommen und daraus die Abschlüsse nebst der Gewinnermittlung erstellt. Er hat die Einrede der Verjährung erhoben. Schadensersatzansprüche des Klägers kämen schon deshalb nicht in Betracht, weil dieser sich gemäß dem Urteil des Finanzgerichts der vorsätzlichen Steuerhinterziehung schuldig gemacht habe.

[14] (...)

**Aus den Gründen:**

[15] Die Klage ist unbegründet.

[16] Dem Kläger stehen Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten aus § 280 BGB nicht zu.

[17] Das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien ist als **Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter** einzuordnen. Der Auftrag des Beklagten bezog sich nicht nur auf eine konkrete Einzelleistung, so dass kein Werkvertrag anzunehmen ist. Der Beklagte erstellte vielmehr für den Beklagten über viele Jahre hinweg dessen **Einkommenssteuererklärung**. Dagegen kam es nicht jedes Jahr zu einer neuen einmaligen Beauftragung des Beklagten.

[18] Verletzt der Steuerberater die vertraglich geschuldeten Pflichten, so ist er seinem Mandanten gemäß § 280 Abs. 1 BGB zur Schadensersatz verpflichtet. **Für den steuerlichen Berater gelten auf seinem Fachgebiet die gleichen Sorgfaltsanforderungen, die an die Wahrnehmung der Pflichten aus einem**

### Anwaltsvertrag zu stellen sind.

[19] Die Einkommenssteuererklärung erfolgt jeweils auf der Grundlage der Gewinnermittlung gemäß § 4 Abs. 3 EStG, also einer Einnahmen-Ausgaben-Überschussermittlung. Der Kläger arbeitete dem Beklagten bei der Ermittlung des Überschusses zu. Dabei kann offen bleiben, wie weit die Zuarbeit des Klägers ging. Denn der Beklagte war verpflichtet bei dem Mandanten nachzufragen, soweit ihm Unstimmigkeiten und Fehler in den überreichten Unterlagen aufgefallen sein sollten. Das Jahr 2004 war das erste Jahr, in dem die **neu eingeführte Praxisgebühr** angefallen ist. **Der Beklagte als Fachmann auf dem Gebiet des Steuerrechts hatte danach Anlass, zu klären, ob und wie der Beklagte die Praxisgebühr in den von ihm überreichten Listen der Einnahmen und Ausgaben berücksichtigt hatte.** Zu den Pflichten des Steuerberaters gehört es, seinen Mandanten vor einer Steuerhinterziehung und den hiermit verbundenen Folgen zu bewahren. Nach seiner Darstellung hat er die Frage der Verbuchung der Praxisgebühr jedoch nicht angesprochen. Das ist insofern nachvollziehbar, als er auch heute trotz der eindeutigen Handhabung der Frage durch die Finanzbehörden immer noch die Auffassung vertritt, es sei fraglich, ob die vereinnahmten Praxisgebühren bei den Einnahmen zu berücksichtigen seien. Seine Pflichten als Steuerberater dürfte er hierdurch verletzt haben.

[20] Die Frage kann indes offen bleiben. Denn auch wenn von einer Pflichtverletzung des Beklagten auszugehen sein sollte, so hat er dem Kläger die mit der Nichtangabe der vereinnahmten Praxisgebühren in den Steuererklärungen entstandenen Schäden nicht zu erstatten. Der Kläger hat nämlich **an der Entstehung des Schadens in so wesentlichem Umfang mitgewirkt, dass er diesen selbst zu tragen hat, § 254 Abs. 1 BGB.**

[21] Nach seiner eigenen Darstellung, die er im Rechtsstreit erstmals mit Schriftsatz vom 27.10.2021 vorgetragen hat, ist dem Kläger bereits frühzeitig im Hinblick auf das Steuerjahr 2004 aufgefallen, dass seine Einnahmen nach einem von dem Beklagten zur Verfügung gestellten Diagramm spürbar zurück gegangen waren. Er hat dies nach seiner Darstellung mit der Praxisgebühr in Verbindung gebracht. Hintergrund konnte nur seine Befürchtung sein, dass die Praxisgebühr bei den Einnahmen nicht berücksichtigt worden war. Der Beklagte habe erwidert, ihm sei ein Fehler unterlaufen, den er richtig stellen werde. **Der Kläger wusste danach frühzeitig, dass der Beklagte den Jahresüberschuss falsch, nämlich ohne Berücksichtigung der Praxisgebühr ermittelt hatte.** Die Richtigstellung gegenüber den Finanzbehörden ist - für den Kläger erkennbar - nicht erfolgt. Der Kläger hat **keine geänderte Steuererklärung für das Jahr 2004 unterzeichnet.** Das Diagramm, welches den Jahresvergleich der Jahresergebnisse von 1998 bis 2008 zeigt weist für das Jahr 2004 immer noch einen spürbaren Rückgang des Umsatzerlöses um ca. 40.000,-€ aus.

Hier ist offenbar nichts korrigiert worden. Der Kläger hat zudem für das Jahr 2004 eine Steuererstattung in Höhe von 12.000,- € erhalten. Danach lag es auf der Hand, dass eine Richtigstellung nicht erfolgt war. Der Kläger durfte sich unter diesen Umständen auch nicht darauf verlassen, dass der Beklagte für die Folgejahre 2005 bis 2012 die richtigen Umsatzzahlen zugrunde legen werde. Er hatte im Gegenteil jeden Anlass daran zu zweifeln, weil bereits für das Jahr 2004 eine falsche Steuererklärung gefertigt und nicht korrigiert worden war. Dennoch hat er die Steuererklärung für die Folgejahre, die ebenfalls von einem falsch ermittelten Gewinn ausgingen, unterzeichnet. **Für das Landgericht ist es ebenso wie für das Finanzgericht ... kaum vorstellbar, dass der Kläger nicht gemerkt hat, dass die Angaben in den Steuererklärungen zu seinem jeweiligen Jahresgewinn von den wirklich erzielten Gewinnen erheblich abwichen.** Es kommt indes nicht darauf an, ob der Kläger von den falschen Angaben positive Kenntnis hatte. **Jedenfalls hat er vor einem möglichen Fehler des Beklagten in Missachtung seiner eigenen Interessen die Augen verschlossen und Steuererklärungen unterzeichnet, von denen er hätte wissen müssen, dass diese falsch waren.** Damit hat er die in eigenen Angelegenheiten aufzuwendende Sorgfalt missachtet und außer Acht gelassen, was zu beachten für jeden Teilnehmer am Rechtsverkehr auf der Hand lag. **Er hat die eigenen Interessen so erheblich außer Acht gelassen, seine Obliegenheiten also so erheblich verletzt, dass er den hiermit verbundenen Schaden allein zu tragen hat. Ein mögliches Verschulden des Beklagten tritt hinter das „Verschulden des Klägers gegen sich selbst“ (vgl. MüKo, BGB, 9. Aufl., § 254 Rnr. 3) zurück.** Er muss daher den Rechtsnachteil hinnehmen, seinen Schaden nicht ersetzt zu erhalten.

[22] Soweit der Kläger ohne nähere Erläuterung weitere Fehlleistungen und Fehlbuchungen des Beklagten behauptet hat, ist nicht erkennbar, dass diese für den entstandenen Schaden mitursächlich waren.

[23] Unter diesen Umständen bot die Klageänderung und Klageerweiterung vom 17.04.2023 keine Veranlassung die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.

[24-25] (...)

## Haftung des Kommanditgesellschafters

- Publikumskommanditgesellschaft
- Altgesellschafter
- Aufklärungspflichten

(BGH, Urt. v. 24.10.2023 – II ZR 57/21)

### Leitsätze

1. Die Altgesellschafter einer Publikumskommanditgesellschaft unterliegen nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Verbesserung des Anlegerschutzes vom 28. Oktober 2004 (BGBl. I S. 2630) gegenüber dem beitragswilligen Anleger einer durch die Regelungen des Verkaufsprospektgesetzes in ihrem persönlichen Anwendungsbereich und ihrer Reichweite näher ausgeformten und sanktionierten Aufklärungspflichten. Darüber hinausgehende Aufklärungspflichten nach § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB treffen die Altgesellschafter einer Publikumskommanditgesellschaft nur dann, wenn sie entweder selbst den Vertrieb der Beteiligungen an Anleger übernehmen oder in sonstiger Weise für den von einem anderen übernommenen Vertrieb Verantwortung tragen (Ergänzung BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2022 - II ZR 22/22).
2. Ein Altgesellschafter ist für den Vertrieb der Beteiligungen in sonstiger Weise verantwortlich, wenn er - gegebenenfalls mit weiteren Altgesellschaftern - eine beherrschende Stellung in der Gesellschaft ausüben kann, die den Vertrieb der Beteiligungen übernommen hat. Vertriebsverantwortung trägt daneben auch der Altgesellschafter, der einen anderen mit dem Vertrieb der Beteiligungen beauftragt. Soweit die Fondsgesellschaft den Vertriebsauftrag erteilt, tragen die Vertriebsverantwortung die geschäftsführungsbefugten Altgesellschafter.

### Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger beteiligte sich am 21. März 2011 mit einer Einlage in Höhe von 50.000 US-Dollar als Kommanditist an der Publikumsgesellschaft H. GmbH & Co. KG (im Folgenden: Fondsgesellschaft). Die Beklagten waren Gründungsgesellschafterinnen der Fondsgesellschaft. Die Beklagte zu 1 war zudem geschäftsführende Kommanditistin, die Beklagte zu 2 Komplementärin ohne Einlage. Alleinige Gesellschafterin der Beklagten war die H. G. T. A. GmbH (im Folgenden: HTGA GmbH). Die H. GmbH (im Folgenden: H. GmbH), deren alleiniger Gesellschafter A. B. war, erwarb am 9. Juni 2009 mittelbar 60 % der Gesellschaftsanteile der HTGA GmbH. Die Fondsgesellschaft hatte mit der HTAM GmbH (im Folgenden: HTAM GmbH), deren Alleingesellschafterin ebenfalls die HTGA GmbH war, einen Asset Management Vertrag abgeschlossen.

[2] Die Fondsgesellschaft wandte sich an Anleger, die ein Immobilieninvestment im US-amerikanischen Markt planten. Hierzu sollte mit der P. Inc. zusammengearbeitet werden. Die Fondsgesellschaft beteiligte sich mit dem Fondskapital als Limited Partner an der P. V. LP (im Folgenden: P V). General-Partner dieser Gesellschaft war eine Tochtergesellschaft der P. Inc., die P. , L.L.C. Diese war zugleich General Partner der P. G. (im Folgenden: Parallelgesellschaft), die ihrerseits durch internationale Investoren mit Geld für Anlagen auf dem US-Immobilienmarkt ausgestattet war und ihre Investitionen gemeinsam mit den Beteiligungsgesellschaften im Verhältnis ihrer Anlagevolumina vornehmen sollte. Geschäftsführerin der P. ,L.L.C. war die P. Inc. Nach dem Gesellschaftsvertrag der P V war eine Einflussnahme der Fondsgesellschaften auf die Investitionsentscheidungen der P V nicht möglich. Diese sollten allein im sogenannten Exekutivausschuss, einem mit leitenden Mitarbeitern der P. Inc. und ihrer Untergesellschaften besetzten Gremium getroffen werden. A. B. war Präsident und CEO der P. Inc. sowie Mitglied des Exekutivausschusses. Grundlage der Informationen der Anleger war der Prospekt vom 8. Mai 2009 in der Fassung des ersten Nachtrags vom 24. August 2009. Im Abschnitt Rechtliche Grundlagen heißt es: "Die HTAM GmbH (...) hat die unabhängige Aufsicht und Qualitätskontrolle des Asset Managements der Projekte - welches durch den General Partner der Beteiligungsgesellschaft [PV] vorgenommen wird - übernommen." Im Abschnitt "Anlagespezialisten" verweist der Prospekt auf ein hoch qualifiziertes Team von Fachleuten der P. und teilt in diesem Zusammenhang die Funktionen von A. B. in der P. Inc. und seine Mitgliedschaft im Exekutivausschuss mit. Im Prospektnachtrag vom 24. August 2009 wurde mitgeteilt, dass sich die Gesellschafter der HTGA GmbH geändert hätten und die H. GmbH einen Anteil von 60 % hielt. Unerwähnt blieb, dass A. B. Alleingesellschafter der H. GmbH war.

[3] Der Kläger nimmt die Beklagten als Gründungsgesellschafter wegen mangelnder Aufklärung über Verflechtungen auf Schadensersatz in Anspruch. Das Landgericht hat der in erster Linie auf Feststellung einer Ersatzpflicht gerichteten Klage stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung hat das Berufungsgericht durch Beschluss zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter.

### Aus den Gründen:

[4] Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg.

[5] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung ausgeführt, der Kläger habe einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten aus § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB gegen die Beklagten. Ein Anlageinteressent hätte darüber aufgeklärt werden müs-

sen, dass A. B. als CEO der P. Inc. gleichzeitig Alleingesellschafter der H. GmbH gewesen sei, die ihrerseits einen beherrschenden Einfluss auf die H. T. G. A. GmbH als Muttergesellschaft sämtlicher in die Fondskonstruktion eingebundener Gesellschaften habe ausüben können, insbesondere auf die HTAM GmbH. Der Prospekt erzeuge im Gesamtbild den Eindruck, die HTAM GmbH habe den Anlegern gegenüber über das geschäftliche Handeln des General Partners objektiv berichten und es konstruktiv durch eigene Anregungen und Impulse begleiten sollen. Auch ohne unmittelbare Einflussmöglichkeiten habe sich die im Prospekt dargestellte Option, den General Partner zu entlassen, ohne eine Beobachtung und zeitnahe Information der Gesellschafter nicht ausüben lassen. Mit einer Struktur, die diese wichtige Kontrollebene nach dem Willen des Kontrollierten ausschalten könne, hätten die Anleger nicht rechnen müssen. Die unabhängige Kontrolle sei für den Kläger ein so wichtiger Umstand gewesen, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass sie sich nach Aufklärung über die Beteiligung A. B. an der H. GmbH gegen eine Zeichnung entschieden hätte.

**[6]** II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

**[7]** 1. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Beklagten gegenüber dem Kläger eine **vorvertragliche Pflicht zur Aufklärung gemäß § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB** getroffen hat, deren Verletzung zu einer Haftung für Verschulden bei Vertragsschluss führen kann.

**[8]** a) **Einem Anleger muss vor seiner Beteiligung an einer Fondsgesellschaft ein zutreffendes Bild über das Beteiligungsobjekt vermittelt werden, das heißt, er muss über alle Umstände, die für seine Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, insbesondere über die mit der angebotenen speziellen Beteiligungsform verbundenen Nachteile und Risiken zutreffend, verständlich und vollständig aufgeklärt werden** (BGH, Urteil vom 4. Juli 2017 - II ZR 358/16, ZIP 2017, 1664 Rn. 9; Urteil vom 6. November 2018 - II ZR 57/16, ZIP 2019, 22 Rn. 15; Urteil vom 8. Januar 2019 - II ZR 139/17, ZIP 2019, 513 Rn. 21 ff.; Beschluss vom 25. Oktober 2022 - II ZR 22/22, ZIP 2023, 29 Rn. 33; vgl. auch BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2020 - XI ZB 28/19, ZIP 2021, 1336 Rn. 25; Urteil vom 23. Februar 2021 - XI ZR 191/17, WM 2021, 2042 Rn. 23).

**[9]** Die Verletzung dieser Aufklärungspflicht führt zu einer Haftung für Verschulden bei Vertragsschluss nach § 280 Abs. 1, 3, §§ 282, 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB (**sogenannte Prospekthaftung im weiteren Sinne**). Der Senat hat ausgesprochen, dass die **spezialgesetzliche Prospekthaftung** gemäß den § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG in der bis zum 31. Mai 2012 gel-

tenden Fassung (nachstehend jeweils als aF bezeichnet) in **ihrem Anwendungsbereich eine gesellschaftsrechtliche Haftung der Gründungs- bzw. Altgesellschafter wegen einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung gemäß § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB nicht ausschließt** (BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2022 - II ZR 22/22, ZIP 2023, 29 Rn. 31 ff. mwN; aA BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - XI ZB 35/18, BGHZ 228, 237 Rn. 26; Beschluss vom 14. Juni 2022 - XI ZR 395/21, WM 2022, 1679 Rn. 11; Beschluss vom 11. Juli 2023 - XI ZB 20/21, ZIP 2023, 2037 Rn. 37, zVb in BGHZ). Der Senat hält hieran nach erneuter Prüfung entsprechend der bereits im Hinweisbeschluss (BGH, Beschluss vom 27. Juni 2023 - II ZR 57/21, ZIP 2023, 1588) geäußerten vorläufigen rechtlichen Bewertung fest (zustimmend auch Assmann, AG 2023, 189 Rn. 15, 18; Corzeliuss, EWIR 2023, 135, 136; Poelzig, ZGR 2023, 359, 366 ff.; Wilhelm, WuB 2023, 93, 96; BeckOGK BGB/Herresthal, Stand: 1.9.2023, § 311 Rn. 719; aA Diekmann, WuB 2023, 97, 100).

**[10]** b) Nach der **bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs** trifft die Prospekthaftung im weiteren Sinne diejenigen, die Vertragspartner des Anlegers geworden sind oder hätten werden sollen. **Die gegenüber einem Anleger vor dessen Beitritt zu einer Fondsgesellschaft bestehende Aufklärungspflicht beruht auf § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB und trifft bei einer Kommanditgesellschaft grundsätzlich die zuvor schon beigetretenen - nicht rein kapitalistisch beteiligten - Gesellschafter, namentlich die Gründungs- bzw. Altgesellschafter** (BGH, Urteil vom 17. April 2018 - II ZR 265/16, ZIP 2018, 1130 Rn. 17; Urteil vom 24. Juli 2018 - II ZR 305/16, ZInsO 2018, 2822 Rn. 8; Urteil vom 8. Januar 2019 - II ZR 139/17, ZIP 2019, 513 Rn. 23; Beschluss vom 25. Oktober 2022 - II ZR 22/22, ZIP 2023, 29 Rn. 34). **Nur ausnahmsweise** kann daneben der **für den Vertragspartner auftretende Vertreter, Vermittler oder Sachverwalter** in Anspruch genommen werden, wenn er in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen oder ein wirtschaftliches Interesse am Abschluss des Geschäfts hat (BGH, Urteil vom 4. Mai 1981 - II ZR 193/80, WM 1981, 1021, 1022; Urteil vom 22. März 1982 - II ZR 114/81, BGHZ 83, 222, 227). Das ergibt sich nunmehr aus § 311 Abs. 3 BGB (BGH, Urteil vom 4. Mai 2004 - XI ZR 40/03, BGHZ 159, 94, 102; Urteil vom 20. Juli 2017 - III ZR 296/15, ZIP 2017, 1719 Rn. 10; Urteil vom 13. Januar 2022 - III ZR 210/20, WM 2022, 463 Rn. 21). Für die **Annahme eines besonderen persönlichen Vertrauens** ist dabei erforderlich, dass der Anspruchsgegner eine über das normale Verhandlungsvertrauen hinausgehende persönliche Gewähr für die Seriosität und ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrags übernommen hat. **Anknüpfungspunkt der Prospekthaftung im weiteren Sinne ist dementsprechend nicht die Verantwortlichkeit für einen fehlerhaften Prospekt, sondern eine selbstständige**

**Aufklärungspflicht als Vertragspartner oder Sachverwalter auf Grund persönlich in Anspruch genommenen - eben nicht nur typisierten - besonderen Vertrauens, zu deren Erfüllung er sich des Prospekts bedient** (BGH, Urteil vom 23. April 2012 - II ZR 211/09, ZIP 2012, 1231 Rn. 23).

**[11] c) Der Senat schränkt unter Berücksichtigung der vom XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs für seine abweichende Rechtsauffassung zum Verhältnis der spezialgesetzlichen Prospekthaft und der sog. Prospekthaftung im weiteren Sinne angeführten Gründe die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluss nach § 280 Abs. 1, 3, §§ 282, 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB ein.** Die Altgesellschafter unterliegen nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz) vom 28. Oktober 2004 (BGBl. I S. 2630) gegenüber dem beitrittswilligen Anleger einer durch die Regelungen des Verkaufsprospektgesetzes in ihrem persönlichen Anwendungsbereich und ihrer Reichweite näher ausgeformten und sanktionierten Aufklärungspflichten. **Darüber hinausgehende Aufklärungspflichten nach § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB treffen die Altgesellschafter einer Publikumskommanditgesellschaft nur dann, wenn sie entweder selbst den Vertrieb der Beteiligungen an Anleger übernehmen oder in sonstiger Weise für den von einem anderen übernommenen Vertrieb Verantwortung tragen** (BGH, Beschluss vom 27. Juni 2023 - II ZR 57/21, ZIP 2023, 1588; Beschluss vom 11. Juli 2023 - XI ZR 60/22, AG 2023, 585 Rn. 7; Beschluss vom 11. Juli 2023 - XI ZB 20/21, WM 2023, 1692 Rn. 42 ff.; Beschluss vom 25. Juli 2023 - XI ZB 11/21, ZIP 2023, 1798 Rn. 16).

**[12] aa) Bei einer Publikumspersonengesellschaft ist eine Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss aufgrund eines fehlerhaften Prospekts ausgeschlossen, wenn sie sich gegen Altgesellschafter richten würde, die nach der Gründung der Gesellschaft rein kapitalistisch als Anleger beigetreten sind** (BGH, Urteil vom 9. Juli 2013 - II ZR 9/12, ZIP 2013, 1616 Rn. 28; Urteil vom 21. Juni 2016 - II ZR 331/14, ZIP 2016, 1478 Rn. 12). **Diese sind von einer Haftung für Verschulden bei Vertragsschluss grundsätzlich ausgenommen**, weil sie regelmäßig keinen Einfluss auf künftige Beitrittsverhandlungen und Beitrittsabschlüsse ausüben können und diese ihrem Einfluss- und Verantwortungsbereich entzogen sind, sodass ein Beitrittsinteressent keinen berechtigten Anlass hat, ihnen Verhandlungsvertrauen entgegenzubringen, zumal sie gegenüber dem am Beitritt Interessierten namentlich nicht in Erscheinung treten (BGH, Urteil vom 24. April 1978 - II ZR 172/76, BGHZ 71, 284, 286; Urteil vom 1. Oktober 1984 - II ZR 158/84, ZIP 1984, 1473, 1474; Urteil vom 14. Januar 1985 - II ZR 41/84, WM 1985, 533, 534; Urteil vom 30. März 1987 - II ZR 163/86, ZIP 1987, 912, 913; Urteil vom 25. Februar 1991 - II ZR 60/90, ZIP 1991, 441). **Im Umfang der Einschränkung der Aufklärungspflichten erfolgt auch keine Zurechnung des**

**Fehlverhaltens der Verhandlungsführer nach § 278 BGB** (BGH, Urteil vom 25. Februar 1991 - II ZR 60/90, ZIP 1991, 441). Hierfür hat der Senat angeführt, dem Grundsatz, dass der Vertretene ein schuldhaftes Verhalten seines Vertreters bei den Vertragsverhandlungen grundsätzlich ebenso zu verantworten habe wie eigenes Verschulden, liege die Überlegung zu Grunde, dass der Verhandlungs- und Abschlussgehilfe grundsätzlich im Verantwortungsbereich des Vertretenen tätig werden müsse (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1972 - II ZR 82/70, WM 1973, 863, 865).

**[13] bb) Die frühere Rechtsprechung des Senats hat die Inanspruchnahme persönlichen Verhandlungsvertrauens überdies für den bei Abschluss des Aufnahmevertrags vertretenen Kommanditisten der Fondsgesellschaft verneint**, wenn die Regelungen des Gesellschaftsvertrags über den Beitritt der Anleger seinem Einfluss- und Verantwortungsbereich völlig entzogen waren und ausschließlich in den Händen der geschäftsführenden Gesellschafterin lagen, so dass kein Beitrittsinteressent Anlass hatte, sein Verhandlungsvertrauen den von jeglicher Mitwirkung ausgeschlossenen Kommanditisten entgegenzubringen (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1972 - II ZR 82/70, WM 1973, 863, 865 f.; Urteil vom 24. April 1978 - II ZR 172/76, BGHZ 71, 284, 286). **Bei der Anbahnung des Beitritts zu einer Publikumskommanditgesellschaft schenken die Beitrittsinteressenten bei den Beitrittsverhandlungen ihr Vertrauen nicht ihren von der Mitwirkung weitgehend ausgeschlossenen künftigen Mitkommanditisten, sondern allein der persönlich haftenden Gesellschafterin, den Initiatoren, Gestaltern und Gründern sowie den Personen, die daneben Einfluss in der Gesellschaft ausüben und Mitverantwortung tragen** (BGH, Urteil vom 4. Mai 1981 - II ZR 193/80, ZIP 1981, 1076, 1078). Eine Haftung für die Inanspruchnahme besonderen persönlichen Verhandlungsvertrauens bei der Anbahnung eines Beitritts unter Verwendung eines Prospekts als Mittel der Aufklärung wurde **allerdings für Personen und Unternehmen bejaht, die mit dem Vertrieb oder der Vermittlung von Kapitalanlagen befasst sind, soweit diese den Eindruck besonderer persönlicher Zuverlässigkeit erwecken** (BGH, Urteil vom 10. April 1978 - II ZR 103/76, WM 1978, 611; Urteil vom 22. März 1979 - VII ZR 259/77, BGHZ 74, 103, 109).

**[14] cc) Eine weitergehende Aufklärungsverantwortung hat der Senat später insbesondere aus der dem Anleger offengelegten Stellung als Gründungsgesellschafter abgeleitet** (BGH, Urteil vom 30. März 1987 - II ZR 163/86, ZIP 1987, 912, 913 f.; Urteil vom 21. September 1987 - II ZR 265/86, WM 1987, 1336 f.; Urteil vom 11. März 1991 - II ZR 132/90, NJW-RR 1991, 804). **Nachfolgend wurde diese auch auf Altgesellschafter erstreckt, die mit eigener Kapitaleinlage als Treuhänder für die zu werbenden Kapitalanleger tätig werden sollten** (BGH, Urteil vom 7. Juli 2003 - II ZR 18/01, ZIP 2003,

1536, 1537; Urteil vom 20. März 2006 - II ZR 326/04, ZIP 2006, 849 Rn. 7; Urteil vom 9. Mai 2017 - II ZR 10/16, ZIP 2017, 1515 Rn. 12; Urteil vom 17. April 2018 - II ZR 265/16, ZIP 2018, 1130 Rn. 20). **Ob für den nur als Treuhänder beteiligten Altgesellschafter etwas anderes gilt, hat der Senat bislang offen gelassen** (BGH, Urteil vom 9. Juli 2013 - II ZR 9/12, ZIP 2013, 1616 Rn. 29; Urteil vom 9. Mai 2017 - II ZR 344/15, ZIP 2017, 1267 Rn. 16).

**[15] dd)** Die mit dem Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (**Anlegerschutzverbesserungsgesetz**) vom 28. Oktober 2004 (BGBl. I S. 2630) geschaffenen **spezialgesetzlichen Aufklärungspflichten und das mit ihnen verbundene Haftungsregime** rechtfertigen unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs eine **Einschränkung der nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats bestehenden allgemeinen Aufklärungspflichten der Altgesellschafter** (BGH, Beschluss vom 27. Juni 2023 - II ZR 57/21, ZIP 2023, 1588).

**[16] (1)** Umfang und Inhalt vorvertraglicher Schutz- und Aufklärungspflichten sind nicht einheitlich für alle Schuldverhältnisse bestimmbar, sondern hängen von dem Zweck des Schuldverhältnisses, der Verkehrssitte, den Anforderungen des redlichen Geschäftsverkehrs sowie der konkreten Verhandlungssituation ab (vgl. BGH, Urteil vom 14. März 2013 - III ZR 296/11, BGHZ 196, 340 Rn. 25; Urteil vom 19. Januar 2021 - VI ZR 188/17, NJW 2021, 1818 Rn. 24; Urteil vom 23. November 2021 - II ZR 312/19, BGHZ 232, 46 Rn. 30; Staudinger/Feldmann, BGB, Neubearb. 2018, § 311 Rn. 124). Die vorvertragliche Haftung des Vertragspartners kann dabei auch durch ein spezielleres Haftungsregime ausgeschlossen, modifiziert oder ersetzt werden (BeckOGK BGB/Herresthal, Stand: 1.9.2023, § 311 Rn. 227). **Bei der spezialgesetzlichen Prospekthaftung handelt es sich um einen gesetzlich umschriebenen Sonderfall der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluss** (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2011 - II ZR 141/09, BGHZ 190, 7 Rn. 17; Beschluss vom 21. Oktober 2014 - XI ZB 12/12, BGHZ 203, 1 Rn. 71; Beschluss vom 14. Juni 2022 - XI ZR 395/21, WM 2022, 1679 Rn. 18).

**[17] (2)** Mit dem Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (**Anlegerschutzverbesserungsgesetz**) vom 28. Oktober 2004 (BGBl. I 2004, S. 2630) wurde die Prospektspflicht auf bestimmte nicht wertpapiermäßig verbriefte Anlageformen des sogenannten grauen Kapitalmarkts ausgeweitet und u.a. für Anteile vorgesehen, die eine Beteiligung am Ergebnis eines Unternehmens gewähren (§ 8f Abs. 1 Satz 1 VerkProspG aF). Nach § 8g Abs. 1 Satz 1 VerkProspG aF muss der Verkaufsprospekt alle tatsächlichen und rechtlichen Angaben enthalten, die notwendig sind, dem Publikum eine zutreffende Beurteilung des Emittenten und der Vermögensanlage im Sinne des

§ 8f Abs. 1 Satz 1 VerkProspG aF zu ermöglichen. Nähere Vorgaben über den Inhalt des Verkaufsprospekts enthält die aufgrund § 8g Abs. 2 VerkProspG aF erlassene Verordnung über Vermögensanlagen-Verkaufsprospekte in der ab dem 1. Juli 2005 geltenden Fassung (VermVerkProspV aF). Eine Haftung bei fehlerhaftem Verkaufsprospekt sieht § 13 Abs. 1 VerkProspG aF vor, bei fehlendem Prospekt hat der Erwerber die aus § 13a VerkProspG aF folgenden Rechte.

**[18] (a)** Die **spezialgesetzliche Prospekthaftung der Gesellschafter hat in jüngerer Zeit eine erhebliche Ausweitung erfahren, weil sie nunmehr jeden Gründungsgesellschafter als Prospektveranlasser im Sinne von § 13 Abs. 1 VerkProspG aF i.V.m. § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG aF erfasst** (BGH, Beschluss vom 12. Oktober 2021 - XI ZB 26/19, WM 2021, 2386 Rn. 24; Beschluss vom 26. April 2022 - XI ZB 32/19, WM 2022, 1277 Rn. 39; Beschluss vom 14. Juni 2022 - XI ZR 395/21, WM 2022, 1679 Rn. 12; Beschluss vom 13. Dezember 2022 - XI ZB 10/21, WM 2023, 245 Rn. 14).

**[19] (b)** Der Gesetzgeber hat diese Haftung gegenüber der allgemeinen Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB aber insoweit modifiziert, als der Gründungsgesellschafter als Prospektveranlasser sich nach § 13 Abs. 1 VerkProspG aF, § 45 Abs. 1 BörsG aF durch den **Nachweis einfach fahrlässiger Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Verkaufsprospekts entlasten** kann, der Anspruch nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 VerkProspG aF, § 44 Abs. 1 Satz 1 BörsG aF einer **kurzen Ausschlussfrist** von sechs Monaten nach dem ersten öffentlichen Angebot im Inland unterliegt und nach § 13 Abs. 1 VerkProspG aF, § 46 BörsG aF eine **besondere Verjährungsfrist** vorgesehen ist, die ihn gegenüber der regelmäßigen Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB erheblich begünstigt (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - XI ZB 35/18, BGHZ 228, 237 Rn. 26; Beschluss vom 25. Oktober 2022 - II ZR 22/22, ZIP 2023, 29 Rn. 45).

**[20] (3)** Diese **Ergänzung des spezialgesetzlichen Anlegerschutzes rechtfertigt auch unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber geschaffenen Haftungserleichterungen eine Einschränkung der nach § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB bestehenden Aufklärungspflichten der Altgesellschafter**.

**[21] (a)** Im **jüngeren Schrifttum** ist auf die Nähe der Haftung der Gründungsgesellschafter einer Fondsgesellschaft gemäß § 280 Abs. 1, 3, §§ 282, 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB, soweit sie allein auf der formalen Stellung als Vertragspartner beruht, zu einer solchen unter dem Gesichtspunkt der Prospekthaftung wegen der Inanspruchnahme eines nur typisierten Vertrauens (sog. Prospekthaftung i.e.S.) hingewiesen worden (Assmann, AG 2023, 189 Rn. 15; Buck-Heeb/Dieckmann, ZIP 2022, 145, 150 f.; Klöhn, NZG 2021, 1063, 1064; Koch, BKR 2022, 271, 285). **Ein Anwendungsbereich für eine Haftung unter dem**

**Gesichtspunkt eines vorvertraglichen Verschuldens der Gründungsgesellschafter wird neben der spezialgesetzlichen Prospekthaftung im Fall der Inanspruchnahme eines besonderen persönlichen Vertrauens gesehen oder im Fall der Verletzung von Pflichten, die von der gesetzlich geregelten Prospekthaftung nicht erfasst sind** (Assmann, AG 2023, 189 Rn. 17 f.; Buck-Heeb/Diekmann, ZIP 2023, 501, 502; Klöhn, NZG 2021, 1063, 1067). Daneben wird geltend gemacht, die bloße Stellung als Vertragspartner, die mit einer entsprechenden Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag sogar auf die Gesellschaft selbst übertragen werden könne, sei kein hinreichender Anknüpfungspunkt für die Aufklärungspflicht. Maßgeblich sei auch nicht die Einflussnahme auf die Erstellung des Prospekts, sondern die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit des jeweiligen Gesellschafters, auf die individuellen Beitrittsverhandlungen Einfluss zu nehmen (Poelzig, ZGR 2023, 359, 380). Die formale Stellung als künftiger Vertragspartner (§ 311 Abs. 2 BGB) begründe auf dem Kapitalmarkt bloß eine Informationspflicht, deren Verletzung allein die spezialgesetzliche Prospekthaftung auslöse (Buck-Heeb/Diekmann, ZIP 2022, 145, 150 f.).

**[22] (b) Dem kann nicht in jeder Hinsicht gefolgt werden.** Die durch den Senat entwickelte Haftung der Altgesellschafter für die Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens ist nicht im Kern eine solche für die Inanspruchnahme typisierten Vertrauens (BeckOGK BGB/Herresthal, Stand: 1.9.2023, § 311 Rn. 719). Die Haftung der Altgesellschafter ist auch nicht auf Fälle der Inanspruchnahme eines besonderen persönlichen Vertrauens (§ 311 Abs. 3 BGB) beschränkt.

**[23] (aa)** Die Argumentation, die Altgesellschafter nähmen lediglich ein typisiertes Verhandlungsvertrauen in Anspruch, blendet die typischerweise und auch vorliegend erfolgte Vertragsanbahnung durch einen Vermittler und den Umstand aus, dass der Vertragspartner sich im Grundsatz das durch seine Erfüllungsgehilfen bei der Anbahnung des Beitritts persönlich in Anspruch genommene Vertrauen nach § 278 Satz 1 BGB zurechnen lassen muss (vgl. auch BGH, Urteil vom 16. März 2017 - III ZR 489/16, ZIP 2017, 715 Rn. 20). **In dem Umfang, in dem eine hinreichende Grundlage für eine solche Zurechnung gegeben ist, kann eine Haftung wegen der Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens, die eine "weitergehende" im Sinne des § 13 Abs. 1 VerkProspG aF, § 47 Abs. 2 BörsG aF ist** (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 2022 - II ZR 22/22, ZIP 2023, 29 Rn. 36; Assmann, AG 2023, 189 Rn. 15, 18), **nicht verneint werden.**

**[24]** Hinzu kommt, dass die hier anwendbaren speziellen Regelungen über Prospektpflichten zum Schutz typisierten Verhandlungsvertrauens nach § 8f Abs. 1 Satz 1 VerkProspG aF an das öffentliche Angebot anknüpfen (Poelzig, ZGR 2023,

359, 374 f.) und damit das im Zusammenhang mit dem Vertrieb der Beteiligungen in Anspruch genommene persönliche Vertrauen nicht erfassen. Es trifft nicht zu, dass den Gründungsgesellschafter nur reine Informationspflichten bezogen auf das Anlageprodukt treffen können, weil der Emittent/Anbieter per se außerstande sei, den Anleger individuell aufzuklären und zu beraten (so Buck-Heeb/Diekmann, ZIP 2022, 145, 150). Dies mag für Vertriebsformen gelten, in denen ein persönlicher Kontakt mit dem Anleger nicht stattfindet. **Wird der Beitritt eines Anlegers dagegen im Rahmen eines sozialen Kontakts, beispielsweise durch einen Vermittler, angebahnt, ist eine Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten durch die spezialgesetzliche Prospekthaftung gerade nicht erfasst. Dieser Umstand kann im Einzelfall dazu führen, dass Anleger keine Möglichkeit haben, vor Ablauf der Verjährungsfrist berechnete Ansprüche geltend zu machen, die auf einer fehlerhaften Aufklärung im Rahmen des Vertriebs der Beteiligungen beruhen** (BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2022 - II ZR 22/22, ZIP 2023, 29 Rn. 46). Auch nach der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs soll im Übrigen eine Haftung der Altgesellschafter unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss in Betracht kommen, wenn die Verletzung von Aufklärungspflichten nicht auf der Verwendung eines fehlerhaften Prospekts beruht, sondern auf einer fehlerhaften mündlichen Aufklärung (BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2018 - XI ZB 3/16, BGHZ 220, 110 Rn. 57; Beschluss vom 27. April 2021 - XI ZB 35/18, BGHZ 228, 237 Rn. 26). Für die Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens nach § 311 Abs. 2 BGB kommt es aber nicht darauf an, ob die fehlerhafte Aufklärung über die Risiken der Beteiligung darauf beruht, dass der mit dem Vertrieb der Beteiligungen befasste Vermittler sich eines fehlerhaften Prospekts bedient oder dieser im Rahmen der mündlichen Aufklärung ein falsches Bild von der Beteiligung zeichnet (BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2022 - II ZR 22/22, ZIP 2023, 29 Rn. 43).

**[25] Dem kann auch nicht mit dem Argument begegnet werden, den Gründungsgesellschafter treffe ohnehin keine Verpflichtung zur individuellen Aufklärung des Anlegers, sondern lediglich eine standardisierte Aufklärungspflicht** (so BGH, Beschluss vom 14. Juni 2022 - XI ZR 395/21, WM 2022, 1679 Rn. 15; Buck-Heeb/Diekmann, ZIP 2022, 145, 150 f.). Der Senat hat die Reichweite vorvertraglicher Aufklärungspflichten aus dem Zweck des Schuldverhältnisses, der Verkehrssitte und den Anforderungen des redlichen Geschäftsverkehrs abgeleitet. Dass es danach als Mittel der Aufklärung genügen kann, wenn dem Anlageinteressenten statt einer mündlichen Aufklärung im Rahmen des Vertragsanbahnungsgesprächs ein Prospekt über die Kapitalanlage überreicht wird, sofern dieser nach Form und Inhalt geeignet ist, die nötigen Informationen wahrheitsgemäß und verständlich zu vermitteln (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2022 - II ZR 22/22, ZIP

2023, 29 Rn. 33 mwN), rechtfertigt nicht die Schlussfolgerung, die Aufklärungspflicht sei auf das öffentliche Angebot begrenzt. Sie kann auch nicht deswegen verneint werden, weil der Erwerber der Beteiligung der Gesellschaft nicht als "normaler" Gesellschafter, sondern "rein kapitalistisch als Anleger" beitrete und aus diesem Grund nur einer kapitalmarkt-rechtlichen Haftung unterliege (aA Buck-Heeb/Dieckmann, ZIP 2023, 501, 503).

**[26]** (bb) Anknüpfend daran ist es auch nicht gerechtfertigt, die Aufklärungsverantwortung eines Altgesellschafters auf solche Fälle zu begrenzen, in denen ein besonderes persönliches Verhandlungsvertrauen nach den für die Sachwalter und Vertreterhaftung entwickelten Grundsätzen in Anspruch genommen wird (vgl. für den Anlagevermittler BGH, Urteil vom 10. April 1978 - II ZR 103/76, WM 1978, 611, 612; Urteil vom 22. März 1979 - VII ZR 259/77, BGHZ 74, 103, 109; Koch, BKR 2022, 271, 285 f.; aA Assmann, AG 2023, 189 Rn. 7, 18, 22; Buck-Heeb/Dieckmann, ZIP 2023, 501, 502). In diesen Fällen geht es um die Frage, inwieweit die aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis resultierenden Pflichten auch gegenüber Personen entstehen können, die nicht selbst Vertragspartner werden (vgl. § 311 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB). Gerade dies trifft aber auf die Altgesellschafter, die bei der Aufnahme eines Anlegers dessen Vertragspartner werden und für deren vorvertragliche Pflichten nunmehr § 311 Abs. 2 BGB gilt (BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2022 - II ZR 22/22, ZIP 2023, 29 Rn. 34), nicht zu (Poelzig, ZGR 2023, 359, 378). Der Umfang der den vertragsschließenden Mitgesellschaftern bei der Anbahnung des Vertrags mit Beitrittsinteressierten verbleibenden Aufklärungspflichten ist daher aus dem Anwendungsbereich des § 311 Abs. 2 BGB heraus zu bestimmen (Poelzig, ZGR 2023, 359, 379 f.).

**[27]** (c) Angesichts der zwischenzeitlich erfolgten Ausgestaltung der spezialgesetzlichen Prospekthaftung (oben [2]) begrenzt der Senat die vorvertragliche Aufklärungspflicht auf solche Altgesellschafter, die entweder selbst den Vertrieb der Beteiligungen an Anleger übernehmen oder für den von einem Dritten übernommenen Vertrieb Verantwortung tragen (BGH, Beschluss vom 27. Juni 2023- II ZR 57/21, ZIP 2023, 1588; Beschluss vom 11. Juli 2023 - XI ZR 60/22, AG 2023, 585 Rn. 7; Beschluss vom 11. Juli 2023 - XI ZB 20/21, WM 2023, 1692 Rn. 42 ff.; Beschluss vom 25. Juli 2023 - XI ZB 11/21, ZIP 2023, 1798 Rn. 16). Die weitgehende haftungsrechtliche Erfassung der Altgesellschafter mit einer typisierten Aufklärungspflicht im Zusammenhang mit dem öffentlichen Angebot der Vermögensanlage legt eine Neuausrichtung der nach § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB bestehenden Aufklärungspflichten nahe, in der die Legitimation einer schärferen Haftung zum Ausdruck kommt (vgl. Koch, BKR 2022, 271, 285; Poelzig, ZGR 2023, 359, 379 f.). Soweit der Beitritt der Anleger im Stadium der Vertragsanbahnung dem Einfluss- und

Verantwortungsbereich des Altgesellschafters entzogen ist, kann eine Aufklärungspflicht verneint werden, weil der Anleger keinen Anlass hat, sein Verhandlungsvertrauen einem von der Mitwirkung ausgeschlossenen Gesellschafter entgegenzubringen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 1972 - II ZR 82/70, WM 1973, 863, 865 f.; Urteil vom 24. April 1978 - II ZR 172/76, BGHZ 71, 284, 286). Demgegenüber trifft die Altgesellschafter, die entweder selbst den Vertrieb der Beteiligungen an Anleger übernehmen oder für den von einem Dritten übernommenen Vertrieb Verantwortung tragen, ungeachtet einer daneben bestehenden Haftung unter dem Gesichtspunkt der spezialgesetzlichen Prospekthaftung nach §§ 13, 13a VerkProspG aF, §§ 44 ff. BörsG aF die Pflicht zur Aufklärung über alle Umstände, die für die Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können (vgl. Poelzig, ZGR 2023, 359, 380; MünchKomm-HGB/Grunewald, 5. Aufl., § 161 Rn. 198; Staub/Casper, HGB, 5. Aufl., § 161 Rn. 179).

**[28]** Für eine so verstandene Eingrenzung der Aufklärungsverantwortung der Altgesellschafter spricht auch, dass eine allein an die Gesellschafterstellung anknüpfende allgemeine Aufklärungsverantwortung jedenfalls teilweise die im Rahmen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung vorgenommene Ausgestaltung durch den Gesetzgeber überlagert (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Juni 2022- XI ZR 395/21, WM 2022, 1679 Rn. 15 f.). Zur Abgrenzung der nach ihrer gesetzlichen Ausgestaltung schärferen Haftung für ein Verschulden bei Vertragsschluss nach § 280 Abs. 1, 3, §§ 282, 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB erscheint daher eine zusätzliche Haftungsvoraussetzung sachgerecht, die an die Verantwortung der Altgesellschafter für den Vertrieb der Beteiligungen anknüpft, weil dieser von den Regelungen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung nach §§ 13, 13a VerkProspG aF im Hinblick auf die Anknüpfung an ein (ggf. unterlassenes) öffentliches Angebot nicht erfasst wird. Ein weitergehender Ausschluss der Aufklärungspflicht ist im Hinblick auf die anderenfalls entstehenden Haftungslücken nicht gerechtfertigt (BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2022 - II ZR 22/22, ZIP 2023, 29 Rn. 46 f.).

**[29]** Der Wille des Gesetzgebers steht dieser Eingrenzung nicht entgegen. Er gebietet kein Festhalten an der bisherigen Sichtweise des Senats über die Aufklärungspflichten der Altgesellschafter. Nach den Materialien zum Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz) vom 28. Oktober 2004 (BGBl. I S. 2630) sollten Ansprüche aus zivilrechtlicher Haftung im weiteren Sinne gegen von § 13 VerkProspG aF, § 44 BörsG aF "nicht erfasste am Vertrieb der Vermögensanlagen im Sinne des § 8f Abs. 1 [VerkProspG aF] Beteiligte, z. B. Vermittler" nicht berührt werden (RegE, BT-Drucks. 15/3174, S. 44). Zwar kann der Senat diesen Ausführungen weiterhin nicht den Rückschluss entnehmen,

dass diesen Ausführungen etwas zur Haftung der von der spezialgesetzlichen Prospekthaftung erfassten Personen aus anderen Anspruchsgrundlagen entnommen werden kann (BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2022 - II ZR 22/22, ZIP 2023, 29 Rn. 50). Immerhin wird aber zum Ausdruck gebracht, dass eine Haftung aus anderen Gründen im Zusammenhang mit dem Vertrieb der Beteiligung weiterhin in Betracht zu ziehen ist.

**[30] (d) Altgesellschafter tragen für den Vertrieb der Beteiligungen Verantwortung, wenn sie den Vertrieb selbst übernehmen.** In gleicher Weise ist ein Altgesellschafter verantwortlich, wenn er – gegebenenfalls mit weiteren Altgesellschaftern – eine **beherrschende Stellung in der Gesellschaft** ausüben kann, die den Vertrieb der Beteiligungen übernommen hat. Nicht genügend ist dagegen, dass der Alleingesellschafter des Altgesellschafters aufgrund eines von der Fondsgesellschaft erteilten Auftrags den Vertrieb der Beteiligungen übernommen hat. **Eine personelle Verflechtung eines Altgesellschafters mit der Vertriebsgesellschaft begründet ebenfalls keine Verantwortung für den Vertrieb** (BGH, Beschluss vom 27. Juni 2023 - II ZR 57/21, ZIP 2023, 1588; Beschluss vom 11. Juli 2023 - XI ZB 20/21, WM 2023, 1692 Rn. 44). **Die von der Alleingesellschafterin übernommene Vertriebstätigkeit strahlt allenfalls dann auf den mit seiner Alleingesellschafterin wirtschaftlich identischen Altgesellschafter aus, wenn die Verlagerung der Vertriebstätigkeit auf die Alleingesellschafterin darauf gerichtet ist, den Altgesellschafter seiner Verantwortung im Rahmen der Vertragsanbahnung mit interessierten Anlegern durch den Hinweis auf die rechtliche Selbstständigkeit des für den Vertrieb tätigen Unternehmens zu entledigen** (vgl. für die Zuordnung von Wissen Spindler, ZHR 181 [2017], 311, 335 f.). Dies ist aber nicht der Fall, wenn der Alleingesellschafter im Rahmen eines Auftragsverhältnisses wie ein sonstiger Dritter tätig wird.

**[31] Vertriebsverantwortung trägt daneben auch der Altgesellschafter, der einen anderen mit dem Vertrieb der Beteiligungen beauftragt.** Soweit die Fondsgesellschaft den Vertriebsauftrag erteilt, tragen die Vertriebsverantwortung die geschäftsführungsbefugten Altgesellschafter (BGH, Beschluss vom 27. Juni 2023 - II ZR 57/21, ZIP 2023, 1588; Beschluss vom 11. Juli 2023 - XI ZB 20/21, WM 2023, 1692 Rn. 44). Beauftragt ein Altgesellschafter einen Dritten mit dem Vertrieb der Beteiligungen oder hat er innerhalb der Fondsgesellschaft die Befugnis, über die Erteilung eines solchen Auftrags zu entscheiden, obliegt es ihm, dem Dritten die für eine ordnungsgemäße Aufklärung der Beitrittsinteressenten notwendigen Informationen zu verschaffen. Es unterliegt zudem seiner Verantwortung, dass der Dritte geeignete Vertriebskanäle auswählt und ausreichend qualifiziertes Personal für die Verhandlungen über einen Beitritt einsetzt (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 1972 - II ZR 82/70, WM 1973, 863, 865 f.; Urteil

vom 24. April 1978 - II ZR 172/76, BGHZ 71, 284, 286). In der Kommanditgesellschaft sind im Regelfall die persönlich haftenden Gesellschafter geschäftsführungsbefugt (§ 164 Satz 1 HGB). Daneben kommt eine Haftung der Altkommanditisten in Betracht, soweit sie nach dem Gesellschaftsvertrag geschäftsführungsbefugt sind. Sind die persönlich haftenden Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen, tragen sie keine Vertriebsverantwortung.

**[32] (4) Der Altgesellschafter, der nicht selbst den Vertrieb der Beteiligungen übernimmt und den keine Verantwortung für den Vertrieb trifft, ist auch dann nicht allein aufgrund seiner Gesellschafterstellung nach den Grundsätzen der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluss für die Aufklärung der Anleger verantwortlich, wenn er nicht Adressat der Regelungen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung ist.** Die spezialgesetzliche Prospekthaftung trifft nicht nur die Aussage, wer aus ihr haftet, sondern ebenso, wer nicht aus ihr haftet (Buck-Heeb/Dieckmann, ZIP 2022, 145, 148). Aus der Begrenzung des Adressatenkreises kann für die Pflicht zur vorvertraglichen Aufklärung nichts abgeleitet werden. **Es wäre wertungswidersprüchlich, für den Kreis derjenigen Altgesellschafter, die nicht als Prospektveranlasser anzusehen sind und die nach den Regelungen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung keine typisierte Aufklärungspflicht trifft, weitergehende allgemeine Aufklärungspflichten vorzusehen, obwohl sie das dafür maßgebliche besondere Haftungselement in ihrer Person nicht verwirklichen** (Koch, BKR 2022, 271, 286).

**[33] d)** Hiervon ausgehend und unter Berücksichtigung des vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Prospekts oblag den Beklagten vorvertragliche Aufklärungspflichten gegenüber dem Kläger. Der Senat hält an seiner im Hinweisbeschluss vom 27. Juni 2023 geäußerten vorläufigen Rechtsauffassung nicht fest, soweit eine Vertriebsverantwortung der Beklagten zu 2 verneint wurde.

**[34] aa)** Die Beklagten waren nach dem im Prospekt abgedruckten Anhang zum Jahresabschluss der Fondsgesellschaft zum 31. Dezember 2008 bis zum Neuabschluss des Gesellschaftsvertrags am 9. März 2009 geschäftsführungsbefugt. Nach § 7 Abs. 3 Buchst. a) und b) des Gesellschaftsvertrags war die Beklagte zu 2 als Komplementärin überdies berechtigt, im Namen der Gesellschaft mit der HTGA GmbH den Konzeptionsvertrag und den Vertrag über die Einwerbung von Eigenkapital abzuschließen. Der Konzeptionsvertrag sah eine Vertriebsunterstützung der Fondsgesellschaft bis zum 30. Juni 2009 vor. Nach dem Vertrag über die Vermittlung von Eigenkapital sollte die HTGA GmbH durch geeignete Maßnahmen Anleger gewinnen und war berechtigt, hierfür leistungsfähige Dritte mit Vertriebsleistungen zu beauftragen, insbesondere

Vertriebsvereinbarungen mit Banken, Sparkassen, privaten Anlageberatern und anderen Gesellschaften abzuschließen.

[35] bb) Die Beklagte zu 1 ist vertriebsverantwortlich, weil sie als geschäftsführungsbefugte Kommanditistin für die Anleger erkennbar Verantwortung für die Auswahl der Vertriebsgesellschaft trug und sicherzustellen hatte, dass diese die für die Aufklärung der Anleger erforderlichen Informationen erhielt. Diese Verantwortlichkeit bezieht sich nicht allein auf den Zeitpunkt zu dem der Vertrag über die Vermittlung von Eigenkapital abgeschlossen wurde, sondern auch auf dessen Durchführung. Das ergibt sich schon daraus, dass die Aufklärungspflicht sich auch auf Umstände beziehen kann, die nach Erteilung des Auftrags über den Vertrieb der Beteiligungen eintreten, wie im vorliegenden Fall der Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung an der HTGA GmbH durch eine von A. B. beherrschte Gesellschaft. Dass die Beklagte zu 1 nach der Behauptung der Revision den Vertrag über die Einwerbung von Eigenkapital nicht selbst in Vertretung für die Kommanditgesellschaft abgeschlossen hat, ist für die Vertriebsverantwortlichkeit ohne Belang.

[36] cc) Vertriebsverantwortlich und damit aufklärungspflichtig war darüber hinaus auch die Beklagte zu 2, die als geschäftsführungsbefugte Gesellschafterin im vorliegenden Fall Verantwortung im Stadium der Vorbereitung des Konzeptionsvertrags und des Vertrags über die Einwerbung von Eigenkapital trug und nach dem Gesellschaftsvertrag berechtigt war, diese Verträge mit der HTGA GmbH abzuschließen. Für die Vertriebsverantwortlichkeit kommt es, wie vorstehend bereits ausgeführt, zwar nicht maßgeblich darauf an, wer den Vertrag im Außenverhältnis abschließt. Aus den Regelungen des Gesellschaftsvertrags ergibt sich jedoch, dass die HTGA GmbH bei Neuabschluss des Gesellschaftsvertrags bereits als Vertragspartnerin feststand. Überdies war die Beklagte zu 2 nach dem Gesellschaftsvertrag vom 9. März 2009 berechtigt, den Konzeptionsvertrag und den Vertrag über die Einwerbung von Eigenkapital abzuschließen. Dass die Aufklärungspflicht einen Umstand betrifft, der erst nach dem Neuabschluss des Gesellschaftsvertrags eingetreten ist, mit dem der Beklagten zu 2 die Geschäftsführungsbefugnis entzogen wurde, ist nicht von Bedeutung. Die Vertriebsverantwortlichkeit des Gesellschafters muss sich nicht auf den jeweiligen aufklärungsbedürftigen Umstand beziehen.

[37] 2. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler eine unzureichende Aufklärung des Klägers angenommen.

[38] a) **Ändern sich die Umstände**, die für die Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können (oben 1. a) nach der Herausgabe des Emissionsprospekts, so haben die Verantwortlichen das durch **Prospektberichtigung** oder gesonderte Mitteilung offen zu legen (BGH, Urteil vom 24. April 1978 - II ZR 172/76, BGHZ 71, 284, 291; Urteil vom

5. Juli 1993 - II ZR 194/92, BGHZ 123, 106, 110; Urteil vom 14. Juli 1998 - XI ZR 173/97, BGHZ 139, 225, 232; Urteil vom 1. März 2010 - II ZR 213/08, ZIP 2010, 933 Rn. 13).

[39] aa) Erforderlich für eine vollständige Aufklärung ist eine Darstellung der wesentlichen kapitalmäßigen und personellen Verflechtungen zwischen einerseits der Fondsgesellschaft, ihren Geschäftsführern und beherrschenden Gesellschaftern und andererseits den Unternehmen sowie deren Geschäftsführern und beherrschenden Gesellschaftern, in deren Hand die Beteiligungsgesellschaft die nach dem Prospekt durchzuführenden Vorhaben ganz oder wesentlich gelegt hat, und die Aufklärung über die diesem Personenkreis gewährten Sonderzuwendungen oder Sondervorteile (BGH, Urteil vom 6. Oktober 1980 - II ZR 60/80, BGHZ 79, 337, 345; Urteil vom 10. Oktober 1994 - II ZR 95/93, ZIP 1994, 1851, 1852; Urteil vom 7. April 2003 - II ZR 160/02, WM 2003, 1086, 1088; Urteil vom 29. Mai 2008 - III ZR 59/07, ZIP 2008, 1481 Rn. 25; Urteil vom 22. April 2010 - III ZR 318/08, ZIP 2010, 1132 Rn. 24; Urteil vom 22. April 2010 - III ZR 321/08, ZIP 2010, 1801 Rn. 25; Urteil vom 21. September 2010 - XI ZR 232/09, ZIP 2010, 2140 Rn. 29; Beschluss vom 15. Januar 2013 - II ZR 43/12, juris Rn. 7; Beschluss vom 23. September 2014 - II ZR 320/13, juris Rn. 23; Beschluss vom 4. Juni 2019 - II ZR 256/18, juris Rn. 16; Beschluss vom 13. Januar 2020 - II ZR 97/19, juris Rn. 15; Beschluss vom 12. Januar 2021 - XI ZB 18/17, ZIP 2021, 1051 Rn. 88; Beschluss vom 18. Mai 2021 - XI ZB 19/18, WM 2021, 1426 Rn. 46). Derartige Verflechtungen begründen die Gefahr einer Interessenkollision zum Nachteil der Gesellschaft und der beitretenen Gesellschafter. Der einzelne Anleger kann deshalb erwarten, dass er über diesen Sachverhalt aufgeklärt wird, damit er in Kenntnis des Risikos seine Entscheidung treffen und gegebenenfalls der bestehenden Gefährdung begegnen kann (BGH, Urteil vom 6. Oktober 1980 - II ZR 60/80, BGHZ 79, 337, 345; Urteil vom 10. Oktober 1994 - II ZR 95/93, ZIP 1994, 1851, 1852). Ihm müssen hinreichende Informationen geboten werden, um selbst beurteilen zu können, ob faktisch eine Beeinflussung der Entscheidungen droht (BGH, Beschluss vom 24. Februar 2015 - II ZR 104/13, juris Rn. 19; Beschluss vom 4. Juni 2019 - II ZR 256/18, juris Rn. 16; Beschluss vom 18. Mai 2021 - XI ZB 19/18, ZIP 2021, 2393 Rn. 46).

[40] bb) Aus den **spezialgesetzlichen Regelungen** über die notwendigen Angaben in einem Verkaufsprospekt sind **keine hiervon abweichenden Aufklärungspflichten** abzuleiten. Diese entsprechen vielmehr den zuvor vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätzen über die gebotene Aufklärung (BGH, Beschluss vom 22. März 2022 - XI ZB 24/20, ZIP 2023, 1373 Rn. 45).

[41] (1) Auf den Verkaufsprospekt, der vor dem 1. Juni 2012 bei der Bundesanstalt zur Gestattung der Veröffentlichung ein-

gereicht wurde, ist nach § 32 Abs. 1 Satz 1 VermAnlG das Verkaufsprospektgesetz in der bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung anzuwenden. Nach § 8g Abs. 1 Satz 1 VerkProspG aF muss der Verkaufsprospekt alle tatsächlichen und rechtlichen Angaben enthalten, die notwendig sind, um dem Publikum eine zutreffende Beurteilung des Emittenten und der Vermögensanlagen i.S.d. § 8f Abs. 1 VerkProspG aF zu ermöglichen. Die Vorschriften über die Sprache, den Inhalt und den Aufbau des Verkaufsprospekts ergeben sich aus § 8f Abs. 2 VerkProspG aF i.V.m.VermVerkProspV aF.

[42] (2) Der Verkaufsprospekt muss zum einen die Mindestangaben nach § 2 Abs. 1 Satz 2 VermVerkProspV aF enthalten, die sich im Einzelnen aus §§ 3 bis 15 VermVerkProspV aF ergeben. Zum anderen sind nach § 2 Abs. 1 Satz 1 VermVerkProspV aF für eine richtige und vollständige Auskunft regelmäßig weitere einzelfallbezogene Angaben über die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse der angebotenen Vermögensanlage notwendig (Hüffer, Das Wertpapier-Verkaufsprospektgesetz, 1996, S. 97; Maas in Assmann/Schlitt/von Kopp-Colomb, Prospektrecht Kommentar, 4. Aufl., § 2 VermVerkProspV Rn. 9; Voß in Arndt/Voß, VerkProspG, § 2 Verkaufsprospektverordnung Rn. 7). Der Vorschrift kommt die Funktion einer prospektrechtlichen Generalklausel zu, die auch die teilweise über den Katalog der Mindestangaben hinausgehenden Vorgaben der Rechtsprechung aufnimmt (Kind in Lüdicke/Arndt, Geschlossene Fonds, 6. Aufl., S. 147; Bohlken/Lange, BB 2005, 1259, 1260; Voß in Arndt/Voß, VerkProspG, § 2 Verkaufsprospektverordnung Rn. 7).

[43] (3) Dies gilt auch für die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Aufklärung über **wesentliche kapitalmäßige und personelle Verflechtungen** (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Januar 2021 - XI ZB 18/17, ZIP 2021, 1054 Rn. 88 f.; Beschluss vom 18. Mai 2021 - XI ZB 19/18, ZIP 2021, 2393 Rn. 43, 46; Beschluss vom 8. Juni 2021 - XI ZB 22/19, ZIP 2021, 2585 Rn. 59; Beschluss vom 21. September 2021 - XI ZB 9/20, juris Rn. 57; Beschluss vom 22. März 2022 - XI ZB 24/20, ZIP 2023, 1373 Rn. 45; Maas in Assmann/ Schlitt/von Kopp-Colomb, Prospektrecht Kommentar, 4. Aufl., § 2 VermVerkProspV Rn. 53). Für die Aufklärung kommt es allein darauf an, ob die kapitalmäßige Verflechtung so wesentlich ist, dass sie deshalb einen aufklärungsbedürftigen Interessenkonflikt begründen kann. Angesichts der Vielzahl der denkbaren Fallgestaltungen unterliegt die Beurteilung, ob eine kapitalmäßige Verflechtung wesentlich ist und deshalb einen aufklärungsbedürftigen Interessenkonflikt begründet, einer in erster Linie dem Tatrichter vorbehaltenen Gesamtschau unter umfassender Würdigung aller für die Beurteilung des Einzelfalles maßgeblichen Umstände (BGH, Beschluss vom 13. Januar 2020 - II ZR 97/19, juris Rn. 16; Beschluss vom 22. März 2022 - XI ZB 24/20, ZIP 2023, 1373 Rn. 49). Dabei kommt es unter anderem darauf an, welche Gesellschaftsform das Unternehmen hat, in

dessen Hand die Beteiligungsgesellschaft die nach dem Emissionsprospekt durchzuführenden Vorhaben gelegt hat, da bei einer kapitalmarktfähigen Rechtsform bzw. Kapitalgesellschaft bereits eine geringere Beteiligungsquote der verflochtenen Gesellschaft bzw. des Gesellschafters einen größeren Einfluss vermittelt als bei einer Personengesellschaft, wie § 179 Abs. 2 AktG, § 53 Abs. 2 GmbHG zeigen. Weiterhin kommt der Rolle der Gesellschaft bzw. des Gesellschafters in dem Unternehmen, in dessen Hand die nach dem Emissionsprospekt durchzuführenden Vorhaben gelegt worden sind, ebenso erhebliche Bedeutung zu wie der Frage, ob dabei gleichläufige oder gegenläufige Interessen verfolgt werden (BGH, Beschluss vom 13. Januar 2020 - II ZR 97/19, juris Rn. 16).

[44] b) Der Prospektnachtrag vom 24. August 2009 leistet die im Hinblick auf die Übernahme einer Beteiligung von 60% an der HTGA GmbH durch die H. GmbH gebotene Aufklärung nicht.

[45] aa) Der Alleingesellschafter der H. GmbH A. B. war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts über deren Beteiligung an der HTGA GmbH mittelbar beherrschender Gesellschafter der beiden Beklagten, die geschäftsführende Kommanditistin bzw. Komplementärin der Fondsgesellschaft waren, sowie der HTAM GmbH, die Leistungen entsprechend dem Asset-Management-Vertrag zu erbringen hatte. Es lag eine personelle Verflechtung mit der P. Inc. vor, weil A. B. zugleich Präsident und CEO dieser Gesellschaft war. In der Hand dieser Gesellschaft lagen wesentliche nach dem Prospekt durchzuführende Vorhaben. Die Revision hebt selbst hervor, dass A. B., der zudem Mitglied des Exekutivausschusses war, in seinen Funktionen wesentlichen Einfluss auf die Investitionsentscheidungen nehmen konnte. Die Investition in Büroimmobilien auf dem US-amerikanischen Markt war das maßgebliche Vorhaben der Fondsgesellschaft und mit den Entscheidungen über die Investition ist ein zentraler Aspekt dieses Vorhabens betroffen.

[46] bb) Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsfehler von der Wesentlichkeit dieser (personellen) Verflechtung ausgegangen, weil diese einen aufklärungsbedürftigen Interessenkonflikt begründet. Die von der Revision hiergegen erhobenen Einwände greifen nicht durch.

[47] (1) Die Revision macht geltend, im Hinblick auf den Erwerb der Beteiligung nach Abschluss der maßgeblichen Verträge könne sich eine Interessenkollision nur noch auf die Durchführung der Verträge beziehen. Diesbezüglich sei ein Interessenkonflikt nicht erkennbar, weil die Fondsgesellschaft ihr Schicksal bereits durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags in die Hände des zur P. - Gruppe gehörenden General Partners gelegt habe. Selbst wenn zwischen den Interessen der P. -Gruppe nicht ohnehin Gleichlauf bestanden haben sollte,

sei es der P. -Gruppe bereits aufgrund des im Prospekt mitgeteilten Fondskonzepts möglich gewesen, ihre eigenen Interessen auf Kosten der Fondsgesellschaft zur Geltung zu bringen.

**[48]** (a) Der Feststellung des Berufungsgerichts, dass ein Gleichlauf der Interessen zwischen der Fondsgesellschaft, den Gesellschaften der P. -Gruppe und A. B. nicht bestanden hat, tritt die Revision nicht entgegen. Diese Beurteilung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

**[49]** (b) Die Einwände der Revision im Übrigen gehen an der Beurteilung des Berufungsgerichts vorbei, dass die Fondsgesellschaft Einwirkungsmöglichkeiten auf und gegen den Exekutivausschuss sowie den General Partner hatte und zudem die Doppelrolle A. B. die im Prospekt beschriebene "unabhängige Aufsicht und Qualitätskontrolle" sowie die "Beratung der Fonds KG" durch die HTAM GmbH gravierend beeinträchtigte. Die Revision argumentiert in anderem Zusammenhang ihrerseits, es sei Sache der Gesellschafterversammlung der P V gewesen, den General Partner abzurufen oder die Liquidation aus wichtigem Grund zu beschließen. Damit bestanden auf Seiten der Fondsgesellschaft aber bei der Durchführung des Vorhabens Möglichkeiten, einer einseitigen Beeinträchtigung ihrer Interessen durch die Ausübung ihrer Gesellschafterrechte in der P V entgegenzutreten. Gerade weil nach dem Fondskonzept die Investitionsentscheidungen weitgehend in die Hände des mit Mitarbeitern der P. -Gruppe besetzten Exekutivausschusses gelegt wurden, kommt der nachgelagerten und unabhängigen Ausübung von Kontroll- und Informationsrechten besonderes Gewicht zu.

**[50]** (2) Soweit die Revision meint, der HTAM GmbH seien keinerlei Überwachungs- und Eingriffsbefugnisse eingeräumt gewesen und die wesentlichen nach dem Asset-Management-Vertrag zu erbringenden Leistungen bereits erbracht gewesen seien, widerspricht dies den Prospektangaben, nach denen durch die HTAM GmbH die unabhängige Aufsicht und Qualitätskontrolle des Asset Managements gewährleistet werden sollte. Der Prospekt begründet bei den Anlegern angesichts dessen die berechnete Erwartung, dass die HTAM GmbH diese Leistungen erbringen würde. Dass hieran anknüpfende Rechte nicht von der HTAM GmbH selbst, sondern von der Fondsgesellschaft auszuüben waren, stellt die Interessenkollision nicht in Frage, weil A. B. als Alleingeschafter der H. GmbH mittelbar Einfluss auf sämtliche Gesellschaften der H. T. Gruppe nehmen konnte.

**[51]** (3) Entgegen der Auffassung der Revision wird der beherrschende Einfluss A. B. auf die HTAM GmbH nicht aufgrund der nur mittelbaren mehrstufigen Abhängigkeit durchbrochen. Herrschender Einfluss auf eine Gesellschaft kann auch vermittelt durch Dritte bestehen und mehrstufig ausgeübt werden (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 1985 - II ZR 275/84, BGHZ

95, 330, 337 - Autokran; MünchKommAktG/Bayer, 5. Aufl., § 17 Rn. 76; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl., § 17 AktG Rn. 27; Koch, AktG, 16. Aufl., § 17 Rn. 6; KK-AktG/Koppensteiner, 3. Aufl., § 17 Rn. 29; MünchHdBGesR IV/Krieger, 5. Aufl., § 69 Rn. 49; Windbichler in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 17 Rn. 57). Der Umstand, dass für die Ausübung des beherrschenden Einflusses auf der Ebene der HTGA GmbH ein Gesellschafterbeschluss erforderlich gewesen wäre und die treuwidrige Beeinflussung der Geschäftstätigkeit der HTAM GmbH zum Vorteil der P. -Gruppe den Interessen der weiteren Gesellschafter widersprochen hätte, steht der Annahme einer Interessenkollision nicht entgegen. Es ist schon nicht ersichtlich, dass es zwangsläufig im Interesse der Minderheitsgesellschafter gelegen hätte, eine unabhängige Kontrolle und Aufsicht der HTAM GmbH zu gewährleisten.

## Haftung des Sanierungsberaters

- Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit
- Benachteiligungsvorsatz
- Hinweis auf Insolvenzreife

(OLG Köln, Beschl. v. 13.10.2021 – I-2 U 23/21)

### Leitsätze

1. Sprechen erheblicher Indizien (u.a. offene, seit Jahren fällige Verbindlichkeiten gegenüber verschiedenen Gläubigern, Zwangsvollstreckungsmaßnahmen durch Finanzamt und Sozialversicherungsträger, unpünktliche Zahlung der Gehälter) dafür, dass der Anfechtungsgegner (Sanierungsberater) zum Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung die Zahlungseinstellung der Schuldnerin gekannt haben muss, ist davon auszugehen, dass er deren Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 17 Abs. 2 S. 2 InsO gekannt hat.
2. Ist dem Anfechtungsgegner aufgrund seiner Tätigkeit als Sanierungsberater für die Schuldnerin bekannt, dass eine Tilgung aller fälligen Altverbindlichkeiten in den nächsten Monaten bestenfalls bei einem optimalen Verlauf der Zahlungseingänge gelingen würde und bis dahin bestimmte Gläubiger bevorzugt bedient werden müssen, weiß er oder nimmt billigend in Kauf, dass die Schuldnerin ihre übrigen Gläubiger auch zukünftig nicht wird befriedigen können.
3. Der Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin entfällt auch nicht nach den Grundsätzen einer bargeschäftsähnlichen Lage.
4. Kommt der Sanierungsberater seiner vertraglichen Pflicht, die – spätere – Insolvenzschuldnerin auf ihre Insolvenzreife hinzu weisen, nicht nach, haftet er der Schuldnerin wegen Schlechterfüllung gemäß §§ 280 Abs. 1, 611, 675 BGB.

### Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger hat die Beklagte auf Zahlung von 481.768,50 EUR in Anspruch genommen, und zwar 52.582,04 EUR aus Insolvenzanfechtung und 429.186,46 EUR als Schadensersatz aus abgetretenem Recht des Geschäftsführers der Schuldnerin wegen angeblicher Schlechterfüllung eines Beratervertrages zwischen der Schuldnerin und der Beklagten mit Schutzwirkung zugunsten des Geschäftsführers.

[2] Wegen des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes und der vor dem Landgericht gestellten Anträge wird auf die Feststellungen in dem am 14.04.2021 verkündeten Urteil des Landgerichts Bezug genommen (§ 522 Abs. 2 S. 4 ZPO).

[3] Durch jenes Urteil, wegen dessen Begründung auf die Entscheidungsgründe verwiesen wird, hat das Landgericht der Klage in Höhe eines Teilbetrages von 178.874,76 EUR nebst Zinsen stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen.

[4] Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, die fristgerecht eingelegt sowie in rechter Form und Frist begründet worden ist.

[5] Die Beklagte greift das landgerichtliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens an. Sie trägt vor, dass der Beklagten kein Auftrag zur Prüfung einer möglichen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Schuldnerin erteilt worden sei. Der Beklagten sei auch kein Auftrag zur Erstellung eines IDWS-6-Gutachtens erteilt worden. Ein solches Gutachten sei weder erstellt noch in Rechnung gestellt worden. Die Beklagte habe lediglich den Auftrag erhalten, ein Bankkonzept zu erstellen, um Fördergelder für anstehende Investitionen zu beantragen, und die Schuldnerin begleitend zu beraten. Im Rahmen der Vorprüfung habe die Beklagte nur ein sog. IDWS-1-Gutachten erstellt und abgerechnet. Hierbei habe die Beklagte die von der Schuldnerin vorgelegten Unterlagen nur auf Plausibilität überprüft. Eine Sanierungsberatung habe dagegen nicht stattgefunden. Es sei auch keine steuerliche oder rechtliche Beratung vereinbart worden. Daher habe auch keine Verpflichtung der Beklagten bestanden, auf eine mögliche Zahlungsunfähigkeit oder Insolvenzantragspflicht hinzuweisen.

[6] Zum Zeitpunkt der Tätigkeit der Beklagten für die Schuldnerin sei diese nicht zahlungsunfähig gewesen. Die OP-Listen hätten keine überfälligen Zahlungen aufgewiesen. Es habe auch keine überfälligen Verbindlichkeiten gegeben. Die Beklagte sei auch nicht beauftragt worden, die Finanzbuchhaltung oder Bestände zu überprüfen. Die Bilanz zum 31.12.2012, die der Beklagten im August 2013 ausgehändigt worden sei, habe keine Überschuldung ausgewiesen. Dies stehe in krassem Widerspruch zu den Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen, der in seinem Gutachten Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin zum 31.12.2012 angenommen hat. Dies könne nur darauf beruhen, dass dem Gutachter nicht alle notwendigen Unterlagen vorgelegen hätten. Zudem sei nicht nachgewiesen, dass die Schuldnerin auch im Jahr 2013 zum Zeitpunkt der angefochtenen Zahlungen an die Beklagte zahlungsunfähig gewesen sei.

[7] Die Schuldnerin habe während der Tätigkeit der Beklagten nicht mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gehandelt. Eine Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin sei auch für die Beklagte vor Dezember 2013 nicht ersichtlich gewesen. Aufgrund der ihr bekannten Liquidität der Schuldnerin sei die Beklagte davon ausgegangen, dass sämtliche fälligen Verbindlichkeiten hätten bezahlt werden können. Zudem liege ein Bargeschäft

vor. Die gegenseitigen Leistungen seien in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt.

**[8]** Den Geschäftsführer der Schuldnerin treffe ein 100 %-iges Mitverschulden. Er habe der Beklagten die Unterlagen ausgehändigt, aufgrund derer sie ihren Auftrag erfüllt habe. Der Geschäftsführer sei für die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Schuldnerin und Einleitung entsprechender Rechtshandlungen verantwortlich gewesen.

**[9-12]** (Anträge: ...)

**[13]** Der Kläger verteidigt das landgerichtliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags. Er trägt vor, dass sich die Beklagte im Fall einer einmal eingetretenen Zahlungsunfähigkeit nur dann mit Erfolg auf den Wegfall derselben berufen könne, wenn sie darlege, dass die Schuldnerin die Zahlungen im Allgemeinen wieder aufgenommen habe. Einen solchen Vortrag habe die Beklagte aber nicht erbracht. Zudem habe die Beklagte im April 2013 in ihrem Sanierungskonzept eingeräumt, dass ein Teil fälliger Verbindlichkeiten voraussichtlich erst im Januar 2014 vollständig beglichen werden könnte. Der Kläger habe dem gerichtlich bestellten Sachverständigen keine Informationen verheimlicht. Die Beklagte sei entgegen ihrem Vortrag auch beauftragt gewesen, ein Sanierungskonzept zu entwerfen. Gegenstand dieses Konzepts sei u.a. die Frage der Rückführung der Altverbindlichkeiten und die Führung eines Treuhandkontos gewesen. Die Beklagte habe daher sehr wohl auch die Liquiditätslage der Schuldnerin zu prüfen gehabt. Die Kammer habe daher zu Recht eine Hinweispflicht der Beklagten in Bezug auf die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin angenommen. Das Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen sei nicht zu beanstanden. Ein 100 %-iges Mitverschulden des Geschäftsführers der Schuldnerin sei abzulehnen, weil die Beklagte ihre Pflichten aus dem Beratungsvertrag verletzt und eine überlegene Sachkunde gehabt habe. Die Kammer habe auch zu Recht den Anfechtungsanspruch bejaht.

**[14-15]** (...)

#### Aus den Gründen:

**[16]** Die Berufung ist gemäß § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen.

**[17]** Die zulässige Berufung hat in der Sache offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO). In seinem Hinweisbeschluss vom 31.08.2021 hat der Senat dazu ausgeführt:

**[18]** "Das angefochtene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§§ 522 Abs. 2

Nr. 1, 513 Abs. 1 ZPO). Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht und mit zutreffender Begründung, der sich der Senat anschließt, verurteilt, an den Kläger - unter Abweisung der Klage im Übrigen - 178.874,76 EUR nebst Zinsen zu zahlen. Die Einwände der Beklagten gegen das angefochtene Urteil greifen nicht durch.

1.

**[19]** Bezüglich eines Teilbetrages in Höhe von 52.582,04 EUR ergibt sich ein Rückgewähranspruch des Klägers gem. §§ 143 Abs. 1, 133 Abs. 1 InsO a.F.

**[20]** Die Zahlungen der Schuldnerin an die Beklagte in der Zeit zwischen dem 22.04.2013 und 18.12.2013 in Höhe von 54.057,64 EUR (von denen nur 52.582,04 EUR eingeklagt worden sind) sind anfechtbar gem. § 133 Abs. 1 InsO a.F. Die Zahlungen an die Beklagte stellen Rechtshandlungen der Schuldnerin dar, die innerhalb von 10 Jahren vor Insolvenzantragstellung am 16.01.2014 erfolgten und die Gläubiger objektiv benachteiligten (§§ 129 Abs. 1, 133 Abs. 1 a.F.) InsO).

**[21]** Die Schuldnerin handelte bei Vornahme der Rechtshandlungen auch mit **Gläubigerbenachteiligungsvorsatz**. Die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung können, da es sich um innere, dem Beweis nur eingeschränkt zugängliche Tatsachen handelt, **in aller Regel nur mittelbar aus objektiven (Hilfs-) Tatsachen hergeleitet** werden. Zu den **Beweisanzeichen**, die für das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung sprechen, zählt die erkannte Zahlungsunfähigkeit. Ein Schuldner, der zahlungsunfähig ist und seine Zahlungsunfähigkeit kennt, handelt in der Regel mit Benachteiligungsvorsatz (BGH, Beschluss vom 05.03.2020 - IX ZR 171/18, ZInsO 2020, 893 Rn. 10). Hier hat die Kammer die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin im Sinne von § 17 InsO zum 31.12.2012 und zum 22.04.2013 festgestellt. Sie hat sich hierbei mit zutreffenden Erwägungen, denen sich der Senat anschließt und auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, auf die Liquiditätsbilanzen des Sachverständigen A in seinem gerichtlich eingeholten Gutachten vom 21.04.2020 (Bl. 455 ff. d.A.) und des Klägers in der Klageschrift (Bl. 8 ff. d.A.) gestützt. Die Einwände der Beklagten gegen diese Liquiditätsbilanzen greifen nicht durch. So bleibt nach ihrem Vortrag offen, welche Unterlagen dem gerichtlich bestellten Sachverständigen vorgelegen haben sollen, von denen die Beklagte nicht gewusst haben will. Auch die im August 2013 vorgelegte Bilanz des Steuerberaters der Schuldnerin, aus der sich eine Überschuldung nicht ergeben soll, steht den Feststellungen der Kammer nicht entgegen, da es sich bei dieser Bilanz nicht um eine Liquiditätsbilanz handelt und es auf eine etwaige Überschuldung vorliegend nicht ankommt. Auch soweit die Beklagte auf die Umsatzzahlen und offene Aufträge verweist, greifen diese Einwände nicht durch. Umsatzzahlen

stellen keine Anhaltspunkte für die Liquidität eines Unternehmens dar. Umfangreiche Aufträge mögen zwar vorhanden und noch abzuarbeiten gewesen sein. Diese Aufträge müssen aber auch bearbeitet werden können. Dies ist vorliegend schon deshalb zweifelhaft, weil Gehälter nicht mehr durchgehend pünktlich bezahlt wurden. Unabhängig davon bleibt völlig offen, ob die Bearbeitung der Aufträge überhaupt wirtschaftlich erfolgen konnte.

[22] Unabhängig von der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit durch die Liquidationsbilanzen hat die Kammer zutreffend erhebliche **weitere Indizien** festgestellt, die - auch ohne die Liquidationsbilanz - für eine von der Schuldnerin - und der Beklagten - erkannte Zahlungseinstellung zum Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlungen sprechen, so dass gem. § 17 Abs. 2 S. 2 InsO von Zahlungsunfähigkeit auszugehen ist. Es bestanden offene - teilweise seit dem Jahr 2010 fällige - Verbindlichkeiten gegenüber verschiedenen Gläubigern, u.a. Sozialversicherungsträgern und dem Finanzamt. **Gehälter wurden nicht mehr pünktlich bezahlt.** Das Finanzamt und Sozialversicherungsträger betrieben die Zwangsvollstreckung. Seit dem 12.04.2013 kam es zu **Rücklastschriften**. Vor diesem Hintergrund beauftragte die Schuldnerin die Beklagte, um weiteres Fremdkapital für eine Refinanzierung zu erlangen. Dies gelang der Beklagten zunächst aber nicht (vgl. Anlage K5, Anl. O I, Bl. 82). Dafür, dass die Schuldnerin und die Beklagte von der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin Kenntnis hatten, spricht zudem, dass die Schuldnerin sog. "1-25-Listen" erstellte und der Beklagten zur Überwachung des Zahlungsverkehrs der Schuldnerin zur Verfügung stellte (vgl. die E-Mail vom 04.12.2013, Bl. 363 d.A., oder das Beratungsprotokoll vom 04.04.2013, Bl. 368 ff. d.A.), aus denen sich durchgängig **Rückstände bei Löhnen, Sozialversicherungsbeiträgen und Steuerverbindlichkeiten** ergaben. Zudem riet die Beklagte der Schuldnerin, ein **Treuhandkonto** einzurichten. Dies hatte - wie die Kammer zutreffend festgestellt hat und dem die Beklagten auch nicht mit Substanz entgegengetreten ist - allein den Sinn, den Geschäftsbetrieb der Schuldnerin trotz Belegung der Geschäftskonten durch Pfändungen weiter aufrechtzuerhalten, d.h. weiter Zahlungen an bestimmte, nicht aber an alle Gläubiger zu ermöglichen. Vor diesem Hintergrund muss im Rahmen der Gesamtwürdigung aller Indizien von der Zahlungseinstellung der Schuldnerin und der Kenntnis der Schuldnerin und der Beklagten hiervon im April 2013 ausgegangen werden. Hierfür sprechen insbesondere die rückständigen Sozialversicherungsbeiträge im Hinblick auf die Strafbarkeit im Falle der Nichtzahlung, die offenen Steuerverbindlichkeiten und die offenen Löhne der Angestellten der Schuldnerin, auf deren Arbeitsleistung sie angewiesen war. **Vor allem aber lässt die Einrichtung des Treuhandkontos und die damit beabsichtigte Priorisierung von Zahlungen an bestimmte Gläubiger auf eine von der Schuldnerin und der Beklagten erkannte Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin schließen.** Letztlich

kommt auch der Sachverständige A in seinem Gutachten vom 21.04.2020 zu dem Schluss, dass die Beklagte die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin erkannt haben muss.

[23] Zwar setzen der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und die Kenntnis des Anfechtungsgegners hiervon nach neuerer Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 06.05.2021 - IX ZR 72/20, NZI 2021, 720-725) zusätzlich voraus, dass Schuldnerin und Anfechtungsgegner zusätzlich wussten oder billigend in Kauf genommen haben, dass die Schuldnerin ihre übrigen Gläubiger auch zukünftig nicht wird befriedigen können. Hiervon kann vorliegend indes ausgegangen werden. Aus dem von der Beklagten erstellten Bankkonzept vom 26.04.2013 ergibt sich, dass Altverbindlichkeiten voraussichtlich erst im Januar 2014 komplett abgelöst werden konnten (AnlO I, Bl. 60, 64). Hierbei muss allerdings davon ausgegangen werden, dass es sich insoweit allenfalls um eine Hoffnung der Schuldnerin und der Beklagten handelte. Dies ergibt sich z.B. aus dem Schreiben der Beklagten (u.a.) an den Geschäftsführer der Schuldnerin vom 23.04.2013 (Bl. 311 ff. d.A.), in dem es u.a. heißt: "Unser heutiges Lob betreffend die Pflege der Liste bleibt selbstverständlich bestehen, jedoch müssen wir eindringlich und nachdrücklich anmahnen, dass keine Zahlungen mehr außerhalb der Planung ohne vorherige Absprache mit uns vorgenommen werden dürfen. ... Andernfalls können wir die Sanierung im Rahmen der Begleitberatung nicht mit der gebotenen Nachhaltigkeit betreiben und deren Gelingen, welches ohnehin unter der Prämisse der Zahlungseingänge entsprechend ihrer Planung steht, erreichen." Zusammenfassend wussten Schuldnerin und Beklagte daher, dass nicht alle fälligen Altverbindlichkeiten vor Januar 2014 getilgt werden konnten, dass bis dahin bestimmte Gläubiger über das Treuhandkonto bevorzugt bedient werden mussten und dass die Tilgung der Altverbindlichkeiten nur gelingen würde, wenn bis dahin alle erwarteten Zahlungseingänge auch erfolgen würden. Ein solch optimaler Verlauf der Zahlungseingänge ist aber nicht mehr als eine Hoffnung, weil immer davon ausgegangen werden muss, dass es bei einzelnen Aufträgen aus den unterschiedlichsten Gründen zu Zahlungsausfällen kommen kann. Hinzu kommt, dass das von der Beklagten entwickelte Sanierungskonzept entsprechend den Ausführungen der Kammer in dem angefochtenen Urteil, denen sich der Senat vollumfänglich anschließt, von vorneherein ungeeignet war, um eine nachhaltige Sanierung der Schuldnerin herbeizuführen. Zusammenfassend haben die Schuldnerin und die Beklagte bereits im April 2013 gewusst oder billigend in Kauf genommen, dass die Schuldnerin ihre Verbindlichkeiten in absehbarer Zeit nicht würde begleichen können. Soweit die Beklagte noch einwendet, die Schuldnerin sei später, d.h. im Sommer und Herbst 2013 wieder zahlungsfähig gewesen, steht dem entgegen, dass die Fortdauer der einmal eingetretenen Zahlungseinstellung zu vermuten ist (BGH, Urteil vom 06.05.2021 - IX ZR 72/20, NZI 2021, 720-725). Dies gilt jedenfalls im vorliegenden

Fall, in dem die Zahlungseinstellung im April 2014 deutlich zu Tage getreten ist (vgl. hierzu: BGH, aaO). Im Übrigen hat die Beklagte diese Vermutung auch nicht entkräftet, weil sie nicht aufgezeigt hat, dass die Schuldnerin ihre Zahlungen vollständig wieder aufgenommen hat.

[24] § 142 InsO findet hier entgegen der Auffassung der Beklagten keine Anwendung. Der Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin entfällt auch nicht nach den Grundsätzen einer bargeschäftsähnlichen Lage. Der Senat schließt sich auch insoweit den zutreffenden Gründen des angefochtenen Urteils der Kammer an. Unabhängig davon hat die Beklagte auch nicht dargetan, dass Leistung und Gegenleistung unmittelbar, d.h. in einem engen zeitlichen Zusammenhang, ausgetauscht worden sind.

2.

[25] Bezüglich eines weiteren Teilbetrages in Höhe von 126.292,72 EUR ergibt sich der Zahlungsanspruch des Klägers gem. §§ 280 Abs. 1, 611, 675, 398 BGB. Die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs liegen vor. Der Senat schließt sich auch insoweit den zutreffenden Ausführungen der Kammer vollumfänglich an.

[26] Soweit die Beklagte vorträgt, sie habe lediglich den Auftrag erhalten, Fördergelder und Zuschüsse zu beantragen, zu diesem Zweck ein Bankenkonzert zu entwickeln, die Liquidität der Schuldnerin zu verbessern und kaufmännische Mängel abzustellen, steht dem der Vortrag der Parteien des Rechtsstreits in erster Instanz und die mit den Anlagen vorgelegten Sanierungskonzepte und Beratungsprotokolle der Beklagten entgegen. Denn danach hatte die Beklagte auch den Auftrag, ein Sanierungskonzept zu entwickeln und dieses auch umzusetzen. Hierbei hat sie mit der Schuldnerin vereinbart, den Zahlungsverkehr mit Hilfe von "1-25-Listen", die die Schuldnerin zu erstellen hatte, zu überwachen und der Schuldnerin zudem geraten, ihren Zahlungsverkehr über ein Treuhandkonto der Beklagten abzuwickeln. Zusammenfassend ist die Beklagte daher - entsprechend den Feststellungen der Kammer - nicht nur mit der Beantragung von Fördergeldern, sondern zusätzlich mit der Erstellung eines Sanierungskonzepts, der Prüfung der Finanzbuchhaltung und der Überwachung des Zahlungsverkehrs beauftragt worden.

[27] Hiervon ausgehend ist die Kammer zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beklagte auf der Grundlage des **Sanierungsberatervertrages - mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, hier des Geschäftsführers** - verpflichtet war, **auf die Insolvenzzreife der Schuldnerin hinzuweisen**, und sie dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Beklagte und die Schuldnerin nicht ausdrücklich vereinbart haben, dass die Beklagte die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin prüfen und ein Sanierungskonzept mit

IDW S6-Standard erstellen sollte. Denn die Kammer hat im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB zutreffend angenommen, dass die Beklagte als Sanierungsberaterin im Rahmen ihrer Aufklärungspflicht aus dem Sanierungsberatervertrag aufgrund zu erwartender überlegener Sachkunde verpflichtet war, auf die Insolvenzzreife der Schuldnerin hinzuweisen. Denn im Zweifel hat ein Sanierungsberater den Auftraggeber auch ohne ausdrückliche Aufforderung auf eine bestehende Insolvenzantragspflicht hinweisen, wenn ihm die dazu relevanten Informationen zur Verfügung gestellt wurden. Dies ergibt sich schon daraus, dass Insolvenzverschleppung strafbar ist und ein Geschäftsführer insoweit persönlich zivilrechtlich haftet (Altmeppen, GmbHG, 10. Aufl. 2021, vor § 64 Rn. 151). Soweit die Beklagte einwendet, nicht alle notwendigen Informationen erhalten zu haben, ist dies nicht nachvollziehbar. Sie hat über einen längeren Zeitraum den gesamten Zahlungsverkehr überwacht und hatte - wie sich aus den Sanierungskonzepten, Beratungsprotokollen und dem Schriftverkehr mit der Schuldnerin alle erforderlichen Informationen zur Prüfung der Zahlungsfähigkeit, insbesondere auch Kenntnis von den Altverbindlichkeiten. Ansonsten hätte sie beispielsweise gar nicht angeben können, dass eine Ablösung der Altverbindlichkeiten - im besten Fall - frühestens im Januar 2014 möglich sein sollte (s.o.). Die Beklagte hätte die Schuldnerin daher mit Nachdruck und eindeutig, z.B. in ihrem Sanierungskonzept, entweder auf die Insolvenzzreife oder darauf hinweisen müssen, dass dringend ein Experte mit der Prüfung der Insolvenzzreife zu beauftragen sei.

[28] **Soweit die Beklagte sich auf eine Entscheidung des OLG Frankfurt (ZIP 2019, 1178-1182) beruft und geltend macht, dass ein Sanierungsberater, der nicht die Beratung in rechtlichen und steuerlichen Fragen schulde, auch nicht die Beratung über eine etwaige Insolvenzantragspflicht schulde, greift dieser Einwand nicht durch.** Der vom OLG Frankfurt entschiedene Fall ist mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar. **Denn in dem vom OLG Frankfurt entschiedenen Fall hatten die Vertragsparteien den Inhalt des Sanierungsvertrages mit 14 konkret umschriebenen Leistungspflichten unter Ausschluss einer Beratung in steuerlichen und rechtlichen Angelegenheiten abschließend geregelt.** Zudem hatte die Schuldnerin in dem dort entschiedenen Fall weitere Berater mit der Prüfung steuerlicher und rechtlicher Fragen beauftragt. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall indes nicht gegeben. Insbesondere sind die Leistungspflichten der Beklagten als Sanierungsberaterin hier nicht in vergleichbarer Weise konkret und abschließend vereinbart worden. Es bleibt daher - anders als in dem vom OLG Frankfurt entschiedenen Fall - Raum für eine ergänzende Auslegung, die die Kammer hier zutreffend vorgenommen hat.

**[29]** *Letztlich schließt sich der Senat auch der Abwägung der Kammer zum Umfang des Mitverschuldens des Geschäftsführers der Schuldnerin vollumfänglich an.*

**[30]** An dieser Bewertung des Streitfalls hält der Senat nach erneuter Beratung fest. Die mit Schriftsatz vom 23.09.2021 vorgebrachten Einwände der Beklagten führen zu keiner abweichenden Beurteilung.

**[31]** Soweit die Beklagte erneut vorträgt, die Schuldnerin sei im August und Oktober 2013 zahlungsfähig gewesen, kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen der Kammer in dem angefochtenen Urteil und den Hinweisbeschluss des Senats vom 31.08.2021 verwiesen werden. Die vorliegenden Indizien lassen den Schluss zu, dass die Schuldnerin im April 2013 zahlungsunfähig war und dies von ihr und der Beklagten auch erkannt worden ist. Zudem hat der Sachverständige die Zahlungsunfähigkeit zum 31.12.2012 festgestellt und ausgeführt, dass die Schuldnerin und die Beklagte hiervon gewusst haben müssen. Dabei ist die Fortdauer der einmal eingetretenen Zahlungsunfähigkeit - worauf der Senat im Hinweisbeschluss vom 31.08.2021 hingewiesen hat - auch im vorliegenden Fall zu vermuten. Zudem bleibt die Behauptung der Beklagten, bezüglich der Altverbindlichkeiten der Schuldnerin seien Ratenzahlungsvereinbarungen geschlossen worden, erneut völlig substanzlos, unabhängig davon, dass erstinstanzlich - ebenfalls substanzlos - nur vorgetragen worden ist, dass mit "zahlreichen" Gläubigern Ratenzahlungsvereinbarungen geschlossen worden sein sollen (z.B. Bl. 72 d.A.).

**[32]** Soweit die Beklagte erneut auf den Inhalt des Auftrags abstellt und ausführt, dass eine Prüfungs- und Hinweispflicht der Beklagten bezüglich der Liquidität der Schuldnerin nicht bestanden habe, kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen der Kammer in dem angefochtenen Urteil und den Hinweisbeschluss des Senats vom 31.08.2021 verwiesen werden.

**[33-36]** (...)

## Wirtschaftsprüferhaftung

- Vertrag mit Schutzwirkung
  - Jahresabschlussprüfung
  - Empfehlung anwaltlicher Beratung
- (LG Berlin, Urt. v. 12.5.2022 – 93 O 115/20)

### Leitsätze

1. Der Vorstand einer Aktiengesellschaft ist in den Schutzbereich eines Wirtschaftsprüferberatervertrages nicht unter dem Gesichtspunkt eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter miteinbezogen.
2. Es liegt keine Pflichtverletzung einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft vor, wenn diese bei Erstellung des Konzernabschlusses und bei der Jahresabschlussprüfung eine Liquiditätsunterdeckung der Gesellschaft attestiert und hinsichtlich der Feststellung einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit die Hinzuziehung eines im Insolvenzrecht erfahrenen Juristen empfiehlt.
3. Eine D&O-Versicherung, die als Nebenintervenientin einem Rechtsstreit des späteren Insolvenzverwalters gegen die Vorstände der insolventen Aktiengesellschaft wegen verbotener Zahlungen nach Insolvenzreife beigetreten und im Rahmen eines geschlossenen Vergleichs zur Zahlung verpflichtet war, hat gegen die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft keinen Ersatzanspruch aus den von der Aktiengesellschaft geschlossenen Beraterverträgen in Verbindung mit den Grundsätzen eines Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter.

### Zum Sachverhalt:

**[1]** Die Klägerin ist ein D & O-Versicherer. Die ... AG (... AG), eine Holdinggesellschaft der ... Gruppe, hatte bei der Klägerin eine D&O-Versicherung zugunsten ihrer Organe abgeschlossen (Policen-Nummer ...).

**[2]** Die ... AG hielt jeweils als Kommanditistin Beteiligungen an einer Vielzahl von Projektgesellschaften, die sich mit Immobilien befassen. Vorstände der ... AG waren seit dem 23.10.2010 Herr ... und seit dem 11.6.2010 und bis zum 31.1.2012 Herr ...

**[3]** Die Beklagten zu 1) ist eine Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft, die Beklagte zu 2) ist eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft.

**[4]** Die Beklagte zu 2) wurde von der ... AG am 3.3.2010 mit der Erstellung des Konzernabschlusses für das Jahr 2010 beauftragt. Diese Prüfung wurde in den Monaten Februar bis Juni

2011 durchgeführt und am 28.6.2011 abgeschlossen. Auf den Bericht als Anlage Seite 17 wird Bezug genommen.

[5] Am 11.3.2010 wurde die Beklagte zu 2) mit der Jahresabschlussprüfung des Jahresabschlusses 2010 beauftragt. Auch diese Prüfung wurde am 28.6.2011 abgeschlossen (Anlage Seite 18).

[6] Die Vorstände der ... AG beauftragten die Beklagte zu 1) aufbauend auf dem Konzernabschluss zum 31.12.2010 damit, eine Plausibilisierung der vorgelegten Rentabilitäts- und Liquiditätsplanung und der Unternehmenswertermittlung der ... AG einschließlich der Tochtergesellschaften zum 31.12.2010 vorzunehmen. Mit Schreiben vom 9.6.2011 kam die Beklagte zu 1) u.a. zu dem Ergebnis, dass eine Plausibilisierung der vorgelegten Rentabilitäts-/Liquiditätsplanung/Unternehmenswertermittlung zum 31.12.2010 ergebe, dass der Marktwert bei 36.005.000,00 EUR liege. Hinweise auf eine bestehende Zahlungsunfähigkeit oder drohende Zahlungsunfähigkeit enthielt der Bericht nicht. Wegen der Einzelheiten des Berichts wird auf die Anlage Seite 1 verwiesen.

[7] Am 16.11.2011 wurde die Beklagte zu 1) von den Vorständen der ... AG damit beauftragt festzustellen, ob die ... AG zum 31.1.2012 zahlungsunfähig war oder zumindest Zahlungsunfähigkeit drohte. Mit Auftrag vom 22.2.2012 wurde der Auftrag um die Prüfung der Prognose der Unternehmensfortführung erweitert. Mit Gutachten vom 29.02.2012 kam die Beklagte zu 1) zu dem Ergebnis, dass zum 31.1.2012 zwar eine Liquiditätsunterdeckung bei der ... AG vorgelegen habe, diese jedoch bis Juni 2012 unter Zugrundelegung gewisser Prämissen planmäßig ausgeglichen werden könne. In dem Gutachten (Anlage Seite 2) heißt es wörtlich:

[8] „Zum 31. Januar 2012 liegt eine Liquiditätsunterdeckung (...) vor. Bis zum Juni 2012 könnte unter den beschriebenen Prämissen die Unterdeckung planmäßig ausgeglichen werden. Wir sehen es als erforderlich an, dass in den nächsten Tagen die unter E.1 dargestellten, zugrundeliegenden Annahmen erhärtet werden. Bezüglich der Fragestellung, ob eine Zahlungsunfähigkeit im Rechtssinne oder nur eine vorübergehende Zahlungsstockung vorliegt, sollte wegen der Überschreitung der Dreiwochenfrist und der damit verbundenen Unsicherheit ein im Insolvenzrecht erfahrener Jurist kontaktiert werden. (...)“

[9] In der Zeit vom 9.6.2011 bis zur Insolvenzantragstellung am 6.3.2012 (Anlage Seite 8) leistete die ... an ihre Tochtergesellschaften Zahlungen in Höhe von insgesamt 3.514.874,59 EUR. Wegen der geleisteten Zahlungen wird auf die Anlage Seite 5 verwiesen.

[10] Am 22.5.2012 wurde durch das Amtsgericht Charlottenburg (Anlage Seite 9) das Insolvenzverfahren der ... AG eröffnet.

[11] Der Insolvenzverwalter der ... AG – Herr Rechtsanwalt ... - ließ ein Gutachten bei der ... GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft erstellen. Diese kam zu dem Ergebnis, dass die ... AG seit 15.6.2010 und bis zur Insolvenzantragstellung am 6.3.2012 durchweg zahlungsunfähig im Sinne des § 17 InsO war (Gutachten vom 29.11.2013, Anlage Seite 3). Außerdem kam die ... in einem weiteren Gutachten (Anlage Seite 4) vom 9.1.2017 im Rahmen einer Überschuldungsprüfung zu dem Ergebnis, dass zum 31.12.2010, 31.12.2011 und zum Tag der Insolvenzeröffnung jeweils Überschuldung vorlag.

[12] Mit Klageschrift vom 7.12.2015 (Anlage Seite 10) verklagte der Insolvenzverwalter der ... AG und weiterer Tochterunternehmen sodann im Verfahren Landgericht Berlin 100 O 94/15 die Vorstände der ... AG ... und ... persönlich sowie weitere Personen wegen verbotener Zahlungen in Höhe von insgesamt 12.520.894 EUR nach Insolvenzureife. Hiervon entfielen auf die ... und Herrn ... ein Betrag in Höhe von 7.945.849,10 EUR und auf Herrn ... 7.803.294,10 EUR. Diesem Verfahren trat die Klägerin als Nebenintervenientin bei. Im Hinblick auf die geltend gemachten Forderungen wurde in dem Verfahren ein Vergleichsvertrag geschlossen. Inhalt des Vergleichsvertrages ist, dass die Vorstände (und die Klägerin als D&O-Versicherer der ... ) zur Zahlung von bis zu 3.173.000,00 EUR zzgl. 14.886,45 EUR Gerichtskosten verpflichtet werden (Anlage Seite 13) wobei Wirksamkeit des Vergleichs und Fälligkeit der Zahlung unter Bedingungen stand (§§ 3, 5 des Vergleichs) und die Höhe der Vergleichszahlung im Hinblick auf Tabellenansprüche noch nicht abschließend festgelegt wurde.

[13] Mit Zusatzvertrag vom 7.2.2020 traten die Vorstände ... und ... ihre Ansprüche gegen die Beklagten - insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter - an die Klägerin ab, soweit diese Ansprüche nicht bereits kraft Gesetzes auf sie übergegangen waren (Anlage Seite 14 und 15).

[14] Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Vorstände der ... AG in dem Beratungsvertrag der Beklagten und der ... AG unter dem Gesichtspunkt eines Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter einbezogen worden seien. Sie hätte deshalb aus übergegangenem Recht der Vorstände Ansprüche auf Schadensersatz aus §§ 631, 634 Nr. 4, 280 BGB i.V.m. §§ 92, 93 AktG in Verbindung mit den Grundsätzen eines Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter.

[15] Die Klägerin behauptet, dass die ... AG bereits seit 15.6.2010 insolvenzreif gewesen sei wie die Gutachten ergäben. Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Beklagte zu 1) hierauf habe frühzeitig hinweisen müssen. Da die Beklagte zu 1) schon aus dem ersten Gutachten die schwierige Liquiditätssituation der ... AG gekannt habe, hätte sie schon zu Beginn der Erstellung ihres Gutachtens hinsichtlich einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit oder drohenden Zahlungsunfähigkeit zum 31.1.2012 erkennen können und müssen, dass Insolvenzreife bestanden habe. Da der Hinweis unterlassen worden sei, hätten die Vorstände der ... AG keinen Insolvenzantrag gestellt und auch die Zahlungen nicht eingestellt. Durch die weiter aufgrund der Anweisungen von den Vorständen geleisteten Zahlungen hätten sich diese persönlich schadensersatzpflichtig gemacht.

[16] Die Beklagte zu 2) habe die ... AG ebenfalls frühzeitig auf die Insolvenzreife hinweisen müssen und keine uneingeschränkten Testate erteilen dürfen. Denn anhand der vorgelegten Dokumente habe sich die Insolvenzreife der ... AG geradezu aufgedrängt. Der Jahres- und Konzernabschluss habe nicht nach Fortführungswerten erstellt werden dürfen.

[17-22] (...)

#### Aus den Gründen:

[23] Die zulässige Klage ist unbegründet.

I.

[24] Der Feststellungsklage steht nicht der Vorrang der Freistellungsklage (Leistungsklage) entgegen. Denn eine Freistellungsklage setzt voraus, dass der Anspruch nach Grund und Höhe bestimmt bezeichnet wird. Das ist hier nicht der Fall, weil die Klägerin geltend macht, dass es sich bei der von ihr genannten Summe von 3.173.000,- EUR zuzüglich Gerichtskosten im Vergleich um eine „bis zu“-Summe handelt, die sich aufgrund von Tabellenansprüchen noch reduzieren könne (vgl. § 2 des Vergleichsvertrages, Anlage Seite 13). Damit kann die Klägerin ihr Begehren im Wege der Feststellungsklage verfolgen (vgl. BGH, NJW 2010, 952, beck-online).

II.

[25] Die Klägerin hat keinen Anspruch gegen die Beklagten aus den von der ... AG geschlossenen Beraterverträgen aus §§ 631, 634, 280 ff. BGB, § 323 HGB, § 93 AktG, §§ 398, 426 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen eines Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter.

[26] Haftung der Beklagten zu 1):

[27] 1. Die Klägerin hat gegen die Beklagte zu 1) keine Ansprüche im Hinblick auf den Auftrag zur Prüfung der Plausibilisierung der vorgelegten Rentabilitäts- und Liquiditätsplanung

und der Unternehmenswertermittlung der ... einschließlich der Tochtergesellschaften zum 31.12.2010, dessen Ergebnis sie am 9. Juni 2011 vorgelegt hat.

[28] a. Es kann dahin gestellt bleiben, ob die Klägerin aktiv legitimiert ist, was zwar nicht aus § 86 VVG folgen kann (da die Klägerin nicht gezahlt hat), sich aber aus den Abtretungen (Anlagen 14 und 15) ergeben mag.

[29] b. Denn die Abtretungen gingen jedenfalls ins Leere, weil die Vorstände ... und ... ihrerseits keine Ansprüche im Hinblick auf die behaupteten Pflichtverletzungen der Beklagten aus den Beraterverträgen haben.

[30] aa. Das Gericht hält schon eine **Einbeziehung der Vorstände der Schuldnerin in den Beratervertrag** für nicht gegeben. Zwar ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass eine Haftung des Wirtschaftsprüfers aus dem Gesichtspunkt des **Vertrages mit Schutzwirkung** zugunsten Dritter grundsätzlich in Betracht kommt (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.1.2015 – 23 U 100/09 -, beck-online). Allerdings sind an die Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich des Prüfungsvertrages strenge Anforderungen zu stellen. Erforderlich ist, dass der Zweck des Vertrages und die erkennbaren Auswirkungen der vertragsgemäßen Leistung auf den Dritten dessen Einbeziehung unter Berücksichtigung des Kriteriums von Treu und Glauben erfordern (BGH, Urteil vom 9.7.2020 – IX ZR 289/19 -, beck-online). Kriterien für die Einbeziehung sind ein Näheverhältnis, d.h. die Leistung muss bestimmte Rechtsgüter eines Dritten nach der objektiven Interessenlage im Einzelfall mit Rücksicht auf den Vertragszweck bestimmungsgemäß typischerweise beeinträchtigen können und der Auftraggeber ein Eigeninteresse an der Wahrung von Drittinteressen haben (vgl. BGH, a.a.O.). D.h., dass ein Berater auch Dritten gegenüber für die Richtigkeit des Gutachtens einstehen muss, wenn der Auftrag zur Erstattung nach dem zu Grunde liegenden Vertragswillen der Parteien den Schutz des Dritten umfasst bzw. erfordert. **Dies hat der Bundesgerichtshof im Hinblick auf die Haftungsfolgen bei Missachtung der Insolvenzantragspflicht für die Geschäftsführer einer GmbH bejaht für einen Vertrag, der die Prüfung einer möglichen Insolvenzreife zum Gegenstand hatte (BGH, NJW 2012, 3165).** Ein solcher Vertrag liegt aber nicht vor. Die Klägerin trägt nach gerichtlichem Hinweis in der mündlichen Verhandlung selbst vor, dass sich die gesamten Vertragsinhalte der zwischen der ... AG und den Beklagten geschlossenen Verträge sich aus den von der Beklagten erstellten Berichten und Gutachten ergäben. Darin findet sich eine Einbeziehung der Vorstände der ... AG aber nicht.

[31] Auch im Wege der **ergänzenden Vertragsauslegung** vermag die Kammer nicht von einer Einbeziehung der Vorstände auszugehen. **Denn eine Prüfung der Plausibilität der Renta-**

**bilitäts-/Liquiditätsplanung ist gerade keine Prüfung der Insolvenzlage, sondern eine Prüfung der Plausibilität der von den Vorständen selbst aufgestellten Prognose darüber, wie sich die Liquidität und Rentabilität im Planungszeitraum entwickelt.** Die Beklagte zu 1) war auch **nicht etwa Sanierungsberaterin** und hatte mithin auch **kein Sanierungskonzept** erarbeitet, was Hinweispflichten auf eine Insolvenz zur Folge hätte haben können (vgl. OLG Köln, Urteil vom 13.10.2021 - 2 U 23/21 -, juris). Dass es nicht um die Prüfung der Insolvenzlage ging, ergibt sich im Umkehrschluss auch daraus, dass der spätere Auftrag gerade (ausdrücklich) auf eine derartige Prüfung gerichtet war. **Die Prüfung der Insolvenzlage war auch nicht zwingend veranlasst, weil aus Sicht der Beklagten durchaus andere Prüfer bzw. Insolvenzrechtler eingeschaltet worden sein konnten** (vgl. OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 17.1.2018 - 4 U 4/17, beck-online). Dem entspricht es, dass die Beklagte zu 1) offenkundig lediglich die von den Vorständen der Schuldnerin entwickelten Zahlen - insbesondere zu den geplanten Verkäufen der Tochtergesellschaften - im Planungszeitraum geprüft hat, nicht aber die Unternehmensplanung selbst. Denn in dem Bericht vom 9. Juni 2011 heißt es ausdrücklich, dass eine Prüfung der Unternehmensplanung selbst nicht vorgenommen würde.

**[32]** bb. Im Übrigen vermag die Kammer auch eine **Pflichtverletzung** der Beklagten zu 1) bezogen auf die Stellungnahme vom 9.6.2021 nicht zu erkennen. Dass eine Plausibilität anhand der von den Vorständen vorgelegten Zahlen nicht gegeben wäre, ist nicht dargetan. Entgegen der Ansicht der Klägerin in der Replik 7.5.2021 auf Seite 4 hat die Beklagte zu 1) auch gerade nicht unterstellt, dass sämtliche Objekte der Tochtergesellschaften bis Ende 2012 veräußert würden, sondern ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Planung erstellt wurde unter der (bloßen) *Annahme*, dass sämtliche Objekte der Tochtergesellschaften bis zum Ende des Jahres 2012 verkauft würden („Prämissen“), während sie die Unternehmensplanung selbst – d.h. die Höhe der Verkaufserlöse – gerade nicht geprüft hat („Eine Prüfung der Unternehmensplanung haben wir nicht vorgenommen.“). Dass sie hiermit von dem ihr erteilten Auftrag abgewichen wäre, ist auch weder dargetan, noch ersichtlich. Dass andererseits gerade die Verkäufe maßgeblich für die prognostizierte Entwicklung der Schuldnerin war, ergibt sich aus der Anlage zum Schreiben vom 9. Juni 2011, weil die Verkäufe Commercial und Residential für den Prognosezeitraum die entscheidenden Positionen sind (2011: 134.117,40 und 2012: 83.729,67).

**[33]** Schließlich stünde einem etwaigen Ersatzanspruch auch das **Mitverschulden der Vorstände** entgegen, § 254 Abs. 1 BGB. Bei einem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter muss sich der begünstigte Dritte nicht nur ein Mitverschulden des Vertragspartners (hier: Schuldnerin), sondern auch das eigene Mitverschulden entgegenhalten lassen (BGH, NJW 2012,

3165). Die von der Klägerseite herangezogene Rechtsprechung, wonach ein Berater sich gegenüber seinem Auftraggeber nicht darauf berufen kann, dass er das, worüber sein Berater ihn aufklären sollte, auch selbst hätte erkennen können (BGH, NJW-RR 1986, 1348), findet schon deshalb keine Anwendung, weil es nicht um das Mitverschulden des Auftraggebers geht, sondern um das eigene Mitverschulden des Dritten. Im Übrigen beruht diese Rechtsprechung auf der Annahme eines überlegenen Wissens des Beraters. Jedenfalls dann, wenn die Klägerin aber selbst ausdrücklich vorträgt, dass keine Anhaltspunkte dafür vorhanden seien, dass die Vorstände die Insolvenzreife nicht hätten erkennen können, gibt es kein überlegenes Wissen und der Annahme eines Mitverschuldens steht nichts entgegen.

**[34]** c. Damit kann dahin stehen, ob der infolge eines Vergleichsschlusses behauptete Schaden dem Grunde nach als adäquat kausal angesehen werden kann (vgl. BGH, NJW 2012, 3165) und ob der Schaden überhaupt entstanden ist, weil der Vergleich wirksam geworden ist.

**[35]** 2. Die Klägerin hat gegen die Beklagte zu 1) auch keine Ansprüche im Hinblick auf den Auftrag vom 16.11.2011, mit dem die Beklagte zu 1) **beauftragt** wurde **festzustellen**, ob die ... AG zum 31.1.2012 **zahlungsunfähig** war **oder Zahlungsunfähigkeit drohte** und vom 22.2.2012 mit dem dieser Auftrag auf die Unternehmensfortführungsprognose erweitert wurde und dessen Ergebnis die Beklagte zu 1) mit Gutachten vom 29.02.2012 vorlegte.

**[36]** a. **Die Vorstände der Beklagten sind ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW 2012, 3165) im Hinblick auf §§ 92, 93 AktG zwar insoweit in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen, weil es ausdrücklich um die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit/drohenden Zahlungsunfähigkeit/Unternehmensfortführungsprognose ging.**

**[37]** b. Es fehlt aber an einer Pflichtverletzung. Denn in dem vorgelegten Gutachten vom 29.2.2012 wird eine Liquiditätsunterdeckung attestiert und hinsichtlich der Fragestellung, ob „nur“ eine vorübergehende Zahlungsstockung oder aber wegen Überschreitung der Dreiwochenfrist und der damit verbundenen Unsicherheit bereits eine Zahlungsunfähigkeit angenommen werden müsse, **darauf hingewiesen, dass ein im Insolvenzrecht erfahrener Jurist kontaktiert werden solle.** Bezüglich der Prognose wird auf Seite 14 zudem darauf hingewiesen, dass selbst diese noch von der Mitwirkung Dritter abhängen und diese daher „erhärten“ werden müsse. Dies war ein ausreichender Hinweis auf eine Zahlungsunfähigkeit. Dass die Vorstände der Schuldnerin dieses Ergebnis auch genau so verstanden haben, ergibt sich daraus, dass die Klägerin mit ihrer Replik eingeräumt hat, dass nach Vorliegen des Gutachtens

keine weiteren Zahlungen mehr geleistet worden sind (Schriftsatz vom 7.5.2021, Seite 5, Bl. 96 Bd. 1 d.A.).

[38] Entgegen der Ansicht der Klägerin kann die Pflichtverletzung auch nicht daraus hergeleitet werden, dass die Beklagte zu 1) schon vor Vorliegen des Gutachtens am 29.2.2012 aufgrund des früheren Auftrags (**„Vorbefassung“**, S. 7 der Klageschrift) die Insolvenzreife hätten erkennen können/müssen, nämlich zu Beginn der Erstellung des Gutachtens. Denn dieser frühere Auftrag hatte die Prüfung der Insolvenzreife gerade nicht zum Inhalt (s.o.). Auch datierte dieser Auftrag aus einem früheren Zeitraum. Im Übrigen ist **nicht nachvollziehbar, wieso von einem Berater verlangt werden können sollte, dass er vor Abschluss seiner Prüfungen, mit denen er ausdrücklich beauftragt worden ist, schon das Ergebnis kennen und präsentieren sollte**. Dass die Beklagte zu 1) das Gutachten verspätet vorgelegt hätte, ist auch weder dargetan, noch ersichtlich.

[39] c. Es fehlt schließlich an einem zurechenbaren Schaden. Denn ein Ersatzanspruch kommt ohnehin nur ab Vorlage des Prüfungsergebnisses in Betracht (BGH, NJW 2012, 3165) und ab Vorlage des Gutachtens sind unstreitig keine Zahlungen mehr geleistet worden.

[40] d. Mangels kausal gewordener Pflichtverletzungen besteht auch das im Schriftsatz vom 19.4.2022 von der Klägerin erstmals für eine Haftung angeführte Gesamtschuldverhältnis nicht.

[41] Auf Fragen der Haftungsbeschränkung, der Ausschlussfrist und der Verjährung kommt es nicht mehr an.

[42] Haftung der Beklagten zu 2):

[43] Die Klägerin hat keine Ansprüche gegen die Beklagte zu 2) aus §§ 317, 323 HGB, § 93 AktG i.V.m. § 398 BGB und den Grundsätzen eines Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, weil die Schuldnerin mit der Beklagten zu 2) keinen Vertrag geschlossen hat, in dessen Schutzbereich die Vorstände der Schuldnerin einbezogen worden wären.

[44] Die Beklagte ist auftragsgemäß lediglich im Rahmen der **Abschlussprüfung** tätig geworden. **Sie hat keine besonderen Leistungen erbracht, die über die Abschlussprüfung hinausgehen** (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.1.2015 - 23 U 100/09 -, beck-online), **so dass es gegenüber den Vorständen der Schuldnerin an „Einbeziehungshandlungen“ fehlt** (vgl. BGHZ 138, 257).

[45] Im Übrigen **fehlt** es an einer **Pflichtverletzung**. **Im Rahmen einer Abschlussprüfung sind Hinweise des Beraters auf die Insolvenzlage nur erforderlich, wenn diese offenkundig**

**ist und er annehmen muss, dass dem Mandanten die Insolvenzlage nicht bewusst ist** (vgl. BGH, 26.1.2017 - IX ZR 285/14 -, beck-online). Das ist hier weder substantiiert dargetan, noch ersichtlich. **Vielmehr führt die Klägerin selbst an, dass sich die Insolvenzlage aufgedrängt habe. Wieso die Vorstände dann beratungsbedürftig gewesen sein sollen** (vgl. BGH, 26.1.2017 - IX ZR 285/14 -), **erschließt sich der Kammer nicht**. Denn es ist **originäre Aufgabe des Vorstandes, die Zahlungsfähigkeit und etwaige Überschuldung des Unternehmens im Auge zu behalten auf eventuelle Anzeichen für eine Insolvenzreife zu reagieren**. Vor diesem Hintergrund hätte es der Klägerin obliegen darzutun, auf welchen Grund die Vorstände nicht in der Lage gewesen sein sollen, die behauptete sich aufdrängende Insolvenzlage zu erkennen.

[46] (...)

## Wirtschaftsprüferhaftung

- Zweifel an Unternehmensfortführung
- Fortführungsprinzip
- Insolvenzvertiefungsschaden

(*OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.9.2023 – I-22 U 111/23*)

### Leitsätze (der Redaktion)

1. Zweifel an der Möglichkeit der Unternehmensfortführung rechtfertigen noch nicht das Abrücken vom Fortführungsprinzip; die Aufgabe des Fortführungsprinzips ist vielmehr nur dann zulässig, wenn die Unmöglichkeit der Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit sicher ist.
2. Erst wenn konkreter Vortrag der geprüften Gesellschaft (oder der für sie handelnden Partei kraft Amtes) zu einer vermeintlichen Pflichtverletzung erfolgt, muss der Wirtschaftsprüfer zu der von ihm entfalteten Prüfungstätigkeit vortragen, wenn er die Pflichtverletzung in Abrede stellen will.

### Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen einer Pflichtverletzung als Abschlussprüferin.

[2] Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der Schuldnerin. Die im Jahr 2007 gegründete Schuldnerin nahm 2008 ihre Geschäftstätigkeit mit der Produktion bzw. Verarbeitung von Antriebskomponenten als Zulieferer der Automobilindustrie auf. Die Anteile an der Schuldnerin wurden von der ... gehalten. Ab 2009 erwirtschaftete die Schuldnerin nur noch Verluste. Mitte 2015 übernahm eine Zwischenholding des ... -

Konzerns, einer namhaften Unternehmensgruppe mit weltweiter Präsenz, die Gesellschaftsanteile der ... GmbH. Dem ... Konzern war bereits vor dem Kauf bekannt, dass die Schuldnerin dringend einer Restrukturierung unterzogen werden musste.

[3] Die Beklagte ist eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und war die Abschlussprüferin des Jahresabschlusses der Schuldnerin zum 31.12.2015. Die Beklagte erstellte den Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichts zum 31.12.2015 unter dem 23.9.2016. Die Prüfung endete mit einem uneingeschränkten Bestätigungsvermerk verbunden mit einem gesonderten Hinweis auf Fortbestandsrisiken gem. § 322 Abs. 2 Satz 3 HGB.

[4] In ihrem Prüfungsbericht führt die Beklagte unter der Überschrift „Lage der Gesellschaft“ aus: „Die Gesellschaft war nur aufgrund der Unterstützung durch den Gesellschafter in der Lage, die notwendigen Auszahlungen für den laufenden Geschäftsbetrieb vorzunehmen.“

[5] Unter der Überschrift „Bestandsgefährdende Tatsachen“ heißt es: „Die Gesellschaft hat in den Geschäftsjahren 2014 und 2015 Verluste i. H. v. insgesamt 40,9 Mio. € erlitten und weist zum 31.12.2015 einen „Nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag“ i. H. v. 69,3 Mio. € aus. Sie ist damit bilanziell überschuldet.“

[6] Unter dem Abschnitt E. Wiedergabe des Bestätigungsvermerks führt die Beklagte aus: „Ohne diese Beurteilung einzuschränken, weisen wir pflichtgemäß auf die Ausführungen im Lagebericht hin. Dort ist in Abschnitt G. Chancen und Risiken der künftigen Entwicklung ausgeführt, dass die Gesellschaft durch die Umsetzung der erstellten Business Pläne und den enthaltenen Investitions-, Finanzierungs-, Ertrags- und Liquiditätsplänen auch unter Berücksichtigung der bereits eingeleiteten Restrukturierungsmaßnahmen eine nachhaltige Verbesserung der Ergebnisse und der Cashflows erwartet. Gleichwohl kann nicht ausgeschlossen werden, dass wesentliche Abweichungen von den Planungsansätzen zu einer Fortbestandsgefährdung führen können.“

[7] Im Januar 2017 wurde ein Insolvenzantrag über das Vermögen der Schuldnerin durch die A. gestellt. Mit dem Beschluss des Amtsgerichts ... vom 26.1.2017 wurde die vorläufige Insolvenzverwaltung angeordnet. Das Insolvenzverfahren wurde durch das Amtsgericht am 1.4.2017 wegen Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin eröffnet. Der Kläger ließ ein Gutachten der Steuerberater- und Wirtschaftsprüfer ... vom 24. 11. 2017 erstellen, nach dem die Schuldnerin bereits zum 1.1.2016 zahlungsunfähig war

[8] Der Kläger verlangt mit der Klage von der Beklagten den

Ausgleich eines Insolvenzvertiefungsschadens i. H. v. 3,6 Mio. € und vorgerichtlichen Anwaltskosten. Den Insolvenzvertiefungsschaden berechnet er für den Zeitraum vom 1.11.2016 bis zum 26.1.2017 auf der Grundlage eines weiteren Gutachtens der ... vom 30.9.2019 mit 7.200.227,67 €, wobei der Anfangszeitpunkt 1.11.2016 auf dem Bestätigungsvermerk der Beklagten vom 23.9.2016 zzgl. einer angemessenen Reaktionszeit der Geschäftsführung bzw. der Gläubiger zur Insolvenzantragstellung und der Endzeitpunkt vom 26.1.2017 auf der gerichtlichen Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung beruht. Des Weiteren lässt er sich ein Mitverschulden der Schuldnerin von 50 % anrechnen.

[9] Das LG Düsseldorf hat die Klage abgewiesen. Der Kläger habe unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch gegen die Beklagte auf die Zahlung von 3,6 Mio. €. Als Anspruchsgrundlage komme allein § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB in Betracht, bei dem es sich um eine abschließende Sonderregelung handle. Der Kläger habe nicht substantiiert dargelegt, dass die Beklagte ihre Pflicht als Abschlussprüferin zur gewissenhaften Prüfung verletzt habe. Anknüpfungspunkt für die Pflichtverletzung sei allein die mögliche Insolvenzreife der Schuldnerin zum 31.12.2015. Lag eine solche vor, komme es darauf an, ob dies für die Beklagte im Rahmen der an sie zu stellenden Prüfungsanforderungen erkennbar gewesen sei. Der Kläger müsse darlegen, warum das Prüfungsergebnis der Beklagten nicht auf hinreichend gesicherten Erkenntnissen beruhe und damit der Bestätigungsvermerk nicht hätte erteilt werden dürfen. Der Kläger habe die Anknüpfungstatsachen für die Prüfung der Insolvenzreife der Schuldnerin am 31.12.2015 trotz des Hinweises des Gerichts nicht ausreichend dargelegt. Bezüglich des durch den Kläger vorgelegten Privatgutachtens der ... habe die Beklagte substantiiert bestritten, dass das Gutachten auf zutreffenden Tatsachen und vollständigen Unterlagen beruhe und methodisch richtig erstellt sei. Der darlegungsbelastete Kläger sei dem durch das Gericht mit dem Hinweis vom 9.9.2021 geforderten ergänzenden Vorbringen zu den am 31.12.2015 bestehenden fälligen Verbindlichkeiten der Schuldnerin nicht nachgekommen. Der Kläger hätte vortragen müssen welche Lieferungen und Leistungen weshalb als fällig behandelt wurden und welchen Umfang diese Positionen im Einzelnen hatten. Zudem fehle Vortrag dazu, weshalb die offenen Verbindlichkeiten von verbundenen Unternehmen teilweise als fällig behandelt wurden und wie sich die sonstigen Verbindlichkeiten, die nach klägerischem Vortrag fällig waren, konkret zusammensetzten. Auch hinsichtlich weiterer Liquiditätsengpässe bis zum 23.9.2016 habe der Kläger nicht ausreichend vorgetragen. Dem Gericht sei es nicht zumutbar, sich den relevanten Tatsachenstoff aus den umfangreichen und ungeordneten Anlagen selbst herauszusuchen. Aus der OPOS-Liste sei nicht nachvollziehbar, welche Forderungen auf fällige Verbindlichkeiten aus Lieferung und Leistung und wel-

che auf verbundene Unternehmen entfallen. Es sei nicht erkennbar wie der Privatgutachter die nicht fälligen Forderungen aus der Liste ermittelt hat. Bezüglich diverser Positionen fehle der Buchungstext vollständig. Die OPOS-Liste enthalte des Weiteren trotz der Gründung der Schuldnerin im Jahr 2007 Verbindlichkeiten aus dem Jahr 1951. Zudem seien Positionen in der Liste enthalten, bei denen das Konto und Gegenkonto übereinstimmen, so dass nicht erkennbar sei, ob es sich überhaupt um Verbindlichkeiten der Schuldnerin gegenüber Dritten handle oder nicht lediglich interne Umbuchungen vorgenommen worden seien. Der Beweis durch Vernehmung des Privatgutachters ... als Zeugen oder die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens sei nicht zu erheben, da ein Beweisantritt keinen substantiierten Vortrag ersetze. Das Zahlenwerk des Klägers sei auch rechnerisch nicht nachvollziehbar, insbesondere die durch den Privatgutachter zum Stichtag ermittelten nicht fälligen Verbindlichkeiten i. H. v. 3.314.000 €. Der Vortrag des Klägers hinsichtlich etwaiger Ratenzahlungs- und Stundungsvereinbarungen der Schuldnerin sei widersprüchlich, da er einerseits vortrage, dass ihm solche nicht vorliegen, andererseits jedoch der Gutachter ausdrücklich auf ihm vorliegende Stundungsvereinbarungen mit Lieferanten verweise. Des Weiteren sei er dem Vortrag der Beklagten, die von dem ...-Konzern abgegebenen Garantieerklärungen stünden im Zusammenhang mit Stundungsvereinbarungen, nicht entgegengetreten.

**[10]** Der Kläger verfolgt mit der Berufung die Klageforderung weiter. Anknüpfungspunkt für die Pflichtverletzung der Beklagten sei die Insolvenzreife der Schuldnerin zum 31.12.2015. Entgegen der Auffassung des Landgerichts habe er die Anknüpfungstatsachen für die Prüfung der Insolvenzreife zum 31.12.2015 hinreichend substantiiert dargelegt. Er habe die Vermögenssituation der Schuldnerin umfangreich dargelegt durch die Vorlage des Gutachtens der Wirtschaftsprüfer und unter Beweis gestellt durch Vernehmung des Erstellers ... als Zeugen. Die Schuldnerin habe des Weiteren in den Jahren 2015/16 fällige Steuerschulden nicht zahlen können und um Stundungen gebeten, die das Finanzamt abgelehnt habe. Der Stromversorger habe mit Schreiben vom 14.4.2016 die Einstellung der Stromversorgung aufgrund von Zahlungsrückständen angedroht. Es habe im Ergebnis zum 31.12.2015 bzw. 1.1.2016 eine Deckungslücke von 28.725 T€, gegeben. Zum Schließen der Deckungslücke im Dreiwochenzeitraum hätten lediglich 6.314 T€ zur Verfügung gestanden. Das Gericht habe verkannt, dass der Beklagten die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin zum 31.12.2015 bewusst gewesen sei. Die Beklagte habe in den E-Mails ihrer Mitarbeiterin an die Schuldnerin selbst ausgeführt, dass aufgrund der Insolvenzreife kein uneingeschränkter Bestätigungsvermerk erteilt werden könne, wenn nicht zusätzliche Maßnahmen ergriffen werden. Obwohl keine der durch ... genannten Voraussetzungen erfüllt worden

seien, habe die Beklagte dennoch den uneingeschränkten Bestätigungsvermerk erteilt.

**[11-14]** (Anträge: ...)

**[15]** Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Sie habe erstinstanzlich insbesondere dargelegt, dass sie die von ... bei der Schuldnerin angeforderten Unterlagen vor der Freigabe des Prüfungsberichts mit Bestätigungsvermerk erhalten habe. Mit der Berufungserwiderung vom 14.6.2023 rügt sie zudem erstmalig die Aktivlegitimation des Klägers bzgl. der Geltendmachung des Insolvenzvertiefungsschadens.

**Aus den Gründen:**

**[16]** 1. Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist insbesondere fristgerecht eingelegt und begründet worden.

**[17]** 2. Die Berufung ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch gegen die Beklagte aus § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB auf die Zahlung von 3,6 Mio. €.

**[18]** a) Das Landgericht hat zutreffend erkannt, dass als Anspruchsgrundlage des Klägers gegen die Beklagte bzgl. des geltend gemachten Schadens allein § 323 HGB in Betracht kommt.

**[19]** § 323 HGB ist eine sonderprivatrechtliche Haftungsnorm, die in ihrem Anwendungsbereich den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln bei der Erfüllung des Prüfungsvertrags vorgeht (MünchKomm-Bormann, Bilanzrecht, 1. Aufl., 2013, § 322 HGB Rz. 3). Gem. § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB ist der Abschlussprüfer, der vorsätzlich oder fahrlässig seine Pflichten verletzt, der Kapitalgesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. § 323 HGB gilt für die gesetzlich vorgeschriebenen Jahresabschlussprüfungen (sog. Pflichtprüfungen), insbesondere solche gemäß §§ 316 ff., 264a HGB. Bei der durch die Beklagte vorgenommenen Abschlussprüfung handelte es sich um die Pflichtprüfung i. S. d. § 316 HGB. Der Jahresabschluss und der Lagebericht von Kapitalgesellschaften, die nicht kleine i. S. d. § 267 Abs. 1 HGB sind, sind gem. § 316 HGB durch einen Abschlussprüfer zu prüfen.

**[20]** b) Der Senat kann die Frage der **Aktivlegitimation** des Klägers im Ergebnis dahinstehen lassen, da die Berufung bereits aus anderen Gründen keinen Erfolg hat.

**[21]** Ob der Insolvenzverwalter befugt ist, einen Schadensersatzanspruch gegen einen Steuerberater/Wirtschaftsprüfer wegen der Verursachung eines Insolvenzvertiefungsschadens geltend zu machen und damit ggf. die Schadensersatzbeträge zur Masse zu ziehen, ist streitig. Der für die Steuerberaterhaftung zuständige IX. Zivilsenat des

**Bundesgerichtshofs** geht davon aus, dass der Insolvenzverwalter in einem solchen Fall den „Insolvenzverschleppungsschaden“, der der Insolvenzschuldnerin durch die auf der Unternehmensfortführung beruhende Vergrößerung der Verbindlichkeiten erwachse, geltend machen kann. Der Schaden der Schuldnerin bemesse sich nach der Differenz zwischen ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt rechtzeitiger Antragstellung im Vergleich zu ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt des tatsächlich gestellten Antrags (BGH, Ur. v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, Rz. 28). **Gegen diese Auffassung** sind in der **Literatur** grundlegende insolvenzrechtliche Bedenken geltend gemacht worden, die sich unter anderem darauf stützen, dass die Befugnis des Insolvenzverwalters zur Geltendmachung eines solchen Schadens von der **Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs** zur Haftung eines Geschäftsführers im Falle der Insolvenzverschleppung grundlegend abweiche. Bei der Haftung des Geschäftsführers nimmt der II. Zivilsenat an, dass der Insolvenzverwalter gerade nicht befugt sei, einen Insolvenzvertiefungsschaden als Schaden der Gesellschaft geltend zu machen. Vielmehr seien allein die Neugläubiger befugt, ihren Vertrauensschaden vom Geschäftsführer geltend zu machen. Wäre der Insolvenzverwalter befugt, den Vertiefungsschaden geltend zu machen und zur Masse zu ziehen, würde dies eine **ungerechtfertigte Bevorzugung der Altgläubiger gegenüber den – eigentlich primär durch die verspätete Antragstellung geschädigten – Neugläubigern** darstellen. Denn dadurch würde sich die Altgläubigerquote erheblich erhöhen, während die eigentlich primär geschädigten Neugläubiger unter Umständen kaum profitieren würden, weil zu befürchten sei, dass sie wegen ihres Rest-Vertrauensschadens leer ausgingen (BGH, Ur. v. 30.3.1998 – II ZR 146/96, juris Rz. 8 ff.). Während das **OLG Stuttgart** den Streit in dem Urteil vom 22. 2. 2022 (12 U 171/21, juris Rz. 65 ff.) ausführlich dargestellt hat, aber im Ergebnis nicht zu entscheiden brauchte, hat das **KG Berlin** mit dem Urteil vom 15.11.2022 entschieden, dass der Insolvenzverwalter nicht befugt ist, einen Schadensersatzanspruch gegen den Steuerberater der Schuldnerin wegen Verursachung eines Insolvenzverschleppungsschadens geltend zu machen. Die gegenteilige Ansicht würde dazu führen, dass der Insolvenzverwalter vom Steuerberater der Schuldnerin – grundsätzlich – Zahlungsausgleich in voller Höhe der zur Tabelle festgestellten Neugläubigerforderungen (positives Interesse) verlangen und den Betrag zur Masse ziehen könnte mit der Folge, dass dieser allen Insolvenzgläubigern unter Einschluss der für ihren Quotenschaden auf anderer Grundlage abzufindenden Altgläubiger zugutekäme und der einzelne Neugläubiger wegen des verbleibenden Restes seines Vertrauensschadens womöglich leer ausginge. Darin sei eine nicht zu rechtfertigende Bevorzugung der Altgläubiger gegenüber den Neugläubigern zu sehen (KG, Ur. v. 15. 11. 2022 – 21 U 55/21, juris Rz. 18). Der **IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs** hat **zuletzt** ausgeführt (BGH, Ur. v. 13. 12. 2018 – IX ZR 66/18,

Rz. 12), dass in dem **Kontrahierungsschaden des Neugläubigers**, mit welchem der Geschäftsführer einer juristischen Person nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung in ihrem Namen einen Vertrag schließt, ein **Einzelschaden** gesehen wird, welcher nicht vom Insolvenzverwalter, sondern vom Neugläubiger geltend zu machen ist. Denn der Schaden bestehe nicht in einer Verminderung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens; er sei deshalb nicht durch Auffüllen der Masse zu ersetzen, sondern er liege darin, dass der Neugläubiger mit der insolventen Gesellschaft überhaupt einen Vertrag geschlossen hat. **Dies wird teilweise als Abkehr des IX. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes von seiner früheren Rechtsprechung interpretiert.** Ausdrücklich ist diese jedoch nicht erfolgt.

[22] c) Der Kläger hat **nicht dargelegt**, dass die Beklagte als Abschlussprüferin durch die **Erteilung des uneingeschränkten Bestätigungsvermerks pflichtwidrig** gehandelt hat, da die geprüfte Bilanzierung der Schuldnerin nach Fortführungswerten objektiv aus der Ex-ante-Sicht ausschied. **Der Senat hat bereits entschieden, dass eine geprüfte Gesellschaft einen sog. Insolvenzvertiefungsschaden hat, wenn der Abschlussprüfer den Bestätigungsvermerk bei pflichtgemäßer Prüfung nur eingeschränkt hätte erteilen dürfen bzw. verweigern müssen und dies dazu geführt hat, dass der Insolvenzantrag durch die Geschäftsführer oder Dritte verspätet gestellt wurde, wodurch eine „Vertiefung“ der Überschuldung entstanden ist** (vgl. OLG Düsseldorf, Ur. v. 18. 6. 2021 – 22 U 31/20, juris Rz. 22). Der Abschlussprüfer hat einen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk zu erteilen, wenn er die Prognose der Geschäftsführung hinsichtlich der Fortführung der Unternehmenstätigkeit teilt. Wenn er die Einschätzung nicht teilt, ist der Bestätigungsvermerk einzuschränken bzw. zu versagen. Auf Risiken, die den Fortbestand der Kapitalgesellschaft oder eines Konzernunternehmens gefährden, hat der Abschlussprüfer im Bestätigungsvermerk gem. § 322 Abs. 2 Satz 3 HGB gesondert einzugehen (sog. bestandsgefährdendes Risiko).

[23] Gem. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ist bei der Bewertung der im Jahresabschluss ausgewiesenen Vermögensgegenstände und Schulden von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen. **Zweifel an der Möglichkeit der Unternehmensfortführung rechtfertigen noch nicht das Abrücken vom Fortführungsprinzip; die Aufgabe des Fortführungsprinzips ist vielmehr nur dann zulässig, wenn die Unmöglichkeit der Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit sicher ist.** Dies folgt aus der **zentralen Stellung des Fortführungsgrundsatzes**; zudem würde eine Bilanzierung ohne Beachtung des Fortführungsgrundsatzes bei Unternehmen, die sich in wirtschaftlich schwieriger, aber nicht aussichtsloser

Lage befinden, deren Situation unter Umständen noch verschlechtern und könnte damit gerade der Grund für den Unternehmenszusammenbruch darstellen (BeckOGK HGB/Tiedchen, Stand: 15.1.2023, § 252 Rz. 24).

**[24]** Der Senat hat bereits mit der Entscheidung vom 18.6.2021 ausgeführt, dass die Darlegungs- und Beweislast für die Pflichtverletzung bei der geprüften Gesellschaft liegt. **Erst wenn konkreter Vortrag der geprüften Gesellschaft (oder der für sie handelnden Partei kraft Amtes) zu einer vermeintlichen Pflichtverletzung erfolgt, muss der Wirtschaftsprüfer zu der von ihm entfalteten Prüfungstätigkeit vortragen, will er die Pflichtverletzung in Abrede stellen** (OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.6.2021 – 22 U 31/20, juris Rz. 18 f.). Diesen Anforderungen wird der Vortrag des Klägers nicht gerecht.

**[25]** aa) Allein aus der durch den Kläger behaupteten Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin zum 1.1.2016 ergibt sich keine Pflichtverletzung der Beklagten. Selbst wenn die Schuldnerin bereits zum 1.1.2016 zahlungsunfähig gewesen sein sollte, führt dies nicht zwangsläufig dazu, dass die Beklagte den Bestätigungsvermerk aufgrund der durch die Geschäftsführung angenommenen Fortführungsprognose nicht hätte erteilen dürfen. Die Beurteilung der der Unternehmensfortführung i. S. d. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB entgegenstehenden tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten ist nicht synonym mit den Voraussetzungen des Insolvenzrechts (§ 19 InsO) zu verstehen. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB bezieht sich zunächst ausschließlich auf die Fortführung der Unternehmenstätigkeit während die §§ 17 ff. InsO auf den Fortbestand des Unternehmensträgers abstellen. Das Ergebnis einer, im fortgeschrittenen Krisenstadium zu erstellenden, insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose ist in die handelsrechtliche Fortführungsprognose einzubeziehen. Im Hinblick darauf, dass auch in der Insolvenz die Fortführung des Unternehmens möglich ist, ist die Frage der Fortgeltung der Going-Concern-Prämisse (= Fortführungsprognose) jedoch ausgehend von den Gegebenheiten des Einzelfalls und insbesondere der Entscheidung der Gläubigerversammlung zu prüfen. Der Fortführungsgrundsatz entfällt letztlich erst bei einer bereits eingestellten Unternehmenstätigkeit oder wenn die Unternehmenstätigkeit voraussichtlich innerhalb des Prognosezeitraums eingestellt bzw. das Unternehmen tatsächlich liquidiert werden wird. **Der Gesetzeswortlaut legt eine objektivierende Auffassung dahingehend nahe, dass nicht die subjektive Beurteilung des Bilanzierenden, sondern eine objektive Betrachtungsweise über Anwendung oder Nichtanwendung der Going-Concern-Prämisse entscheidet** („tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten“ – nicht „Auffassungen“). Dabei verlangt der Gesetzeswortlaut erst dann eine Bewertung unter Verzicht auf diese Prämisse, wenn tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten „entgegenstehen“, das heißt, diese Gegebenheiten müssen sich hinreichend konkretisiert haben; besteht nur die

Möglichkeit ihres Eintritts zum Zeitpunkt der Bewertung, besteht noch keine Pflicht, von der Going-Concern-Prämisse abzuweichen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass diese Ereignisse grundsätzlich erst im Falle einer an eine absolute Sicherheit grenzenden Eintrittswahrscheinlichkeit zu berücksichtigen sind, vielmehr entscheidet der Einzelfall, so dass auch bereits eine überwiegende Eintrittswahrscheinlichkeit für einen Wegfall der Going-Concern-Prämisse ausreichen kann. Das gilt auch bei Sanierungszusagen durch Kreditinstitute oder andere Gläubiger. Finanzielle Unterstützungsmaßnahmen von Gesellschaftern (z. B. Rangrücktrittserklärungen, Forderungsverzichte mit Besserungsschein, Patronatserklärungen) müssen bis zum Datum der Aufstellung des Jahresabschlusses bzw. dem Datum des Bestätigungsvermerks grundsätzlich rechtlich verbindlich zugesagt worden sein (Beck'scher Bilanz-Kommentar/Stork/Büssow, 13. Aufl., 2022, § 252 HGB Rz. 23). Wenn wie vom Kläger eine Abkehr vom Fortführungsgrundsatz bereits zu einem früheren Zeitpunkt verlangt wird, nämlich bei Vorliegen von Insolvenzgründen, so ist das Ziel dieser Überlegungen, mit der Abkehr vom Going-Concern ein Warnsignal zu setzen und dementsprechend den Zeitpunkt für das Abgehen vom Going-Concern früh zu setzen. Damit wird das bilanzielle Fundamentalprinzip Going-Concern zu einer Berichtserstattungsstufe des Risikofrüherkennungssystems umfunktioniert. Diese Bestrebungen sind aufgrund des gesetzgeberischen Eingriffs obsolet geworden. Durch das AReG v. 17. 5. 2016 (BGBl I 2016, 1142) ist § 317 Abs. 4a HGB eingefügt worden, mit dem klargestellt wird, dass sich die gesetzliche Abschlussprüfung nicht darauf zu erstrecken hat, ob der Fortbestand des geprüften Unternehmens zugesichert werden kann (Frystatzki, DStR 2017, 1494).

**[26]** bb) Die Beklagte musste als Abschlussprüferin keine anderen Experten einschalten, welche nach den IDW-Standards das Vorliegen von Insolvenzeröffnungsgründen hätten prüfen und ein Sanierungskonzept erstellen müssen. **Der Abschlussprüfer ist ohne besondere Vereinbarung nicht verpflichtet, die für die Fortführungsprognose erheblichen Tatsachen selbst zu ermitteln.** Den Jahresabschluss kann bzw. darf er daher allein auf Grundlage der ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen und der ihm bekannten Umstände erstellen. Etwaige tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten, die der Unternehmensfortführung entgegenstehen könnten, hat er nur in diesem Rahmen zu prüfen (Hopt/Merkel, HGB, 42. Aufl., 2023, § 252 Rz. 7b).

**[27]** Des Weiteren hat der Senat bereits in dem Urteil vom 18.6.2021 ausgeführt, dass die **Verlautbarungen des IDW, die konkretisierende Angaben zur Abschlussprüfung machen, primär den Zweck haben, dem Abschlussprüfer einen Bestand an anerkannten Regeln aufzuzeigen. Sie enthalten aber keine Weisungen an den Abschlussprüfer.** Es würde da-

her zu weit gehen, die Verlautbarungen des IDW als Mindestanforderungen an die Abschlussprüfung anzusehen und zu fordern, dass sie im Einzelfall eingehalten werden müssen. **Allein deshalb, weil der Abschlussprüfer von einer Verlautbarung des IDW abgewichen ist, kann daher nicht angenommen werden, dass die Abschlussprüfung nicht gewissenhaft durchgeführt worden ist** (OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.6.2021 – 22 U 31/20, juris Rz. 17). Anderes ergibt sich auch nicht aus dem Prüfungsauftrag der Beklagten, wie er in dem Bericht über die Abschlussprüfung wiedergegeben ist. Danach sollten die IDW-Prüfungsstandards (IDW-PS) Beachtung finden. Die durch den Kläger herangezogenen IDW-Standards betreffen zudem betriebswirtschaftliche oder rechtliche Fragen außerhalb des Gebiets der Assurance oder der Unternehmensberichterstattung (vgl. Grundsätze für die Arbeitsweise der IDW-Fachgremien, abrufbar unter „www.idw.de“). Für die Beurteilung der Fortführungsprognose seitens des Abschlussprüfers einschlägig ist der Prüfungsstandard IDW PS 270. Danach hat der Abschlussprüfer die Angemessenheit der durch die gesetzlichen Vertreter getroffene Annahme der Fortführung der Unternehmenstätigkeit bei der Planung und Durchführung der Prüfungshandlungen und bei der Abwägung der Prüfungsaussagen auf ihre Plausibilität hin zu beurteilen und zu erwägen, ob bestehende wesentliche Unsicherheiten hinsichtlich der Fähigkeit des Unternehmens, die Unternehmenstätigkeit fortzusetzen, im Jahresabschluss und im Lagebericht zum Ausdruck kommen müssen. Die IDW-Standards S 6 und S 11 sollen dem Abschlussprüfer die eigenverantwortliche Beurteilung der handelsrechtlichen Unternehmensfortführungsfähigkeit nicht abnehmen, sondern gelten soweit Prüfgegenstand eines Wirtschaftsprüfers die insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose ist.

[28] cc) Der Kläger hat nicht substantiiert dargelegt, dass der Beklagten die von ihr angeforderten Unterlagen vor der Erteilung des Bestätigungsvermerks nicht vorlagen. Der Kläger bezieht sich insoweit auf die E-Mails der Mitarbeiterin der Beklagten ... vom 13.9.2016 und vom 22.9.2016, mit denen diese verschiedene Unterlagen bei der Schuldnerin angefordert hat. Die Beklagte trägt dazu vor, dass ihr alle angeforderten Unterlagen bei der Erteilung des Bestätigungsvermerks am 23.9.2016 vorlagen. Lediglich der unterschriebene Lagebericht sei ihr erst nachträglich am 27.9.2016 übermittelt worden. Der Kläger beanstandete daraufhin erstinstanzlich (nur) noch, dass der übersandte geänderte Lagebericht von ... stamme, dessen Prokura zum 30.9.2015 erloschen war, und nicht von den Geschäftsführern der Schuldnerin. Die Beklagte trägt dazu jedoch unbestritten vor, dass ... von den Geschäftsführern als Auskunftsperson benannt wurde: „haben wir die folgenden Personen als auskunftsberechtigt und qualifiziert benannt: ...“. Die gem. § 320 HGB zur Auskunft Verpflichteten gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft können sachkundige Mitarbeiter mit

der Beantwortung der an sie herangetragenen Fragen beauftragen (MünchKomm-Bormann a. a. O., § 320 HGB Rz. 23). ... hat den Lagebericht auch nicht unterschrieben, sondern lediglich an die Beklagte übermittelt. Unterschrieben wurde der Lagebericht vom 23.9.2016 durch die Geschäftsführer der Schuldnerin. Unerheblich ist, ob der Beklagten bereits am 23.9.2016 die unterschriebene Version des Lageberichts vorlag oder erst am 27.9.2016, wie der Kläger behauptet. Denn der Lagebericht muss nicht unterzeichnet werden (MünchKomm-Ballwieser, HGB, 4. Aufl., 2020, § 245 Rz. 4).

[29] Soweit der Kläger mit der Berufung erneut pauschal vorträgt, dass der Beklagten die durch ... angeforderten Unterlagen vor Erteilung des Bestätigungsvermerks nicht vorgelegen hätten, genügt dies nicht den Anforderungen an einen substantiierten Parteivortrag. Er übersieht, dass die Beklagte dieser Behauptung in der ersten Instanz bereits entgegengetreten ist und dargelegt hat, dass sämtliche angeforderten Unterlagen vor der Erteilung des Bestätigungsvermerks vorlagen. Mit diesem Vorbringen der Beklagten hätte sich der Kläger auseinandersetzen können und müssen, da ihm als Insolvenzverwalter der Schriftverkehr der Schuldnerin vorliegt.

[30] dd) Der Kläger hat nicht dargelegt, dass die Beklagte die Durchführbarkeit der Pläne der Schuldnerin für die Annahme der Fortführungsprognose nicht hinreichend geprüft hat. Der Kläger wird seiner **Darlegungslast** nicht gerecht, da er diese Behauptung aufstellt, ohne sich mit dem detaillierten Vortrag der Beklagten aus der Klageerwiderung zu dem Umfang ihrer Prüfungstätigkeit auseinanderzusetzen.

[31] Die nicht darlegungsbelastete Beklagte hat umfangreich ausgeführt, dass die im Jahr 2015 von der ...-Gruppe übernommene Schuldnerin eine Trendwende im Jahr 2017 und ein positives Ergebnis nach Steuern für das Jahr 2018 plante und mit welchen Maßnahmen dieses Ziel erreicht werden sollte. Der Kläger trägt dagegen nicht vor aufgrund welcher konkreten Umstände die Beklagte zu dem Ergebnis hätte kommen müssen, dass die Annahme der handelsrechtlichen Fortführungsprognose trotz der Planung der Schuldnerin nicht gerechtfertigt ist.

[32] Soweit der Kläger die Existenz der Patronatserklärung der ... vom 6.8.2015 in Abrede stellt, die nach dem Vortrag der Beklagten die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin sichern sollte bis diese wieder Gewinne erwirtschaftet, greift dies nicht durch, da der Kläger diese Patronatserklärung selbst in seinem Sachstandsbericht vom 23.5.2017 gegenüber dem Amtsgericht ... erwähnt. Die spätere Insolvenz der ...-Gruppe ist für den Beurteilungszeitpunkt der Beklagten am 23.9.2016 unerheblich.

[33] ee) Die Beklagte hätte **keine zusätzlichen Prüfungshandlungen** vornehmen müssen. Der entsprechende Vorwurf des Klägers erfolgt unter **Verkennung der Darlegungslast**. Denn der Kläger trägt nicht vor welche konkreten zusätzlichen Prüfungshandlungen die Beklagte hätte vornehmen müssen.

[34] d) Unbeschadet der fehlenden Pflichtverletzung der Beklagten kann der Senat auch keinen Insolvenzvertiefungsschaden feststellen. Der Kläger hat bereits nicht substantiiert dargelegt, dass die Schuldnerin zum 1.1.2016 zahlungsunfähig war.

[35] aa) Der Kläger beanstandet mit der Berufung, das Landgericht habe das vorgelegte Privatgutachten bzgl. einer Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin zum 1.1.2016 nicht ausreichen lassen, setzt sich aber mit den detaillierten Vorbehalten des erstinstanzlichen Urteils gegen das vorgelegte Privatgutachten nicht auseinander. Das Landgericht hat zutreffend festgestellt, dass aus der dem Privatgutachten zugrunde liegenden OPOS-Liste nicht erkennbar ist, welche der dort aufgeführten Verbindlichkeiten auf die in dem Privatgutachten aufgeführten Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen und welche auf Verbindlichkeiten gegenüber verbundenen Unternehmen entfallen sowie welche der Verbindlichkeiten aus der OPOS-Liste der Privatgutachter als zum 1.1.2016 fällig berücksichtigt hat. Des Weiteren hat das Landgericht zutreffend ausgeführt, dass bezüglich diverser Positionen aus der OPOS-Liste der Buchungstext vollständig fehlt, so dass nicht nachvollziehbar ist, um welche konkreten Verbindlichkeiten es sich handeln soll. Des Weiteren setzt sich der Kläger nicht mit der zutreffenden Beanstandung des Landgerichts auseinander, dass in der überreichten OPOS-Liste Verbindlichkeiten enthalten sind, die aus dem Jahr 1951 stammen sollen. Dieses Datum liegt vor der Aufnahme der Geschäftstätigkeit der Schuldnerin im Jahr 2008.

[36] bb) Eine Zahlungseinstellung durch die Schuldnerin zum 1.1.2016, die gem. § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO auf eine Zahlungsunfähigkeit schließen ließe, ist nicht ersichtlich. Der Kläger trägt zwar mit der Berufungsbegründung vor, dass die Schuldnerin im Jahr 2015 um Stundungen von Steuerschulden gebeten habe, legt aber nicht dar, dass diese tatsächlich nicht gezahlt wurden, nachdem das Finanzamt die Stundungen abgelehnt hat. Das Gleiche gilt für die vorgelegte Zahlungsaufforderung des Energieversorgers.

[37] 3. ...

[38] 4. Die Revision wird nicht zugelassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt sind.

[39] Der Rechtssache kommt weder grundsätzliche Bedeutung

zu, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Die streitige Rechtsfrage, ob der Insolvenzverwalter befugt ist, einen Insolvenzvertiefungsschaden im Rahmen eines Haftungsanspruchs gegen einen Wirtschaftsprüfer geltend zu machen, ist im vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich.

## Wirtschaftsprüferhaftung

- KapMuG-Verfahren
- Aussetzung
- Öffentliche Kapitalmarktinformation

(*OLG München, Beschl. v. 29.2.2024 – 17 W 1163/23e*)

### Leitsätze (der Redaktion)

1. § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG, nach der eine Aussetzung nur dann in Betracht kommt, wenn sich das Prozessgericht bereits die Überzeugung (§ 286 ZPO) gebildet hat, erfordert eine Auslegung dahingehend, dass es auf dort statthaft geltend gemachte Feststellungsziele für den Ausgang des Rechtsstreits konkret ankommen wird.
2. Es ist dem Rechtsuchenden nicht zuzumuten, dass sein individueller Rechtsstreit ausgesetzt wird und er unabhärbare Zeit auf das Ergebnis des oft jahrelang dauernden Musterverfahrens warten muss, obwohl nicht feststeht, dass es auf den Ausgang des Musterverfahrens in seinem Prozess tatsächlich ankommt.
3. Der Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers ist eine öffentliche Kapitalmarktinformation.

### Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin, eine Bank, nimmt die Beklagte, eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nach Verweisung durch das Landgericht Stuttgart an das zuständige Landgericht München I (Az. 28 O 5724/23) im Wege der Teilklage auf Schadensersatz in Höhe von EUR ... in Anspruch aus und im Zusammenhang mit den (Konzern-) Jahresabschlussprüfungen, die die Beklagte in den Jahren 2015 bis 2018 bei der W. AG (im Folgenden: W.) durchgeführt hat.

[2] Insgesamt sei der Klägerin ein Schaden in Höhe von insgesamt EUR ... entstanden, da sie in dieser Höhe wertlose Darlehensforderungen gegen die mittlerweile insolvente W. habe. Grundlage der geltend gemachten Ansprüche seien die schwerwiegend fehlerhaften Abschlussprüfungen der (Konzern-) Jahresabschlüsse der W. für die Jahre 2015 bis 2018, die

die Beklagte als Abschlussprüferin durchgeführt habe. Die Klägerin habe unter anderem auf Basis des (Konzern-) Jahresabschlusses 2015, der von der Beklagten mit einem uneingeschränkten Bestätigungsvermerk versehen wurde, die Kreditentscheidung getroffen, als Teil eines Bankenkonsortiums mit Kreditvertrag vom 15. Februar 2017 eine Kreditlinie in Höhe von EUR X Mio. zu gewähren. Auf Basis unter anderem der (Konzern-) Jahresabschlüsse von W. für die Jahre 2016 und 2017, die ebenfalls von der Beklagten geprüft und nicht beanstandet worden seien, habe die Klägerin sodann im Jahr 2018 die weitere Kreditentscheidung getroffen, die Kreditlinie von W. um einen Betrag von EUR X Mio. auf insgesamt EUR X Mio. zu erhöhen. Der diesbezügliche Kreditvertrag sei am 15. Juni 2018 unterzeichnet worden. Hätte die Beklagte als Abschlussprüferin die jeweiligen Abschlussprüfungen der (Konzern-) Jahresabschlüsse der W. für die Jahre 2015 bis 2018 nach den Maßstäben einer ordnungsmäßigen Abschlussprüfung durchgeführt, wäre publik geworden, dass die (Konzern-) Jahresabschlüsse von W. seit 2015 und später durch Scheinumsätze und fiktive Zahlungsmitteläquivalente, teilweise in Milliardenhöhe, künstlich aufgebläht worden waren. Der Schaden der Klägerin, den die Beklagte ersetzen müsse, liegt darin, dass die Klägerin am 15. Februar 2017 und am 15. Juni 2018 erheblich nachteilige Kreditverträge mit der W. geschlossen habe und die Klägerin aller Voraussicht nach in Millionenhöhe mit ihren Ansprüchen aus der Kreditgewährung ausfallen werde. Hätte die Beklagte die (Konzern-) Jahresabschlussprüfung 2015 hingegen ordnungsgemäß durchgeführt und sich nicht sehenden Auges über anerkannte Prüfmaßstäbe hinweggesetzt, hätte die Beklagte keinen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk erteilt und die Bilanzfälschungen bei W. wären bereits im Jahr 2016 aufgefliegen. Die Klägerin hätte W. dann unter keinen Umständen die erste Kreditlinie über EUR X Mio. und natürlich auch nicht die zweite Kreditlinie über insgesamt EUR X Mio. gewährt. Weiter wäre die Klägerin nicht — wie es jetzt geschehen sei — mit ihren Ansprüchen aus den Kreditverträgen in Höhe von insgesamt EUR ... ausgefallen, wobei aktuell nicht abzusehen sei, in welchem Umfang auf die diesbezüglichen Ansprüche der Klägerin eine Quotenaussschüttung in den W.-Insolvenzverfahren erfolgen werde.

**[3]** Der Klägerin stünden daher gegen die Beklagte Ansprüche wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB, aus einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte (§§ 675 Abs. 1, 631, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 328, 133, 157 BGB) sowie aufgrund einer Verletzung der Berichtspflicht (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 332 Abs. 1 Var. 3 HGB i. V. m. § 31 BGB analog) zu.

**[4]** Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Insbesondere hat die Kausalität zwischen der ihr von der Klägerin vorgeworfenen Pflichtverletzungen und der jeweiligen Kreditvergabeentscheidung in Abrede gestellt.

**[5]** Das Landgericht München I hat unter dem Aktenzeichen 3 OH 2767/22 KapMuG am 14.03.2022 einen Vorlagebeschluss gemäß § 6 KapMuG erlassen (veröffentlicht im Bundesanzeiger am 16.03.2022) und das Verfahren dem Bayerischen Obersten Landesgericht vorgelegt (dortiges Aktenzeichen 101 KAP 1/22).

**[6]** Das Erstgericht hat im hiesigen Verfahren nach Anhörung der Parteien mit Beschluss vom 07.09.2023 den Rechtsstreit im Hinblick auf das anhängige Kapitalanleger-Musterverfahren ausgesetzt. Zur Begründung führte es aus, die Voraussetzungen für eine Aussetzung nach § 8 Abs. 1 KapMuG lägen vor. Die vorliegende Klage sei schlüssig und enthalte zum bestrittenen Sachvortrag zulässige Beweisangebote. Die Entscheidung über sie hänge jedenfalls von den (im Vorlagebeschluss) geltend gemachten Feststellungszielen unter Ziffer A.I. zur Unrichtigkeit der Geschäftsberichte der W. ab. Ob die Vorlagevoraussetzungen der §§ 1 ff. KapMuG vorlägen, sei im Aussetzungsverfahren gem. § 8 KapMuG nicht zu prüfen. Angesichts des eindeutigen Wortlauts von § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG, der die Aussetzung allein davon abhängig mache, dass die Entscheidung des Rechtsstreits von den geltend gemachten Feststellungszielen abhängige, und sie in diesem Fall zwingend vorschreibe, sei eine teleologische Reduktion auf Kapitalanleger nicht angezeigt, zumal es nicht sachgerecht sei, neben dem Musterverfahren dieselben Feststellungsziele in Einzelverfahren zu klären. Was die Unrichtigkeit der Geschäftsberichte der W. anbelange, sei der vorliegende Sachverhalt auch gleich dem des Musterverfahrens.

**[7]** Der Beschluss wurde der Klägerin am 11.09.2023 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 20.09.2023, eingegangen bei Gericht am selben Tag, legte die Klägerin sofortige Beschwerde gegen den Aussetzungsbeschluss ein. Sie begehrt die Aufhebung des Beschlusses und die Fortführung des Verfahrens. Sie ist der Auffassung, vorliegend komme eine Aussetzung nach § 8 Abs. 1 KapMuG nicht in Betracht, da der Anwendungsbeereich des KapMuG nicht eröffnet sei.

**[8]** Eine Aussetzung nach § 8 Abs. 1 KapMuG setze voraus, dass die geltend gemachten Klageansprüche überhaupt Gegenstand des Musterverfahrens sein können. Die fehlerhaften Bestätigungsvermerke der Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit seien keine Kapitalmarktinformation i. S. d. § 1 Abs. 2 S. 1 KapMuG, geltend gemacht würden auch keine Schadensersatzansprüche wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation, schließlich sei die Klägerin kein Kapitalanleger i. S. d. KapMuG, sondern ein Kreditgeber. Der geltend gemacht Anspruch unterfalle nicht dem Schutzzweck des KapMuG, es fehle zudem an einem vergleichbaren Lebenssachverhalt und der effektive Rechtsschutz der Klägerin werde durch die Aussetzung verletzt.

[9] Das Erstgericht half der Beschwerde mit Beschluss vom 22.09.2023 nicht ab.

#### Aus den Gründen:

[10] Die zulässige Beschwerde ist in der Sache unbegründet.

[11] I. Die Beschwerde ist zulässig.

[12] 1. Die Beschwerde ist statthaft, §§ 252, 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Dies gilt auch für die Anfechtung der Aussetzungsentscheidung nach § 8 KapMuG (vgl. BT-Drs. 17/8799, S. 21: „Der ausdrückliche Ausschluss der Anfechtbarkeit im bisherigen § 7 Absatz 1 Satz 4 entfällt. Folglich findet künftig gegen die Aussetzungsentscheidung gemäß § 252 ZPO die sofortige Beschwerde statt. Den Parteien des Ausgangsverfahrens soll nicht zugemutet werden, aufgrund eines fehlerhaften Aussetzungsbeschlusses möglicherweise jahrelang auf den Abschluss des Musterverfahrens warten zu müssen, bevor ihr Ausgangsverfahren fortgesetzt werden kann“; BGH, Beschluss vom 30. April 2019 – XI ZB 1/17 –, BGHZ 222, 27-32, Rn. 15; Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 35. Auflage 2024, § 252 ZPO, Rn. 4).

[13] 2. Die Beschwerde wurde auch formgerecht und innerhalb der Frist des § 569 Abs. 1 ZPO erhoben.

[14] II. Die Beschwerde ist unbegründet.

[15] Im Rahmen der Prüfung der Aussetzung ist zu prüfen, ob die Vorlagevoraussetzungen der §§ 1 ff KapMuG auch für das jeweilige von der Aussetzungsentscheidung nach § 8 Abs. 1 KapMuG betroffene Verfahren vorliegen (dazu unter 1.). Der Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers ist eine öffentliche Kapitalmarktinformation (dazu unter 2.). Der persönliche Anwendungsbereich der KapMuG ist im Hinblick auf die Klägerin eröffnet (dazu unter 3.). Die Beklagte ist auch taugliche Anspruchsgegnerin eines KapMuG-Verfahrens (dazu unter 4.). Der Schutzzweck des KapMuG ist einschlägig (dazu unter 5.). Das vorliegende Verfahren sowie die dem Vorlagebeschluss vom 14.03.2022 zugrunde liegenden Verfahren sind auch „gleichgerichtet“ i. S. d. § 4 Abs. 1 KapMuG (dazu unter 6.). Der Aussetzung steht auch nicht der Gedanke des effektiven Rechtsschutzes entgegen (dazu unter 7.). Die Aussetzungsentscheidung stellt sich nicht deshalb als fehlerhaft dar, weil der Rechtsstreit - ohne dass es auf die Frage der Unrichtigkeit der Jahresabschlüsse - und damit des Bestätigungsvermerks ankommt - bereits entscheidungsreif wäre (dazu unter 8.).

[16] 1. Im Rahmen der Prüfung der Aussetzung ist zu prüfen, ob die **Vorlagevoraussetzungen der §§ 1 ff KapMuG auch für das jeweilige von der Aussetzungsentscheidung nach § 8 Abs. 1 KapMuG betroffene Verfahren** vorliegen.

[17] Dies ist in der **obergerichtlichen Rechtsprechung allerdings umstritten**.

[18] a. **Der 8. Zivilsenat des OLG München** (und ihm folgend der **13. Zivilsenat**, Az. 13 U 9056/21 - juris) ist der Auffassung, dass die Frage, ob die **Vorlagevoraussetzungen der §§ 1 ff. KapMuG vorliegen, im Aussetzungsverfahren gem. § 8 KapMuG nicht zu prüfen sei** (OLG München, Beschluss vom 6. Mai 2022 – 8 U 5530/21 –, Rn. 52, juris). Die OLG-Senate beziehen sich dabei auf die Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH, wonach es der Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) nicht gebiete, dass das Prozessgericht von der Aussetzung des Verfahrens Abstand nimmt, wenn ein Gericht das Musterverfahren für unzulässig hält. Die Entscheidung über die Aussetzung stehe nicht im Ermessen des Prozessgerichts, sondern hänge ausschließlich von den in § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG genannten Voraussetzungen ab und sei bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Feststellungsziele möglich (BGH, Beschluss vom 16. Juni 2020 – II ZB 30/19 –, Rn. 20, juris; die Entscheidung betraf allerdings die Frage, ob die Aussetzung dann zu unterbleiben hat, wenn ein Gericht das Musterverfahren für unzulässig hält, und nicht die hier zu entscheidende Konstellation, ob das Prozessgericht zu prüfen hat, ob das auszusetzende Verfahren für sich betrachtet musterfeststellungsfähig ist).

[19] Nach Auffassung der OLG-Senate habe der **Gesetzgeber trotz der Neuregelung der nunmehrigen Anfechtbarkeit des Aussetzungsbeschlusses in § 8 KapMuG n.F. an der Unanfechtbarkeit und Bindungswirkung des Vorlagebeschlusses in § 6 KapMuG n.F. festgehalten, obwohl der BGH diesbezüglich bereits vorher entschieden habe, dass die Bindungswirkung des Vorlagebeschlusses für das Oberlandesgericht entfallen solle, wenn der geltend gemachte Anspruch schon nicht Gegenstand eines Musterverfahrens sein könne** (z.B. BGH, Beschluss vom 26. Juli 2011 - II ZB 11/10, zu § 4 KapMuG a.F.). Da der Gesetzgeber somit in Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an der Unanfechtbarkeit und Bindungswirkung des Vorlagebeschlusses festgehalten habe, könne **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. Es würde auch keinen Sinn machen, dass ggf. Hunderte von „Prozessgerichten“ in Hunderten von Einzelverfahren jeweils im Aussetzungsverfahren gem. § 8 KapMuG prüfen und entscheiden müssten, ob die Vorlagevoraussetzungen der §§ 1 ff. KapMuG vorlägen mit der Folge, dass diese Vorfrage ggf. in allen divergierenden, hunderten Einzelentscheidungen durch Rechtsbeschwerde zum BGH geklärt werden müsste. Diese Prüfung habe vielmehr gebündelt ausschließlich im Musterverfahren zu erfolgen.

**[20] b. Der XI. Zivilsenat des BGH** (Beschluss vom 30. April 2019 – XI ZB 1/17 –, BGHZ 222, 27-32, Rn. 15) hat dagegen entschieden, dass im Zuge der Novellierung des KapMuG der Gesetzgeber vor dem Hintergrund der Senatsrechtsprechung zur Anfechtbarkeit eines Aussetzungsbeschlusses nach § 7 Abs. 1 KapMuG aF (vgl. Beschlüsse vom 16. Juni 2009 - XI ZB 33/08, WM 2009, 1359 Rn. 8 ff., vom 8. September 2009 - XI ZB 4/09, juris Rn. 5, vom 30. November 2010 - XI ZB 23/10, WM 2011, 110 Rn. 10, vom 17. Mai 2011 - XI ZB 2/11, juris Rn. 8 und vom 11. September 2012 - XI ZB 32/11, WM 2012, 2146 Rn. 13) den vormals in § 7 Abs. 1 Satz 4 KapMuG aF normierten Anfechtungsausschluss aufgehoben hat, so dass die **Aussetzungsentscheidung des erstinstanzlichen Prozessgerichts nunmehr gemäß §§ 252, 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO der sofortigen Beschwerde unterliege** (vgl. BT-Drucks. 17/8799, S. 21). **Mit ihr könne auch geltend gemacht werden, dass das ausgesetzte Verfahren nicht in den Anwendungsbereich des KapMuG falle** [Hervorhebung nur hier] (Beschlüsse vom 8. April 2014 - XI ZB 40/11, WM 2014, 992 Rn. 23 und vom 30. April 2019 - XI ZB 13/18, XI ZB 14/18, XI ZB 15/18, n.n.v.; vgl. zu § 7 Abs. 1 Satz 1 KapMuG aF bereits Beschlüsse vom 16. Juni 2009 - XI ZB 33/08, WM 2009, 1359 Rn. 7 und vom 30. November 2010 - XI ZB 23/10, WM 2011, 110 Rn. 10; ebenso Anders/Gehle/Vogt-Beheim, 82. Aufl. 2024, KapMuG § 8 Rn. 1).

**[21] c. Der II. Zivilsenat des BGH** (Beschluss vom 16. Juni 2020 – II ZB 10/19 –, Rn. 21 - 22, juris) hat entschieden, dass das **Prozessgericht das Verfahren nach § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Feststellungsziele im Musterverfahren aussetzt, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits von den geltend gemachten Feststellungszielen abhängt**. Feststellungsziel sei das auf die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens einer anspruchsbegründenden oder anspruchsausschließenden Voraussetzung oder die Klärung einer Rechtsfrage gerichtete Begehren (§ 2 Abs. 1 Satz 1 KapMuG). Jedes Feststellungsziel bilde ein gesondertes Rechtsschutzbegehren und mithin einen eigenständigen Streitgegenstand des Musterverfahrens (BGH, Beschluss vom 19. September 2017 - XI ZB 17/15, BGHZ 216, 37 Rn. 32). Die Abhängigkeit der Entscheidung müsse sich auf die im Musterverfahren statthaften Feststellungsziele beziehen. Nach der Rechtsprechung des BGH würden Rechtsstreitigkeiten, in denen kein Musterfeststellungsantrag nach § 2 KapMuG gestellt werden könne, von § 8 Abs. 1 KapMuG von vornherein nicht erfasst (BGH, Beschluss vom 16. Juni 2020 – II ZB 10/19 –, Rn. 21 - 22, juris; Beschluss vom 16. Juni 2009 - XI ZB 33/08, ZIP 2009, 1393 Rn. 10 zu § 7 Abs. 1 KapMuG aF; Beschluss vom 8. April 2014 - XI ZB 40/11, ZIP 2014, 1045 Rn. 19, 22; Beschluss vom 2. Dezember 2014 - XI ZB 17/13, ZIP 2015, 245 Rn. 11; Beschluss vom 5. November 2015 - III ZB 69/14, BGHZ 207, 306 Rn. 16; Beschluss vom 30. April 2019 - XI ZB 13/18, BGHZ 222, 15 Rn. 33).

**[22] d. Der erkennende Senat schließt sich der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH an**. Aus der oben zitierten Rechtsprechung des II. Zivilsenats geht nach Auffassung des Beschwerdegerichts nicht klar hervor, ob die Prüfung der Voraussetzungen der §§ 1 ff. KapMuG - und damit die Frage, ob das auszusetzende Verfahren überhaupt in den Anwendungsbereich des KapMuG fällt - im Rahmen der Beschwerde gegen die Aussetzungsentscheidung erfolgen soll. Die Gegenargumente des 8. Zivilsenats des OLG München überzeugen nicht. Insbesondere der verfassungsrechtliche Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes gebietet es, vor der Aussetzung zu prüfen, ob der Rechtsstreit des anhängigen Verfahrens den Voraussetzungen der §§ 1 ff. KapMuG unterfällt. Denn ein Rechtsstreit, in dem der Musterverfahrensantrag als nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 KapMuG unzulässig verworfen werden müsste, kann nicht durch Aussetzung nach § 8 Abs. 1 S. 1 KapMuG musterverfahrensfähig werden (Anders/Gehle/Vogt-Beheim, 82. Aufl. 2024, KapMuG § 8 Rn. 1).

**[23] Die aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Rechtsschutzgarantie** gewährleistet in zivilrechtlichen Streitigkeiten nicht nur, dass überhaupt ein Rechtsweg zu den Gerichten offensteht. Sie garantiert vielmehr auch die Effektivität des Rechtsschutzes (vgl. auch Art. 6 Abs. 1 EMRK). Schränkt der Gesetzgeber im Rahmen der ihm obliegenden normativen Ausgestaltungsbefugnis die Rechtsschutzgewährung durch die Gerichte ein, müssen solche Einschränkungen mit den Belangen einer rechtsstaatlichen Verfahrensordnung vereinbar sein und dürfen den einzelnen Rechtsuchenden nicht unverhältnismäßig belasten. Darin findet die Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers zugleich ihre Grenze. Der Rechtsweg darf danach nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden (vgl. BVerfGE 88, 118, 123 ff.; 93, 99, 107 f.).

**[24] Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben erfordern eine Auslegung des § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG, nach der eine Aussetzung nur dann in Betracht kommt, wenn sich das Prozessgericht bereits die Überzeugung (§ 286 ZPO) gebildet hat, dass es auf dort statthaft geltend gemachte Feststellungsziele für den Ausgang des Rechtsstreits konkret ankommen wird. Es ist dem Rechtsuchenden nicht zuzumuten, dass sein individueller Rechtsstreit ausgesetzt wird und er unabsehbare Zeit auf das Ergebnis des oft jahrelang dauernden Musterverfahrens warten muss, obwohl nicht feststeht, dass es auf den Ausgang des Musterverfahrens in seinem Prozess tatsächlich ankommt**. Neben der reinen Verzögerung kann er erhebliche Rechtsnachteile in der Beweisführung dadurch erleiden, dass Zeugen verstorben sind oder sich wegen des Zeitablaufs nicht mehr genau an den Sachverhalt erinnern können. Ferner ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, eine Partei an den Kosten eines Musterverfahrens anteilig zu beteiligen (vgl. § 24 KapMuG), das für ihren

Rechtsstreit nicht entscheidungserheblich ist (BGH Beschl. v. 30.4.2019 – XI ZB 13/18, BeckRS 2019, 17221 Rn. 27-29, beck-online).

[25] Im Übrigen führt die Feststellung der Voraussetzungen der §§ 1 ff. KapMuG auch im **Aussetzungsverfahren** ggf. zu einem **erhöhten Prüfungsaufwand**. Entgegen der Auffassung des 8. Zivilsenats wird dadurch aber nicht der mit der Bündelung der Verfahren im Musterverfahren angestrebte Zweck unterlaufen. Denn steht im Aussetzungsverfahren fest, dass das ausgesetzte Verfahren in den Anwendungsbereich der §§ 1 ff. KapMuG fällt, wird die Aussetzung regelmäßig erfolgen müssen (vgl. Vorwerk/Wolf KapMuG/Fullenkamp, 2. Aufl. 2020, KapMuG § 8 Rn. 2).

[26] 2. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist der **Bestätigungsvermerk** des Abschlussprüfers eine öffentliche Kapitalmarktinformation.

[27] a. Die **Rechtsprechung** - soweit ersichtlich existiert dazu bislang keine Entscheidung des BGH - ist **unterschiedlicher Auffassung**.

[28] (1) Nach Auffassung des **OLG Stuttgart** werden Bestätigungsvermerke von der allgemeinen Begriffsdefinition der "öffentlichen Kapitalmarktinformation" erfasst. Das OLG Stuttgart (z. B. Beschluss vom 29. Juni 2021 – 12 AR 11/21 –, Rn. 19, juris) führt aus, in Abgrenzung zum Prüfbericht gemäß § 321 HGB, dessen Adressat der Aufsichtsrat, ggf. der Vorstand oder die Hauptversammlung sei, **richteten sich Bestätigungsvermerke gemäß § 322 HGB an die Öffentlichkeit und damit an einen Personenkreis, dem der Prüfbericht in der Regel nicht zugänglich sei** (Störk/Philipps, Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Auflage, § 322 HGB, Rn. 8). Sie gehörten zu den in § 325 Abs. 1 HGB abschließend aufgeführten, offenlegungspflichtigen und zum Bundesanzeiger einzureichenden Unterlagen (Störk/Philipps, Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Auflage, § 325 HGB, Rn. 6). Die Bedeutung des Abschlussvermerks, auch für die Öffentlichkeit, zeige sich ferner daran, dass ein prüfungspflichtiger, aber nicht geprüfter Jahresabschluss gemäß § 316 Abs. 1 Satz 2 HGB nicht festgestellt werden könne. Die Art des erteilten Vermerks über die Prüfung (uneingeschränkter bzw. eingeschränkter Bestätigungsvermerk, Versagungsvermerk) sei für die rechtswirksame Feststellung des Jahresabschlusses hingegen grundsätzlich ohne Bedeutung (Störk/Philipps, Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Auflage, § 316 HGB, Rn. 10). Zudem ergebe sich die Wichtigkeit des Abschlussvermerks für die Öffentlichkeit auch daraus, dass ein festgestellter, der Prüfungspflicht von § 316 Abs. 1 Satz 1 HGB unterliegender Jahresabschluss gemäß § 256 Abs. 1 Nr. 2 AktG nichtig sei, sofern er nicht nach §§ 316 ff. HGB geprüft worden sei (Störk/Philipps, Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Auflage, § 316 HGB, Rn. 11). Schließlich folge die Bedeutung

des Bestätigungsvermerks auch aus der Regelung des § 114 Abs. 2 Nr. 1 a und b WpHG für kapitalmarktorientierte Unternehmen. Die Formulierung „geprüfter“ Jahresabschluss spreche dafür, dass der Jahresabschluss einschließlich des Bestätigungsvermerks veröffentlicht werden müsse, obwohl der Bestätigungsvermerk nicht Teil des Jahresabschlusses sei (Becker in Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage 2020, § 114 WpHG Rn. 22; Heidelbach/Doleczik in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Auflage, § 37 WpHG Rn. 30).

[29] (2) Nach der **bisherigen Rechtsprechung des OLG München** (vgl. u. a. Beschluss vom 20. Mai 2022 – 13 U 9056/21 –, Rn. 15 - 18, juris; Beschluss vom 19. September 2022 – 8 U 8302/21 –, Rn. 66, juris) stellen **Bestätigungsvermerke öffentliche Kapitalmarktinformationen im Sinne des § 1 Abs. 2 KapMuG** dar. Öffentliche Kapitalmarktinformationen seien gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KapMuG Informationen über Tatsachen, Umstände, Kennzahlen und sonstige Unternehmensdaten, die für eine Vielzahl von Kapitalanlegern bestimmt sind und einen Emittenten von Wertpapieren oder einen Anbieter von sonstigen Vermögensanlagen betreffen. Die Aufzählung in § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis 6 KapMuG sei nicht abschließend (Vorwerk/Wolf, KapMuG/Radtke-Rieger, 2. Aufl. 2020, KapMuG § 1 Rn. 32).

[30] Der **Bestätigungsvermerk** des Abschlussprüfers sei selbst eine **öffentliche Kapitalmarktinformation**. Der bestätigte Jahresabschluss sei in **§ 1 Abs. 2 Nr. 5 KapMuG als Beispiel hierfür ausdrücklich genannt**. Der Bestätigungsvermerk sei zwar nicht Teil des Jahresabschlusses, jedoch sei er hierauf bezogen und enthalte die Information, dass der durch das Unternehmen erstellte Jahresabschluss von einem Abschlussprüfer nach den hierfür geltenden Regeln mit dem sich aus dem Bestätigungsvermerk ergebenden Ergebnis geprüft worden sei. Zwar möge die Frage, ob ein Bestätigungsvermerk zu erteilen sei, von Bewertungen des Abschlussprüfers abhängen. Wenn ein uneingeschränkter Bestätigungsvermerk erteilt worden sei, beinhaltet dies im Sinne der Definition des § 1 Abs. 2 Satz 1 KapMuG die Information über die Tatsache, dass die Abschlussprüfung beanstandungsfrei durchgeführt worden sei. Dass die Abschlussprüfung keine Garantie dafür biete, dass eine in Übereinstimmung mit § 317 HGB und unter Beachtung der vom IDW festgestellten deutschen Grundsätze ordnungsgemäßer Abschlussprüfung durchgeführte Prüfung eine wesentliche falsche Darstellung stets aufdecke, sondern die Zielsetzung der Abschlussprüfung lediglich eine hinreichende diesbezügliche Sicherheit sei, ändere hieran nichts. Es treffe nicht zu, dass sich der Aussagegehalt des Bestätigungsvermerks in der eindeutig nicht das Tatbestandsmerkmal der Unternehmensdaten erfüllenden Einschätzung des Abschlussprüfers erschöpfe. Vielmehr seien die Unternehmensdaten in den Jah-

resabschlüssen enthalten und der uneingeschränkte Prüfvermerk enthalte die Tatsachenbehauptung, dass diese Unternehmensdaten im gesetzlich vorgegebenen – nicht auf absolute Sicherheit ausgelegten – Rahmen geprüft worden und – nach Einschätzung des Prüfers – nicht zu beanstanden seien.

**[31]** Das Testat sei auch **für eine Vielzahl von Kapitalanlegern bestimmt**. Mit seinem Testat bestätige der Abschlussprüfer als „Garant der öffentlichen Rechnungslegung gegenüber der Allgemeinheit“, dass der Abschluss mit den Rechnungslegungsvorschriften und den gesellschaftsvertraglichen Vorschriften übereinstimme (BeckOGK/Bormann, 15.11.2020, HGB § 316 Rn. 5). Der Abschlussprüfer nehme eine öffentliche Funktion wahr, da es im öffentlichen Interesse liege, dass die Rechnungslegung unter Beachtung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens vermittele (BGH, Urteil vom 10. Dezember 2009 – VII ZR 42/08 –, BGHZ 183, 323-340, Rn. 29; Röhl/Hidding, WM 2021, 1729, 1730).

**[32]** (3) Dagegen sieht **das LG Hamburg** (Beschluss vom 26. August 2022 – 313 O 182/20 –, Rn. 4, juris) in Bestätigungsvermerken **keine öffentlichen Kapitalmarktinformationen** i.S.v. § 1 Abs. 1, Abs. 2 KapMuG. Die Bestätigungsvermerke könnten unter Beachtung der allgemeinen Auslegungsgrundsätze nicht unter die Regelbeispiele für öffentliche Kapitalmarktinformationen § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 5 KapMuG subsumiert werden, da dort nur die Jahresabschlüsse bzw. Lageberichte der Gesellschaften selbst erfasst seien. Das Gericht gehe ferner auch nicht davon aus, dass die Bestätigungsvermerke der Abschlussprüferin als sonstige – nicht in den Regelbeispielen nach § 1 Abs. 2 S. 2 KapMuG ausdrücklich aufgeführte – öffentliche Kapitalmarktinformationen einzuordnen seien. Bei den Bestätigungsvermerken handele es sich nicht um ein sonstiges Unternehmensdatum i.S.v. § 1 Abs. 2 S. 1 KapMuG, sondern um eine subjektive Bewertung eines externen Dritten, die nicht unter den Begriff des Unternehmensdatums subsumiert werden könne. In der Literatur werde ausführlich dargelegt, dass ein abweichendes Verständnis nach den von den Gerichten zu beachtenden Auslegungs- und Argumentationsgrundsätzen eine unzulässige, den Willen des Gesetzgebers nicht beachtende Ausdehnung der Normen des KapMuG bedeute.

**[33]** 1. Auch in der **Literatur** existieren dazu **verschiedene Auffassungen**.

**[34]** (1) Nach **Foerster (ZIP 2022, 1683, 1692)** werde der Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers zum Jahres- oder zum Konzernabschluss gem. § 322 Abs. 1 HGB vom musterhaften Regelbeispiel in § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 KapMuG, jedenfalls aber von der Legaldefinition in § 1 Abs. 2 Satz 1 KapMuG als

öffentliche Kapitalmarktinformation eingeordnet. Für die Subsumtion unter das Regelbeispiel spreche, dass der Gesetzgeber inhaltlich die Rechnungslegung des Emittenten erfasse, zu der der Vermerk des Abschlussprüfers zähle. In jedem Fall sei der Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers aber eine Information über Tatsachen, Umstände, Kennzahlen und sonstige Unternehmensdaten, die für eine Vielzahl von Kapitalanlegern bestimmt seien und einen Emittenten von Wertpapieren oder einen Anbieter von sonstigen Vermögensanlagen betreffen. Eine Information seien sowohl der Vermerk als auch sein Inhalt, weil beides – Vermerk und Inhalt – Tatsachen, Umstände, Ereignisse und Unternehmensinformationen seien, die durch die Offenlegung des Vermerks gem. § 325 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB vermittelt würden. Beide Informationen stünden auch in Zusammenhang mit dem das Unternehmen betreibenden Emittenten und betreffen diesen daher. Auch seien sie mit der Öffentlichkeit für eine Vielzahl von Kapitalanlegern bestimmt. Die Formulierung „Tatsachen, Umstände und sonstige Unternehmensdaten“ sei demgegenüber keine Einschränkung, da der Gesetzgeber insoweit lediglich partiell erläutere, worum es sich bei einer Information handele. Schließlich handele es sich bei Vermerk und Inhalt um Tatsachen und Umstände. Beide Kriterien würden nicht durch den am Ende der Aufzählung stehenden Begriff der sonstigen Unternehmensdaten eingeschränkt. Selbst wenn man aber auch noch davon ausgehe, handele es sich bei dem gem. § 325 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB offenzulegenden und gem. § 318 HGB vom Unternehmen beauftragten Vermerk um ein Unternehmensdatum.

**[35]** (2) Demgegenüber hält **Knops (BKR 2022, 366)** den Bestätigungsvermerk nicht für ein Unternehmensdatum. Testate bzw. Bestätigungsvermerke eines Wirtschaftsprüfers seien Werturteile über die Daten des Unternehmens, nicht aber die Unternehmensdaten selbst. Gemäß § 316 HGB sei der Jahresabschluss und der Lagebericht von Kapitalgesellschaften (Abs. 1) bzw. der Konzernabschluss und der Konzernlagebericht von Kapitalgesellschaften (Abs. 2) zu prüfen, wobei hinsichtlich der Abschlussprüfung der W. als Unternehmen von öffentlichem Interesse § 316a HGB gelte. Gegenstand und Umfang der Prüfung seien – wie § 317 HGB unmissverständlich vorschreibe – die für den Wirtschaftsprüfer fremden Daten des Unternehmens. Das Ergebnis dieser umfassenden Prüfung bilde den Bestätigungsvermerk gemäß § 322 Abs. 1 S. 1 HGB u. a. unter Beschreibung des Gegenstandes und Art und Umfang der Prüfung. Gleiches gelte für den Bestätigungsvermerk nach § 313 AktG, auch hinsichtlich des dort in Abs. 3 S. 2 vorgeschriebenen sog. Formaltestates.

**[36]** (3) Auch **Möllers (BKR 2022, 339)** kommt zu dem Ergebnis, dass der Bestätigungsvermerk des Wirtschaftsprüfers nicht als öffentliche Kapitalmarktinformation gem. § 1 Abs. 2 S. 1 KapMuG eingeordnet werden könne, weil es als unterneh-

mensexterne Information eines Dritten kein unternehmensinternes Datum darstelle. Auch mit Hilfe der Konkretisierung der öffentlichen Kapitalmarktinformation als unbestimmter Rechtsbegriff werde dieses Ergebnis bestätigt, weil ein Fallgruppenvergleich und die bisherigen Vergleichsfälle nur unternehmensinterne Daten als Unternehmensdatum im Sinne einer öffentlichen Kapitalmarktinformation ansähen. Das seien solche, die von dem Unternehmen als Informationsmonopolisten stammten, für die Hintermänner Verantwortung zeichneten oder mit denen Anlageberater oder -vermittler werben würden. Wenn Dritte ex post über unternehmensinterne Daten eine Bewertung abgäben, bildeten solche unternehmensexternen Informationen dagegen kein Unternehmensdatum. Eine Rechtsfortbildung sei abzulehnen, weil schon das Haftungssystem nicht erweitert werden sollte. Der Experimentiercharakter des KapMuG und die jüngste Novelle durch das FISG verdeutlichen, dass sich der Gesetzgeber eine solche Erweiterung ausdrücklich selbst vorbehalten möchte. Da der Bestätigungsvermerk selbst keine öffentliche Kapitalmarktinformation darstelle, könne die Überprüfung seiner Richtigkeit oder Unrichtigkeit nicht Gegenstand eines KapMuG-Verfahrens sein.

[37] c. Unabhängig davon, ob das Argument, der Bestätigungsvermerk des Wirtschaftsprüfers sei vergleichbar mit der Gruppe der Marktteilnehmer wie Journalisten, Finanzanalysten, Ratingagenturen oder der BaFin als Aufsichtsbehörde, deshalb handele es sich bei dem Bestätigungsvermerk um ein externes Unternehmensdatum, im Hinblick auf die unterschiedlichen Prüfungsmöglichkeiten und Prüfpflichten (vgl. § 317 HGB) überhaupt tragfähig ist, kommt es darauf nicht an.

[38] **Nach Auffassung des erkennenden Senats ist der Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers eine öffentliche Kapitalmarktinformation.**

[39] Der **Gesetzgeber** hat bei der Neufassung des § 1 KapMuG im Jahr 2012 zur **Begründung** ausgeführt:

[40] *„Neben dem bisherigen Tatbestand in Absatz 1 Nummer 1 tritt daher nun Absatz 1 Nummer 2 – neu –. Danach können auch solche Prozesse in einem Musterverfahren gebündelt werden, in denen der Schadensersatzanspruch auf die Verwendung einer falschen oder irreführenden öffentlichen Kapitalmarktinformation oder die Unterlassung der gebotenen Aufklärung darüber, dass eine öffentliche Kapitalmarktinformation falsch oder irreführend ist, gestützt wird. Der Schadensersatzanspruch muss folglich nicht unmittelbar auf einer fehlerhaften, irreführenden oder unterlassenen öffentlichen Kapitalmarktinformation beruhen, um musterverfahrensfähig zu sein. Somit können zukünftig auch Klagen, die auf einen vertraglichen Anspruch, etwa wegen fehlerhafter Anlageberatung oder -vermittlung, oder einen Anspruch aus § 241 Absatz 2, § 311 Absatz 2 und 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs*

*(BGB) gestützt werden, musterverfahrensfähig sein. Erfasst werden insbesondere die Fälle der sogenannten uneigentlichen Prospekthaftung (oder Prospekthaftung im weiteren Sinn), in denen sich die Haftung aus der Verwendung eines fehlerhaften Prospektes im Zusammenhang mit einer Beratung oder einer Vermittlung ergibt. Klagen aufgrund von Prospekthaftung im engeren und im weiteren Sinn – gegen Emittenten, Anbieter oder Zielgesellschaften einerseits und gegen Anlageberater und -vermittler andererseits – können also künftig in einem Musterverfahren zusammengefasst werden. Es bleibt aber festzuhalten, dass der Anwendungsbereich in diesen Fällen nur dann eröffnet ist, wenn ein Bezug zu einer öffentlichen Kapitalmarktinformation besteht.*

[41] *Der Beispielskatalog in Absatz 2 Satz 2 ist an das mittlerweile geltende Kapitalmarktrecht und an den Entwurf eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts (Bundestagsdrucksache 17/6051) angepasst worden“* (BT-Drs. 17/8799, S. 16f).

[42] Nach § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 5 KapMuG umfasst der Begriff der öffentlichen Kapitalmarktinformation insbesondere Angaben in Jahresabschlüssen, Lageberichten, Konzernabschlüssen, Konzernlageberichten sowie Halbjahresfinanzberichten des Emittenten. Wie insoweit zutreffend Möllers (aaO.) ausführt, hat der Gesetzgeber mit dem Begriff „insbesondere“ zum Ausdruck gebracht hat, dass die **Regelbeispiele nicht abschließend** sind (s.a. BT-Drs. 15/5091, S. 21).

[43] Wenn man davon ausgeht, dass der Gesetzgeber den Katalog der Kapitalmarktinformationen auch an die Regelung des VermAnlG angepasst haben wollte, ist auch die dortige Regelung für die Frage, ob der Bestätigungsvermerk unter die Kapitalmarktinformation zu subsumieren ist, zu berücksichtigen. Im Abschnitt 3 des VermAnlG ist neben den Jahresabschlüssen und Lageberichten (§ 23) auch Bestätigungsvermerk des Wirtschaftsprüfers genannt (§ 25). Das legt nahe, dass der Gesetzgeber - der die Regelungen insoweit aneinander anpassen wollte - auch den Bestätigungsvermerk als Kapitalmarktinformation ansah, auch wenn dieser in § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 5 KapMuG nicht ausdrücklich erwähnt ist. Damit umfasst der Begriff der Kapitalmarktinformation auch den Bestätigungsvermerk (s. a. § 23 Abs. 2 Nr. 4 VermAnlG, wonach der Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers Bestandteil des Jahresberichts ist).

[44] d. Insoweit kommt es nicht mehr darauf an, inwieweit der Bestätigungsvermerk überhaupt ein (gesondertes) Feststellungsziel des streitgegenständlichen KapMuG-Verfahrens ist, oder nur die Unrichtigkeit der Geschäftsabschlüsse (vgl. OLG München, Beschluss vom 19. September 2022 – 8 U 8302/21 –, Rn. 63, juris).

[45] e. Nicht nachvollzogen werden kann die Auffassung der Klägerin, vorliegend im streitgegenständlichen Verfahren würden keine Schadensersatzansprüche „wegen falscher [...] öffentlicher Kapitalmarktinformation“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 KapMuG) geltend gemacht. Nach den vorgenannten Ausführungen handelt es sich nach Auffassung des Senats bei dem Bestätigungsvermerk um eine solche Information. Die Klägerin stützt ihre Ansprüche gerade darauf, dass die Bestätigungsvermerke der Beklagten unrichtig gewesen seien, weil sie ihrer Auffassung nach gar nicht hätten erteilt werden dürfen.

[46] 3. Der **persönliche Anwendungsbereich der KapMuG** ist im Hinblick auf die Klägerin ebenfalls eröffnet.

[47] a. **Weder der Wortlaut des Gesetzes noch die Begründung des Gesetzgebers enthalten einen Hinweis darauf, dass Voraussetzung für die Anwendung des § 1 KapMuG (und gleichlautend des § 32b ZPO) wären, dass der Kläger „Kapitalanleger“ ist.**

[48] b. Dies sieht im übrigen auch Großerichter so (in: Wiczorek/Schütze, ZPO, 5. Auflage, § 1 KapMuG, Rn. 63). Gleichwohl kommt er zu dem Ergebnis, schon aus dem Namen des Gesetzes gehe hervor, dass es die Bündelung der Ansprüche von Kapitalanlegern ermöglichen solle; auf diese Gruppe seien auch die inhaltlich tragenden Erwägungen zugeschnitten, wonach eine - gerade bei einer häufig geringen Schadenssumme des einzelnen Anlegers - kostenrisikoadäquate Rechtsverfolgung ermöglicht werden soll. Gerade die in diesem Zusammenhang betonte ordnungspolitische Steuerungsfunktion spreche gegen eine Ausdehnung der besonderen Verfahrensart über das Kapitalanlagerecht hinaus: Während die besondere Verfahrensart des KapMuG auf die besonderen Tatbestände des kapitalmarktrechtlich geprägten Haftungsrechts zugeschnitten sei und diese verfahrensmäßig effektiveren solle, würde ihr Einsatz in Bereichen, die von individuellen Vertrags- oder Organstellungsverhältnissen geprägt sind, zu einer Diskrepanz zwischen verfahrensrechtlichem Rahmen und individuell geprägter materieller Haftungsfrage führen. Die vom Gesetz gewollte verfahrensrechtliche Erleichterung und der darin liegende Ausgleich in der verfahrensrechtlichen Position gegenüber der wirtschaftlich potenteren Partei könnten sich in anderen Bereichen wie den genannten in ihr Gegenteil verkehren und ggf. ein materiell-rechtlich nicht angelegtes oder gewolltes Ungleichgewicht schaffen, z. B. durch das schiere Kostenrisiko eines KapMuG-Verfahrens die Position des Wirtschaftsprüfers, der den Prospekt geprüft hat, gegenüber dem Emittenten schwächen. Die Anwendung des Gesetzes sei daher entsprechend seinem Namen und der Intention des Gesetzgebers, die im Rahmen der Reform 2012 nochmals betont worden sei auf die Ansprüche von Kapitalanlegern zu beschränken; es handele sich um ein ungeschriebenes bzw. nur im Titel des Gesetzes geschriebenes und in § 1 nicht nochmals

wiederholtes Tatbestandsmerkmal (Großerichter in: Wiczorek/Schütze, ZPO, 5. Auflage, § 1 KapMuG, Rn. 65; ebenso LG Bonn, Urteil vom 16. Juni 2016 – 14 O 75/14 –, Rn. 32, juris; so wohl auch Kruis, in: KölnerKomm, KapMuG, 2. Auflage 2014, § 1, Rn. 79ff).

[49] c. Dieser Auffassung kann sich der erkennende Senat nicht anschließen.

[50] § 32b ZPO „sieht in Absatz 1 einen ausschließlichen Gerichtsstand bei Klagen vor, mit denen der Ersatz eines auf Grund falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformationen verursachten Schadens [...] geltend gemacht werden“ (BT-Drs. 15/5091, S. 33; gleichlautend der Wortlaut zu § 1 KapMuG: „Nach Absatz 1 Satz 1 kann in einem Verfahren, das [...] einen Schadensersatzanspruch wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformationen [...], zum Gegenstand hat, die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens einer anspruchsbegründenden oder anspruchsausschließenden Voraussetzung begehrt werden, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits hiervon abhängt“, BT-Drs. 17/8799, S. 20).

[51] Eine weitere Voraussetzung, dass der Kläger zugleich sich am Emittenten gesellschaftsrechtlich beteiligt hat, statuiert das Gesetz gerade nicht. Das ist auch nachvollziehbar, denn Sinn der Regelung ist es, dass bei der Konzentration von Schadensersatzklagen wegen falscher öffentlicher Kapitalmarktinformationen aller Voraussicht nach nur ein Sachverständigen-gutachten erforderlich sein wird, um die beweiserheblichen Behauptungen zu klären. Dies führe zur Beschleunigung des Verfahrens und bewirke eine erhebliche Kostenersparnis für alle Beteiligten (BT-Drs. 15/5091, aaO.).

[52] Das Musterverfahren sollte ordnungspolitischen Zielen dienen, indem es durch ein schlagkräftiges kollektives Rechtsverfolgungsinstrument dazu beitragen sollte, dass die kapitalmarktrechtlichen Vorschriften eingehalten werden. Weiterhin sollte durch das Musterverfahren der individuelle Rechtsschutz verbessert werden. **Durch die Bündelung gleichgerichteter Ansprüche sollte das Kostenrisiko für den Einzelnen und auch die Gefahr divergierender Entscheidungen gesenkt werden. Das Musterverfahren sollte auch eine Entlastung der Gerichte bewirken, indem in einem Musterverfahren für eine Vielzahl von gleichgelagerten Rechtsstreitigkeiten bestimmte Tatsachen- und Rechtsfragen einheitlich geklärt werden** (BT-Drs. 17/8799, S. 13, Unterstreichung nur hier).

[53] Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber die mehrfache - oft nur mit sachverständiger Hilfe zu bewältigende - Klärung derselben Sach- und Rechtsfrage gerade vermeiden wollte. Im vorliegenden Fall wäre aber ebenfalls - parallel zum bereits

eingeleiteten KapMuG-Verfahren - die Unrichtigkeit der Jahresabschlüsse festzustellen. Schließlich würde dies zu einer Mehrfachbelastung der Gerichte führen, insbesondere, da die Klägerin offensichtlich nicht die einzige Kapitalgeberin der W. war, die die von der Beklagten testierten Jahresabschlüsse zur Kreditrisikoprüfung herangezogen hat.

**[54]** Ein ungeschriebenes Merkmal im Anwendungsbereich des § 1 KapMuG, dass der Kläger als Kapitalanleger klagt, ist daher abzulehnen (vgl. auch Götz, ZIP 2016, 351, 354).

**[55]** 1. Die Beklagte ist taugliche Anspruchsgegnerin eines KapMuG-Verfahrens.

**[56]** a. Der Gesetzgeber schweigt bei der Frage, wessen Informationen als öffentliche Kapitalmarktinformation zu werten sind; der Urheber, der Absender der öffentlichen Kapitalmarktinformation wird im Gesetz nicht genannt (vgl. Möllers, BKR 2022, 339).

**[57]** b. **Der Gesetzgeber hat mit der Neufassung 2012 den Anwendungsbereich gegenüber dem bisherigen Recht moderat erweitert und auf Rechtsstreitigkeiten mit mittelbarem Bezug zu einer öffentlichen Kapitalmarktinformation und somit insbesondere auf Anlagevermittler und -berater ausgedehnt** (BT-Drs. 17/8799, S. 1). Innerhalb der Beschränkung auf kapitalmarktrechtliche Ansprüche wird der Anwendungsbereich des KapMuG moderat ausgeweitet. In der Rechtspraxis hat besonders die Behandlung von Ansprüchen aus fehlerhafter Anlagevermittlung und -beratung für Probleme gesorgt (BT-Drs. 17/8799, S. 14). Der frühere Gesetzeswortlaut wurde von der höchstrichterlichen Rechtsprechung dahingehend ausgelegt, dass die falsche, irreführende oder unterlassene öffentliche Kapitalmarktinformation „unmittelbar“ den Anspruch begründen muss und daher vertragliche Ansprüche nicht vom Anwendungsbereich des KapMuG erfasst werden (BGH, Beschluss vom 10. Juni 2008, BGHZ 177, 88 und Beschluss vom 30. Oktober 2008, NJW 2009, 513). Dies galt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung selbst dann, wenn in einer Klage neben vertraglichen Ansprüchen auch Ansprüche aus Prospekthaftung im engeren Sinn geltend gemacht wurden (BGH, Beschluss vom 30. November 2010, WM 2011, 110). Diese Rechtslage führte dazu, dass das KapMuG nicht in der erforderlichen Weise für eine konzentrierte Erledigung verallgemeinerungsfähiger Tatsachen- und Rechtsfragen auf dem Gebiet des Kapitalmarktrechts sorgen konnte (vgl. OLG München, Beschluss vom 20. Juli 2010, ZIP 2011, 50). Wenn öffentliche Kapitalmarktinformationen Voraussetzung eines vertraglichen Anspruchs sind, besteht kein überzeugender Grund, diese Anspruchsvoraussetzung nicht in einem Musterverfahren klären zu lassen, zumal die Übergabe eines Prospekts bereits als Mittel der Aufklärung über das zu vertreibende Kapitalanlageprodukt genügen kann (BGH, Urteil

vom 12. Juli 2007, WM 2007, 1608 m. w. N.) und sich in diesen Fällen die Frage der Anlageberatungs- oder -vermittlungshaftung auf die Richtigkeit des Prospekts verengen kann (BT-Drs. 17/8799, S. 16).

**[58]** c. Auf die Frage, inwieweit der Adressatenkreis der möglichen Anspruchsgegner durch die Neufassung des KapMuG auch auf mittelbare Haftende erweitert wurde, kommt es nach Auffassung des Senats jedoch nicht an.

**[59]** (1) **Offen bleiben kann daher in diesem Zusammenhang - worauf sich die Klägerin bezieht - inwieweit Regressansprüche einer - ihren Anlegern gegenüber haftenden - Gesellschaft gegen ihre Organe musterverfahrensfähig wären** (vgl. Asmus/Waßmuth/Waßmuth, 1. Aufl. 2022, KapMuG § 1 Rn. 68, letztlich ohne Sachargument), zumal diese Ansprüche (da letztlich nur ein Kläger) sowieso an den Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 S. 1 KapMuG scheitern würden.

**[60]** (2) Auch aus der **Auffassung im Schrifttum**, dass Ansprüche gegen eine finanzierende Bank, wenn der klagende Kreditnehmer geltend macht, die Bank hätte ihn aufgrund einer Nebenpflicht aus dem Darlehensvertrag auf ein besonderes Risiko hinweisen müssen, welches mit der durch das Darlehen finanzierten Kapitalanlage verbunden war und der Erfolg der Klage von der Richtigkeit bzw. Unrichtigkeit einer öffentlichen Kapitalmarktinformation abhängt, nicht musterverfahrensfähig wären (Asmus/Waßmuth/Waßmuth, 1. Aufl. 2022, KapMuG § 1 Rn. 73; differenzierend Großerichter in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 5. Auflage, § 1 KapMuG, Rn. 75; aA wohl OLG München Beschl. v. 27.8.2013 – 19 U 5140/12), ergibt sich für das vorliegende Verfahren nichts anders.

**[61]** (3) Denn nach Auffassung des Senats handelt es sich bei dem Bestätigungsvermerk selbst um eine öffentliche Kapitalmarktinformation, deren Urheber die Beklagte ist (siehe oben unter II. 2.). Sie ist also unmittelbar für die falsche, irreführende oder unterlassene öffentliche Kapitalmarktinformation verantwortlich. Dass diese Verantwortlichkeit nicht vom Anwendungsbereich des KapMuG erfasst sein sollte, ist fernliegend.

**[62]** 5. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist auch der **Schutzzweck des KapMuG** - jedenfalls teilweise - einschlägig.

**[63]** Wie die Klägerin selbst vorbringt, war u. a. **Zielrichtung des Gesetzes, den Rechtsschutz des einzelnen Kapitalanlegers zu stärken, der sich aufgrund der hohen Prozessrisiken und -kosten (insbesondere im Hinblick auf Kosten für ein Sachverständigengutachten) im Verhältnis zu seinen vergleichsweise geringen Schadenssummen von einer Klageerhebung abhalten lässt**. Der einzelne Kapitalanleger erleidet regelmäßig nur einen geringen Schaden, zu denen die im Falle

eines Unterliegens zu erwartenden Kosten außer Verhältnis stehen. Hinzu kommen die strukturelle Unterlegenheit und das Informationsdefizit der Kleinanleger, die gegen eine Klage sprechen. **Das KapMuG soll daher diesen Kleinanlegern die Möglichkeit geben, ihre geringen Schadensersatzansprüche durchzusetzen, ohne eine hohe Kostenbelastung befürchten zu müssen** (vgl. Schriftsatz vom 20.09.2023, Rn. 88 m.w.Nachw.; ob dem so zu folgen ist, da der Gesetzgeber jedenfalls in Teilen auch von der Anwendung des KapMuG auf institutionelle Anleger ausgeht, vgl. BT-Drs. 19/17751, S. 2, kann dahinstehen). Allerdings erschöpft sich darin nicht der Regelungszweck des Gesetzes. Wie oben (unter B. II. 3. c) ausgeführt, sollte das Gesetz auch die Gerichte entlasten und der Gefahr widersprechender Entscheidungen (weil der derselbe Sachverhalt in mehreren Prozessen geprüft und ggf. mit sachverständiger Hilfe geklärt werden muss) vorbeugen. Wollte man der Auffassung der Klägerin im vorliegenden Fall folgen, wäre die Frage, ob die Jahresabschlüsse der W. falsch waren, auch im hiesigen Verfahren, und ggf. parallel zum Musterfeststellungsverfahren erneut zu prüfen. Damit würden aber einige erhebliche Ziele des KapMuG-Verfahrens konterkariert.

**[64]** 6. Das vorliegende Verfahren sowie die dem Vorlagebeschluss vom 14.03.2022 zugrunde liegenden Verfahren sind auch „gleichgerichtet“ i. S. d. § 4 Abs. 1 KapMuG.

**[65]** Entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin entfällt die Gleichgerichtetheit nicht deshalb, weil den Verfahren, die dem Vorlagebeschluss zugrunde lagen, die Kläger den Schaden auf den **Erwerb von Aktien**, die hiesige Klägerin ihren Anspruch aber auf die **Vergabe von Krediten** stützen.

**[66]** Als gleichgerichtet gelten **Musterverfahrensansträge, wenn ihre Feststellungsziele** (vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 KapMuG) **den gleichen zugrundeliegenden Lebenssachverhalt betreffen** (siehe die Legaldefinition in § 4 Abs. 1 KapMuG). Der maßgebliche Lebenssachverhalt wird durch alle Tatsachen bestimmt, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden und den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtung zu dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören, den der Kläger zur Stützung seines Rechtsschutzbegehrens dem Gericht vorträgt. Das gilt unabhängig davon, ob die einzelnen Tatsachen des Lebenssachverhalts von den Parteien vorgetragen worden sind oder nicht. Es kommt nicht darauf an, dass die Feststellungsziele i. S. v. § 2 Abs. 1 S. 1 KapMuG inhaltlich gleich sind. Dies hat zur Folge, dass in einem Musterverfahren verschiedene Feststellungsziele verbunden werden können, obwohl sie nicht alle in allen Musterverfahrensansträgen genannt wurden.

**[67]** Um der **mit dem KapMuG verfolgten Zielsetzung**, namentlich die konzentrierte Erledigung verallgemeinerungsfähiger

Tatsachen- und Rechtsfragen auf dem Gebiet des Kapitalmarktrechts, gerecht zu werden, sollen **an die notwendigen Voraussetzungen nicht allzu strenge Anforderungen gestellt** werden. Notwendig ist dafür die größtmögliche Bündelung aller möglichen Feststellungsziele. Wie dem § 1 Abs. 1 Nr. 2 KapMuG in der aktuell geltenden Fassung zu entnehmen ist, können Klagen aufgrund von Prospekthaftung im engeren und im weiteren Sinn – gegen Emittenten, Anbieter oder Zielgesellschaften einerseits und gegen Anlageberater und -vermittler andererseits – in einem Musterverfahren zusammengefasst werden. Von einem einheitlichen Lebenssachverhalt ist etwa auszugehen, wenn sich der Anleger auf eine fehlerhafte Beratung beruft, zugleich Prospektfehler geltend macht und der Prospekt der Beratung zugrunde lag. Auch können über einen längeren Zeitraum unterlassene Ad-hoc-Mitteilungen einen einheitlichen Lebenssachverhalt darstellen (Vorwerk/Wolf KapMuG/Riedel, 2. Aufl. 2020, KapMuG § 4 Rn. 12, 13).

**[68]** Unstreitig liegt sowohl den Verfahren, die dem Vorlagebeschluss zugrunde liegen, als auch dem hiesigen Verfahren die Tatsachen- und Rechtsfrage zugrunde, ob und inwieweit die Geschäftsberichte der W. - und daraus folgend die den Jahresabschlüssen beigefügten Bestätigungsvermerke der Beklagten - unrichtig waren.

**[69]** 7. Der Aussetzung steht auch nicht der Gedanke des **effektiven Rechtsschutzes** entgegen.

**[70]** a. Soweit die Klägerin sich dabei auf die Kostenbelastung im Musterfeststellungsverfahren bezieht (Schriftsatz vom 20.09.2023, S. 38 ff = Bl. 600 ff der Erstakte), betrifft dies andere institutionelle Anleger (Fonds etc.) in gleicher Weise. Das Verfahren ist vom Gesetzgeber so angelegt worden.

**[71]** b. Zutreffend ist zwar, dass eine Aussetzung des Rechtsstreits in Fällen, in denen ein Musterfeststellungsantrag unzulässig ist, für die Parteien mit Verfahrensverzögerungen und zusätzlichen Kosten verbunden ist, ohne dass sie Vorteile aus dem Musterverfahren haben (BGH, Beschluss vom 16. Juni 2009 – XI ZB 33/08 –, Rn. 13, juris - allerdings zur Frage der Anfechtbarkeit der Aussetzungsentscheidung). Vorliegend hält der Senat die Aussetzung allerdings für zulässig. **Die Klägerin wird zwar damit belastet, dass das KapMuG-Verfahren auch Feststellungsziele und Ansprüche umfasst, die mit dem vorliegenden Verfahren in keinem Zusammenhang stehen, und weitere Musterbeklagte beteiligt sind, gegen die die Klägerin kein Gerichtsverfahren eingeleitet hat. Die Belastung trifft jedoch auch jeden einzelnen Kapitalanleger.** Ein Käufer von Aktien der W., der diese im Jahr 2019 aufgrund des Geschäftsberichts für das Jahr 2018 erworben hat, hat regelmäßig auch kein Interesse an der Feststellung der Unrichtigkeit der Geschäftsberichte für die Jahre 2014 - 2017 (ebenso Gegenstand des Vorlagebeschlusses des LG München I). Da

Zweck des KapMuG auch die Entlastung der Gerichte und die Vermeidung der Gefahr widersprechender Entscheidungen ist, ist die für die Klägerin dadurch entstehende Belastung - da die übrigen Voraussetzungen für eine Aussetzung nach Auffassung des Senats vorliegen - hinzunehmen.

[72] 8. Die Aussetzungsentscheidung stellt sich auch nicht deshalb als fehlerhaft dar, weil der Rechtsstreit - ohne dass es auf die Frage der Unrichtigkeit der Jahresabschlüsse - und damit des Bestätigungsvermerks ankommt - bereits entscheidungsreif wäre.

[73] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Aussetzung nach § 8 Abs. 1 KapMuG unzulässig, wenn der Rechtsstreit bereits unabhängig von den Feststellungszielen auf geklärter Tatsachengrundlage ohne weitere Beweiserhebung entscheidungsreif ist, beispielsweise wegen anderweitiger Rechtshängigkeit des Streitgegenstands oder Verjährung der geltend gemachten Ansprüche (BGH Beschluss vom 2. Dezember 2014 - XI ZB 17/13, WM 2015, 69 Rn. 13; BGH, Beschlüsse vom 28. Januar 2016 - III ZB 88/15, WM 2016, 403 Rn. 14, vom 25. Februar 2016 - III ZB 74/15, juris Rn. 14, III ZB 76/15, juris Rn. 14, III ZB 77/15, juris Rn. 14, III ZB 78/15, juris Rn. 14, III ZB 79/15, juris Rn. 14 und vom 24. März 2016 - III ZB 75/15, juris Rn. 14; Beschluss vom 30. April 2019 - XI ZB 13/18 -, BGHZ 222, 15-27, Rn. 20).

[74] Vor der Aussetzungsentscheidung nach § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG demgegenüber offenbleiben müssen nicht nur die im Musterverfahren statthaften Feststellungsziele, sondern auch solche Tatsachen oder Rechtsfragen, die nur auf diese bezogen geprüft werden können. Das Prozessgericht ist nicht gehalten, hierzu vor seiner Aussetzungsentscheidung hypothetische Erwägungen anzustellen. Offenbleiben muss deswegen hier, ob eine Unrichtigkeit der Jahresabschlüsse und damit der Bestätigungsvermerke vorliegt und gegebenenfalls welche, sowie ferner, ob die Beklagte hierauf bezogen ein Verschulden trifft oder die Unrichtigkeit für die Kreditentscheidung kausal geworden ist. Diese Punkte lassen sich erst konkret prüfen, wenn ein bestimmter Fehler feststeht (vgl. auch BGH Beschl. v. 30.4.2019 - XI ZB 13/18, BeckRS 2019, 17221 Rn. 34, beck-online; zu den hier streitgegenständlichen Feststellungszielen und der Kausalität vgl. auch OLG München, Beschluss vom 6. Mai 2022 - 8 U 5530/21 -, juris; Beschluss vom 20. Mai 2022 - 13 U 9056/21 -, Rn. 44, juris).

[75] Die Rechtsbeschwerde war gemäß § 574 Abs. 3, Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 ZPO zuzulassen.

[76] Der Senat weicht von der Rechtsprechung anderer Senate bzw. Oberlandesgericht ab (unter B II. 1.). Zudem sieht der Senat eine grundsätzliche Bedeutung insoweit, als bis-

lang nicht höchstrichterlich geklärt ist, (1) ob der Bestätigungsvermerk eines Abschlussprüfers eine Kapitalmarktinformation im Sinne des KapMuG ist, (2) ob das KapMuG auf jeden beliebigen Anspruchsinhaber oder nur für Kapitalanleger im Sinne des KapMuG anwendbar ist, (3) ob das KapMuG auf jeden beliebigen Anspruchsgegner anwendbar ist oder nur Fälle erfasst, in denen die Haftung von der Verantwortung der Beklagten für die Veröffentlichung oder die unterlassene Veröffentlichung einer Kapitalmarktinformation abhängt und (4) ob das KapMuG aus teleologischen Gründen nicht auf institutionelle Darlehensgeber anwendbar ist.

[77] Die Zuständigkeit des BGH folgt aus Art. 11 AGGVG, § 8 Abs. 2 EGGVG, da vorliegend Bundesrecht betroffen ist.

[78] Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Die Klägerin wendet sich gegen die Aussetzung des Rechtsstreits nach § 8 KapMuG. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens bilden einen Teil der Kosten des Ausgangsrechtsstreits, welche die in der Sache unterliegende Partei unabhängig vom Ausgang des Beschwerdeverfahrens nach §§ 91 ff. ZPO zu tragen hat (vgl. BGH Beschl. v. 30.4.2019 - XI ZB 13/18, BeckRS 2019, 17221 Rn. 36, beck-online).

## Rechtsanwaltshaftung

- Arbeitsrechtsstreit
- Anstellungsverhältnis
- Beendigung durch Vergleich
- Abgeltungsklausel
- Abrechnung
- Reisekosten

(LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 8.8.2023 – 2 Sa 44/23)

### Leitsatz

Eine Abgeltungsklausel umfasst auch vom Kläger geltend gemachte Reisekostenansprüche. Soweit in einer weiteren Ziffer des Vergleichs vereinbart ist, dass das Anstellungsverhältnis ordnungsgemäß abgerechnet und abgewickelt wird, sind hiervon keine Reisekosten umfasst. Der Rechtsanwalt hat bei Abfindungsvergleichen darauf zu achten, dass tatsächlich alle Ansprüche in den Vergleich einbezogen werden, die abgefunden und erledigt sein sollen. Aufgabe des Rechtsanwalts, der mit einer Rechtsgestaltung beauftragt ist, ist es, schon durch die Wortwahl seiner Erklärung Klarheit zu schaffen. Der Rechtsanwalt darf es regelmäßig gar nicht erst dazu kommen lassen, dass der Wortlaut eines Vertrags zu Zweifeln überhaupt Anlass gibt.

### Zum Sachverhalt:

**[1]** Die Parteien streiten über die Erstattung von Reisekosten des Klägers im Zusammenhang mit einem beendeten Arbeitsverhältnis.

**[2]** Der Kläger war von März 2020 bis März 2022 bei der Beklagten als Chief Sales & Marketing Officer sowie CEO of P. M. (eine Sparte der Beklagten) aufgrund Arbeitsvertrags vom 24.02.2020 (Anlage B1, Bl. 45 d.A.) beschäftigt. Das Bruttomonatsgehalt des Klägers betrug ca. EUR 18.300,00.

**[3]** Der Kläger übte seine Tätigkeit überwiegend von seinem Home-Office in A. aus. In seiner arbeitsvertraglich vereinbarten Funktion war der Kläger unter anderem für das Auslandsgeschäft der Beklagten zuständig. Dabei war es seine Aufgabe, Kooperationspartnerschaften in unterschiedlichen Ländern, sowie ein globales Ecosystem aufzubauen. Die Tätigkeit war mit nationalen und internationalen Dienstreisen verbunden. Arbeitsvertraglich ist vereinbart, dass Auslagen des Mitarbeiters, die im Interesse der Gesellschaft entstehen, erstattet werden, soweit sie erforderlich gewesen sind.

**[4]** Unter Ziffer 119.1 des Arbeitsvertrages ist eine Ausschlussklausel für alle wechselseitigen Ansprüche der Vertragsparteien aus und im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis

vereinbart. Der zunächst unter Ziffer 119.2. vereinbarte Ausschluss für Ansprüche nach dem Mindestlohngesetz ist durchgestrichen (Anlage B1, Blatt 48 der Akte).

**[5]** Mit Schreiben vom 22.12.2021 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum Ablauf des 31.03.2022. Hiergegen wehrte sich der Kläger mit einer Kündigungsschutzklage, die beim Arbeitsgericht Elmshorn unter dem Aktenzeichen 3 Ca 33 d/22 verhandelt wurde. Mit Schriftsatz vom 24.02.2022 unterbreitete die Beklagte dem Kläger einen Vergleichsvorschlag. Diesen nahm der Kläger mit Schriftsatz vom 28.02.2022 an (Anl. BK1, Bl. 33 d. zweitinst. Akte). In diesem Schreiben wies der Prozessbevollmächtigte des Klägers auf ausstehende Reise- und Telefonkosten hin.

**[6]** Die Beklagte sandte den Vergleichstext am 01.03.2023 an das Arbeitsgericht. Im Rahmen dieses Verfahrens schlossen die Parteien sodann unter dem 02.03.2022 einen gerichtlichen Vergleich, der unter anderem die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.03.2022 zum Gegenstand hatte (Anlage K5, Bl. 72 d.A.). Darüber hinaus heißt es in dem Vergleich auszugsweise:

**[7]** Ziffer 2: Abrechnung

**[8]** „Bis zu dem in Nr. 1 genannten Beendigungstermin wird das Anstellungsverhältnis ordnungsgemäß abgewickelt und abgerechnet.“

**[9]** [...]

**[10]** Ziffer 4 Arbeitszeitnachweise:

**[11]** Der Kläger ist verpflichtet - soweit noch nicht erfolgt - alle Arbeitszeitnachweise jeweils am Ende eines Monats vorzulegen.

**[12]** [...]

**[13]** Ziffer 9: Abgeltungsklausel

**[14]** Mit Erfüllung der in dieser Vereinbarung geregelten, wechselseitigen Pflichten sind sämtliche finanziellen Ansprüche der Parteien aus dem Arbeitsverhältnis und seiner Beendigung, gleich ob bekannt oder unbekannt, erledigt und abgegolten. Über die in dieser Vereinbarung geregelten Absprachen und Ansprüche hinausgehende Verpflichtungen bestehen nicht. Von dieser Ausgleichsklausel unberührt bleiben gesetzliche unverzichtbare Ansprüche sowie unverfallbare Ansprüche bzw. Anwartschaften. Die Parteien sind sich darüber einig, dass gegeneinander keine gesetzlichen unverzichtbaren Ansprüche bestehen.“

[15] Nach Zustandekommen des Vergleichs, mit Schreiben vom 07.04.2022, machte der Kläger ausstehende Reise- und Telekommunikationskosten in Höhe von insgesamt EUR 10.063,74 gegenüber der Beklagten geltend. Diese beziehen sich auf einen Zeitraum von Dezember 2019 bis Oktober 2021 für verschiedene angefallene Reisen innerhalb Deutschlands sowie international. Mit Schreiben vom 20.05.2022 ließ die Beklagte dem Kläger mitteilen, dass sie die geltend gemachten Reisekosten teilweise schon grundsätzlich für nicht erstattungsfähig halte. Im Übrigen sei sie jedenfalls nicht zur Zahlung verpflichtet, solange der Kläger seinerseits seine Verpflichtungen aus dem gerichtlichen Vergleich nicht erfüllt habe, namentlich seine Arbeitszeitchronik nicht vorgelegt habe.

[16] Nach weiterem außergerichtlichem Schriftverkehr zahlte die Beklagte an den Kläger einen Betrag in Höhe von EUR 5.151,00 auf die geltend gemachten Reise- und Telekommunikationskosten. Jedenfalls erledigt sollten mit der Zahlung der Beklagten folgende Zahlungen sein:

[17]

W. Roundtable 16.-18.08.2020	778,60 €
K./W. 05.07.10.2021	1.022,70 €
B. 20.02.2020	221,30 €

[18] Der Kläger hat behauptet,

[19] die Reisen seien sämtlich im Interesse der Beklagten angefallen. Reisen nach J. zum Sitz der Beklagten seien als Dienstreisen erforderlich gewesen, weil der Kläger seine erste Tätigkeitsstätte an seinem Wohnsitz habe und zu Treffen nach J. fahren müsse. Er habe sich bei den geltend gemachten Reisen stets mit Geschäftspartnern und Kooperationspartnern getroffen. Das gelte auch für Reisen, die vor Beginn des Arbeitsverhältnisses angefallen seien. Diese seien auf Anregung und Bitten der Arbeitgeberseite angefallen, damit sich der Kläger bei den Gesellschaftern und Mehrheitsinvestoren der Beklagten habe vorstellen können. Die Beklagte habe zugesagt, die Kosten nach Zustandekommen des Vertrages abzurechnen. Im Hinblick auf die Reise nach B. am 03.-05.09.2021 habe sich der Kläger mit L. A. getroffen. Über diese Person sei schließlich der Zugang zu Prof. P. Po., M. Po. hergestellt worden. Einen entsprechenden Report habe er der Beklagten übermittelt.

[20] Der Kläger hat die Ansicht vertreten, ihm stünden auch über die bereits erfolgten Zahlungen hinaus geltend gemachte Reisekosten zu. Hinsichtlich des gerichtlich geschlossenen Vergleichs vertritt der Kläger die Auffassung, dass die darin vereinbarte Abgeltungsklausel den geltend gemachten Ansprüchen nicht entgegenstehe. Das folge daraus, dass in Ziffer 2 des Vergleichs geregelt sei, dass das Arbeitsverhältnis bis zum

Beendigungszeitpunkt ordnungsgemäß abzurechnen und abzuwickeln sei. Die weiterhin in Ziffer 9 geregelte Abgeltungsklausel gelte nicht für Ansprüche, die im Vergleich selber geregelt seien. Von der Abrechnungspflicht seien auch die Reisekostenabrechnungen umfasst. Die Pflicht zur Abrechnung und Zahlung der Reisekosten sei deshalb Inhalt des Vergleichs und dadurch von der Abgeltungsklausel nicht erfasst.

[21] Der Kläger hat beantragt,

[22] (...)

[23] Die Beklagte hat beantragt,

[24] (...)

[25] Sie war der Ansicht, die geltend gemachten Ansprüche seien nicht hinreichend konkret dargelegt worden. Es sei für die Beklagte nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen die Reisen dienstlich veranlasst gewesen sein sollen. Im Hinblick auf die B.-Reise vom 03.-05.09.2021 habe der Kläger weder die Erforderlichkeit noch das „Interesse der Beklagten“ an dieser Reise dargelegt. Er habe weder die Kontaktdaten der betroffenen Personen noch die Besprechungsprotokolle oder den beabsichtigten Zweck der Reise dargelegt. Im Hinblick auf die D.-Reise habe der Kläger lediglich eine Teilnehmerliste übersandt, auf welcher er selbst noch nicht einmal als Teilnehmer der Veranstaltung für die Beklagte gelistet gewesen sei. Die Liste enthalte keine Kontaktdaten zu den Teilnehmern. Einzelne Reisekosten seien darüber hinaus unangemessen hoch gewesen. Schließlich vertritt die Beklagte die Ansicht, der geschlossene gerichtliche Vergleich stehe der Geltendmachung weiterer Reisekosten entgegen. Nur aus Kulanz habe sie einen Teil der Reisekosten bezahlt. Darüber hinaus bestehe keine Verpflichtung.

[26] (...)

[27] Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Urteil vom 31.01.2023 abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass dem Kläger ein weiterer Anspruch auf Reisekosten nicht zustehe. Es könne dahinstehen, ob die geltend gemachten Kosten für dienstlich veranlasste Reisen entstanden und ob sie der Höhe nach angemessen seien. Die dienstliche Veranlassung sei unter anderem für die vor Abschluss des Arbeitsvertrags durchgeführten Reisen zweifelhaft. Jedenfalls aber seien sämtliche dahingehende Ansprüche des Klägers durch den arbeitsgerichtlichen Vergleich vom 02.03.2022 erloschen.

[28] Die in dem Vergleich enthaltene Abgeltungsklausel umfasse grundsätzlich auch Reisekostenansprüche. Durch den gerichtlichen Vergleich haben die Parteien wechselseitig anerkannt, dass Ansprüche gegenseitig nicht mehr bestehen. Es

handele sich dabei um ein sogenanntes konstitutives negatives Schuldanerkenntnis. Der sich in dem Vergleich manifestierende Wille der Parteien sei darauf gerichtet, alle oder eine bestimmte Gruppe von bekannten oder unbekanntem Ansprüchen zum Erlöschen zu bringen. Mit Ausnahme der in dem Vergleich ausdrücklich geregelten Ansprüche sollten damit alle Ansprüche der Parteien, die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben bzw. damit in Zusammenhang stehen erledigt sein.

[29] Die geltend gemachten Reisekosten resultierten aus dem Arbeitsverhältnis bzw. stünden damit in direktem Zusammenhang. Das gelte auch für die Reisekosten, die für Reisen vor Zustandekommen des Arbeitsvertrages angefallen sein könnten. Das folge unter anderem daraus, dass der Kläger vorgebracht habe, die Beklagte habe zugesagt, die Kosten nach Zustandekommen des Vertrages abzurechnen und zu erstatten. Sollten ansonsten Zweifel daran bestehen, ob die vorvertraglichen Ansprüche solche aus dem Arbeitsverhältnis gewesen seien, könne daran kein Zweifel mehr bestehen, wenn die Beklagte zugesagt haben sollte, die Kosten nach Zustandekommen des Vertrages abzurechnen.

[30] Die geltend gemachten Reisekosten seien nicht durch Ziffer 2 des Vergleichs von der Abgeltungsklausel ausgeschlossen. Darin seien etwaige Reisekosten des Klägers nicht ausdrücklich benannt. Die Auslegung der Klausel lasse es auch nicht zu, Reisekosten in die dort genannte Abrechnungsverpflichtung hinein zu lesen. Hierfür gebe es keinerlei Anhaltspunkte. Die Formulierung „*ordnungsgemäße Abrechnung und Abwicklung*“ umfasse nach der gebotenen Auslegung aus Sicht eines unbeteiligten Dritten keine gegebenenfalls noch offenen Reisekosten.

[31] Unter der Abwicklung eines Arbeitsverhältnisses werde üblicherweise die administrative Umsetzung der Beendigung verstanden, also die Aushändigung von Arbeitspapieren, Abmeldung von Sozialversicherung und gegebenenfalls wechselseitig Rückgabe von Gegenständen.

[32] Wenn dies nicht klar aus der Klausel hervorgehe, umfasse auch die Abrechnungspflicht keine eventuell noch offenen Reisekostenansprüche. Ohne nähere Konkretisierung umfasse eine in einem Vergleich enthaltene Abrechnungsverpflichtung zunächst die Erteilung von Lohnabrechnungen für einen noch abzurechnenden Zeitraum, für den noch keine Abrechnung erfolgt sei. Grundsätzlich korrespondiere mit der Verpflichtung zur Abrechnung auch die Verpflichtung, die sich hieraus ergebenden Beträge auszuzahlen. In erster Linie betreffe dies aber nur die Vergütungsansprüche des Arbeitnehmers, die in dem Abrechnungszeitraum regulär in der Gehaltsabrechnung abgerechnet würden. Die Verpflichtung zur Abrechnung eines Ar-

beitsverhältnisses könne hingegen nicht dahingehend verstanden werden, dass davon sämtliche sonstige finanziellen Ansprüche der Parteien umfasst sein sollten. Denn damit verkäme die Abrechnungsverpflichtung zu einem Sammelbecken für allerlei gegenseitige Ansprüche, die die Parteien noch haben könnten. Jedenfalls, wenn die Parteien durch eine Abgeltungsklausel ihren Willen zum Ausdruck gebracht hätten, mit dem Vergleich das Arbeitsverhältnis abschließend zu regeln, stünde eine solche Regelung dem erklärten Vertragszweck entgegen. Denn dann liefe die Abgeltungsklausel völlig leer. Es könnte für jede denkbare Forderung stets der Einwand erhoben werden, das Arbeitsverhältnis sei eben noch nicht abgerechnet, weil ja der geltend gemachte Anspruch noch bestehe. Diese Auslegung würde aber den mit dem Vergleich angestrebten Vergleichsfrieden infrage stellen.

[33] Es wäre den Parteien bei Abschluss des Vergleiches ohne weiteres möglich - was auch nicht unüblich sei - bestimmte Ansprüche ausdrücklich zum Bestandteil der Abrechnungsverpflichtung zu erklären oder aus der Abgeltungsklausel herauszunehmen. Eine solche Gestaltungsform hätten die Parteien bei Vergleichsschluss nicht gewählt. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass sie dennoch entgegen der vereinbarten Abgeltungsklausel weitere Ansprüche hiervon ausnehmen wollten.

[34] Gegen dieses, dem Kläger am 22.02.2023 zugestellte Urteil hat dieser am 22.03.2023 Berufung eingelegt und diese am 20.04.2023 begründet.

[35] Der Kläger bezieht sich auf seinen erstinstanzlichen Vortrag und führt ergänzend aus, dass das Urteil des Arbeitsgerichts einer rechtlichen Überprüfung nicht standhalte. Prozessvergleiche seien so auszulegen, wie die Parteien sie nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte hätten verstehen müssen. Dabei sei vom Wortlaut auszugehen. Es seien auch die außerhalb der Vereinbarung liegenden Umstände einzubeziehen, soweit sie einen Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zuließen. Es sei auch die Interessenlage und der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte Zweck zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang könne gerade nicht davon ausgegangen werden, dass es sich gerade nicht ergebe, dass die Parteien einen umfassenden Ausschluss hätten vereinbaren wollen. Im Rahmen der Vergleichsabstimmung habe es im - unstrittig - geführten Telefonat eine Nachfrage der Prozessbevollmächtigten der Beklagten gegeben mit welchem finanziellen Umfang an Telefon- und Reisekosten zu rechnen sei. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers habe sodann darauf hingewiesen, dass auf diese Forderungen nicht verzichtet werde. Erst nach diesem Telefonat sei der Vergleichstext bei Gericht eingereicht.

[36] Mit der Einleitung „Mit Erfüllung der in dieser Vereinbarung ...“ werde deutlich, dass der Kündigungsrechtstreit mit dem Vergleich habe erledigt werden sollen, die Vertragsbeziehungen allerdings erst dann, wenn unter anderem auch die Verpflichtung nach Ziffer 2 erfüllt worden sei und damit auch die noch nicht näher konkretisierten, weiteren möglichen Zahlungsverpflichtungen des Klägers. Im Übrigen habe die Beklagte mehr als 50% der ursprünglich geltend gemachten Gesamtforderung gezahlt. Hiermit habe sich die Beklagte auch bereits vorprozessual auseinandergesetzt. Diese Diskussion mache deutlich, dass keiner der Beteiligten ernsthaft davon ausgegangen sei, dass der Kläger mit der Geltendmachung seiner Reisekosten ausgeschlossen sei. Das Arbeitsgericht habe seine Hinweispflicht verletzt, weil das Thema der Ausgleichsquittung nur am Rande des Verfahrens eine Rolle gespielt habe. Er, der Prozessbevollmächtigte, hätte ansonsten weitergehend vorgetragen.

[37] Der Kläger beantragt,

[38-39] (...)

[40] Die Beklagte beantragt,

[41] (...)

[42] Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Sie nimmt auf den erstinstanzlichen Vortrag Bezug und trägt ergänzend vor, dass das angegriffene Urteil des Arbeitsgerichts aufrechtzuerhalten sei. Die Beklagte habe dem Kläger mit Schreiben vom 25.02.2022 einen vorbehaltlosen Vergleich angeboten, den der Kläger außergerichtlich angenommen habe. Die gerichtliche Protokollierung sei nur deklaratorisch erfolgt. Sie, die Prozessbevollmächtigte der Beklagten erinnere sich nicht mehr an den Inhalt des Telefonats. Der von der Gegenseite vorgetragene Inhalt werde mit Nichtwissen bestritten. Im Übrigen sei das Telefonat nach Annahme des Vergleichs geführt worden, so dass es auf den Inhalt des Telefonats nicht mehr ankomme. Bestritten werde ausdrücklich, dass der Vergleichstext erst im Nachgang zu diesem Telefonat an das Arbeitsgericht gesandt worden sei. Dies könne der Klägervertreter nicht wissen; sein Vortrag sei reine Spekulation. Im Übrigen beinhaltete das Vergleichsangebot die umfassende Abgeltung für sämtliche finanziellen Ansprüche der Parteien. Dies ergebe sich auch aus dem Schreiben vom 25.02.2022, in dem die Beklagte ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass sie kein Interesse an einer langwierigen Auseinandersetzung mit dem Kläger habe. Es sei kein Raum für eine irgendwie geartete Auslegung vorhanden. Die Zahlung der Hälfte der geltend gemachten Reisekosten sei ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erfolgt.

[43-44] (...)

#### Aus den Gründen:

[45] Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist dem Beschwerdewert nach statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 64 Abs. 2 lit. b; 66 Abs. 1 ArbGG; § 519 ZPO.

[46] In der Sache selbst hat die Berufung keinen Erfolg.

[47] I. Der Kläger hat gegenüber der Beklagten keinen Anspruch auf Erstattung getätigter Auslagen in Höhe von noch € 4.912,74 gemäß § 670 BGB. Das Arbeitsgericht hat die Zahlungsklage des Klägers im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

[48] 1. Der Kläger hat gegenüber den Beklagten für die Zeit vom 03.12.2019 bis zum 05.09.2021 keinen **Anspruch auf Ersatz zusätzlicher Aufwendungen nach § 670 BGB für Reisekosten**.

[49] Zunächst ist auf das zutreffende und sorgfältig begründete Urteil des Arbeitsgerichts vom 31.01.2023 Bezug zu nehmen. Den Ausführungen des Arbeitsgerichts ist vollumfänglich zu folgen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Darlegungen des Arbeitsgerichts in den Entscheidungsgründen Seite 8 - 10 verwiesen. **Die geltend gemachten Zahlungen sind durch die im Vergleich vom 02.03.2022 unter Ziffer 9. vereinbarte Abgeltungsklausel ausgeschlossen.** Diese Abgeltungsklausel umfasst auch die vom Kläger geltend gemachten Reisekostenansprüche. In Ziffer 2. des Vergleichs vom 02.03.2022 sind die Reisekostenansprüche des Klägers nicht ausdrücklich genannt. Es gibt - worauf das Arbeitsgericht bereits zu Recht hingewiesen hat - keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Reisekostenabrechnung unter die Formulierung der Ziffer 2. zu fassen sind.

[50] **Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, dass die Zahlungen zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vergleichs noch nicht bezifferbar gewesen seien.** Es wäre den Parteien bei Abschluss des Vergleichs auch insoweit ohne weiteres möglich gewesen, die Abrechnung der Reisekosten ausdrücklich zum Bestandteil der Abrechnungsverpflichtung zu erklären oder diese ausdrücklich aus der Abgeltungsverpflichtung herauszunehmen. Dies ist eine gängige und übliche Praxis bei Abschluss eines Vergleichs. Es wäre Aufgabe des Klägervertreters gewesen, hierauf hinzuwirken. Ein Rechtsanwalt, der bei einer Vertragsgestaltung mitwirkt, hat bei der Abfassung des Vertragstextes für eine richtige und vollständige Niederlegung des Willens seines Mandanten und für einen möglichst eindeutigen und nicht erst der Auslegung bedürftigen Wortlaut zu sorgen (vgl. BGH, Urteil vom 17. Januar 2002 - IX ZR 182/00, NJW 2002, 1048, 1049). **Im Rahmen von Verhandlungen zum Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs ist der Rechtsanwalt verpflichtet, die Interessen des Mandanten umfassend und**

nach allen Richtungen wahrzunehmen und ihn vor vermeidbaren Nachteilen zu bewahren (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juli 2016 - IX ZR 291/14, NJW 2016, 3430 Rn. 8 mwN). **Der Rechtsanwalt hat bei Abfindungsvergleichen darauf zu achten, dass tatsächlich alle Ansprüche in den Vergleich einbezogen werden, die abgefunden und erledigt sein sollen** (vgl. Vollkommer/Greger/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, 5. Aufl., § 12 Rn. 49). Aufgabe des Rechtsanwalts, der mit einer Rechtsgestaltung beauftragt ist, ist es ferner, schon durch die Wortwahl seiner Erklärung Klarheit zu schaffen. **Der Rechtsanwalt darf es regelmäßig gar nicht erst dazu kommen lassen, dass der Wortlaut eines Vertrags zu Zweifeln überhaupt Anlass gibt** (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juni 1996 - IX ZR 51/95, NJW 1996, 2648, 2650). An einer derartigen Klarheit mangelt es vorliegend.

**[51] 2. Es kommt daher auch nicht darauf an, ob die Parteien nach der Annahme des Vergleichs noch über mögliche Ansprüche des Klägers auf Erstattung von Reisekosten gesprochen haben.** Der Vergleich war bereits mit dem vorgeschlagenen Text der Beklagten vorbehaltlos angenommen. Der Hinweis des Klägersvertreters, dass der Kläger zeitnah über Reise- und Telefonkosten sowie Spesen abrechnen werde, hatte keine verpflichtende Bedeutung für die Beklagte. Vor diesem Hintergrund war es auch egal, wann die Beklagte den Vergleichstext beim Arbeitsgericht eingereicht hat. Der Kläger hatte den Vergleich mit Schreiben vom 28.02.2022 bereits angenommen. Es war auch nicht Aufgabe der Beklagtenvertreterin vor Einreichung des Vergleichs beim Arbeitsgericht auf mögliche weitere Ansprüche des Klägers auf Abrechnung von Reisekosten hinzuweisen oder hier bei dem Klägersvertreter nachzufragen. Die Beklagte hatte von vornherein ein Interesse die Angelegenheit mit dem Kläger insgesamt ohne langwierige rechtliche Auseinandersetzung zu erledigen. Hierauf hat die Beklagte im außergerichtlichen Schreiben vom 25.02.2022 ausdrücklich hingewiesen. Sie dürfte nach den vereinbarten Formulierungen von einer umfassenden Erledigung aller Ansprüche des Klägers ausgehen.

**[52] (...)**

## Wiedereinsetzung

- Steuerberaterplattform- und -postfachverordnung
  - Zweifel an deren Wirksamkeit
- (BFH, *Beschl. v. 17.4.2024 – X B 68/23, X B 69/23*)

### Leitsätze

1. Wenn ein Verfahrensbeteiligter oder Prozessbevollmächtigter sich auf der Anreise zum Gerichtstermin solchen Verzögerungen ausgesetzt sieht, gegen die auch die vernünftigerweise zu beachtende Sorgfalt keine Vorsorge gebietet, ist das Gericht auf eine telefonische Benachrichtigung hin, dass man sich verspäten werde, regelmäßig verpflichtet, mit der Eröffnung des Termins zu warten.
2. Wenn ein Verfahrensbeteiligter oder Prozessbevollmächtigter sich auf der Anreise zum Gerichtstermin solchen Verzögerungen ausgesetzt sieht, gegen die auch die vernünftigerweise zu beachtende Sorgfalt keine Vorsorge gebietet, ist das Gericht auf eine telefonische Benachrichtigung hin, dass man sich verspäten werde, regelmäßig verpflichtet, mit der Eröffnung des Termins zu warten.
3. Der wirksame Erlass einer Rechtsverordnung setzt unter anderem voraus, dass die entsprechende formellgesetzliche Ermächtigungsgrundlage im Zeitpunkt des Erlasses der Rechtsverordnung bereits in Geltung gestanden hat (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20.04.2023 - 2 C 18.21, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2023, 1423, Rz 16). Von einer Ermächtigung kann erst Gebrauch gemacht werden, wenn sie vorliegt (Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 26.07.1972 - 2 BvF 1/71, BVerfGE 34, 9, unter B.II.2.).
4. Vor diesem Hintergrund ist zweifelhaft, ob die Steuerberaterplattform- und -postfachverordnung, die Grundlage für die Erstregistrierung zum besonderen elektronischen Steuerberaterpostfach, für dessen Ausgestaltung und damit für die Nutzungspflicht nach § 52d Satz 2 der Finanzgerichtsordnung ist, wirksam geworden ist. Sie wurde am 25.11.2022 erlassen (BGBl I 2022, 2105 vom 30.11.2022); ihre Ermächtigungsgrundlage (§ 86f des Steuerberatungsgesetzes – StBerG–) war aber erstmals nach Ablauf des 31.12.2022 anzuwenden (§ 157e StBerG).

### Zum Sachverhalt:

**[1]** Der Kläger und Beschwerdeführer (Kläger) erzielt aus einem Einzelunternehmen Einkünfte aus Gewerbebetrieb. In der Sache selbst ist für das Streitjahr 2020 die Anerkennung eines

Fahrtenbuchs für einen sowohl betrieblich als auch privat genutzten Personenkraftwagen streitig.

**[2]** Der Kläger wird durch eine Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (P) vertreten, die aus Rechtsanwälten, Steuerberatern, einem Wirtschaftsprüfer und einem vereidigten Buchprüfer besteht. Der sachbearbeitende Berufsträger (S) ist Steuerberater.

**[3]** P, vertreten durch S, erhob gegen die Einspruchsentscheidungen vom 07.12.2022 am 10.01.2023 per Telefax Klagen. Das Finanzgericht (FG) bestätigte P am 18.01.2023 zunächst den Eingang der Klagen und teilte die Aktenzeichen mit. Am 27.02.2023 wies es darauf hin, dass die Vorschrift des § 52d Satz 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) bei Erhebung der Klagen nicht beachtet worden sei.

**[4]** Am 28.02.2023 beantragte der Kläger über das besondere elektronische Steuerberaterpostfach (beSt) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wiederholte seine Klage und erläuterte auf Anforderung des FG sein Vorbringen mit Schreiben vom 21.03.2023 näher. Er ist der Auffassung, das beSt habe S im Zeitpunkt der Klageerhebungen noch nicht zur Verfügung gestanden. S habe sich für das vorgezogene Registrierungsverfahren ("fast lane") angemeldet. Der Registrierungsbrief trage das Datum des 26.12.2022, sei aber in einer Zweigstelle der Kanzlei eingegangen, die über den Jahreswechsel nicht besetzt gewesen sei. In der ersten Woche des Jahres 2023 habe der dortige Mitarbeiter den Registrierungsbrief zur Kenntnis genommen und an den Hauptsitz der Kanzlei weitergeleitet. Die verwendete Kanzleisoftware habe das beSt aber zunächst nicht einrichten können. Erst am 20.01.2023 sei durch eine technische Lösung außerhalb der Kanzleisoftware die Nutzung des beSt möglich gewesen. Bis zum Erhalt des Hinweisschreibens des FG vom 27.02.2023 habe kein Anhaltspunkt für eine Formunwirksamkeit oder Fristversäumung bestanden, zumal das FG den Eingang der Klagen ohne Beanstandung bestätigt und die Aktenzeichen mitgeteilt habe.

**[5]** Das FG terminierte die mündlichen Verhandlungen auf den 23.05.2023, 10:30 Uhr. Ausweislich eines Aktenvermerks des FG teilte einer der vorgesehenen ehrenamtlichen Richter am Terminstag gegen 09:00 Uhr telefonisch mit, dass er wegen einer Vollsperrung der Autobahn im Stau stehe. Es sei nicht absehbar, wann er das Gericht erreichen werde. Das FG berief daraufhin einen ehrenamtlichen Richter von der Ersatzliste ein. S informierte die Geschäftsstelle des beim FG zuständigen Senats am Terminstag ebenfalls telefonisch darüber, dass er sich verspäten werde. Nach dem unbestrittenen Vorbringen in der Beschwerdebegründung teilte er hierbei mit, dass der Verkehrsfluss auf der Autobahn vollständig zum Erliegen gekommen sei und er den Gerichtsort über Bundesstraßen erreichen müsse. Sein Eintreffen werde sich um mindestens eine halbe

Stunde verzögern. Die Mitarbeiterin der Geschäftsstelle teilte dem Senat aufgrund einer Namensverwechslung allerdings irrtümlich mit, eine andere Person werde sich verspäten. Das FG eröffnete die mündliche Verhandlung um 10:55 Uhr, verband die beiden Verfahren zu gemeinsamer Verhandlung, schloss die mündliche Verhandlung um 10:58 Uhr und verkündete um 11:00 Uhr die Urteile, mit denen es die Klagen als unzulässig verwarf. Der Kläger und S erschienen ausweislich des Protokolls der mündlichen Verhandlung um "kurz nach 11 Uhr" (nach dem Vorbringen des Klägers um 11:05 Uhr) und wurden vom FG darüber informiert, dass die Urteile bereits verkündet worden seien.

**[6]** Zur Begründung seiner Entscheidungen führte das FG aus, die Nichtbeachtung des § 52d Satz 2 FGO führe zur Unwirksamkeit der Klageerhebung und schließe auch eine Wahrung der Klagefrist aus. Steuerberater seien "spätestens" seit dem 01.01.2023 zur Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs verpflichtet. Hierfür komme es nicht darauf an, ob der Registrierungsbrief erst später eingegangen oder die Erstanmeldung erst später vorgenommen worden sei.

**[7]** Wiedereinsetzung in den vorigen Stand könne nicht gewährt werden. Der Wiedereinsetzungsantrag samt Nachholung der versäumten Rechtshandlung sei bereits verspätet gestellt worden. Das Hindernis sei schon nach dem eigenen Vortrag des Klägers am 20.01.2023 weggefallen, als das beSt des S funktionsfähig gewesen sei. Der Antrag sei aber erst am 28.02.2023 beim FG eingegangen. Die Wiedereinsetzungsfrist beginne nicht erst mit dem Erhalt des Hinweisschreibens des FG vom 27.02.2023, weil S aufgrund des Beschlusses des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 27.04.2022 - XI B 8/22 (BFH/NV 2022, 1057) hätte wissen müssen, dass er ab dem 01.01.2023 zur elektronischen Kommunikation verpflichtet sei. Im Übrigen habe der Kläger nicht dargelegt, dass S ohne Verschulden an der Einhaltung der Klagefrist verhindert gewesen sei. Da S die vorgezogene Registrierung beantragt habe, hätte er sich rechtzeitig um die Einbindung des beSt in die Kanzleisoftware kümmern müssen.

**[8]** Mit seinen Beschwerden rügt der Kläger den Verfahrensmangel der Verletzung rechtlichen Gehörs.

**[9]** Der Beklagte und Beschwerdegegner (Finanzamt) hat sich zu den Beschwerden nicht geäußert.

#### Aus den Gründen:

**[10]** Die Beschwerden sind begründet. Es liegt ein vom Kläger geltend gemachter Verfahrensmangel vor, auf dem die Entscheidungen des FG beruhen können (§ 115 Abs. 2 Nr. 3 FGO).

**[11]** 1. Das FG hat den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 des Grundgesetzes --GG--

i.V.m. § 119 Nr. 3 FGO) verletzt, indem es die mündliche Verhandlung verfahrensfehlerhaft in Abwesenheit des Klägers durchgeführt hat.

**[12] a)** Die Garantie des rechtlichen Gehörs gebietet, dem an einem gerichtlichen Verfahren Beteiligten Gelegenheit zu geben, sich zu dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt vor Erlass der Entscheidung zu äußern und sich mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten im Prozess zu behaupten, und zwar auch in einer mündlichen Verhandlung (vgl. BFH-Beschluss vom 14.10.2015 - V B 49/15, BFH/NV 2016, 215, Rz 6). Nach § 155 Satz 1 FGO i.V.m. § 227 der Zivilprozessordnung (ZPO) kann das Gericht aus erheblichen Gründen einen Termin aufheben oder verlegen. Liegen erhebliche Gründe im Sinne von § 227 Abs. 1 ZPO vor, verdichtet sich das Ermessen zu einer Rechtspflicht (BFH-Beschluss vom 21.04.2023 - III B 41/22, BFH/NV 2023, 825, Rz 18). Die Aufhebungsgründe sind gemäß § 155 Satz 1 FGO i.V.m. § 227 Abs. 2 ZPO auf Verlangen des Vorsitzenden glaubhaft zu machen. Bei kurzfristiger Antragstellung hat der Antragsteller von sich aus eine aussagefähige Begründung beizugeben und diese mit Antragstellung glaubhaft zu machen (vgl. BFH-Beschlüsse vom 17.04.2002 - IX B 151/00, BFH/NV 2002, 1047 und vom 23.10.2002 - X B 56/02, BFH/NV 2003, 199, unter II.3.b).

**[13] b)** Wenn ein Beteiligter oder Prozessbevollmächtigter während der Anreise zum Gerichtstermin das Gericht telefonisch benachrichtigt, dass er sich verspäten werde, und dabei den Grund der Verspätung sowie das fehlende Verschulden hieran in einem nach den Umständen angemessenen Umfang glaubhaft macht, hat das Gericht hierauf Rücksicht zu nehmen und im Rahmen des Möglichen die mündliche Verhandlung zu einem späteren Zeitpunkt zu beginnen. Es kann dahinstehen, ob dies rechtlich als Antrag auf Terminsverlegung aus erheblichem Grund nach § 155 Satz 1 FGO i.V.m. § 227 Abs. 1 ZPO anzusehen (so für den Fall des gänzlichen Nichterscheins am Terminstag Senatsbeschluss vom 22.01.2009 - X B 114/08, unter II.2.) oder Ausdruck der prozessualen Fürsorgepflicht ist (so BFH-Beschlüsse vom 21.12.2005 - II B 3/05, BFH/NV 2006, 605, unter II.1. und vom 14.10.2015 - V B 49/15, BFH/NV 2016, 215, Rz 7). Eine unverschuldete Verzögerung, gegen die die vernünftigerweise zu beachtende Sorgfalt keine Vorsorge gebietet, kann auch durch einen außergewöhnlich ausgedehnten Stau bewirkt werden (vgl. den insoweit vergleichbaren Fall des Senatsbeschlusses vom 22.01.2009 - X B 114/08).

**[14] c)** Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. S hatte dem FG rechtzeitig vor Beginn der mündlichen Verhandlung mitgeteilt, er werde sich verspäten, und es ist davon auszugehen, dass er dies situationsangemessen glaubhaft gemacht hat. Zwar ist der konkrete Inhalt seiner telefonischen Mitteilung nicht aktenkundig. Insbesondere ist nicht feststellbar, ob

die Informationen, die er nach Erscheinen an Gerichtsstelle und in seiner Beschwerdebegündung gegeben hat, bereits Gegenstand dieses Telefonats waren. Es existiert kein Gesprächsvermerk der Geschäftsstelle, die das Telefonat entgegengenommen hat. Dies kann jedoch nicht zu Lasten des Klägers gehen. Es ist naheliegend, dass er in einem aus einem Stau heraus geführten Telefonat auf den Stau hingewiesen hat. Es ist auch anzunehmen, dass er auf die voraussichtliche Verzögerungszeit von mindestens einer halben Stunde hingewiesen hat, denn dem entspricht es, dass er tatsächlich 35 Minuten nach der in der Ladung angegebenen Terminzeit im FG eingetroffen war. Vor diesem Hintergrund hätte das FG die mündliche Verhandlung nicht bereits 25 Minuten nach der Terminzeit eröffnen und nach weiteren fünf Minuten bereits die Urteile verkünden dürfen.

**[15]** Dabei ist unerheblich, dass die Personenverwechslung nicht dem Senat des FG, sondern seiner Geschäftsstelle unterlaufen ist. Denn Fehler der Geschäftsstelle sind dem Gericht zuzurechnen (Beschluss des Bundesverfassungsgerichts -- BVerfG-- vom 27.06.2006 - 2 BvR 1147/05, BVerfGK 8, 303, unter II.1., 2.a), folglich auch deren Kenntnis.

**[16] d)** Ausführungen des Klägers dazu, was bei ausreichender Gewährung des rechtlichen Gehörs noch vorgetragen worden wäre und dass dieser Vortrag die Entscheidung des Gerichts hätte beeinflussen können, sind nach § 119 Nr. 3 FGO entbehrlich, wenn das Gericht verfahrensfehlerhaft in Abwesenheit des Rechtsmittelführers aufgrund mündlicher Verhandlung entschieden hat (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 03.09.2001 - GrS 3/98, BFHE 196, 39, BStBl II 2001, 802).

**[17] 2.** Der Senat hält es für angezeigt, nach § 116 Abs. 6 FGO zu verfahren, die angefochtenen Urteile aufzuheben und die Sachen zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückzuverweisen. Für das weitere Verfahren weist der Senat im Hinblick auf die zu klärende Frage, ob die Klagen wegen Nichtbeachtung des § 52d Satz 2 FGO nicht in der vorgeschriebenen Form erhoben wurden, --ohne Bindungswirkung für das FG-- auf die folgenden Punkte hin:

**[18] a)** Als "gemischte" Berufsausübungsgesellschaft, in der neben Steuerberatern auch Rechtsanwälte tätig sind, unterliegt P gemäß § 52d Satz 1 FGO bereits ab dem 01.01.2022 der sogenannten aktiven Nutzungspflicht (der Verpflichtung, Schriftsätze als elektronisches Dokument zu übermitteln), sofern ein Rechtsanwalt für sie handelt. Umgekehrt jedoch ist § 52d Satz 2 FGO anzuwenden, sofern -- wie hier-- ein Steuerberater für P handelt (BFH-Urteil vom 25.10.2022 - IX R 3/22, BFHE 278, 21, BStBl II 2023, 267, Rz 19 f.).

**[19] b) Das FG wird sich indes damit befassen müssen, ob die Registrierungsspflicht der Steuerberater für das beSt eine ausreichende Rechtsgrundlage besitzt.**

**[20] aa) § 86f Nr. 2 des Steuerberatungsgesetzes (StBerG)** ermächtigt das Bundesministerium der Finanzen (BMF), durch Rechtsverordnung nach Anhörung der Bundessteuerberaterkammer (BStBK) mit Zustimmung des Bundesrates die Einzelheiten des beSt zu regeln. **§ 86f StBerG ist durch Art. 4 des Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe vom 07.07.2021 (BGBl I 2021, 2363) eingefügt worden. Dieses Gesetz ist am 01.08.2022 in Kraft getreten. § 86f StBerG ist jedoch erstmals nach Ablauf des 31.12.2022 anzuwenden (§ 157e StBerG). Die Steuerberaterplattform- und -postfachverordnung (StBPPV) wurde am 25.11.2022 erlassen und am 30.11.2022 verkündet (BGBl I 2022, 2105), beides mithin nach dem Inkrafttreten, aber vor der Anwendbarkeit ihrer formellgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.**

**[21] Der zeitliche Ablauf bei den für Rechtsanwälte geltenden Parallelregelungen war ein anderer.** Die formellgesetzliche Ermächtigungsgrundlage (ursprünglich § 31b der Bundesrechtsanwaltsordnung --BRAO--, später § 31c Nr. 3 BRAO, heute § 31d Nr. 3 BRAO) ist zum 01.07.2014 in Kraft getreten (Art. 26 Abs. 4 des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten --ERVFördG-- vom 10.10.2013, BGBl I 2013, 3786). Eine besondere Regelung über den zeitlichen Anwendungsbereich existiert hier nicht. Auf dieser Grundlage ist am 23.09.2016 die Rechtsanwaltsverzeichnis- und -postfachverordnung (RAVPV) erlassen worden (BGBl I 2016, 2167) und am Tag nach ihrer Verkündung in Kraft getreten (§ 32 Abs. 1 RAVPV). Die Regelungen über die aktive Nutzungspflicht für Rechtsanwälte traten erst zum 01.01.2022 in Kraft (Art. 26 Abs. 7 ERVFördG).

**[22] bb) Die Wirksamkeit einer Rechtsverordnung setzt unter anderem voraus, dass ihre nach Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG erforderliche formellgesetzliche Ermächtigungsgrundlage im Zeitpunkt des Erlasses der Rechtsverordnung in Geltung gesetzt war.** Das BVerfG hatte über den insoweit vergleichbaren Fall zu entscheiden, dass ein Bundesgesetz an demselben Tag erlassen und im Bundesgesetzblatt, Teil I verkündet wurde wie das verfassungsändernde Gesetz, mit dem die Gesetzgebungskompetenz des Bundes überhaupt erst geschaffen worden war, wobei Letzteres aber erst am Tag nach seiner Verkündung in Kraft trat. **Hierzu hat das BVerfG ausgeführt, von einer Ermächtigung könne erst Gebrauch gemacht werden, wenn sie vorliege. Die ermächtigende Norm müsse also in Kraft gesetzt sein, bevor die darauf gestützte Norm erlassen werden könne** (BVerfG-Urteil vom 26.07.1972 - 2 BvF 1/71,

BVerfGE 34, 9, unter B.II.2.). Künftig werde es die Nichtigkeit eines vorzeitig erlassenen Gesetzes annehmen. Im konkreten Fall hatte das BVerfG mit Rücksicht auf die bisherige Staatspraxis dem Gesetzgeber eine Art Vertrauensschutz gewährt. Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat unter Berufung auf diese Entscheidung formuliert, als Grundlage einer Rechtsverordnung könnten nur solche Ermächtigungsnormen herangezogen werden, die zum Zeitpunkt der Ausfertigung der Verordnung bereits "in Geltung gestanden" hätten (BVerwG-Urteil vom 20.04.2023 - 2 C 18.21, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht --NVwZ-- 2023, 1423, Rz 16). Diese Auffassung wird von der verfassungsrechtlichen Literatur geteilt (vgl. z.B. Remmert in Dürig/Herzog/Scholz, Komm. z. GG, Art. 80 Rz 50 und Butzer in Dürig/Herzog/Scholz, Komm. z. GG, Art. 82 Rz 286, jeweils m.w.N.; BeckOK GG/Uhle, 56. Ed. 15.08.2023, GG Art. 80 Rz 7, 9; Ossenbühl in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 103 Rz 76).

**[23] cc) Bei § 86f StBerG fallen das Inkrafttreten (01.08.2022) und der erstmalige Anwendungszeitpunkt (31.12.2022) auseinander.** Das BVerfG-Urteil vom 26.07.1972 - 2 BvF 1/71 (BVerfGE 34, 9) betrifft unmittelbar nur eine noch nicht in Kraft getretene Ermächtigungsnorm, formuliert aber auch (unter B.II.2.), der Tag des Inkrafttretens eines Gesetzes bestimme "seinen zeitlichen Geltungsbereich, den Tag, von dem an es anzuwenden ist", scheint also an Inkrafttreten und Anwendung dieselben Rechtsfolgen zu knüpfen. Dies dürfte nach der vorläufigen Auffassung des Senats auch dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechen. **Eine Norm, die noch nicht anzuwenden ist, hat noch keine Geltung erlangt und kann noch keine Rechtswirkungen entfalten. Die normative Wirkung einer Ermächtigungsgrundlage besteht aber gerade darin, die Rechtsgrundlage für den Erlass einer Rechtsverordnung zu schaffen. Es stellt sich folglich die Frage, ob sich nicht die "Anwendung" einer Ermächtigungsgrundlage gerade in dem Erlass der betreffenden Rechtsverordnung erschöpft. Dann wäre der Erlass der Rechtsverordnung vor Anwendbarkeit ihrer Ermächtigungsgrundlage unzulässig.**

**[24] Auch in zahlreichen Steuergesetzen ist es gängige Regelungstechnik, den Zeitpunkt der erstmaligen Anwendung zu bestimmen.** Zuvor kann eine solche Norm ihre rechtlichen Wirkungen nicht entfalten (vgl. etwa § 52 des Einkommensteuergesetzes). **Der Senat neigt bei vorläufiger Betrachtung auch nicht zu der Auffassung, dass sich die Anwendungsregelung des § 157e StBerG lediglich auf den zeitlichen Anwendungsbereich der auf der Grundlage des § 86f StBerG zu erlassenden Rechtsverordnung beziehe. Weder Gesetzeswortlaut noch Gesetzesmaterialien lassen einen solchen eventuellen Willen des Gesetzgebers erkennen.** Dieses Ziel hätte der Gesetzgeber einfacher erreichen können, wenn er

ebenso wie in Bezug auf das besondere elektronische Anwaltspostfach in der Rechtsanwaltsverzeichnis- und -postfachverordnung vorgegangen wäre. Der Senat kann derzeit auch nicht erkennen, dass es sich bei der hier gewählten Regelungstechnik um eine ständige Staatspraxis handelte, zumal sich dann in dem umfangreichen staatsrechtlichen Schrifttum hierzu eine ausdrückliche Aussage finden lassen müsste, was aber nicht der Fall ist.

**[25] dd) Sollte der Erlass der Steuerberaterplattform- und -postfachverordnung zu einem Zeitpunkt, in dem die Ermächtigungsgrundlage noch nicht anwendbar war, einen Fehler im Rechtssetzungsverfahren begründen, dürfte dieser Fehler nicht durch die spätere Anwendbarkeit der Ermächtigungsgrundlage geheilt worden sein. Eine solche Heilung hat schon das BVerfG in seinem Urteil vom 26.07.1972 - 2 BvF 1/71 (BVerfGE 34, 9, unter B.II.2.) für künftige Fälle nicht in Betracht gezogen und später klargestellt, eine rückwirkende Heilung kompetenzrechtlicher Verstöße sei ausgeschlossen, weil die ermächtigende Norm in Kraft gesetzt sein müsse, bevor die darauf gestützte Norm ergehen könne (BVerfG-Beschluss vom 25.02.1999 - 1 BvR 1472/91, 1 BvR 1510/91, Neue Juristische Wochenschrift 1999, 3404, unter II.2.a bb). Ebenso geht das BVerwG in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass eine ohne in Geltung befindliche Ermächtigungsgrundlage erlassene Rechtsverordnung nicht lediglich schwebend unwirksam, sondern nichtig sei und gegebenenfalls neu erlassen werden müsse (BVerwG-Urteile vom 29.04.2010 - 2 C 77.08, BVerwGE 137, 30, Rz 20 und vom 20.04.2023 - 2 C 18.21, BVerwGE 178, 201, Rz 16).**

**[26] ee) Sollte die Steuerberaterplattform- und -postfachverordnung nichtig sein, könnte es derzeit an einer Rechtsgrundlage für eine Verpflichtung der Steuerberater zur Erstregistrierung fehlen.** Zu den Einzelheiten, die § 86f Nr. 2 StBerG das BMF zu regeln ermächtigt, enthält das Steuerberatungsgesetz keine Regelungen; sie finden sich vielmehr ausschließlich in der Steuerberaterplattform- und -postfachverordnung. Insbesondere regelt § 15 i.V.m. § 4 StBPPV detailliert die Erstanmeldung am beSt (das Registrierungsverfahren), um die es im vorliegenden Fall in erster Linie geht. Zudem wäre zu prüfen, ob ohne die im Hinblick auf die Anforderungen der Datenschutz-Grundverordnung zwingend erforderlichen Regelungen der Steuerberaterplattform- und -postfachverordnung die Nutzung des beSt verpflichtend sein kann. **§ 86d StBerG regelt nur die *passive* Nutzungspflicht und reicht als Rechtsgrundlage für die *aktive* Nutzungspflicht einschließlich der Verpflichtung der Erstanmeldung zum beSt nicht aus.** Ob sich allein aus § 52d Satz 2 FGO ohne den notwendigen Unterbau der Steuerberaterplattform- und -postfachverordnung eine Nutzungspflicht ergibt, ist zweifelhaft. Dies würde voraussetzen, dass ein auf gesetzlicher Grundlage errichtetes Postfach "zur Verfügung steht". Zu dieser "gesetzlichen

Grundlage" könnte nach dem Gesamtzusammenhang auch die Steuerberaterplattform- und -postfachverordnung gehören, die erst die "Sicherheit" des von § 52d Satz 2 FGO vorausgesetzten "sicheren Übermittlungswegs" herstellt.

**[27] c) Ungeachtet seiner Zweifel an der Rechtsgrundlage der Nutzungspflicht des beSt könnte sich der Senat zudem vorstellen, mit Rücksicht auf Art. 19 Abs. 4 GG die bislang vom BFH gestellten sehr hohen Anforderungen an Steuerberater in Bezug auf die erstmalige Registrierung etwas zurückzunehmen.**

**[28] aa) Insbesondere neigt der Senat dazu, in rechtsschutzgewährender Auslegung des § 52d Satz 2 FGO davon auszugehen, dass dem Steuerberater ein sicherer Übermittlungsweg nicht bereits typisierend und unwiderleglich seit dem 01.01.2023 "zur Verfügung steht", sondern erst dann, wenn der Steuerberater, der beim Registrierungsverfahren seine berufsrechtliche Sorgfaltspflicht erfüllt, tatsächlich über ein funktionsfähiges beSt verfügt.** Ob ohne entsprechende klare Rechtsgrundlage eine Rechtspflicht oder Obliegenheit besteht, einen Zugang zum vorgezogenen Registrierungsverfahren zu beantragen, kann im Streitfall dahinstehen, da S dies tatsächlich getan hat. Da in allen **Verlautbarungen der BStBK und der regionalen Steuerberaterkammern**, die in den dem Senat bekannten Verfahren vorgelegt wurden, die Möglichkeit des **vorgezogenen Registrierungsverfahrens ("fast lane") lediglich als optionales Angebot bezeichnet worden** ist, hegt der Senat Zweifel, ob es einem Steuerberater zur Last gelegt werden kann, diesen Weg nicht gewählt zu haben. Das gilt umso mehr, als die BStBK und die regionalen Steuerberaterkammern hoheitliche Aufgaben wahrnehmen. Jedenfalls hält es der Senat im Lichte von Art. 19 Abs. 4 GG für geboten, zugunsten der Steuerberater die Übergangsschwierigkeiten bei Einrichtung des beSt zu berücksichtigen, die sich nicht zuletzt darin manifestiert haben, dass die Registrierungsbriefe planmäßig nicht vor dem 01.01.2023, sondern erst beginnend mit diesem Datum in Tranchen über mehrere Monate hinweg versandt wurden.

**[29] bb) Im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG und das Recht auf ein faires Verfahren kann aus Sicht des Senats auf die Maßstäbe des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 09.06.2022 - 15567/20 - Xavier Lucas ./ Frankreich (Newsletter Menschenrechte 2022, 245) zurückgegriffen werden. Der EGMR erachtet "exzessiven Formalismus" als Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren aus Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Das Urteil ist zu der französischen Regelung über den elektronischen Rechtsverkehr ergangen. Zwar ist Art. 6 Abs. 1 EMRK im Steuerrecht nicht anwendbar (Senatsurteil vom 27.04.2016 - X R 1/15, BFHE 253, 306, BStBl II 2016, 840, Rz 31, m.w.N.). Das Recht auf ein faires Verfahren ist aber**

ebenso im nationalen Verfassungs- und Prozessrecht verankert, so dass die Rechtsprechung des EGMR als Auslegungshilfe dienen kann.

**[30]** Im zugrundeliegenden Ausgangsverfahren hatte der Beschwerdeführer seinen Schriftsatz entgegen den Vorschriften des französischen Prozessrechts, denen zufolge der gerichtliche Schriftsatz auf elektronischem Wege einzureichen war, per Post eingereicht. Obwohl die in Frankreich installierte elektronische Plattform für diese spezielle Verfahrensart keine Rubrik enthielt, verwarf die Cour de cassation als Revisionsgericht gegen die Vorinstanzen den verfahrenseinleitenden Antrag als unzulässig, da von den gesetzlichen Regelungen über den elektronischen Rechtsverkehr in keinem Fall abgewichen werden könne. Die französische Regierung hat im Verfahren vor dem EGMR auf die Normzwecke der geltenden Regelung verwiesen (Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Justizverwaltung; Beschleunigung, Erleichterung und sicherere Gestaltung prozessualer Eingaben; vgl. EGMR-Urteil vom 09.06.2022 - 15567/20 - Xavier Lucas ./. Frankreich, Newsletter Menschenrechte 2022, 245, Rz 46); diese Normzwecke entsprechen denen des § 52d FGO. Trotz der fehlenden Rubrik hätte der Beschwerdeführer einen "ganz leichten" Zugang gehabt, wenn er ein bestimmtes Formular ausgefüllt hätte (EGMR-Urteil vom 09.06.2022 - 15567/20 - Xavier Lucas ./. Frankreich, Newsletter Menschenrechte 2022, 245, Rz 53). Der EGMR hat einstimmig eine Verletzung des in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten Rechts auf ein faires Verfahren bejaht, dem Beschwerdeführer eine Entschädigung zugesprochen und sinngemäß ausgeführt, zwar sei das gesetzgeberische Ziel legitim, der "formalistische Ansatz" der Cour de cassation gewichte aber das Recht auf Zugang zum Gericht nicht ausreichend. Das Formular verwende Begriffe in ungenauer Weise, sei mithin nicht "ganz leicht" auszufüllen, und es hätten sowohl präzise Informationen über die Antragsmodalitäten als auch Rechtsprechung gefehlt, auf die der Beschwerdeführer sich hätte stützen können (im Einzelnen EGMR-Urteil vom 09.06.2022 - 15567/20 - Xavier Lucas ./. Frankreich, Newsletter Menschenrechte 2022, 245, Rz 57 f.).

**[31]** In diesen Überlegungen kommt zum Ausdruck, dass die Anforderungen an den Rechtsschutzsuchenden nicht überspannt werden dürfen und Unklarheiten und Schwierigkeiten bei der Nutzung der elektronischen Kommunikation mit den Gerichten nicht zu Lasten der Rechtsschutzsuchenden gehen dürfen.

**[32]** d) Das FG kann auch erneut Überlegungen zur Frage der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 56 FGO anstellen.

**[33]** aa) Das FG hat ausgeführt, die Wiedereinsetzungsfrist habe nicht erst mit Erhalt des Hinweisschreibens des FG vom

27.02.2023 begonnen, sondern bereits mit dem Eintritt der Funktionsfähigkeit des beSt des S am 20.01.2023, weil S aufgrund des BFH-Beschlusses vom 27.04.2022 - XI B 8/22 (BFH/NV 2022, 1057) hätte wissen müssen, dass er ab dem 01.01.2023 zur elektronischen Kommunikation verpflichtet sei. Dem kann der Senat nur bedingt folgen. Denn mit den erheblichen Übergangsschwierigkeiten der Errichtung des beSt (§ 52d Satz 2 FGO) zum Jahreswechsel 2022/2023 konnte sich der bereits am 27.04.2022 ergangene Beschluss nicht beschäftigen und er enthält hierzu auch tatsächlich keine Ausführungen.

**[34]** bb) Weiter wird das FG gerade angesichts der Übergangsschwierigkeiten bei der Einführung des beSt prüfen müssen, ob es die prozessuale Fürsorge geboten hätte, den Hinweis, den es am 27.02.2023 erteilt hat, bereits zeitnah nach Eingang der Klagen zu erteilen. Dass den Finanzgerichten im Zusammenhang mit der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs besondere Fürsorgepflichten obliegen, zeigt auch § 52a Abs. 6 Satz 1 FGO.

**[35]** 3. Die Übertragung der Kostenentscheidungen auf das FG beruht auf § 143 Abs. 2 FGO.

**[36]** 4. Von einer weiteren Darstellung des Sachverhalts sowie einer weiteren Begründung sieht der Senat gemäß § 116 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 FGO ab.

## Wiedereinsetzung

- Unrichtige Rechtsmittelbelehrung
  - Rücknahme eines Rechtsmittels
- (BGH, *Beschl. v. 6.3.2024 – XII ZB 408/23*)

### Leitsatz

Zum Verschulden eines Rechtsanwalts, der ein vermeintlich verfrüht eingelegtes Rechtsmittel wieder zurücknimmt und dadurch die Rechtsmittelfrist versäumt.

### Zum Sachverhalt:

**[1]** Das Familiengericht hat mit am 4. April 2023 verkündetem Beschluss die Ehe der Beteiligten geschieden, den Versorgungsausgleich durchgeführt und den Antragsteller zur Zahlung von nachehelichem Unterhalt und Zugewinnausgleich an die Antragsgegnerin verpflichtet. Eine beglaubigte Abschrift des Beschlusses, versehen mit einem umfassenden Rechtskraftvermerk, ist dem Antragsteller am 6. April 2023 zugestellt worden. Noch am selben Tag hat der Antragsteller beantragt, den Beschluss dahin zu berichtigen, dass dieser nur hinsichtlich des Scheidungsausspruchs (Ziffer 1. der Beschlussformel) rechtskräftig sei. Am 27. April 2023 hat das Familiengericht

die versehentlich mit dem umfassenden Rechtskraftvermerk versehenen Abschriften zwecks erneuter Zustellung mit dem Hinweis zurückgefordert, dass eine schwerwiegende Abweichung von der Urschrift vorliege, die zur Unwirksamkeit der Zustellung führe. Am 8. Mai 2023, einem Montag, hat der Antragsteller Beschwerde gegen die Verpflichtung zur Zahlung von nahehelichem Unterhalt (Ziffer 3. der Beschlussformel) eingelegt und ausgeführt, dass das Rechtsmittel nur fristwährend eingelegt werde, da die am 6. April 2023 erfolgte Zustellung des Beschlusses wegen schwerwiegender Abweichung von der Urschrift unwirksam und der Beschluss in korrekter Fassung noch nicht (erneut) zugestellt worden sei. Er behalte sich vor, die Beschwerde zu begründen bzw. zurückzunehmen und bitte um einen entsprechenden Hinweis des Gerichts. Ebenfalls noch unter dem 8. Mai 2023 hat das Familiengericht durch richterliche Verfügung mitgeteilt, dass die erneute Zustellung veranlasst werde, sobald alle fehlerhaften Ausfertigungen zurückgelangt seien. Auf diesen Hinweis hat der Antragsteller die am 8. Mai 2023 „vorsorglich fristwährend eingelegte“ Beschwerde mit Schriftsatz vom 11. Mai 2023 zurückgenommen.

[2] Am 15. Mai 2023 hat die Antragsgegnerin die Rechtsauffassung vertreten, dass die Zustellung am 6. April 2023 wirksam erfolgt sei. Unter dem 17. Mai 2023 hat das Familiengericht durch richterliche Verfügung mitgeteilt, dass es an der Auffassung festhalte, dass die erste Zustellung nicht wirksam erfolgt sei. Eine Abschrift des Beschlusses mit fehlerfreiem Rechtskraftvermerk ist dem Antragsteller am 15. Mai 2023 zugestellt worden. Am 13. Juni 2023 hat er erneut Beschwerde in Bezug auf die Unterhaltsverpflichtung eingelegt und diese begründet. Auf Hinweis des Beschwerdegerichts hat der Antragsteller am 3. August 2023 vorsorglich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die versäumte Beschwerdebegründungsfrist beantragt. Er habe darauf vertraut, dass der Beschluss nicht als am 6. April 2023 zugestellt gelte, nachdem das Familiengericht die Abschrift zwecks deren Berichtigung und erneuter Zustellung zurückgefordert und entsprechende richterliche Hinweise erteilt habe.

[3] Das Beschwerdegericht hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Beschwerde als unzulässig verworfen. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Antragstellers.

#### Aus den Gründen:

[4] Die nach §§ 112 Nr. 1, 117 Abs. 1 Satz 4 FamFG, §§ 522 Abs. 1 Satz 4, 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist nicht zulässig, weil die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt sind. Die maßgeblichen Rechtsfragen sind durch die höchstrichterliche Rechtsprechung geklärt. Der Antragsteller vermag auch nicht

aufzuzeigen, dass eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich wäre. Das Beschwerdegericht hält sich mit seiner Entscheidung im Rahmen der höchstrichterlichen Rechtsprechung.

[5] Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde erfordert die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts. Der angefochtene Beschluss verletzt den Antragsteller nicht in seinem verfahrensrechtlich gewährleisteten Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip).

[6] 1. Wie das Beschwerdegericht zutreffend erkannt hat, ist der am 4. April 2023 verkündete Beschluss wirksam am 6. April 2023 zugestellt worden. Er ist mit Zustellungswillen des Gerichts (vgl. Senatsbeschluss vom 20. Oktober 2021 - XII ZB 314/21 - FamRZ 2022, 226 Rn. 6 mwN) in Form einer beglaubigten Abschrift der Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers zugeleitet worden, welche den Empfang mit ihrem Empfangsbekenntnis gegenüber dem Gericht bestätigt hat (§ 113 Abs. 1 FamFG iVm § 175 ZPO). Zwar kann eine Zustellung trotz ausgestellten Empfangsbekenntnisses unwirksam sein, wenn zwischen der Urschrift und der beglaubigten Abschrift so starke Abweichungen bestehen, dass der Zustellungsadressat den wesentlichen Inhalt der Urschrift - insbesondere den Umfang seiner Beschwer - nicht mehr zweifelsfrei erkennen kann (BGH Beschluss vom 10. November 2011 - IX ZB 165/10 - NJW-RR 2012, 179 Rn. 10 mwN). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor, da die zugestellte Abschrift mit der Urschrift des richterlichen Beschlusses vollständig übereinstimmt und lediglich ein unzutreffender Rechtskraftvermerk der Geschäftsstelle darauf angebracht war.

[7] Gemäß § 63 Abs. 1 FamFG ist die Beschwerde, soweit gesetzlich keine andere Frist bestimmt ist, binnen einer Frist von einem Monat einzulegen. Die Frist beginnt jeweils mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses an die Beteiligten (§ 63 Abs. 3 Satz 1 FamFG). Sie begann daher hier mit der Zustellung am 6. April 2023 und endete am Montag, dem 8. Mai 2023. Die an diesem Tag eingelegte Beschwerde hat der Antragsteller jedoch mit weiterem Schriftsatz vom 11. Mai 2023 wieder zurückgenommen. Für die Wirksamkeit der Rücknahme als verfahrensleitende Erklärung kommt es nicht auf die Motive an, aus denen heraus sie erklärt wurde.

[8] Zwar hat der Antragsteller am 13. Juni 2023 erneut Beschwerde eingelegt. Diese war jedoch im Hinblick auf den am 8. Mai 2023 eingetretenen Fristablauf verspätet. Die bereits abgelaufene Frist ist auch nicht durch erneute Zustellung des Beschlusses am 15. Mai 2023 neu in Gang gesetzt worden.

[9] 2. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde sind die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht erfüllt. Denn der Antragsteller hat die Beschwerdefrist nicht unverschuldet im Sinne von § 117 Abs. 5 FamFG iVm § 233 Satz 1 ZPO versäumt. Vielmehr beruht das Versäumnis auf einem Verschulden seiner Verfahrensbevollmächtigten, welches er sich nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen muss.

[10] a) Die Voraussetzungen des § 233 Satz 2 ZPO, wonach ein Fehlen des Verschuldens vermutet wird, wenn eine Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben oder fehlerhaft ist, liegen nicht vor.

[11] Zwar enthielt die am 6. April 2023 zugestellte Beschlussabschrift in ihrer Gesamtschau **keine in sich konsistente Rechtsbehelfsbelehrung**. Denn die im Beschlusstext enthaltene Belehrung, die zutreffend auf das gegebene Rechtsmittel der Beschwerde hinweist, wurde durch den fehlerhaft angebrachten Rechtskraftvermerk wieder infrage gestellt, so dass bei einem Rechtsunkundigen Zweifel aufkommen konnten, ob gegen den Beschluss noch ein Rechtsmittel gegeben war oder nicht.

[12] Grundsätzlich darf auch ein Rechtsanwalt auf die Richtigkeit einer durch das Gericht erteilten Rechtsbehelfsbelehrung vertrauen. Gleichwohl muss von ihm erwartet werden, dass er die Grundzüge des Verfahrensrechts und das Rechtsmittelsystem in der jeweiligen Verfahrensart kennt. **Das Vertrauen in die Richtigkeit einer Rechtsbehelfsbelehrung kann er deshalb nicht uneingeschränkt, sondern nur in solchen Fällen in Anspruch nehmen, in denen die inhaltlich fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung zu einem unvermeidbaren, zumindest aber zu einem nachvollziehbaren und daher verständlichen Rechtsirrtum des Rechtsanwalts geführt hat.** Die Fristversäumung ist mithin auch in den Fällen einer unrichtigen **Rechtsbehelfsbelehrung** nicht unverschuldet, wenn diese **offenkundig falsch** gewesen ist und deshalb - ausgehend von dem bei einem Rechtsanwalt vorauszusetzenden Kenntnisstand - **nicht einmal den Anschein der Richtigkeit zu erwecken vermochte** (Senatsbeschluss vom 25. November 2020 - XII ZB 256/20 - FamRZ 2021, 444 Rn. 7 mwN).

[13] Nach diesen Maßstäben war die Versäumung der Beschwerdefrist durch die Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers nicht unverschuldet. Denn für sie war das gegebene Rechtsmittel offenkundig. Sie selbst hat das Gericht auf den Fehler hingewiesen und die zulässige Beschwerde am 8. Mai 2023 fristgerecht eingelegt.

[14] b) Ein Wiedereinsetzungsgrund ergibt sich auch nicht daraus, dass das Familiengericht dem Antragsteller unzutreffende rechtliche Hinweise erteilt und ihn damit in einer

**die Grundsätze des fairen Verfahrens verletzenden Weise dazu veranlasst hätte, die bereits zulässig eingelegte Beschwerde wieder zurückzunehmen.** Denn das Familiengericht hat nicht angeraten, die am 8. Mai 2023 eingelegte Beschwerde wieder zurückzunehmen. Es hat lediglich zu erkennen gegeben, dass es die am 6. April 2023 erfolgte Zustellung für unwirksam und wiederholungsbedürftig hielt. Selbst wenn es dabei einen unzutreffenden rechtlichen Standpunkt eingenommen hat, durfte dies den Antragsteller nicht dazu veranlassen, seine bereits eingelegte Beschwerde zurückzunehmen.

[15] Denn wenn die Rechtslage zweifelhaft ist, muss der bevollmächtigte Anwalt den **sicheren Weg wählen** (st. Rspr., vgl. nur Senatsbeschluss vom 3. November 2010 - XII ZB 197/10 - FamRZ 2011, 100 Rn. 19 mwN). Selbst von dem Standpunkt aus, dass die erste Zustellung des Beschlusses nicht wirksam erfolgt sei, ergab sich jedoch keine Veranlassung für eine Rücknahme des Rechtsmittels. Denn selbst wenn weder die Frist zur Einlegung noch die zur Begründung des Rechtsmittels mit der am 6. April 2023 erfolgten Zustellung begonnen hätte, wäre das Rechtsmittel vom 8. Mai 2023 wirksam eingelegt gewesen. Ein Rechtsmittel kann schon vor dem gesetzlich festgelegten Fristbeginn eingelegt und begründet werden (vgl. BGH Urteil vom 24. Juni 1999 - I ZR 164/97 - NJW 1999, 3269, 3270 f. mwN). Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtsmittels ist insoweit nur, dass die Entscheidung bereits erlassen ist (Sternal/Sternal FamFG 11. Aufl. § 63 Rn. 25 mwN; Prütting/Helms/Abramenko FamFG 6. Aufl. § 63 Rn. 9 mwN; Thomas/Putzo/Seiler ZPO 45. Aufl. § 63 FamFG Rn. 1). Das war hier jedenfalls mit der am 4. April 2023 erfolgten Verkündung des Beschlusses der Fall.

[16] Der Antragsteller hätte daher den **sicheren Weg beschreiten müssen, die wirksam eingelegte Beschwerde nicht zurückzunehmen, sondern diese innerhalb der Rechtsmittelbegründungsfrist, gerechnet von der Zustellung am 6. April 2023 an, zu begründen.** Anhaltspunkte dafür, dass außer der fehlerhaft angebrachten Rechtskraftbescheinigung der Beschlusstext als solcher unrichtig übermittelt worden sei und deshalb die Beschwerde nicht innerhalb der gesetzlichen Frist hätte begründet werden können, ergaben sich nicht. Solche Gründe hätten im Übrigen auch keine Veranlassung zur Rücknahme des Rechtsmittels gegeben, sondern nur zur Beantragung der Verlängerung der Rechtsmittelbegründungsfrist.

## Wiedereinsetzung

- Rechtsmittelbegründungsfrist
- Eigenverantwortliche Prüfung  
(BGH, *Beschl. v. 1.3.2023 – XII ZB 483/21*)

### Leitsätze

1. Werden einem Rechtsanwalt die Akten im Zusammenhang mit einer fristgebundenen Prozesshandlung vorgelegt, hat er den Ablauf von Rechtsmittelbegründungsfristen eigenverantwortlich zu prüfen (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 29. Juni 2022 - XII ZB 9/22, FamRZ 2022, 1633).
2. Dies gilt unabhängig davon, ob die Handakten des Rechtsanwalts in herkömmlicher Form als Papierakten oder - wie hier - als elektronische Akten geführt werden (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 9. Juli 2014 - XII ZB 709/13, FamRZ 2014, 1624).

### Zum Sachverhalt:

**[1]** Die Klägerin wendet sich in einem Rechtsstreit über wechselseitige Forderungen aus einem Gewerberaummietverhältnis gegen die Versagung der begehrten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die Verwerfung ihrer Berufung.

**[2]** Gegen das der Klägerin am 16. März 2021 zugestellte Urteil des Landgerichts, mit dem ihre Klage auf Zahlung von 141.658,19 € abgewiesen und sie auf die Widerklage des Beklagten zur Zahlung von 56.877,68 € nebst Zinsen verurteilt worden ist, hat die Klägerin fristgerecht Berufung eingelegt. Am 31. Mai 2021 hat sie die Berufungsbegründung eingereicht und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beantragt. Zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags hat sie ausgeführt, die vormals die Berufungsakte bearbeitende Rechtsanwältin P. sei zum 30. April 2021 aus der Kanzlei ihres Prozessbevollmächtigten ausgeschieden. Anlässlich dieses Ausscheidens habe ihr jetziger Prozessbevollmächtigter Rechtsanwalt R. der stets zuverlässigen Kanzleiangestellten die Anweisung erteilt, die Berufungsakte einschließlich aller Fristen und Termine auf ihn - als neuen Sachbearbeiter - umzutragen. Die Kanzleiangestellte habe daraufhin zwar Rechtsanwalt R. als neuen Sachbearbeiter in die - rein elektronisch geführte - Akte eingetragen, nicht jedoch die Berufungsbegründungsfrist auf ihn umgetragen. Infolge dieser Unachtsamkeit sei die Berufungsbegründungsfrist in keiner der Rechtsanwalt R. vorzulegenden Fristenlisten erschienen.

**[3]** Das Oberlandesgericht hat den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen und die Berufung

verworfen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Rechtsbeschwerde.

### Aus den Gründen:

**[4]** Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

**[5]** Die Rechtsbeschwerde ist gemäß §§ 574 Abs. 1 Nr. 1, 522 Abs. 1 Satz 4, 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthaft. Sie ist aber nicht zulässig, weil die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt sind. Die Sache hat keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung, weil die maßgeblichen Rechtsfragen durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geklärt sind. Die Klägerin vermag auch nicht aufzuzeigen, dass eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich wäre.

**[6]** 1. Das Oberlandesgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Berufung sei unzulässig, weil sie nicht innerhalb der am 17. Mai 2021 abgelaufenen Begründungsfrist begründet worden sei.

**[7]** Die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist könne nicht gewährt werden, weil der Klägerin ein Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten zuzurechnen sei. Dieser habe mit Blick auf das Ausscheiden der vormals sachbearbeitenden Rechtsanwältin P. aus der Kanzlei seine Organisationspflichten verletzt. Zwar habe er seiner Kanzleiangestellten die mündliche Anweisung erteilt, die vormals Rechtsanwältin P. zugeordneten Akten nach einer Liste auf den nunmehr zuständigen Sachbearbeiter in der elektronischen Akte umzutragen. In dieser Anweisung habe der Prozessbevollmächtigte aber keine organisatorischen Vorkehrungen gegen das Vergessen der Anweisung getroffen. Im vorliegenden Fall beruhe die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist auf diesem Verstoß gegen die Organisationspflichten. Denn die Kanzleiangestellte habe in ihrer eidesstattlichen Versicherung angegeben, die Umtragung der Fristen bei der vorliegenden Akte vergessen zu haben.

**[8]** 2. Das Oberlandesgericht hat jedenfalls im Ergebnis zu Recht die beantragte Wiedereinsetzung versagt und die Berufung der Klägerin als unzulässig verworfen.

**[9]** a) Die Rechtsbeschwerde erinnert zutreffend nichts dagegen, dass das Oberlandesgericht die Berufungsbegründungsfrist des § 520 Abs. 2 ZPO als versäumt angesehen hat.

**[10]** b) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde sind auch die Voraussetzungen des § 233 Satz 1 ZPO für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht erfüllt. Denn nach dem Wiedereinsetzungsvorbringen ist ein der Klägerin nach § 85

Abs. 2 ZPO zuzurechnendes Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten an der Fristversäumung nicht auszuschließen.

**[11] aa)** Ein Rechtsanwalt hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs den Ablauf von **Rechtsmittelbegründungsfristen immer dann eigenverantwortlich zu prüfen, wenn ihm die Akten im Zusammenhang mit einer fristgebundenen Verfahrenshandlung, insbesondere zu deren Bearbeitung, vorgelegt werden.** In diesem Fall muss der Rechtsanwalt stets auch alle weiteren unerledigten Fristen einschließlich ihrer Notierung in den Handakten prüfen (vgl. Senatsbeschlüsse vom 29. Juni 2022 - XII ZB 9/22 - FamRZ 2022, 1633 Rn. 10; vom 19. Februar 2020 - XII ZB 458/19 - FamRZ 2020, 936 Rn. 13 mwN und vom 9. Juli 2014 - XII ZB 709/13 - FamRZ 2014, 1624 Rn. 12). **Dies gilt unabhängig davon, ob die Handakten des Rechtsanwalts in herkömmlicher Form als Papierakten oder - wie hier - als elektronische Akten geführt werden.** Denn wie die elektronische Fristenkalenderführung gegenüber dem herkömmlichen Fristenkalender darf auch die elektronische Handakte grundsätzlich keine geringere Überprüfungssicherheit bieten als ihr analoges Pendant (vgl. Senatsbeschluss vom 9. Juli 2014 - XII ZB 709/13 - FamRZ 2014, 1624 Rn. 13 f.).

**[12] bb)** Gemessen daran hat die Klägerin ein fehlendes Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten nicht dargetan.

**[13] (1)** Dem mit der weiteren Sachbearbeitung betrauten Rechtsanwalt R. wurden die Akten zwecks Fertigung der Berufungsschrift vorgelegt. Denn ausweislich der zu den Akten gereichten Berufungsschrift hat er - ungeachtet des Umstands, dass die vormals sachbearbeitende Rechtsanwältin P. erst zum 30. April 2021 aus der Kanzlei ausgeschieden ist - die Berufung am 16. April 2021 eingelegt. Die Begründung des Wiedereinsetzungsantrags verhält sich jedoch nicht dazu, ob Rechtsanwalt R. anlässlich dieser Aktenvorlage die korrekte Notierung der Berufungsbegründungsfrist eigenverantwortlich in der (elektronischen) Handakte geprüft hat. Hätte er diese Prüfung vorgenommen, hätte er bemerken und korrigieren müssen, dass die Berufungsbegründungsfrist (noch) nicht auf ihn, sondern nach wie vor auf Rechtsanwältin P. notiert war.

**[14]** Die Klägerin hat nicht geltend gemacht, dass die Anweisung zur Umtragung der Akte auf Rechtsanwalt R. als neuen Sachbearbeiter erst nach Einlegung der Berufung erfolgt ist. Dies ist auch sonst nicht ersichtlich. Im Gegenteil ergibt sich aus der Berufungsschrift, dass der Sachbearbeiterwechsel schon vorher erfolgt war. Denn darin lautet das kanzleiinterne Zeichen schon nicht mehr auf Rechtsanwältin P., sondern bereits auf Rechtsanwalt R. Zudem wurde als Zustellungsadressat im Sinne von § 130 Nr. 1a ZPO in der Berufungsschrift nicht mehr - wie zuvor - Rechtsanwältin P., sondern Rechtsanwalt R. angegeben.

**[15]** Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann jedoch nicht gewährt werden, wenn - wie hier - nach den glaubhaft gemachten Tatsachen die Möglichkeit offenbleibt, dass die Fristversäumung vom Prozessbevollmächtigten der Partei verschuldet war (vgl. Senatsbeschluss vom 6. April 2011 - XII ZB 701/10 - NJW 2011, 1972 Rn. 8 mwN).

**[16] (2)** Unabhängig davon ist, wie aus dem von der Klägerin mit ihrem Wiedereinsetzungsantrag vorgelegten Ausdruck der elektronischen Rechtsanwaltsakte hervorgeht, im Streitfall auch eine Vorfrist für die Berufungsbegründung auf den 10. Mai 2021 notiert worden. Diese Vorfrist wurde im elektronischen Fristenkalender am 6. Mai 2021 als „erledigt“ gekennzeichnet. Dass die Akte entgegen dem Erledigungsvermerk an diesem Tag keinem Rechtsanwalt vorgelegt worden ist (vgl. BGH Beschluss vom 18. Juni 2020 - IX ZB 17/18 - NJW-RR 2020, 1002 Rn. 13 zur Organisation der Aktenvorlage im Fall einer elektronisch geführten Akte), wird von der Klägerin mit ihrem Wiedereinsetzungsantrag nicht geltend gemacht. Da Rechtsanwältin P. bei Eintragung des Erledigungsvermerks am 6. Mai 2021 bereits aus der Kanzlei ausgeschieden war, kommt eine Vorlage der Akte nach den Umständen nur an den neuen Sachbearbeiter Rechtsanwalt R. in Betracht.

**[17] Vor diesem Hintergrund hätte sich der Wiedereinsetzungsantrag - wie nicht geschehen - ebenfalls dazu verhalten müssen, ob Rechtsanwalt R. auch insoweit die korrekte Notierung der Berufungsbegründungsfrist eigenverantwortlich in der (elektronischen) Handakte geprüft hat.** Hätte er diese Prüfung vorgenommen, hätte er die fehlerhaft notierte Berufungsbegründungsfrist auch in diesem Zusammenhang bemerken und korrigieren müssen.

**[18]** Die Eintragung der Vorfrist war auch nicht etwa eine über das gebotene Maß hinausgehende organisatorische Sicherung mit der Folge, dass eine daran anknüpfende Pflichtverletzung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin eine unzulässige Verschärfung seiner anwaltlichen Sorgfaltspflichten darstellen würde (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 6. Dezember 2006 - XII ZB 99/06 - FamRZ 2007, 275, 276 mwN; BGH Beschluss vom 30. April 1998 - VII ZB 5/97 - NJW 1998, 2676, 2677). **Denn die Einhaltung einer Rechtsmittelbegründungsfrist ist nicht nur durch die Eintragung der Hauptfrist, sondern zusätzlich durch eine ausreichende Vorfrist sicherzustellen** (vgl. Senatsbeschluss vom 6. Dezember 2006 - XII ZB 99/06 - FamRZ 2007, 275, 276 mwN). **Deshalb hat ein Rechtsanwalt auch dann, wenn ihm die Akten zur Vorfrist vorgelegt werden, Anlass zur eigenverantwortlichen Prüfung, ob das Fristende richtig ermittelt und festgehalten worden ist** (vgl. BGH Beschluss vom 12. September 2019 - IX ZB 13/19 - NJW 2019, 3234 Rn. 16).

**[19]** (3) Soweit die Rechtsbeschwerde geltend macht, Prozessbevollmächtigter der Klägerin sei nicht der sachbearbeitende Rechtsanwalt R. in Person, sondern die Partnerschaftsgesellschaft der Rechtsanwälte als solche gewesen, vermag ihr dies nicht zum Erfolg zu verhelfen. **Denn eine Partei muss sich auch das Verschulden eines selbstständigen Sachbearbeiters (hier: Rechtsanwalt R.) ihres Prozessbevollmächtigten (hier: Partnerschaftsgesellschaft) zurechnen lassen** (vgl. Senatsbeschluss vom 1. April 1992 - XII ZB 21/92 - FamRZ 1992, 1162).

**[20]** (4) Eines vorherigen Hinweises an die anwaltlich vertretene Klägerin auf die vorerwähnten Mängel bedurfte es nicht. Die Anforderungen, die die Rechtsprechung an die Sorgfaltspflichten in Fristensachen stellt, sind bekannt und müssen einem Anwalt auch ohne richterliche Hinweise geläufig sein. **Tragen die zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags gemachten Angaben diesen Anforderungen nicht Rechnung, deutet das nicht auf Unklarheiten oder Lücken des Vortrags hin, die aufzuklären oder zu füllen wären, sondern erlaubt den Schluss darauf, dass den Sorgfaltspflichten nicht Genüge getan worden ist** (vgl. BGH Beschluss vom 29. Juni 2017 - III ZB 95/16 - juris Rn. 11 mwN).

**[21]** c) Von einer weiteren Begründung der Entscheidung wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung beizutragen (§ 577 Abs. 6 Satz 3 ZPO).

## Wiedereinsetzung

- beA
- Weitergabe des Zertifikats an Dritte  
(BGH, *Beschl. v. 31.8.2023 – VIa ZB 24/22*)

### Leitsatz

Zu den Anforderungen an die Versendung eines bestimmten Schriftsatzes über das besondere elektronische Anwaltspostfach.

### Zum Sachverhalt:

**[1]** Der Kläger wendet sich gegen die Verwerfung seiner Berufung.

**[2]** Er begehrt von der Beklagten Schadensersatz im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Fahrzeugs mit Dieselmotor. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Hiergegen hat der Kläger fristgemäß Berufung eingelegt. Innerhalb der bis zum 8. September 2022 verlängerten Frist zur Begründung der Be-

rufung ist ausweislich des bei der Akte befindlichen Transfervermerks bei dem Berufungsgericht unter dem Dateinamen "Berufungsschriftsatz.pdf" aus dem besonderen elektronischen Anwaltspostfach (beA) des Prozessbevollmächtigten des Klägers und unter dessen Nutzer-ID ein auf den 17. November 2021 datierter, an ein anderes Oberlandesgericht adressierter und eingangs andere Parteien anführender Schriftsatz eingegangen.

**[3]** Nach einem Hinweis des Berufungsgerichts sind dort am 12. September 2022 die Berufungsbegründung und ein Wiedereinsetzungsantrag eingegangen, zu dem der Kläger vorgebracht hat, die Berufungsbegründungsfrist sei unverschuldet versäumt worden. In der Kanzlei seines Prozessbevollmächtigten werde eine Frist erst nach wirksamer Postausgangskontrolle und erst dann gestrichen, wenn der fristerledigende Schriftsatz vollständig nebst Anlagen geprüft, "signiert" und der Sendebericht kontrolliert worden sei. Ferner sehe die Büroorganisation vor, dass eine Kanzleikraft zum Nachmittag/Abend eines jeden Tages eine abschließende Fristenkontrolle aller zum jeweiligen Tag ablaufenden Fristen unter Nutzung der Übersicht des Anwaltsprogramms durchführe, um die ordnungsgemäße Erstellung und den Versand von fristwährenden Schriftsätzen zu überprüfen. Im konkreten Fall habe die Rechtsanwalts- und Notarfachangestellte versucht, die Berufungsbegründung über das Anwaltsprogramm zu versenden. Da dies nicht funktioniert habe, habe sie, nachdem sie zuvor nochmals kontrolliert habe, dass es sich um den richtigen Schriftsatz handle, um 16:28 Uhr den Versand per beA vorgenommen. Das Prüfprotokoll habe die Übersendung per beA als "erfolgreich" ausgewiesen. Der Prozessbevollmächtigte habe die Versendung des Schriftsatzes noch am gleichen Tag überprüft.

**[4]** Das Berufungsgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Klägers.

### Aus den Gründen:

**[5]** Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO), aber unzulässig. Die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO sind nicht erfüllt. Insbesondere ist eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts nicht zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde verletzt der angefochtene Beschluss nicht den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) und wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip).

**[6]** 1. Das Berufungsgericht hat die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der Begründung verweigert, dem Wiedereinsetzungsgesuch lasse sich nicht entnehmen, dass in der

Kanzlei des Prozessbevollmächtigten eine hinreichende Ausgangskontrolle gewährleistet gewesen sei. Auch bei der Übermittlung von fristgebundenen Schriftsätzen im elektronischen Rechtsverkehr mittels beA sei es unerlässlich, den Versandvorgang zu überprüfen. Dabei sei eine Prüfung erforderlich, ob die richtige Datei versandt worden sei. Der Rechtsanwalt müsse durch eine Organisationsanweisung oder durch konkrete Einzelanweisung sicherstellen, dass jeder fristgebundene Schriftsatz mit einem individuellen Dateinamen versehen werde, der später anhand von Prüfprotokoll und Eingangsbestätigung die Kontrolle auf Fehlversendungen ermögliche. Dass in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten des Klägers eine solche Kontrolle angeordnet worden wäre, lasse sich dem Wiedereinsetzungsgesuch nicht entnehmen.

[7] 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand. Das Berufungsgericht hat dem Kläger zu Recht die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist versagt und seine Berufung als unzulässig verworfen. Die Versäumung der Frist zur Begründung der Berufung beruht auf einem Verschulden seines Prozessbevollmächtigten, das dem Kläger nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen ist.

[8] a) Der Prozessbevollmächtigte des Klägers muss sich so behandeln lassen, als habe er selbst um 16:28 Uhr den nicht zum Verfahren gehörenden Schriftsatz anstelle der Berufungsbegründung an das Berufungsgericht versandt, dessen Übermittlung die Frist zur Berufungsbegründung nicht wahren konnte.

[9] Nach § 26 Abs. 1 RAVPV darf der Inhaber eines besonderen elektronischen Anwaltspostfachs ein für ihn erzeugtes Zertifikat keiner weiteren Person überlassen und hat die dem Zertifikat zugehörige Zertifikats-PIN geheim zu halten. Möglich ist nach § 23 Abs. 2 und 3 RAVPV zwar, unter den dort genannten Voraussetzungen anderen Personen Zugang zu dem besonderen elektronischen Anwaltspostfach zu gewähren und von einem Rechtsanwalt qualifiziert signierte elektronische Dokumente auf einem sicheren Übermittlungsweg zu übersenden. Voraussetzung ist aber, dass für die anderen Personen ein Zugangskonto angelegt ist und der Zugang der anderen Personen über ihr Zugangskonto unter Verwendung eines ihnen zugeordneten Zertifikats und einer zugehörigen Zertifikats-PIN erfolgt. Handelt der Inhaber eines besonderen elektronischen Anwaltspostfachs dem zuwider und überlässt er das nur für seinen Zugang erzeugte Zertifikat und die zugehörige Zertifikats-PIN einem Dritten, muss er sich so behandeln lassen, als habe er die übermittelte Erklärung selbst abgegeben (vgl. BSG, Urteil vom 14. Juli 2022 - B 3 KR 2/21 R, juris Rn. 15).

[10] Entsprechend muss sich der Prozessbevollmächtigte des Klägers im Rahmen der Prüfung der Wiedereinsetzungsvoraussetzungen nach § 233 ZPO die Übersendung des verfahrensfremden Schriftsatzes am Spätnachmittag des letzten Tages der Berufungsbegründungsfrist so zurechnen lassen, als habe er den verfahrensfremden Schriftsatz anstelle der Berufungsbegründung selbst auf den Weg gebracht. Zu diesem Zeitpunkt konnte er auch nicht mehr erwarten, dass die Übersendung eines mit dem Berufungsverfahren nicht in Zusammenhang stehenden Schriftsatzes innerhalb eines ordnungsgemäßen Geschäftsgangs noch so rechtzeitig bei dem Berufungsgericht bemerkt werden würde, dass die Nachreichung der Berufungsbegründung noch am 8. September 2022 hätte gewährleistet werden können (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2017 - LwZB 1/17, NJW 2018, 165 Rn. 9 ff.).

[11] b) Aber auch dann, wenn sich der Prozessbevollmächtigte des Klägers die Übersendung des verfahrensfremden Schriftsatzes anstelle der Berufungsgründung nicht als selbst veranlasst zurechnen lassen müsste, wäre die Fristversäumung mit der Folge der Anwendung des § 85 Abs. 2 ZPO durch ihn verschuldet.

[12] aa) Die **anwaltlichen Sorgfaltspflichten** im Zusammenhang mit der Übermittlung von fristgebundenen Schriftsätzen im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs mittels beA entsprechen denjenigen bei der Übersendung von Schriftsätzen per Telefax. Auch bei der Nutzung des beA ist es unerlässlich, den Versandvorgang zu überprüfen (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Mai 2021 - VIII ZB 9/20, NJW 2021, 2201 Rn. 21; Beschluss vom 29. September 2021 - VII ZR 94/21, NJW 2021, 3471 Rn. 12; Beschluss vom 20. September 2022 - XI ZB 14/22, NJW 2022, 3715 Rn. 7; Beschluss vom 11. Januar 2023 - IV ZB 23/21, NJW-RR 2023, 425 Rn. 14). Die **Kontrollpflichten** umfassen dabei die Überprüfung der nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO übermittelten **automatisierten Eingangsbestätigung** des Gerichts. Sie erstrecken sich unter anderem darauf, ob die **Übermittlung vollständig** und **an den richtigen Empfänger** erfolgt ist (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Mai 2021, aaO, Rn. 46; Beschluss vom 30. November 2022 - IV ZB 17/22, NJW-RR 2023, 351 Rn. 10). Dabei ist für das Vorliegen einer Eingangsbestätigung gemäß § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO auch erforderlich, dass gerade der Eingang des elektronischen Dokuments im Sinne von § 130a Abs. 1 ZPO, das übermittelt werden sollte, bestätigt wird. Die Bestätigung der Versendung irgendeiner Nachricht oder irgendeines Schriftsatzes genügt nicht. **Vielmehr ist anhand des zuvor sinnvoll vergebenen Dateinamens auch zu prüfen, ob sich die automatisierte Eingangsbestätigung auf die Datei mit dem Schriftsatz bezieht, dessen Übermittlung erfolgen sollte** (BGH, Beschluss vom 17. März 2020 - VI ZB 99/19, NJW 2020, 1809 Rn. 16; Beschluss vom 20. September 2022, aaO, Rn. 9 f.). Dies rechtfertigt sich

daraus, dass bei einem Versand über beA - anders als bei einem solchen über Telefax - eine Identifizierung des zu übersendenden Dokuments nicht mittels einfacher Sichtkontrolle möglich ist und deshalb eine Verwechslung mit anderen Dokumenten, deren Übersendung nicht beabsichtigt ist, nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann (BGH, Beschluss vom 21. März 2023 - VIII ZB 80/22, NJW 2023, 1668 Rn. 26 mwN).

**[13]** bb) Diese Sorgfaltspflichten, von denen auch das Berufungsgericht ausgegangen ist, hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers nicht erfüllt. Die von der Rechtsbeschwerde angeführte Kontrolle des zu übersendenden Dokuments durch eine Kanzleikraft im Vorfeld des elektronischen Versands führt nicht zu einer Herabsetzung der Sorgfaltspflichten an die Überprüfung der Eingangsbestätigung. Wie das Berufungsgericht zutreffend und ohne Überspannung der Anforderungen an die den Rechtsanwalt treffenden Sorgfaltspflichten angenommen hat, lässt sich dem Vortrag des Klägers nicht entnehmen, dass in der Kanzlei seines Prozessbevollmächtigten eine ordnungsgemäße Überprüfung der automatisierten Eingangsbestätigung gemäß § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO dahingehend, ob die richtige Datei übermittelt wurde, sichergestellt war. Das hätte einen in der Kanzlei zuvor vergebenen sinnvollen Dateinamen vorausgesetzt, der in der Eingangsbestätigung erscheint und ohne Weiteres die Prüfung erlaubt, ob der richtige Schriftsatz übersandt wurde. Zu einer dahingehenden Organisationsanweisung ist nichts vorgetragen. Der hier verwendete Dateiname "Berufungsschriftsatz.pdf" war - wie das Berufungsgericht zu Recht annimmt - nicht geeignet, eine Verwechslung auszuschließen, da er weder die Zuordnung zu einem bestimmten Verfahren noch eine hinreichende Unterscheidung von anderen Dokumenten im selben Verfahren ermöglicht.

**[14]** Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde war eine **Kontrolle durch den Prozessbevollmächtigten am Nachmittag/Abend des Tages des Fristablaufs** nicht geeignet, den Organisationsmangel auszugleichen. Wegen des **unklaren Dateinamens** war bei der Überprüfung anhand der Eingangsbestätigung nicht erkennbar, dass der falsche Schriftsatz übersandt worden war.

**[15]** cc) Der Organisationsmangel kann als Ursache für die Fristversäumnis nicht ausgeschlossen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2020 - XI ZB 17/19, juris Rn. 12 mwN). Hätte in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten des Klägers eine Anordnung zur sinnvollen, eine Verwechslung mit anderen Dokumenten ausschließenden Benennung der mittels beA versandten Dateien bestanden, wäre die Übermittlung des falschen Schriftsatzes an das Berufungsgericht rechtzeitig erkannt worden und hätte die richtige Datei noch am gleichen Tag fristwährend an das Berufungsgericht übersandt werden können.

## Wiedereinsetzung

- Organisatorische Vorkehrungen
- Einfache Verfahrenshandlungen
- Einwöchige Vorfrist

(BGH, *Beschl. v. 21.6.2023 – XII ZB 418/22*)

### Leitsatz

Ein Rechtsanwalt hat durch geeignete organisatorische Vorkehrungen dafür zu sorgen, dass Fristversäumnisse möglichst vermieden werden. Hierzu gehört die allgemeine Anweisung, bei Verfahrenshandlungen, 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 im Fristenkalender zu notieren.

### Zum Sachverhalt:

**[1]** Der Antragsgegner wendet sich gegen die Verwerfung seiner Beschwerde wegen Versäumung der Beschwerdebegründungsfrist.

**[2]** Das Amtsgericht hat den Antragsgegner mit Beschluss vom 7. April 2022 zur Zahlung nachehelichen Unterhalts verpflichtet. Gegen den am gleichen Tag zugestellten Beschluss haben die Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners am 6. Mai 2022 Beschwerde eingelegt. Mit Beschluss vom 8. Juni 2022 hat das Amtsgericht seinen Beschluss berichtigt und die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses angeordnet. Zuvor hatte sich der Antragsgegner zwischen dem 30. Mai 2022 und dem 7. Juni 2022 mit mehreren Schriftsätzen an das Amtsgericht und an das Oberlandesgericht gegen die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit gewandt.

**[3]** Mit Verfügung vom 14. Juni 2022 hat das Oberlandesgericht den Antragsgegner darauf hingewiesen, dass die Beschwerde bislang nicht begründet worden und deshalb beabsichtigt sei, das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen. Mit Schriftsatz vom 15. Juni 2022 hat der Antragsgegner Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Beschwerdebegründungsfrist beantragt und seine Beschwerde begründet.

**[4]** Zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags hat er ausgeführt, dass die im Büro seiner Verfahrensbevollmächtigten langjährig und zuverlässig arbeitende Kanzleimitarbeiterin H. die Beschwerdefrist auf den 7. Mai 2022 sowie die Beschwerdebegründungsfrist auf den 7. Juni 2022 berechnet und beide Fristen auf der Beschlussausfertigung notiert habe. Sie habe aber entgegen einer bestehenden Arbeitsanweisung nur die Beschwerdefrist, nicht aber die Beschwerdebegründungsfrist

im Fristenkalender eingetragen. Es bestehe die folgende schriftliche Arbeitsanweisung zur Bearbeitung eingehender Schriftstücke:

„Eingehende Post, sei es per beA oder E-Mail oder Fax oder normaler Post ist zu öffnen, tagesaktuell zu stempeln. Die Empfangsbekanntnisse sind zu kontrollieren dahingehend, ob die übersendeten Schriftstücke vorliegen, die im Empfangsbekanntnis aufgeführt sind, ob Fristen zu notieren sind. Die Frist ist zu berechnen und zunächst im Fristenkalender zu notieren. Sodann ist auf dem Schriftstück zu vermerken, dass die Frist notiert worden ist und zu welchem Datum. Ein Namenskürzel ist hinzuzufügen.

Sämtliche Post ist sodann dem zuständigen Sachbearbeiter Rechtsanwalt(in) vorzulegen.

Die Fristenkontrolle obliegt dem Rechtsanwalt(in). Diese(r) kontrolliert anhand des Vermerks auf dem Schriftstück, ob die Frist richtig berechnet worden ist und ob diese notiert wurde. Die Einträge im Fristenkalender werden stichprobenartig vom Rechtsanwalt(in) überprüft.“

[5] Einen solchen Geschehensablauf habe es im Beschäftigungsverhältnis der Kanzleimitarbeiterin H. und auch sonst in der Kanzlei der Verfahrensbevollmächtigten noch nie gegeben. In der Folge der unterlassenen Eintragung im Fristenkalender sei die Akte weder mit einer Vorfrist von einer Woche noch bei Fristablauf zur Beschwerdebegründung vorgelegt worden. Die Arbeitsanweisung hätte „vorgesehen und sichergestellt, dass die Akte spätestens am 31. Mai 2022 mit einer Vorfrist von einer Woche“ mit dem Vermerk vorgelegt worden wäre, dass die Beschwerdebegründungsfrist am 7. Juni 2022 ablaufe. Die Akte sei dem bearbeitenden Rechtsanwalt aber erst wieder am 8. Juni 2022 im Zusammenhang mit der Anordnung der sofortigen Wirksamkeit des Beschlusses vorgelegt worden, wo der Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist aufgefallen sei. Auf einen Hinweisbeschluss des Oberlandesgerichts hat der Antragsteller ergänzend vorgetragen, dass die Handakte dem bearbeitenden Rechtsanwalt letztmalig mit der beschwerdeeinlegenden Verfügung als Fristsache vorgelegt worden sei und sie dem Rechtsanwalt danach nicht mehr im Zusammenhang mit einer fristgebundenen Prozesshandlung vorgelegen habe. Lediglich am 27. Mai 2022 habe die Handakte dem Rechtsanwalt noch einmal vorgelegen. Alle weiteren Schriftsätze bis zum 7. Juni 2022 seien ohne Vorlage der Handakte mit den darin notierten Fristen gefertigt worden.

[6] Das Oberlandesgericht hat sowohl den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen als auch die Beschwerde des Antragsgegners verworfen. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners.

#### Aus den Gründen:

[7] Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

[8] Die nach §§ 112 Nr. 1, 117 Abs. 1 Satz 4 FamFG, 238 Abs. 2 Satz 1, 522 Abs. 1 Satz 4, 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist nicht zulässig. Eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts ist nicht zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO), denn der angefochtene Beschluss verletzt den Antragsgegner weder in seinem Anspruch auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG iVm dem Rechtsstaatsprinzip) noch in seinen sonstigen Verfahrensgrundrechten. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist auch zur Fortbildung des Rechts (§ 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) nicht geboten, denn die sich im vorliegenden Fall stellenden Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Kausalität einer wegen mangelhafter Büroorganisation unterbliebenen Notierung einer Vorfrist für die Versäumung der Rechtsmittelbegründungsfrist sind in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geklärt.

[9] 1. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Beschwerde sei nicht innerhalb der am 7. Juni 2022 abgelaufenen Begründungsfrist begründet worden. Die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Beschwerdebegründungsfrist könne nicht gewährt werden, weil dem Antragsgegner insoweit ein Verschulden seiner Verfahrensbevollmächtigten zuzurechnen sei. Der Antragsgegner habe bereits nicht vorgetragen, dass in der Kanzlei seiner Verfahrensbevollmächtigten eine allgemeine Anordnung zur Notierung von Vorfristen bestanden habe. Die vorgelegte schriftliche Arbeitsanweisung verhalte sich zur Erforderlichkeit des Notierens von Vorfristen gerade nicht; weitergehende Arbeitsanweisungen seien nicht dargelegt. Unabhängig davon sei dem bearbeitenden Rechtsanwalt die Akte am 27. Mai 2022 zur Erstellung eines am 30. Mai 2022 ausgefertigten und signierten Schriftsatzes betreffend die ergänzende Anordnung der sofortigen Wirksamkeit des amtsgerichtlichen Beschlusses vorgelegt worden. Dieser zeitliche Ablauf habe so knapp vor dem Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist am 7. Juni 2022 gelegen, dass der bearbeitende Rechtsanwalt gehalten gewesen wäre, die Wiedervorlage der Akte zu einem bestimmten Zeitpunkt vor Fristablauf oder zum Fristablauf selbst zu verfügen. In diesem Fall wäre aufgefallen, dass keine laufenden Fristen im Fristenkalender mehr notiert gewesen seien.

[10] 2. Dies hält rechtlicher Überprüfung stand. Die angefochtene Entscheidung wird bereits durch ihre Hauptbegründung getragen. Die diesbezüglichen Ausführungen stehen im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

**[11] a)** In dem **Unterlassen der Weisung, eine Vorfrist im Fristenkalender zu notieren**, liegt ein dem Beteiligten nach § 113 FamFG iVm § 85 Abs. 2 ZPO **zurechenbares Organisationsverschulden seines Verfahrensbevollmächtigten**. 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 zu sorgen, dass Fristversäumnisse möglichst vermieden werden. Hierzu gehört nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung die allgemeine Anordnung, bei Verfahrenshandlungen, deren Vornahme ihrer Art nach mehr als nur einen geringen Aufwand an Zeit und Mühe erfordert, wie dies bei Rechtsmittelbegründungen regelmäßig 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 wählenden 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 (BGH Beschlüsse vom 20. September 2022 - VI ZB 17/22 - NJW-RR 2022, 1717 Rn. 7 und vom 6. Oktober 2020 - XI ZB 17/19 - juris Rn. 9 mwN).

**[12] b)** Diese Vorgaben haben die Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners bei der Organisation ihrer Kanzlei nicht eingehalten. Eine Vorfrist war nicht notiert. Das Beschwerdegericht hat der von dem Antragsgegner vorgelegten schriftlichen Arbeitsanweisung keine Verpflichtung der Bürokräfte entnehmen können, für Rechtsmittelbegründungen auch eine Vorfrist im Fristenkalender zu notieren. Dies lässt keine Rechtsfehler erkennen. Folgerichtig und rechtsbedenkenfrei hat das Beschwerdegericht daher für eine ordnungsgemäße Kanzleiorganisation eine weitergehende Anweisung an das Büropersonal verlangt, bei der Notierung des Fristendes für Rechtsmittelbegründungen durch Rückrechnung auch eine angemessene Vorfrist zu bestimmen und diese zumindest im Fristenkalender zu notieren. Das Bestehen einer solchen allgemeinen Büroanweisung oder konkreten Einzelanweisung hat der Antragsgegner weder dargelegt noch glaubhaft gemacht. Gegen diese Würdigung des Beschwerdegerichts erinnert letztlich auch die Rechtsbeschwerde nichts.

**[13] c)** Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde war der Organisationsmangel in der Kanzlei der Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners für die Versäumung der Beschwerdebegründungsfrist auch ursächlich.

**[14]** Eine Wiedereinsetzung kann bereits dann nicht gewährt werden, wenn die **Ursächlichkeit des Organisationsmangels**

für das Versäumen der Frist nicht vollständig ausgeschlossen werden kann. **Hat der Rechtsanwalt nicht alle ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen zur Wahrung einer Rechtsmittelbegründungsfrist ergriffen, geht es zu seinen Lasten, wenn das Gericht nicht festzustellen vermag, dass die Frist auch bei Durchführung dieser Maßnahmen versäumt worden wäre** (BGH Beschlüsse vom 20. September 2022 - VI ZB 17/22 - NJW-RR 2022, 1717 Rn. 10 und vom 6. Oktober 2020 - XI ZB 17/19 - juris Rn. 12 mwN).

**[15] aa)** Es besteht keine Vermutung dafür, dass die im Büro der Verfahrensbevollmächtigten beschäftigte Kanzleimitarbeiterin H. nur deshalb, weil sie den Eintrag der Beschwerdebegründungsfrist in den Fristenkalender versäumt hat, auch den Eintrag der Vorfrist in den Fristenkalender versäumt hätte. Es ist zumindest nicht ausgeschlossen, dass in diesem Fall die zusätzliche Fristensicherung der Vorfrist gegriffen, die Bürokraft nicht denselben Fehler zwei Mal gemacht und wenigstens die Vorfrist im Fristenkalender notiert hätte (vgl. BGH Beschluss vom 20. September 2022 - VI ZB 17/22 - NJW-RR 2022, 1717 Rn. 11).

**[16] bb)** Die Kanzleimitarbeiterin H. hatte den Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist grundsätzlich zutreffend auf den 7. Juni 2022 berechnet und diesen Termin auch in der Handakte vermerkt. Bei einem auf die Vorfrist bezogen unterstellt ordnungsgemäßem Vorgehen der Bürokraft wäre die Vorfrist auf den 31. Mai 2022 berechnet und die Akte dem bearbeitenden Rechtsanwalt an diesem Tage vorgelegt worden. In diesem Fall hätte der Rechtsanwalt bereits zu diesem Zeitpunkt bemerkt, dass eine Beschwerdebegründung noch nicht erstellt war. **Ein Rechtsanwalt hat eine ihm aufgrund einer Vorfrist vorgelegte und damit in seinen persönlichen Verantwortungsbereich zurückgelangte 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 durch eine weitere, auf den Tag des Fristablaufs notierte Frist nicht enthoben** (vgl. BGH Beschlüsse vom 20. September 2022 - VI ZB 17/22 - NJW-RR 2022, 1717 Rn. 12 und vom 6. Oktober 2020 - XI ZB 17/19 - juris Rn. 14 mwN). Hätte mithin der bearbeitende Rechtsanwalt nach Vorlage der Akten zur Vorfrist am 31. Mai 2022 die Beschwerdebegründung fristgerecht fertiggestellt und den Bürokräften mit der Weisung übergeben, sie bei Gericht einzureichen, hätte die Beschwerdebegründungsfrist dadurch gewahrt werden können. Das würde im Übrigen auch dann gelten, wenn der Rechtsanwalt aus besonderen Gründen die Wiedervorlage der Akte am letzten Tag der laufenden Frist verfügt hätte (vgl. dazu Senatsbeschlüsse vom 19. Oktober 2022 - XII ZB 113/21 - NJW-RR 2023, 136 Rn. 13 und vom 17. Mai 2023 - XII ZB 533/22 - zur Veröffentlichung bestimmt). Denn in diesem Falle wäre im Büro der Verfahrensbevollmächtigten möglicherweise aufgedeckt worden,

dass das Ende der Beschwerdebegründungsfrist am 7. Juni 2022 überhaupt nicht im Fristenkalender notiert worden war (vgl. BGH Beschlüsse vom 6. Oktober 2020 - XI ZB 17/19 - juris Rn. 15 und vom 17. Juni 1999 - IX ZB 32/99 - NJW 1999, 2680).

**[17]** cc) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde liegt **kein Fall der sogenannten überholenden Kausalität** vor. Nach den Grundsätzen der überholenden Kausalität schließt ein früheres Verschulden eines Beteiligten oder ihres Verfahrensbevollmächtigten die Wiedereinsetzung dann nicht aus, wenn dessen rechtliche Erheblichkeit durch ein späteres, dem Beteiligten oder ihrem Bevollmächtigten nicht zuzurechnendes Ereignis entfällt (vgl. Senatsbeschlüsse vom 27. Januar 2016 - XII ZB 684/14 - FamRZ 2016, 624 Rn. 25 und vom 18. Juli 2007 - XII ZB 32/07 - FamRZ 2007, 1722 Rn. 11). Die unterlassene Eintragung der Beschwerdebegründungsfrist im Fristenkalender, die auf einem dem Antragsgegner und seinen Verfahrensbevollmächtigten nicht zurechenbaren Fehler der Kanzleimitarbeiterin H. beruht, lässt die (Mit-)Ursächlichkeit der unzureichenden Kanzleiorganisation im Zusammenhang mit der versäumten Arbeitsanweisung zur Notierung einer Vorfrist aber gerade nicht entfallen. Denn die ordnungsgemäße Bearbeitung der Sache nach Vorlage der Akte zur Vorfrist hätte unter den hier obwaltenden Umständen eine fristgerechte Einreichung der Beschwerdebegründung sicherstellen können, ohne dass es auf die versäumte Eintragung der Beschwerdebegründungsfrist im Fristenkalender angekommen wäre.

## GI Literaturecke:

**Armbrüster:** AGB-rechtliche Kontrolle von Serienschadensklauseln, r+s 2024, 293

**Barczewski:** Videoüberwachung und Anwaltshaftung, NJW-aktuell 21/2024, S. 17

**Bork:** Haftung des Abschlussprüfers für den Insolvenzverteilungsschaden?, ZRI 2024, 229

**Bormann:** Auskunfts-, Rechenschafts- und Herausgabepflichten des Abschlussprüfers gegenüber der geprüften Gesellschaft, DStR 2024, 963

**Braun:** Fluch und Segen der Online-Recherche, NJW-aktuell 13/2024, S. 17

**Brinkmeier:** Steuerberaterhaftung bei fehlerhaft durchgeführter Umwandlung, GmbH-StB 2024, 112

**Dahns:** Pflicht zur Kenntnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung, NJW Spezial 2024, 190

**Freitag/Meixner:** Steuerberaterhaftung wegen Schätzungsbescheiden, Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Ur. v. 6.9.2023 – 7 U 162/22, DStR 2024, 902

**Freitag/Meixner:** Prüfungspflichten im Lohnbuchhaltungsmandat bei unerkannter Sozialversicherungspflicht, Anmerkung zu BGH, Ur. v. 8.2.2024 – IX ZR 137/22, DStR 2024, 1028

**Geber:** beA und gehackte Kanzleirechner, NJW-aktuell 17/2024, S. 17

**Görden:** Steuerberaterhaftung und Klärung der Sozialversicherungspflicht eines Geschäftsführers, GmbH-StB 2024, 109

**Gräfe:** Steuerberater und Wirtschaftsprüfer: Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung in AGB – Enthftung bis zum Vor-satz?, MDR 2024, 469

**Grohs/Schütz:** Die Streitverkündung im Arzthaftungsprozess, GesR 2024, 223

**Hömig/Matz:** Konsolidierte Schadensbetrachtung setzt einheitliches Vermögen voraus, Anmerkung zu OLG Frankfurt a. M., Ur. v. 3.3.2023 – 11 U 97/21, DStR 2024, 1151

**Juretzek:** Berater handelt nicht pflichtwidrig, wenn er ohne Auftrag des Mandanten keine Klage zur Verjährungshemmung erhebt, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Ur. v. 26.4.2023 – 18 U 35/22, DStR 2024, 838

**Juretzek:** Spezialisierter Rechtsanwalt muss laufend Homepage des BGH auf aktuelle Rechtsprechung überprüfen, Anmerkung zu OLG Jena, Ur. v. 26.1.2024 – 9 U 364/18, DStR 2023, 1031

**Klochko:** Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht als Gefahr für das Zurückbehaltungsrecht des Steuerberaters?, DStR 2024, 701

**Korch/Lüttringhaus:** Kardinalpflichten und D&O-Versicherung: Ein kardinales Missverständnis?, VersR 2024, 537-550  
**Leibner/Koobs:** Beratung und Aufklärung des Mandanten vor und im Rechtsmittelverfahren, NWB 2024, 280

**Scaraggi-Kreitmayer:** Vermögensbetreuungspflicht des Rechtsanwalts bei der Entgegennahme von zweckgebundenen Mandantengeldern, Anmerkung zu OLG München, Hinweisbeschl. v. 5.4.2023 – 15 U 6218/22, DStR 2024, 781

**Zieglmeier:** Prüfungspflichten im Lohnbuchhaltungsmandat, Anmerkung zu BGH Urteil vom 8.2.2024 – IX ZR 137/22, NJW 2024, 960

## GI service

### Wichtige Info zur GI!

---

#### **Nichts verpassen und GI als Newsletter abonnieren!**

Themen wie Belehrungspflichten, Fristenkontrolle, Honoraranprüche 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](http://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](mailto:nicole.gustine@hdi.de), [www.hdi.de](http://www.hdi.de)

#### **Redaktion**

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

#### **Erscheinungsweise**

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

#### **Abonnementservice**

Telefax: 0511-6451113661

# »seit der ersten Auflage erste Wahl.«

RA Ralf Hansen, jurait.com 1/2016, zur Voraufgabe



## Der Versicherungsprozess

Ansprüche und Verfahren

Praxishandbuch

Herausgegeben von RA Dr. Jürgen Veith,

RA Dr. Jürgen Gräfe, FASr 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 Wissenslicenzausschluss)

- 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, FASr u FAVersR | RA Jürgen Grauschopf | RA, RiOLG a.D. Dr. Dirk Halbach | RA Richard Harder | RAin Kerstin Hartwig, FAVersR | RA Dr. Stefan Hoefl, 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 Schnepf, FAVersR | Dr. Jürgen Veith | RA Martin Wendt, FAMedR u FAVersR