

# Glaktuell

> Ausgabe 4 / 08.2022 / 42. Jahrgang  
 > Informationen für wirtschaftsprüfende,  
 rechts- und steuerberatende Berufe

## Inhalt

**Editorial**..... 158

**GI Entscheidungen** ..... 159

**GI Literaturhinweis** ..... 208

**Versicherungsschutz**..... 159  
 Steuerberater / Treuhandkommanditist /  
 Unternehmerische Tätigkeit  
 (OLG Celle, Urt. v. 2.9.2021 – 8 U 63/21)

**Versicherungsschutz**..... 163  
 Steuerberater / Treuhandkommanditist /  
 Unternehmerische Tätigkeit  
 (OLG Köln, Urt. v. 5.7.2022 – 9 U 93/21)

**Wiedereinsetzung** ..... 168  
 Berechnung und Notierung von Rechtsmittelfristen /  
 Prüfung von Vermerken / Wiedereinsetzung /  
 Vorausschauende Vorkehrungen  
 (BGH, Beschl. v. 21.7.2020 – VI ZB 25/19)

**Wiedereinsetzung** ..... 171  
 Wiedereinsetzung / Fristverlängerung / Beschwerdebe-  
 gründungsfrist / Nichteinholung der Zustimmung des  
 Gegners  
 (BGH, Beschl. v. 25.8.2021 – XII ZB 172/20)

**Versicherungsschutz**..... 172  
 Wechsel des Versicherers / Eintrittspflicht des Versiche-  
 rers / Pflichtverletzung / Verstoß des Rechtsanwalts /  
 Klage und anschließende Berufung /  
 Gleiche Fehleinschätzung? / Kausalkette?  
 (OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.4.2022 – 4 U 22/21)

**Notarhaftung**..... 182  
 Belehrungspflicht / Auswertung von Rechtsprechung /  
 Antizipation künftiger Entwicklungen  
 (LG Frankenthal, Urt. v. 26.7.2021 – 4 O 47/21)

**Steuerberaterhaftung** ..... 185  
 Eingeschränktes Mandat / Keine Nachforschungspflicht  
 (OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.5.2020 und 6.7.2020  
 – 11 U 109/19)

**Wirtschaftsprüferhaftung** ..... 188  
 Unzulängliche Prüfungshandlungen / Verjährungsbe-  
 ginn / Ausschlussfrist, Nr. 9 Abs. 3 Satz 1 AAB Wp, Fas-  
 sung 1.1.2002 / Haftungsbegrenzung / Höchstsumme /  
 Serienschaden / Nr. 9 Abs. 2 AAB Wp  
 (LG Stuttgart, Urt. v. 2.3.2022 – 27 O 299/17)

**Rechtsanwaltshaftung**..... 198  
 Rechtsschutzversicherer / Negative Feststellungsklage /  
 Drittwiderklage  
 (BGH, Urt. v. 27.4.2022 – IV ZR 344/20)

**Rechtsanwaltshaftung**..... 200  
 Gerichtlicher Vergleich / Niederlegung des Willens des  
 Mandanten / Eindeutiger Wortlaut  
 (BGH, Urt. v. 16.12.2021 – IX ZR 223/20)

**Wiedereinsetzung**..... 204  
 Gescheiterte Übermittlung eines Schriftsatzes per Fax /  
 Elektronisches Anwaltspostfach / Zumutbarkeit der  
 Benutzung  
 (BGH, Beschl. v. 29.9.2021 – VII ZB 12/21)

Große Verantwortung  
braucht verlässliche  
Sicherheit.

Starke Lösungen  
und Expertise:  
von Spezialisten  
für Spezialisten.

- > Steuerberater und  
Wirtschaftsprüfer
- > Vermögensschaden-  
Haftpflichtversicherung

**HDI**

HDI ist Spezialist für die Freien Berufe. Deshalb wissen wir: Steuerberater und Wirtschaftsprüfer benötigen besonderen Schutz. Als einer der führenden Versicherer im Bereich der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung bietet Ihnen HDI passende Lösungen – und sorgt mit klugen Konzepten für Ihre Sicherheit. Beruflich und privat. Darüber hinaus ist die Absicherung der IT heute elementar für jede erfolgreiche Kanzlei. Durch die HDI Cyberversicherung sind Ihre Risiken abgedeckt: mit umfangreichem Schutz und professioneller Soforthilfe rund um die Uhr, an 365 Tagen im Jahr. IT-Sicherheitstrainings für Ihre Mitarbeiter runden das Sicherheitspaket zusätzlich ab.



[www.hdi.de/freieberufe](http://www.hdi.de/freieberufe)

Dr. Jürgen Gräfe  
Rechtsanwalt



## Editorial

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

Das OLG Celle und das OLG Köln befassen sich mit dem Problem des **Versicherungsschutzes des Steuerberaters, der als Treuhänder** – hier als Treuhandkommanditist ohne eigene Anteile – **tätig wurde**. Sie kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Der BGH wird sich mit dem Urteil des OLG Köln, das die Eintrittspflicht des Versicherers ablehnte, befassen.

Der Versicherungssenat des OLG Düsseldorf sieht in der **Klage und anschließenden Berufung zwei Verstöße des Anwalts**, obwohl es nur eine Fehlbeurteilung der Rechtslage gab und der Entschluss durch die Instanzen zu klagen, bei Auftragserteilung bereits feststand. Darüberhinaus sieht er in der Serienschadenklausel keine Zuordnung des Verstoßzeitpunkts, sondern nur eine Begrenzung der zur Verfügung stehenden Versicherungssumme.

Interessant sind die Ausführungen des OLG Brandenburg zur **ungefragten Belehrungs- und Nachforschungspflicht des Steuerberaters**. Der erteilte Auftrag muss Anlass für eine Belehrung gegeben haben. Die Erstellung der Est-Erklärung veranlasst nicht, sich mit Umsatzsteuerfragen aus Vorjahren zu befassen.

Das LG Stuttgart befasst sich u.a. mit den **Allgemeinen Auftragsbedingungen der Wirtschaftsprüfer** (Fassung 1.1.2002). Eine **Haftungssummenbegrenzung, die auch grob fahrlässige Pflichtverletzungen umfasst, wird für unwirksam erklärt**. Gleiches gilt danach für die Serienschadenklausel, weil auch sie grob fahrlässige Verstöße umfasst.



Ihr Dr. Jürgen Gräfe

## GI Entscheidungen

### Versicherungsschutz

- Steuerberater
- Treuhandkommanditist
- Unternehmerische Tätigkeit

(OLG Celle, Urt. v. 2.9.2021 – 8 U 63/21)

#### Leitsatz (der Redaktion)

Bei der Tätigkeit einer Steuerberatungsgesellschaft als Treuhandkommanditistin liegt ein vom Versicherungsschutz nicht umfasstes unternehmerisches Risiko erst dann vor, wenn die schuldrechtliche Einigung zwischen der Steuerberatungsgesellschaft und der Komplementärin des Fonds über die Beteiligung mit einem eigenen Kommanditanteil noch vor dem Abschluss der Treuhandverträge erfolgte.

#### Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin begehrt im Wege der abgesonderten Befriedigung Zahlung von Schadensersatz im Zusammenhang mit einer Vermögensanlage.

[2] Die Rechtsvorgängerin der Beklagten (nachfolgend aus Gründen der Vereinfachung: Beklagte) war der Berufshaftpflichtversicherer der Sozietät H. GbR. Die T GmbH war als mitversicherte Gesellschaft in den Versicherungsschutz einbezogen.

[3] Dem Versicherungsvertrag lagen die Allgemeinen und Besonderen Versicherungsbedingungen sowie Risikobeschreibungen zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer, Steuerberater, Rechtsanwälte und Patentanwälte (AVB-WSR) zugrunde. (...)

[4] Mit Beitrittserklärung vom 4. November 2005 beteiligte sich die Klägerin als Treugeberin über die T GmbH als Treuhänderin, Kommanditistin und Mittelverwendungskontrolleurin mit einer teilweise fremdfinanzierten Einlage in Höhe von 20.000,00 € zzgl. 3 % Agio an der E. Medienfonds GmbH und Co. KG IV.

[5] Mit Urteil vom 5. September verurteilte das Oberlandesgericht München die T GmbH unter anderem zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 17.160,32 € an die Klägerin. Zur Begründung führte das Oberlandesgericht aus, dass die T GmbH ihre aus dem Treuhandverhältnis der Klägerin gegenüber bestehenden Aufklärungspflichten verletzt habe. Die GmbH habe die Klägerin nicht über die mit der Fremdfinanzierung verbundenen Risiken aufgeklärt. Sie habe nicht ausrei-

chend darauf hingewiesen, dass die Inhaberschuldverschreibungen nicht vollständig aus den anteiligen Ausschüttungsbeiträgen gezahlt werden können.

[6] Mit Beschluss vom 1. April 2018 eröffnete das Amtsgericht Charlottenburg das Insolvenzverfahren über das Vermögen der T GmbH.

[7] Die Klägerin hat gemeint, dass die Beklagte als Haftpflichtversicherer der T GmbH den ihr mit Urteil des Oberlandesgerichts München rechtskräftig zuerkannten Schadensersatzanspruch sowie den Kostenerstattungsanspruch der Klägerin gemäß § 157 WG a. F. ausgleichen müsse. Dem Anspruch liege in Gestalt einer reinen (nicht geschäftsführenden) Treuhandtätigkeit ein versichertes Risiko im Sinne von Teil 3 B I Nr. 6 AVB-WSR zugrunde und nicht etwa eine unternehmerische Tätigkeit der T GmbH.

[8] Mit Beschluss vom 25. Mai 2020 hat das Landgericht Berlin die gegen die Beklagte gerichtete Klage abgetrennt und an das Landgericht Hannover verwiesen.

[9-19] (...)

[20] Mit Urteil vom 18. Januar 2021 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die streitgegenständliche Pflichtverletzung der T GmbH habe sich außerhalb des für Steuerberater typischen Wirkkreises ereignet. Das vom Oberlandesgericht München festgestellte Wirken der T. sei als eigene wirtschaftliche Betätigung zu klassifizieren.

[21] Der Verstoß der T GmbH stelle auch keine mitversicherte "nicht geschäftsführende" Treuhandtätigkeit dar. Hiergegen spreche bereits das jederzeitige Verfügungsrecht über den Kommanditanteil und das Recht auf Beantragung außerordentlicher Gesellschafterversammlungen.

[22-31] Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin. (...)

#### Aus den Gründen:

[32] Die zulässige Berufung ist ganz überwiegend begründet. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung gemäß § 157 WG in der Fassung vom 5. Oktober 1994 (WG a. F.) zu.

[33] 1. Entgegen der vom Landgericht vertretenen Auffassung ist der Versicherungsfall eingetreten.

[34] Gemäß § 157 VVG aF kann der Dritte bei Insolvenz des Versicherungsnehmers wegen des ihm gegen den Versicherungsnehmer zustehenden Anspruchs **abgesonderte Befriedigung aus der Entschädigungsforderung des Versicherungsnehmers** verlangen. Ein solcher Anspruch setzt deshalb voraus,

dass dem Versicherungsnehmer ein versicherungsvertraglicher Anspruch zusteht. Dies wiederum setzt zunächst den Eintritt des Versicherungsfalls voraus.

[35] Gemäß Teil 1 A § 1 I AVB WSR bietet der Versicherer dem Versicherungsnehmer Versicherungsschutz für den Fall, dass er wegen einer bei der Ausübung beruflicher Tätigkeit von ihm selbst oder einer Person, für die er einzutreten hat, begangenen Verstoßes von einem anderen aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird.

[36] Den Feststellungen im Urteil des Oberlandesgerichts München zufolge verletzte die T GmbH die ihr als Treuhandkommanditistin zugewiesenen vorvertraglichen Aufklärungspflichten im Hinblick auf den Inhalt des Emissionsprospektes. An diese Feststellung sind die Gerichte im Deckungsprozess gebunden (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2014 - IV ZR 90/13; BGH, Urteil vom 18. Mai 2011 - IV ZR 168/09).

[37] Diese Pflichtverletzung erfolgte auch im Rahmen einer versicherten beruflichen Tätigkeit der T GmbH im Sinne von Teil 1 A § 1 I AVB WSR. Dem Nachtrag zum Versicherungsschein vom 28. Oktober 2003 zufolge ist die gesetzliche Haftpflicht aus der Tätigkeit als Rechtsanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder vereidigter Buchprüfer versichert. Dabei ist der Versicherungsvertrag im Hinblick auf die T GmbH erkennbar Ausfluss der in § 67 Abs. 1 StBerG geregelten Versicherungspflicht für Steuerberater. Diese Bestimmung wird durch § 51 Abs. 1 Satz 1 DVStB konkretisiert. Danach sind selbstständige Steuerberater und Steuerbevollmächtigte sowie Steuerberatungsgesellschaften verpflichtet, sich gegen die sich aus ihrer Berufstätigkeit (§§ 33, 57 Absatz 3 Nummer 2 und 3 StBerG) ergebenden Haftpflichtgefahren für Vermögensschäden zu versichern und die Versicherung während der Dauer ihrer Bestellung oder Anerkennung aufrechtzuerhalten.

[38] Die **treuhänderische Tätigkeit** ist in § 57 Abs. 3 Nr. 3 StBerG ausdrücklich benannt. Hieraus folgt, dass die treuhänderische Tätigkeit nach der Vorstellung des Verordnungsgebers originärer Bestandteil der Berufstätigkeit eines Steuerberaters ist.

[39] Allerdings unterfällt nicht jede treuhänderische Tätigkeit der Versicherungspflicht im Sinne von § 67 Abs. 1 StBerG. Denn zugleich ist einem Steuerberater nach § 57 Abs. 4 Nr. 1 StBerG eine gewerbliche Tätigkeit grundsätzlich untersagt.

[40] Dem **Spannungsverhältnis** zwischen der **erlaubten Treuhandtätigkeit** im Sinne von § 57 Abs. 3 Nr. 3 StBerG einerseits und der **unzulässigen gewerblichen Tätigkeit** im Sinne von § 57 Abs. 4 StBerG auf der anderen Seite trägt auch Teil 3 B I Nr. 6 AVB-WSR Rechnung. Danach ist (nur) die Tätigkeit als **nicht**

**geschäftsführender Treuhänder versichert**. Der Begriff der geschäftsführenden Treuhandtätigkeit bezieht sich sprachlich auf die Art und Weise, wie eine Treuhandtätigkeit ausgeübt wird. Deshalb scheidet eine Auslegung der Klausel aus, wonach eine geschäftsführende Treuhandtätigkeit nur dann vorliegt, wenn der Treuhänder zugleich auch Geschäftsführer ist (vgl. OLG Köln, VersR 2017, 1005).

[41] Die **Abgrenzung** einer versicherten **reinen Aufsichtstreuhand** von einer nicht versicherten **geschäftsführenden Treuhand** erfolgt daher regelmäßig danach, ob dem Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer aufgrund des Treuhandvertrages ein **unternehmerischer Entscheidungsspielraum** mit entsprechenden Haftungsfolgen eingeräumt worden ist (vgl. Brügge in: Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, 4. Aufl., § 19, Rn. 277; Hartmann/Jöster in: Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 4. Aufl., § 22, Rn. 71). Bei der versicherten **Aufsichtstreuhand** geht es **ausschließlich um die kontrollierende Wahrnehmung fremder Interessen ohne Entscheidungs-/Handlungsspielräume**. **Jedes Mitbestimmungsrecht und eingeräumte Ermessen eines Treuhandkommanditisten macht eine Aufsichtstreuhand zur geschäftsführenden Treuhand** (vgl. Gräfe/Brügge in: Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, 4. Aufl., § 19, Rn. 634). Ob und in welchem Umfang diese kontrollierende Wahrnehmung vergütet wird, ist entgegen der von der Beklagten in der Berufungsbegründung vertretenen Auffassung ohne Bedeutung.

[42] Entgegen der vom Landgericht vertretenen Auffassung kann auf der Grundlage des Treuhandvertrags ein solcher Entscheidungsspielraum der T GmbH nicht festgestellt werden. Vielmehr heißt es im Treuhandvertrag explizit bereits in § 2 Nr. 5, dass sich die Tätigkeiten der Treuhänderin auf die in dem Treuhandvertrag festgelegten Aufgaben beschränken. Weiter heißt es in § 3 Nr. 2 Satz 2 des Treuhandvertrags, dass die Treuhänderin im Innenverhältnis ausschließlich im Auftrag, für Rechnung und auf Risiko des jeweiligen Treugebers handelt. Einen weitergehenden Entscheidungsspielraum räumt der Treuhandvertrag der T GmbH nicht ein. So heißt es in § 5 Nr. 4 des Treuhandvertrags etwa, dass die Treuhänderin in einer Gesellschaftsversammlung das Stimmrecht des Treugebers nur nach dessen Weisung ausüben darf. In Ermangelung einer solchen Weisung muss sich die Treuhänderin insoweit der Stimme enthalten. Auch im Übrigen können dem Treuhandvertrag keine Anhaltspunkte für die Übertragung weitergehender Rechte der Treugeber auf die T GmbH entnommen werden.

[43] Dass die T GmbH sich dem Gesellschaftsvertrag zufolge auch **im eigenen Namen an der Fondsgesellschaft** beteiligen sollte, hat auf den Inhalt des Treuhandvertrags und die Rechte der Treuhänderin im Verhältnis zu den Treugebern keinen Einfluss. Insbesondere werden hierdurch nicht die Rechte der Treuhänderin erweitert, für die Treugeber eigenverantwortlich

tätig zu werden.

[44] Auch die nach Auffassung des Landgerichts der T GmbH eingeräumten **gesellschaftsrechtlichen Sonderrechte begründen keine geschäftsführende Treuhandstätigkeit**. Soweit das Landgericht auf das in § 6 Nr. 1 des Treuhand Vertrags angesprochene Recht zur Einberufung einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung verweist, wurde der T GmbH hierdurch kein weitergehendes Mitbestimmungsrecht eingeräumt. Das Recht zur Einberufung einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung steht dem Gesellschafter einer Publikums-KG analog § 50 GmbHG vielmehr unabhängig von etwaigen Regelungen im Gesellschaftsvertrag zu (vgl. Oetker, HGB, 6. Aufl., § 161, Rn. 147; Klimke in: BeckOK HGB, Stand: 15.04.2021, § 119 HGB, Rn. 67; Roth in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl., § 119, Rn. 29). Darüber hinaus beinhaltet das Recht zur Einberufung einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung auch kein originäres Mitbestimmungsrecht. Hierdurch soll die Ausübung eines Mitbestimmungsrechts nur vorbereitet werden. In der Gesellschafterversammlung selbst war die T GmbH aber gemäß § 5 Nr. 4 des Treuhandvertrags an die Vorgaben der Treugeber gebunden und musste sich in Ermangelung einer entsprechenden Weisung der Stimme enthalten.

[45] 2. Die Beklagte hat auch nicht die Voraussetzungen der **Risikoausschlussklausel gemäß Teil 3 A Nr. 5.3 a) AVB-WSR** bewiesen. Danach bezieht sich der Versicherungsschutz nicht auf Haftpflichtansprüche aufgrund von Pflichtverletzungen, die dem Versicherungsnehmer im Rahmen eines **unternehmerischen Risikos** unterlaufen.

[46] Die Beklagte hat insoweit behauptet, dass die T GmbH zum Zeitpunkt der Beitrittsentscheidung bereits mit einem eigenen Kommanditanteil an der E. Medienfonds GmbH und Co. KG IV beteiligt gewesen sei.

[47] Ein solcher Umstand ist grundsätzlich geeignet, die Übernahme eines unternehmerischen Risikos im Sinne von Teil 3 A Nr. 5.3 a) AVB-WSR zu begründen.

[48] **Dabei kommt es für die gesellschaftliche Stellung der T GmbH nicht einmal darauf an, ob die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung ihren eigennützigen Gesellschaftsanteil bereits entrichtet hatte**. Vielmehr werden die Rechte und Pflichten eines Kommanditisten bereits mit dem wirksamen Zustandekommen des Aufnahmevertrags begründet (vgl. BGH, Urteil vom 17. April 2018 - II ZR 265/16; BGH, Urteil vom 9. Mai 2017 - II ZR 10/16). Auch auf die für die Erlangung der Gesellschafterstellung lediglich deklaratorische Eintragung in das Handelsregister kommt es nicht an (vgl. BGH, Urteil vom 9. Mai 2017 - II ZR 345/15).

[49] Unterbleibt nach dem wirksamen Zustandekommen des Aufnahmevertrags die Einzahlung der Kommanditeinlage zunächst, hat das gemäß § 171 Abs. 1 HGB lediglich zur Folge, dass der Kommanditist bis zur Höhe der von ihm geschuldeten Einlage persönlich haftet. Tritt der Kommanditist - wie im vorliegenden Fall - in eine bestehende Handelsgesellschaft ein, haftet er gemäß § 176 Abs. 2 HGB bis zu der Eintragung des Beitritts im Handelsregister für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter und damit unbeschränkt (vgl. Roth in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl., § 176, Rn. 9).

[50] Zwar war die T GmbH zum Zeitpunkt der Beitrittserklärung bereits als Kommanditistin im Handelsregister eingetragen. Den von der Klägerin vorgelegten Handelsregisterauszügen kann allerdings nicht entnommen werden, ob sich die T GmbH zu diesem Zeitpunkt auch bereits mit einem eigenen Kommanditanteil beteiligt oder sich mit der Komplementärin zumindest hierauf geeinigt hatte. Eine Beteiligung allein mit treuhänderisch gehaltenen Anteilen wäre hingegen für die T GmbH nicht mit einem unternehmerischen Risiko verbunden gewesen, denn weder der Erfolg noch der Misserfolg der Kommanditgesellschaft hätten sich wirtschaftlich auf die Situation der T GmbH ausgewirkt.

[51] **Nur als Kommanditistin mit einem eigenen Kommanditanteil hätte sie mit unternehmerischem Risiko gehandelt, weil sich das wirtschaftliche Ergebnis der Gesellschaft unmittelbar auf ihre eigene Vermögenssituation auswirken konnte** (vgl. OLG München, Urteil vom 19. Oktober 2016 - 20 U 438/16; Gräfe/Brügge in: Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, 4. Aufl., § 19, Rn. 641).

[52] **Entscheidend ist dabei im vorliegenden Fall, ob die schuldrechtliche Einigung zwischen der T GmbH und der Komplementärin der E. Medienfonds GmbH und Co. KG IV über die Beteiligung mit einem eigenen Kommanditanteil noch vor der streitgegenständlichen Anlageberatung erfolgte. Denn nur in dem Fall hätte die T GmbH als Unternehmerin unter unzureichender Aufklärung über das Unternehmen Teilhaber für dieses Unternehmen gewonnen** (vgl. OLG München, a. a. O.) **und dadurch ihr eigenes Haftungsrisiko gleich zweifach reduziert**. Zunächst hätte sie in Höhe der Beteiligungssumme das für entstehende Verbindlichkeiten zur Verfügung stehende Vermögen vergrößert, was unmittelbar Auswirkungen auf den Umfang ihrer eigenen Haftung hatte. Darüber hinaus hätte sie hierdurch aber auch die Liquidität der Fondsgesellschaft verbessert und dadurch deren Chancen erhöht, am Markt mit Gewinn zu operieren, was wiederum Auswirkungen auf die Höhe ihrer eigenen Gewinnbeteiligung aufgrund des von ihr eigennützig gehaltenen Gesellschaftsanteils gehabt hätte.

[53] Allerdings kann eine Beteiligung der T GmbH an der E.

Medienfonds GmbH und Co. KG IV mit einem eigenen Kommanditanteil nicht festgestellt werden:

[54] Allein die eingereichten Unterlagen erlauben eine entsprechende Feststellung nicht.

[55] Zwar wird die T GmbH bereits im Gesellschaftsvertrag der E. Medienfonds GmbH und Co. KG IV als Teil des Emissionsprospekts vom 10. August 2005 an mehreren Stellen erwähnt und auch der mögliche Erwerb eines eigennützigen Kommanditeils angesprochen:

[56] § 4 Abs. 3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags:

*"Als weitere Kommanditistin kann sich die T. Treuberatungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft GmbH mit Sitz in Berlin, eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts Berlin-Charlottenburg unter HRB ..., beteiligen."*

[57] § 5 Abs. 3 Satz 6 des Gesellschaftsvertrags:

*"Der Beteiligungsbetrag des Treugebers erhöht entsprechend die Pflichteinlage der Treuhandkommanditistin."*

[58] § 6 Abs. 1 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags:

*"Die eigennützige Kommanditeinlage der Treuhandkommanditistin ist sofort zur Einzahlung fällig."*

[59] Allerdings findet sich an keiner Stelle des Gesellschaftsvertrags ein Hinweis auf die Höhe der eigennützigen Kommanditeinlage. Selbst wenn der Gesellschaftsvertrag somit als ein an die T GmbH gerichtetes Teilnahmungsangebot anzusehen sein sollte, würde die Wirksamkeit dieses Angebots somit jedenfalls an der erforderlichen Bestimmtheit des Angebots scheitern (vgl. Busche in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., § 145, Rn. 6). Höchst vorsorglich weist der Senat darauf hin, dass eine Beteiligung der T GmbH mit einem eigenen Kommanditanteil keine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Beitrittserklärung ist (vgl. BGH, Urteil vom 8. April 2021 - III ZR 62/20).

[60] Dem Haftpflichturteil vom 5. September 2017 können keine den Senat bindende Feststellungen entnommen werden. Das Gericht hat sich in seinem Urteil mit der Frage eines Eigenanteils nicht näher befasst und vielmehr darauf hingewiesen, dass es hierauf für den Rechtsstreit nicht ankomme (Seite 8 OLGU). Aber selbst wenn das Oberlandesgericht eine entsprechende Feststellung getroffen hätte, wäre der erkennende Senat hieran nicht gebunden. **Denn die Bindungswirkung geht nicht weiter, als eine für die Entscheidung im Deckungsprozess maßgebliche Frage sich auch im Haftpflichtprozess nach dem**

**vom Haftpflichtgericht gewählten rechtlichen Begründungsansatz bei objektiv zutreffender rechtlicher Würdigung als entscheidungserheblich erweist, also Voraussetzungsidentität vorliegt** (vgl. BGH, Urteil vom 8. Dezember 2010 - IV ZR 211/07). Für die Entscheidung des Oberlandesgerichts München war aber die Frage eines bereits erfolgten Beitritts der T GmbH oder auch nur der Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung nicht entscheidungserheblich.

[61] Ergänzend hat die Beklagte die Zeugen L als Geschäftsführer der E. Medienfonds GmbH sowie K als Geschäftsführer der T GmbH für den Beweis ihrer Behauptung benannt, die T GmbH habe sich noch vor der Beitrittserklärung des Klägers an der E. Medienfonds GmbH und Co. KG IV mit einem eigenen Kommanditanteil beteiligt.

[62] Die Vernehmung der beiden Zeugen durch den Senat hat die Behauptung der Beklagten allerdings nicht bestätigt. Der Zeuge L hat ausgesagt, dass die Beteiligung der T GmbH an der E. Medienfonds GmbH und Co. KG IV mit einem eigenen Kommanditanteil nie zur Diskussion gestanden habe. Insoweit habe lediglich die Möglichkeit einer Beteiligung bestanden, von der die T GmbH aber keinen Gebrauch gemacht habe. Auch der Zeuge K hat ausgesagt, dass es keine Vereinbarung zwischen der T GmbH und der E. Medienfonds GmbH und Co. KG IV über den Erwerb eines eigennützigen Kommanditeils gegeben habe.

[63] Unter diesen Umständen ist der Beklagten der ihr obliegende Beweis einer schuldrechtlichen Einigung über eine Kommanditbeteiligung der T GmbH an der E. Medienfonds GmbH und Co. KG IV nicht gelungen. Auch wenn der Aufnahmevertrag keiner bestimmten Form bedarf und somit auch durch schlüssiges Verhalten zustande kommen kann, fehlt es für das Zustandekommen eines solchen Vertrags auf der Grundlage der Zeugenaussagen völlig an Anhaltspunkten.

[64] **Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung begründet allein die (nicht umgesetzte) Absicht einer unternehmerischen Tätigkeit noch keine unternehmerische Tätigkeit.** Ein derart weitreichender Anwendungsbereich kann Teil 3 A Nr. 5.3 a) AVB-WSR nicht entnommen werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind **Risikoabschlussklauseln eng auszulegen**. Bei ihnen geht das Interesse des Versicherungsnehmers regelmäßig dahin, dass der Versicherungsschutz nicht weiter verkürzt wird, als der erkennbare Zweck der Klausel dies gebietet. Der durchschnittliche Versicherungsnehmer braucht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht mit Lücken im Versicherungsschutz zu rechnen, ohne dass eine Klausel ihm dies hinreichend verdeutlicht (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Februar 2018 - IV ZR 318/16; BGH, Urteil vom 27. Juni 2012-IV ZR 212/10; BGH, Urteil vom 20. Juli 2011 -IVZR 291/10; BGH, Urteil vom 20.

Juli 2011 - IVZR 131/09; BGH, Urteil vom 29. Oktober 2008 - IVZR 128/07; BGH, Urteil vom 29. September 2004 - IV ZR 173/03). Auf der Grundlage der so gebotenen engen Auslegung kann aber die Risikoausschlussklausel in Teil 3 A Nr. 5.3 a) AVB-WSR nicht erweiternd zugunsten des Versicherers dahingehend ausgelegt werden, dass über den Wortlaut der Klausel hinaus der Risikoausschluss bereits bei einer nur beabsichtigten oder möglicherweise auch nur angedachten unternehmerischen Tätigkeit greift. Auch die Zielrichtung der Risikoausschlussklausel erlaubt keine Auslegung über den Wortlaut der Klausel hinaus. **Sinn des Risikoausschlusses** ist es, den Versicherungsschutz auf die Haftung aus eigentlich beruflicher Tätigkeit zu beschränken und Haftungsansprüche aus berufsfremder Tätigkeit vom Versicherungsschutz auszunehmen (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 1980 - IV ZR 86/78). Haftungsansprüche aus berufsfremder Tätigkeit scheiden aber von vornherein aus, wenn eine solche Tätigkeit zum maßgeblichen Zeitpunkt der Pflichtverletzung gar nicht ausgeübt wird.

**[65]** Entgegen der vom Beklagtenvertreter im Termin zur mündlichen Verhandlung am 9. August 2021 vertretenen Auffassung ergibt sich die unternehmerische Tätigkeit der T GmbH auch nicht aus dem Umstand, dass die endgültige Entscheidung über die Funktion der T GmbH als Treuhandkommanditistin dem Zeugen L zufolge erst im zeitlichen Zusammenhang mit der Eintragung der T GmbH als Kommanditistin im Handelsregister getroffen wurde. Das ist bereits deshalb nicht der Fall, weil die Klägerin ihren Beitritt zur E. Medienfonds GmbH und Co. KG IV erst nach der Eintragung der T GmbH im Handelsregister erklärte und jedenfalls zu diesem Zeitpunkt die T GmbH der Klägerin gegenüber zur Aufklärung über die Risiken der Beteiligung verpflichtet war.

**[66]** Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung ergibt sich eine **unternehmerische Tätigkeit** der T GmbH schließlich nicht aus dem Umstand, dass die GmbH für ihre Tätigkeit als Treuhandkommanditistin eine **Vergütung** erhielt. **Eine entgeltliche Tätigkeit ist nicht gleichzusetzen mit einer unternehmerischen Tätigkeit im Sinne der Risikoausschlussklausel. Anderenfalls würde selbst für eine originär steuerberatende Tätigkeit kein Versicherungsschutz bestehen.** Eine unternehmerische Tätigkeit im Sinne von Teil 3 A Nr. 5.3 a) AVB-WSR setzt vielmehr zusätzlich die Übernahme eines unternehmerischen Risikos voraus. Das hat die Beklagte allerdings im vorliegenden Fall nicht bewiesen.

(...)

## Versicherungsschutz

- Steuerberater
- Treuhandkommanditist
- Unternehmerische Tätigkeit

(OLG Köln, Urf. v. 5.7.2022 – 9 U 93/21)

### Leitsatz (der Redaktion)

Bei der Tätigkeit einer Steuerberatungsgesellschaft als Treuhandkommanditistin liegt ein vom Versicherungsschutz nicht umfasstes unternehmerisches Risiko bereits dann vor, wenn die Steuerberatungsgesellschaft zwar keine eigenen Anteile hält, der Erwerb solcher Anteile aber vertraglich vorgesehen ist [entgegen OLG Celle, Urf. v. 2.9.2021 – 8 U 63/21].

### Zum Sachverhalt:

**[1]** Die Klägerin nimmt die Beklagte als Berufshaftpflichtversicherer der T. Treuberatungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft GmbH (im Folgenden: T.) in Anspruch, nachdem über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist.

**[2]** Mit Beitrittserklärung vom 09.11.2005 beteiligte sich die Klägerin mit einer Nominaleinlage in Höhe von 20.000,- € zzgl. 600,- € Agio als mittelbare Kommanditistin an der E. Medienfonds GmbH & Co. KG IV (künftig: Fondsgesellschaft). Zugleich bot sie der T., die als Treuhandkommanditistin und Mittelverwendungskontrolleurin der Fondsgesellschaft fungierte und am 02.11.2005 als Kommanditistin der Fondsgesellschaft in das Handelsregister eingetragen wurde, den Abschluss eines Treuhandvertrags an. Die Annahme des Beteiligungsangebots erfolgte durch die hierzu bevollmächtigte Komplementärin der Fondsgesellschaft. Einen Betrag in Höhe von 10.000,- € zahlte die Klägerin als Direkteinlage auf das Konto der Fondsgesellschaft ein.

**[3]** Der Beteiligung der Klägerin lag der Emissionsprospekt vom 10.08.2005 zugrunde. In dem Gesellschaftsvertrag, der in dem Prospekt mit abgedruckt ist, heißt es in § 5 Ziff. 3 auszugsweise:

*„Die Treuhandkommanditistin kann im Hinblick auf ihren Kommanditanteil, jedoch nicht in Höhe des eigennützig gehaltenen Anteils, mit natürlichen und juristischen Personen Treuhandverträge dahingehend abschließen (...).“*

**[4]** In § 6 Ziff. 1 heißt es:

*„Die Kommanditeinlage der Gründungskommanditistin ist erbracht. Die eigennützige Kommanditeinlage der Treuhandkommanditistin ist sofort zur Einzahlung fällig.“*

[5] Als Vergütung für die Treuhandkommanditistin waren für jedes Geschäftsjahr 0,03% der Summe der bis zum 31.12. des betreffenden Geschäftsjahres der Gesellschaft eingezahlten Pflichteinlagen der Kommanditisten der Gesellschaft vorgesehen (bei degressiver Vergütung falls die Pflichteinlagen einen Betrag von 20 Mio. € überschreiten). Als Mittelverwendungskontrolleurin erhielt die T. GmbH jährlich weitere 0,07% der eingezahlten Pflichteinlagen als Vergütung.

[6] Am 01.04.2018 eröffnete das Amtsgericht Berlin-Charlottenburg über das Vermögen der T. das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung.

[7] Das Kammergericht Berlin (14 U 118/17) stellte in teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils des Landgerichts Berlin (2 O 75/16) vom 12.06.2017 mit Urteil vom 23.06.2020 die zur Tabelle im Insolvenzverfahren über das Vermögen der T. angemeldete Forderung der Klägerin in Höhe von 17.205,17 € zum Ausfall fest. Der Betrag setzte sich aus der Einlage in Höhe von 10.000 €, dem für den Rückkauf der Inhaberschuldverschreibung aufgewandten Betrag in Höhe von 388,88 €, den an das Finanzamt gezahlten Säumniszinsen in Höhe von 1.551 €, der Liquiditätsreserve in Höhe von 900 €, ausgerechneten Zinsen in Höhe von 1.296,50 € und weiteren 232,24 € sowie einem prozessualen Kostenerstattungsanspruch für die in der ersten Instanz entstandenen Kosten in Höhe von 2.836,55 € zusammen. Zur Begründung führte das Kammergericht aus, dass die T. aus ihrer Treuhänderstellung wegen unzureichender Aufklärung der Anleger über die mit der Inhaberschuldverschreibung verbundenen Risiken hafte. Mit Beschluss vom 26.10.2020 setzte das Landgericht Berlin die von der T. der Klägerin nach dem Urteil des Kammergerichts Berlin zu erstattenden Kosten auf 1.467,84 € fest.

[8] Die T. war bei der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin hinsichtlich ihrer Haftpflicht aus der freiberuflichen Tätigkeit als Steuerberaterin mitversichert. Dem Versicherungsvertrag lagen die Allgemeinen und Besonderen Versicherungsbedingungen sowie Risikobeschreibungen zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer, Steuerberater, Rechtsanwälte und Patentanwälte (AVB-WSR) zugrunde. In den Besonderen Bedingungen und Risikobeschreibungen für Steuerberater (BBR-S) heißt es unter B. II, der Versicherungsschutz erstrecke sich auch auf die Tätigkeiten, die nach § 57 Abs. 3 Nr. 2, 3 und 6 StBerG mit dem Beruf vereinbar seien, in Ziff. 6 wird die Tätigkeit als nicht geschäftsführender Treuhänder aufgeführt. Unter A. Ziff. 5.3 der BBR-S heißt es zu den Ausschlüssen u.a.:

„Der Versicherungsschutz bezieht sich nicht auf Haftpflichtansprüche wegen Schäden, die dadurch entstanden sind, dass

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

*b) (...)*

[9] Die Beklagte lehnte eine Eintrittspflicht für die Pflichtverstöße der T. mit Schreiben vom 26.10.2018 gegenüber der Klägerin ab.

[10-17] (...)

[18] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil der Deckungsausschluss der unternehmerischen Tätigkeit gemäß Ziff. 5.3 a) BBR-S greife. Dabei komme es nicht darauf an, ob die T. tatsächlich eigennützige Anteile erworben habe, entscheidend sei, dass im Prospekt der Erwerb eigennütziger Anteile als feststehend beschrieben worden sei. Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags und der Entscheidungsgründe wird auf die erstinstanzliche Entscheidung Bezug genommen.

[19] Gegen diese Entscheidung hat die Klägerin form- und fristgerecht Berufung eingelegt. Er rügt die Verletzung materiellen Rechts. Der im Haftungsurteil festgestellte Schaden ist ihrer Meinung nach nicht dadurch entstanden, dass die T. im Bereich eines unternehmerischen Risikos einen Verstoß begangen habe.

[20-36] (...)

#### Aus den Gründen:

[37] Die Berufung der Klägerin ist zulässig, insbesondere statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet. Das Rechtsmittel hat aber in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

[38] 1. Der Klägerin steht der geltend gemachte Zahlungsanspruch gegen die Beklagte in Höhe von 17.205,17 € aus der einzig in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage des § 157 WG a.F. nicht zu.

[39] Da das Versicherungsverhältnis vor dem 01.01.2018 entstanden und der Schadensfall vor dem 31.12.2008 eingetreten ist, ist insoweit nach Art. 1 Abs. 1, Abs. 2 EGWG das WG in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung anzuwenden.

[40] Nach § 157 WG a.F. kann ein Dritter im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Versicherungsnehmers wegen des ihm gegen den Versicherungsnehmer zustehenden Anspruchs abgesonderte Befriedigung

aus der Entschädigungsforderung des Versicherungsnehmers verlangen. Über das Vermögen der Versicherungsnehmerin, hier der mitversicherten T. GmbH, ist zwar am 01.04.2018 das Insolvenzverfahren eröffnet worden, es fehlt aber an einem versicherungsvertraglichen Anspruch der T. gegen die Beklagte.

[41] a) Die T. hat als Treuhandkommanditistin vorliegend eine versicherte Tätigkeit ausgeübt.

[42] Gemäß Teil 1 A §1 Abs. 1 der AVB WSR bietet der Versicherer Versicherungsschutz für den Fall, dass der Versicherungsnehmer wegen eines bei der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit von ihm selbst oder einer Person, für die er einzustehen hat, begangenen Verstoßes von einem anderen aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird.

[43] Den anlässlich des Haftungsprozesses getroffenen Feststellungen zufolge hat die T. ihre vorvertraglichen Aufklärungspflichten im Zusammenhang mit dem Beitritt der Klägerin zur Fondsgesellschaft verletzt. An diese Feststellungen ist der Senat im Deckungsprozess gebunden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Pflichtverletzung der T. im Haftpflichtprozess gesellschaftsrechtlich oder aus dem Treuhandvertrag begründet worden ist, weil der äußere Tatbestand der Pflichtwidrigkeit und nicht dessen rechtliche Einordnung maßgeblich ist (vgl. BGH, Urt. v. 08.12.2010 - IV ZR 211/07 VersR 2011, 203, 204 Rn. 13; Urt. v. 17.12.2014 - IV ZR 90/13-, VersR 2015, 181 Rn. 12).

[44] Diese Aufklärungspflichtverletzung erfolgte auch im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit der T. Ausweislich des 21. Nachtrags zum Versicherungsschein Vermögensschaden-Haftpflicht, in dem die offenbar seinerzeit unter „Treuhandberatungsgesellschaft mbH“ firmierende T. als Mitversicherte aufgeführt ist, ist u.a. die gesetzliche Haftpflicht des Versicherungsnehmers aus der freiberuflichen Tätigkeit als Steuerberater versichert. Der Versicherungsschutz erstreckt sich nach Teil 3 B Abs. 2 der AVB (BBR-S) auf Tätigkeiten, die nach § 57 Abs. 3 Nr. 2, 3 und 6 StBerG mit dem Beruf vereinbar sind. Dazu gehört gemäß § 57 Abs. 3 Nr. 3 StBerG die treuhänderische Tätigkeit. Da Steuerberatern gemäß § 57 Abs. 4 Nr. 1 StBerG gewerbliche Tätigkeiten grundsätzlich untersagt sind, ist in Teil 3 B Abs. 2 Nr. 6 AVB (BBR-S) klargestellt, dass sich der Versicherungsschutz nur auf die „Tätigkeit als nicht geschäftsführender Treuhänder“ erstreckt.

[45] Ob eine versicherte nicht **geschäftsführende Treuhandtätigkeit** vorliegt, ist nach der Art und Weise zu beurteilen, wie eine Treuhandtätigkeit ausgeübt wird (vgl. Lehmann, r+s

2016, 1, 3f.; Gräfe in:Gräfe/Brügge/Melchers, Berufshaftpflichtversicherung für rechts- und steuerberatende Berufe, 3. Aufl. 2021, Teil E Rn. 133). **Der Ausschluss vom Versicherungsschutz greift nicht nur dann ein, wenn der Treuhänder zugleich auch Geschäftsführer ist, d.h. die entsprechende Stellung als Organ innehat** (OLG Köln, Beschl. v. 29.12.2016 - 9 U 120/16 -, Vers 2017, 1005, 1008). Die Abgrenzung einer versicherten reinen Aufsichtstreuhand von einer nichtversicherten geschäftsführenden Treuhand erfolgt vielmehr regelmäßig danach, ob dem Treuhänder **ausschließlich die kontrollierende Wahrnehmung fremder Interessen ohne Entscheidungs-/Handlungsspielräume** obliegt oder ihm **Mitbestimmungsrechte bzw. Ermessen** zustehen. Ein Mitbestimmungsrecht und eingeräumtes Ermessen eines Treuhandkommanditisten machen eine aufsichtsführende zu einer geschäftsführenden Treuhand (vgl. OLG Köln, Beschl. v. 02.06.2014 - 9 U 157/13 zit. nach juris Rn. 13; OLG Celle, Urt. v. 02.09.2021 - 8 U 63/21 -, S. 10, n.v.). Entscheidend ist der Zusammenhang zwischen den Entscheidungsbefugnissen des Treuhänders und dem unternehmerischen Risiko der Fondsgesellschaft.

[46] Ein Entscheidungsspielraum der T., der ihre Treuhandtätigkeit zu einer geschäftsführenden machte, kann anhand des Treuhandvertrages nicht festgestellt werden. Die Tätigkeit der Treuhänderin beschränkt sich gemäß § 2 Nr. 5 des Treuhandvertrages - vorbehaltlich gesondert getroffener Vereinbarungen - auf die in dem Vertrag festgelegten Aufgaben. Weitergehende Pflichten, wie z.B. die Kontrolle, Überprüfung und Aufsicht der Gesellschaft oder ihrer Organe, bestehen nicht. Es ist nicht ersichtlich, dass gesonderte Vereinbarungen getroffen wurden, die eine Erweiterung der Rechte der T. als Treuhänderin vorsehen. Der Treuhandvertrag sieht ebenfalls keinerlei Rechte der T. vor, die über die reine Treuhandtätigkeit hinausgehen: Nach § 3 Nr. 2 S. 2 des Vertrages handelt die Treuhänderin im Innenverhältnis ausschließlich im Auftrag, für Rechnung und auf Risiko des jeweiligen Treugebers. In 5 Nr. 4 des Treuhandvertrages ist festgeschrieben, dass die Treuhänderin berechtigt ist, die Stimmrechte der Treugeber in Gesellschafterversammlungen auszuüben, wobei der Treuhänder an die Weisungen der Treugeber gebunden ist und sich der Stimme mit dem jeweiligen Treugeberanteil enthalten muss, wenn keine Weisung vorliegt.

[47] **Entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht** (Brügge in: Gräfe/Brügge/Melchers, a.a.O., Teil B Rn. 477 und - fast gleichlautend - Rn. 161) **kann die Tätigkeit als Treuhandkommanditistin und die daraus resultierende, bindend festgestellte Prospekthaftung als Unterfall der Haftung für die Inanspruchnahme von besonderem persönlichen Vertrauen** (§ 311 Abs. 3 BGB) **auch nicht generell als nicht versicherte unternehmerische Tätigkeit eingeordnet werden**. Denn aus dem Haftungsgrund der Aufklärungspflichtverletzung folgt nicht

zwangsläufig, dass der Bereich der beruflichen Tätigkeit verlassen wird. Vielmehr lässt sich die als Treuhänder geschuldete berufsfällige Überwachung der ordnungsgemäßen Verwendung eines Treuguts grundsätzlich mit den umfassenden Aufklärungspflichten hinsichtlich des Anlageobjekts in Einklang bringen. Es obliegt daher der Prüfung im jeweiligen Einzelfall, ob sich der vertraglichen Gestaltung eine geschäftsführende Tätigkeit der Treuhandkommanditistin entnehmen lässt. **Die o.g. abweichende Ansicht lässt sich auch nicht auf die insoweit zitierten Entscheidungen des Senats (Beschl. v. 02.06.2014 - 9 U 157/13 zit. nach juris; Beschl. v. 29.12.2016 - 9 U 120/16 - VersR 2017, 1005) sowie des OLG München (Urt. v. 19.10.2016 - 20 U 438/16 -, zit. nach juris) stützen.** Denn in den dort zur Entscheidung stehenden Fällen lagen weitergehende Umstände vor, die aus der rein aufsichtsführenden Treuhandtätigkeit eine geschäftsführende machten. So kamen dem Treuhänder Entscheidungsspielräume zu und er hielt auch einen eigenen Kommanditanteil bzw. war Gründungsgesellschafter mit eigenem Kommanditanteil.

[48] b) Ein Anspruch der T. gegen die Beklagte auf Gewährung von Versicherungsleistungen aus der Berufshaftpflicht wegen der rechtskräftig festgestellten Pflichtverletzung der T. im Zusammenhang mit dem Beitritt der Klägerin zur Fondsgesellschaft scheidet daran, dass der Risikoausschluss in Teil 3 A 5.3 a) der AVB (BBR-S) greift. Dieser ist zu unterscheiden von dem Risikoausschluss in Teil 3 B V AVB (BBR-S), wonach „**unternehmerische Tätigkeiten**“ nicht versichert sind. Der Risikoausschluss gemäß Teil 3 A 5.3 a) AVB (BBR-S) greift nämlich schon dann, wenn der Versicherungsnehmer im Bereich eines unternehmerischen Risikos, das sich im Rahmen der Ausübung einer versicherten Tätigkeit ergibt, einen Verstoß begeht.

[49] Ausgehend davon, dass vorliegend - wie ausgeführt - eine Tätigkeit der T. als nicht geschäftsführende Treuhänderin gegeben ist, muss für die Frage, ob der Pflichtverstoß in Form der unzureichenden Aufklärung der Treugeber über die Anlagerisiken im Prospekt im Bereich eines unternehmerischen Risikos begangen wurde, auf die hier gegebene rechtliche Konstruktion abgehoben werden: Die T. war Treuhandkommanditistin und in dieser Funktion in das Gesamtkonzept der Fondsgesellschaft eingebunden. Die Pflichtverletzung berührt jedenfalls dann unternehmerische Interessen und Risiken der T., wenn sie an dem Erfolg und Misserfolg der Fondsgesellschaft partizipierte. Das wäre unmittelbar dann der Fall, wenn sie auch eigene Anteile an der Fondsgesellschaft gehalten hätte. Mit dem **Halten eigener Anteile** wäre die **Beratung**, die die T. den Treugebern schuldet, **nicht mehr nur fremdnützig, sondern (zumindest auch) eigennützig. Hält der Treuhänder eigene Anteile und ist er damit „normaler“ Kommanditist, dann ist er entweder durch die besonderen Regelungen im Gesellschaftsvertrag oder in Ermangelung solcher jedenfalls nach §§ 168, 121 Abs. 1 und 2 HGB am Gewinn und Verlust der Gesellschaft**

**beteiligt. In diesem Fall handelt er mit unternehmerischem Risiko, weil sich das wirtschaftliche Ergebnis der Gesellschaft unmittelbar auf seine eigene Vermögenssituation auswirkt** (vgl. Senat, Beschl. v. 16.06.2016 - 9 U 206/15 -, zit. nach juris Rn. 23).

[50] Ein solches Handeln kann aber auch dann anzunehmen sein, wenn der Treuhänder im Zeitpunkt des Verstoßes (noch) keine eigenen Anteile hält, der Erwerb solcher Anteile aber vertraglich vorgesehen ist. Denn dann handelt der Treuhänder mit Blick auf ein **künftiges unternehmerisches Risiko**. Für die Beurteilung, ob bereits ein Handeln im Bereich eines unternehmerischen Risikos vorliegt, ist die im Gesellschaftsvertrag getroffene Regelung entscheidend. Es mag dann nicht gerechtfertigt sein, ein Handeln im Bereich eines unternehmerischen Risikos zu bejahen, wenn es keinerlei Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Treuhänder in der Zukunft irgendwann einmal eigene Anteile an der Fondsgesellschaft erwerben wird. Hier war aber **entgegen** der vom **OLG Celle, Urt. v. 02.09.2021 - 8 U 63/21 -, S. 14**, in einem Parallelfall betreffend die T. vertretenen Auffassung nicht nur der mögliche Erwerb eines eigennützigen Kommanditanteils im Gesellschaftsvertrag angesprochen, sondern das Halten eines eigennützigen Kommanditanteils verbindlich vertraglich vorgesehen. Hierdurch ist die T. bereits unternehmerisch tätig geworden, weil **mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages bereits der Erwerb eigennütziger Anteile und damit eine Beteiligung an Gewinn und Verlust verbindlich vorgesehen** war. Das folgt aus § 6 Ziff. 1 des Gesellschaftsvertrags, in dem es heißt, dass die eigennützige Kommanditeinlage der Treuhandkommanditistin sofort zur Zahlung fällig ist. Auch § 5 Nr. 3 des Gesellschaftsvertrags kann nur so verstanden werden. Dort heißt es, die Treuhandkommanditistin könne im Hinblick auf ihren Kommanditanteil, „jedoch nicht in Höhe des eigennützig gehaltenen Anteils“ Treuhandverträge abschließen. Dass die Höhe des Kommanditanteils im Gesellschaftsvertrag nicht geregelt ist, ändert entgegen OLG Celle, Urt. v. 02.09.2021 - 8 U 63/21 -, S. 14, an der Verbindlichkeit der insoweit getroffenen Regelungen nichts. **Vielmehr stand der T. die Höhe der eigennützigen Beteiligung bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags offensichtlich frei, so dass sie es in der Hand hatte, ob und in welchem Umfang sie Kommanditanteile erwerben wollte, was ebenfalls bereits für sich genommen für ein unternehmerisches Handeln spricht** (vgl. Senat, Beschl. v. 16.06.2016 - 9 U 206/15 -, zit. nach juris Rn. 16). Auf die Umsetzung des Gesellschaftsvertrages in Bezug auf die eigennützigen Kommanditanteile kommt es danach nicht entscheidend an.

[51] Diese Auslegung ist auch durch die Ausschlussklausel in Teil 3 A 5.3 a) AVB (BBR-S) gedeckt (a.A. OLG Celle, Urt. v. 02.09.2021 - 8 U 63/21 S. 16). **Allgemeine Versicherungsbedingungen** sind grundsätzlich so **auszulegen**, wie ein durch-

schnittlicher Versicherungsnehmer sie bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen kann. Dabei kommt es auf die Verständnismöglichkeiten eines Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse und damit auch auf seine Interessen an. In erster Linie ist vom Wortlaut der jeweiligen Klausel auszugehen. Der mit dem Bedingungsmerkmal verfolgte Zweck und der Sinnzusammenhang der Klauseln sind zusätzlich zu berücksichtigen, soweit sie für den Versicherungsnehmer erkennbar sind (BGH NJW-RR 2015, 984, 985; BGH NJW-RR 2015, 927; BGH NJW 2015, 703; BGH NJW 2017, 388, 389; BGH r+s 2020, 85, 86). Werden Versicherungsverträge - wie hier - typischerweise mit und für einen bestimmten Personenkreis geschlossen, so sind die Verständnismöglichkeiten und Interessen der Mitglieder dieses Personenkreises maßgebend (vgl. BGH r+s 2011, 295, 296; BGH r+s 2021, 27, 28), hier also der rechts- und geschäftserfahrenen Steuerberater. Bei der Auslegung von Risikoausschlussklauseln ist weiter zu berücksichtigen, dass diese grundsätzlich eng auszulegen sind (BGH VersR 1984, 252; VersR 1994, 1058; VersR 1995, 162; 2018, 550). Dieser Grundsatz findet seine Rechtfertigung darin, dass der Versicherungsschutz nicht weiter verkürzt werden soll, als der erkennbare Zweck der Klausel dies gebietet (vgl. BGH VersR 2016, 1184, 1186; VersR 2018, 550).

[52] Nach dem Wortlaut der Klausel wird nur verlangt, dass sich der Verstoß im Bereich eines unternehmerischen Risikos, das sich im Rahmen der Ausübung einer versicherten Tätigkeit ergibt, ereignet. **Die Formulierung „im Bereich eines unternehmerischen Risikos“ ist weit gefasst und deckt ohne weiteres auch einen Verstoß im Bereich eines erst künftig realisierenden unternehmerischen Risikos.** Daran hält der Senat auch unter Berücksichtigung der Kritik der Klägerin im Schriftsatz vom 20.06.2022 fest.

[53] **Sinn des Risikoausschlusses** ist es, den Versicherungsschutz auf die Haftung aus der eigentlichen beruflichen Tätigkeit zu beschränken und Haftungsansprüche aus berufsfremder Tätigkeit vom Versicherungsschutz auszunehmen (vgl. BGH VersR 1980, 353; Senat, Beschl. v. 29.12.2016 - 9 U 120/16 -, VersR 2017, 1005, 1008). Unter Berücksichtigung dieses Zwecks rechtfertigt sich (für den Versicherungsnehmer erkennbar) die Einbeziehung auch solcher unternehmerischen Risiken, die sich erst künftig realisieren, denn die Tätigkeit ist in diesem Fall eben schon davon geprägt, dass sie mit Blick auf ein solches künftiges Risiko erfolgt.

[54] Demgemäß ist etwa zur Risikoausschlussklausel der „unternehmerischen Tätigkeit“ entschieden worden, dass auch die **Pflichtverletzung bei Anbahnung eines Vertragsverhältnisses** erfasst wird (vgl. Senat, Beschl. v. 16.06.2016 - 9 U 206/15 -, zit. nach juris Rn. 21; OLG Köln, VersR 1993, 86 - Revision

vom BGH nicht angenommen). Nach Auffassung des OLG Hamm sind solche Tätigkeiten, die im Vorfeld und mit unmittelbarem Bezug auf die spätere Treuhändertätigkeit erfolgt sind, vom unternehmerischen Risiko erfasst und vom Versicherungsschutz ausgeschlossen (vgl. Urte. v. 17.03.1993 - 20 U 345/92 -, zit. nach juris Rn. 12).

[55] Nichts anderes gilt hier: **Für einen Steuerberater als Mitglied des angesprochenen Personenkreises ergibt sich nicht, dass ein Treuhänder bereits unternehmerisch tätig sein muss, wenn er den Pflichtverstoß begeht.** Er muss eben nur „im Bereich eines unternehmerischen Risikos“ handeln, was auch den Fall erfasst, dass der Treuhänder mit einem konkreten Bezug zu einem unternehmerischen Risiko handelt, auch wenn dies aktuell noch nicht besteht, wohl aber in naher Zukunft aufgrund konkret getroffener Regelungen sicher zu erwarten ist.

[56] **Die entgegenstehende Auffassung des OLG Celle, Urte. v. 02.09.2021 - 8 U 63/21 -, S. 15f., überzeugt nicht.** Alleine die allgemeine Regel, dass Risikoausschlussklauseln grundsätzlich eng auszulegen sind, zwingt nicht dazu, die Auslegung eines erkennbar (und sachlich gerechtfertigt) weit gefassten Ausschlusses an dieser Grundregel zu orientieren. Der erkennbare Zweck der Klausel ging hier dahin, Tätigkeiten mit Bezug zu einem unternehmerischen Risiko vom Versicherungsschutz auszunehmen. Dass dies umfassend gemeint war, ergibt sich aus der Klausel. Sie vor diesem Hintergrund - sachlich nicht gerechtfertigt - einzuengen, ist nicht veranlasst. **Die Auffassung des OLG Celle, Haftungsansprüche aus berufsfremder Tätigkeit würden von vornherein ausscheiden, wenn eine solche Tätigkeit zum maßgebenden Zeitpunkt der Pflichtverletzung gar nicht ausgeübt wird, ist demgegenüber schon mit dem Wortlaut der Klausel nicht in Einklang zu bringen, denn die hier in Rede stehende Klausel verlangt für den Ausschluss keine unternehmerische Tätigkeit, sondern es genügt ein Pflichtverstoß bei Ausübung einer versicherten Tätigkeit „im Bereich eines unternehmerischen Risikos“, was ersichtlich weiter gefasst ist.**

[57] Soweit die Klägerin darauf verweist, dass es keinerlei Anhaltspunkte gebe, dass die T. aufgrund ihrer unternehmerischen Beteiligung ihre Pflichten nicht genauestens beachtet habe, kommt es darauf für die Geltung der Ausschlussklausel nicht an. Denn die Ausschlussklausel entfaltet eine über den Einzelfall hinausgehende Wirkung.

[58] Schließlich zeigt sich der Umstand, dass die T. im Bereich eines **unternehmerischen Risikos** handelte, auch daran, dass die **Höhe der Vergütung der T. vom eingeworbenen Kapital abhängig** war. Sie hatte daher ein eigenes Interesse an einer möglichst hohen Zahl von Beitritten, weil sie an diesen selbst

verdiente. Grundsätzlich mag es nicht unüblich sein, ein Honorar eines Steuerberaters für eine Treuhandtätigkeit in Form eines bestimmten Prozentsatzes am Gesamtaufwand zu vereinbaren, weil die Steuerberatervergütungsverordnung auf die nur mit der Steuerberatertätigkeit zu vereinbarenden Tätigkeiten gemäß § 57 Abs. 3 StBerG, worunter auch die Treuhandtätigkeit fällt, keine Anwendung findet (vgl. Koslowski in: Beck'sches Steuerberater-Handbuch 2021/2022, 18. Auflage 2021, T. XIV Rn. 101). Die hier im Treuhandvertrag vorgesehene **Vergütungsregelung** ist indes durch die Anknüpfung an die Summe der im Geschäftsjahr eingezahlten Pflichteinlagen schon eher **provisionsähnlich ausgestaltet** und barg - entgegen den Ausführungen der Klägerin im Schriftsatz vom 20.06.2022 - die Gefahr in sich, dass die T. ihre Interessen über diejenigen der Treugeber stellt und die Aufklärungspflichten nicht so ernst genommen werden, um nicht das eigene finanzielle Interesse zu gefährden (a.A. OLG Celle, Ur. v. 02.09.2021 - 8 U 63/21 -, n.v.).

[59] Im Übrigen kommt es für das versicherungsrechtliche Deckungsverhältnis nach Ansicht des Senats nicht darauf an, ob die Haftung des Treuhänders aus dem **gesellschaftsrechtlichen Verhältnis und/oder dem Treuhandvertrag** folgt, weil die der T. im Rahmen ihrer **Doppelstellung** obliegenden Befugnisse und Verpflichtungen in einem derart untrennbaren sachlichen Zusammenhang stehen, dass die Einstandspflicht des Versicherers im Deckungsprozess nur einheitlich beurteilt werden kann. Dies hat der Senat bereits in einem insoweit ähnlich gelagerten Fall entschieden (vgl. Beschl. v. 29.12.2016 - 9 U 120/16 VersR 2017, 1005, 1009).

[60] Die Ausführungen des Bundesgerichtshofs in dem Urteil vom 08.04.2021 (III ZR 62/20 - zit. nach juris Rn. 54), dass eine Entschädigungsforderung der T. gegen die Beklagte i.S.v. § 157 WG a.F. ernstlich in Betracht komme, stehen den vorstehenden Erwägungen nicht entgegen. Der Bundesgerichtshof hat die Anspruchsvoraussetzungen nicht näher geprüft, sondern lediglich angeführt, dass es um eine grundsätzlich versicherte Tätigkeit als nicht geschäftsführender Treuhänder gehe. Das entspricht auch der Auffassung des Senats. Mit der hier einschlägigen Ausschlussklausel befasst sich der Bundesgerichtshof indes nicht.

[61] 2. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass auch die Berufungsanträge zu 2. und 3. (soweit Hauptforderung) ohne Erfolg bleiben.

[62] 3. Mangels Bestehens der Hauptforderung ist die Klage auch hinsichtlich der Nebenforderungen unbegründet.

[63] Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

[64] Die Revision ist gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO zuzulassen, weil die Rechtssache unter Berücksichtigung der abweichenden Entscheidungen des Oberlandesgerichts Celle zur Frage der Auslegung der Versicherungsbedingungen grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichtes erfordert.

## Wiedereinsetzung

- Berechnung und Notierung von Rechtsmittelfristen
- Prüfung von Vermerken
- Wiedereinsetzung
- Vorausschauende Vorkehrungen

(BGH, Beschl. v. 21.7.2020 – VI ZB 25/19)

## Leitsätze

1. Wird dem Rechtsanwalt die Sache im Zusammenhang mit einer fristgebundenen Verfahrenshandlung zur Bearbeitung vorgelegt, hat er die Einhaltung seiner Anweisungen zur Berechnung und Notierung laufender Rechtsmittelfristen einschließlich deren Eintragung in den Fristenkalender eigenverantwortlich zu prüfen, wobei er sich grundsätzlich auf die Prüfung der Vermerke in der Handakte beschränken darf.
2. Ein Rechtsanwalt muss allgemeine vorausschauende Vorkehrungen dafür treffen, dass das zur Wahrung von Fristen Erforderliche auch dann unternommen wird, wenn er unvorhergesehen ausfällt; er muss seinem Personal die notwendigen allgemeinen Anweisungen für einen solchen Fall geben. Darüber hinaus muss der Rechtsanwalt, wenn er unvorhergesehen krank wird, alles zur Fristwahrung unternehmen, was ihm in der konkreten Situation möglich und zumutbar ist.

## Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens aus einem Sportunfall in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage mit Versäumnisurteil vom 18. Mai 2018 abgewiesen. Mit Urteil vom 14. August 2018 hat es das Versäumnisurteil aufrechterhalten. Gegen dieses ihrer Prozessbevollmächtigten am 27. August 2018 zugestellte Urteil hat die Klägerin fristgerecht Berufung eingelegt. Die Frist zur Begründung der Berufung ist am Montag, dem 29. Oktober 2018 abgelaufen. Mit Schriftsatz vom 22. November 2018 hat die Klägerin Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Frist zur Begründung der Berufung beantragt. Sie hat ausgeführt, ihre Prozessbevollmächtigte sei am 27. Oktober 2018 mit akuten Schmerzen nach einem Sturz in stationäre Behandlung in einem Krankenhaus

aufgenommen worden. Im Anschluss an diesen Aufenthalt sei sie in ein anderes Krankenhaus verlegt und bis einschließlich 7. November 2018 stationär behandelt worden. Am 20. November 2018 sei sie erstmals wieder im Büro gewesen. Die Fristenkontrolle hätte sie ihrer bis dahin stets sorgfältig arbeitenden Rechtsanwaltsfachangestellten übertragen. Erst am 22. November 2018 sei dieser im Zuge der Aktenbearbeitung aufgefallen, dass die Frist zur Berufungsbegründung nicht in den Fristenkalender eingetragen worden sei. Die Angestellte sei geschult und zuverlässig und führe, was regelmäßige Kontrollen durch die Prozessbevollmächtigte ergeben hätten, den Kalender seit ihrer Einstellung sorgfältig.

[2] Mit Beschluss vom 14. Dezember 2018 hat das Kammergericht darauf hingewiesen, dass dem Wiedereinsetzungsgesuch nicht stattgegeben werden könne, weil die Klägerin nicht glaubhaft gemacht habe, ohne Verschulden an der Einhaltung der Berufungsbegründungsfrist gehindert gewesen zu sein. Dem Antrag lasse sich nicht entnehmen, warum ihre Prozessbevollmächtigte im Zusammenhang mit der Aktenvorlage zwecks Fertigung der Berufungsschrift nicht die ordnungsgemäße Notierung der Berufungsbegründungsfrist überprüft habe. Mit am 17. Dezember 2018 eingegangenem Schriftsatz hat die Klägerin ihre Berufung begründet. Mit Schriftsatz vom 23. Januar 2019 hat die Klägerin ausgeführt, ihre Prozessbevollmächtigte erfasse Fristen wie die Berufungsbegründungsfrist in ihrem eigenen Kalender. Sie habe darauf vertraut, dass auch ihre Rechtsanwaltsfachangestellte die Frist im Fristenkalender notiert habe. Die Prozessbevollmächtigte habe beabsichtigt, die Berufungsbegründung am Wochenende vom 27./28. Oktober 2018 zu fertigen und sie innerhalb der am Montag, dem 29. Oktober 2018 ablaufenden Frist an das Kammergericht weiterzuleiten. In der Nacht vom 25. auf den 26. Oktober 2018 habe sie sich aber bei einem Sturz einen Wadenbeinbruch rechts zugezogen, weshalb es ihr nicht möglich gewesen sei, am 26. Oktober 2018 im Büro zu erscheinen.

[3] Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Kammergericht den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung wendet sich die Klägerin mit der Rechtsbeschwerde.

#### Aus den Gründen:

[4] 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). Sie ist jedoch nicht zulässig, weil die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt sind. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts nicht zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Insbesondere verletzt der angefochtene Beschluss die Klägerin weder in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) noch in ihrem verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art.

2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip). Der Klägerin wird nicht der Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert.

[5] 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klägerin habe keinen Sachverhalt glaubhaft gemacht, nach dem die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist nicht auf einem Verschulden ihrer Prozessbevollmächtigten beruhe. Soweit die Klägerin geltend mache, ihre Prozessbevollmächtigte habe die Fristenkontrolle ihrer bis dahin stets sorgfältig arbeitenden Rechtsanwaltsfachangestellten übertragen, fehle es an jedem Vortrag, warum die Prozessbevollmächtigte im Zusammenhang mit der Aktenvorlage zwecks Fertigung der Berufungsschrift nicht die ordnungsgemäße Notierung der Berufungsbegründungsfrist überprüft habe. Die weiteren Ausführungen der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 23. Januar 2019 seien nicht berücksichtigungsfähig, weil sie nicht innerhalb der einmonatigen Antragsfrist vorgebracht worden seien (§ 234 Abs. 1 Satz 2, § 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Der Vortrag sei aber auch nicht geeignet, die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zu entschuldigen. Die Klägerin habe nicht dargelegt, dass ihrer Prozessbevollmächtigten die Einschaltung eines Vertreters oder die Beantragung einer Fristverlängerung nicht möglich gewesen sei. Es sei nicht nachvollziehbar, warum die Prozessbevollmächtigte daran gehindert gewesen sei, am Freitag, den 26. Oktober 2018 einen Vertreter zu erreichen, der für sie einen Fristverlängerungsantrag hätte stellen können. Soweit die Klägerin durch den Hinweis, ihre Prozessbevollmächtigte habe am 26. Oktober 2018 nicht im Büro erscheinen können, möglicherweise konkludent zum Ausdruck habe bringen wollen, ihre Prozessbevollmächtigte habe deshalb auch den drohenden Fristablauf nicht bemerken können, übersehe sie, dass es zu den Sorgfaltspflichten ihrer Prozessbevollmächtigten gehört habe, ihre Büroangestellte um Überprüfung der von ihr selbst notierten Fristen zu bitten.

[6] 2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung stand. Das Berufungsgericht hat der Klägerin die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu Recht versagt, weil die Versäumung der Frist zur Begründung der Berufung auf einem Verschulden ihrer Prozessbevollmächtigten beruht, das ihr gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen ist.

[7] a) Die Klägerin hat weder dargetan noch glaubhaft gemacht, dass ihre Prozessbevollmächtigte durch eine ordnungsgemäße Organisation der Fristenkontrolle in ihrer Kanzlei dafür Sorge getragen hat, dass Rechtsmittelfristen nicht versäumt werden.

[8] aa) Die **Sorgfaltspflicht in Fristen** verlangt von einem Rechtsanwalt, alles ihm Zumutbare zu tun, um die Wahrung von Rechtsmittelfristen zu gewährleisten. Dabei kann er die

**Berechnung und Notierung von Fristen** einer gut ausgebildeten, als **zuverlässig erprobten und sorgfältig überwachten Bürokräften** übertragen. Tut er dies, so hat er allerdings durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Fristen zuverlässig festgehalten und kontrolliert werden. Zu den zur Ermöglichung einer **Gegenkontrolle** erforderlichen Vorkehrungen im Rahmen der Fristenkontrolle gehört insbesondere, dass die Rechtsmittelfristen in der Handakte notiert werden und die Handakte durch entsprechende Erledigungsvermerke oder auch in sonstiger Weise erkennen lässt, dass die Fristen in alle geführten Fristenkalender eingetragen worden sind. Wird dem Rechtsanwalt die Sache im Zusammenhang mit einer fristgebundenen Verfahrenshandlung zur Bearbeitung vorgelegt, hat er die Einhaltung seiner Anweisungen zur Berechnung und Notierung laufender Rechtsmittelfristen einschließlich deren Eintragung in den Fristenkalender eigenverantwortlich zu prüfen, wobei er sich grundsätzlich auf die Prüfung der Vermerke in der Handakte beschränken darf. Diese **anwaltliche Prüfungspflicht** besteht auch dann, wenn die Handakte nicht zugleich zur Bearbeitung mit vorgelegt worden ist, so dass der Rechtsanwalt in diesen Fällen die Vorlage der Handakte zur Fristenkontrolle zu veranlassen hat (vgl. Senatsbeschluss vom 23. Juni 2020 - VI ZB 63/19, z.V.b.; BGH, Beschluss vom 9. Juli 2014 - XII ZB 709/13, NJW 2014, 3102 Rn. 12 mwN).

[9] bb) Die nach dieser Rechtsprechung geforderten Sorgfaltspflichten hat die Prozessbevollmächtigte der Klägerin nicht erfüllt. Hätte sie bei Vorlage der Handakte zur Fertigung der am 27. September 2018 bei Gericht eingegangenen Berufungsschrift geprüft, ob die Berufungsbegründungsfrist richtig notiert worden ist, so hätte ihr auffallen müssen, dass die Frist zur Berufungsbegründung nicht eingetragen worden war.

[10] b) Die Nichteinhaltung der unter a) dargestellten Sorgfaltspflichten ist entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht deshalb bedeutungslos, weil die Prozessbevollmächtigte der Klägerin - wie letztere mit Schriftsatz vom 23. Januar 2019 geltend gemacht hat - die Fristen selbst in ihrem Kalender notierte und überwachte. Dabei kann offenbleiben, ob dieser erst nach Ablauf der Wiedereinsetzungsfrist (§ 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO) gehaltene Vortrag prozessual berücksichtigungsfähig ist. Denn ihm lässt sich bereits nicht entnehmen, dass die Prozessbevollmächtigte der Klägerin an der Versäumung der Frist zur Begründung der Berufung kein Verschulden trifft.

[11] aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss ein **Rechtsanwalt** allgemeine **vorausschauende Vorkehrungen** dafür treffen, dass das zur Wahrung von Fristen Erforderliche auch dann unternommen wird, **wenn er unvorhergesehen ausfällt**; er muss seinem Personal die not-

wendigen allgemeinen Anweisungen für einen solchen Fall geben. Darüber hinaus muss der Rechtsanwalt, wenn er unvorhergesehen krank wird, alles zur Fristwahrung unternehmen, was ihm in der konkreten Situation möglich und zumutbar ist. Die höchstrichterliche Rechtsprechung sieht mithin **differenzierte Anforderungen einerseits für allgemeine vorausschauende Vorkehrungen für den Krankheitsfall und andererseits für konkrete Maßnahmen im bereits eingetretenen Krankheitsfall** vor. Dabei sollen die allgemeinen Vorkehrungen und die konkreten Maßnahmen im Verhinderungsfall ineinandergreifen (vgl. Senatsbeschluss vom 16. April 2019 - VI ZB 44/18, NJW-RR 2019, 1207 Rn. 11; BGH, Beschluss vom 28. Mai 2020 - IX ZB 8/18, z.V.b., Rn. 10 ff. mwN).

[12] bb) Die Klägerin hat nicht dargetan und glaubhaft gemacht, dass ihre Prozessbevollmächtigte diesen Sorgfaltsanforderungen genügt hat.

[13] (1) Dem Vorbringen der Klägerin ist bereits nicht zu entnehmen, dass ihre Prozessbevollmächtigte die gebotenen allgemeinen Vorkehrungen für einen unvorhergesehenen Krankheitsfall getroffen hätte. Sah die Prozessbevollmächtigte davon ab, die Einhaltung ihrer Anweisungen zur Berechnung und Notierung laufender Rechtsmittelfristen im Zusammenhang mit einer fristgebundenen Verfahrenshandlung wie unter a) dargestellt eigenverantwortlich zu überprüfen, und übernahm sie stattdessen selbst die Fristenkontrolle, so hätte sie ihre Büroangestellte im Vorfeld allgemein anweisen müssen, auch den von ihr selbst geführten Fristenkalender zu kontrollieren und sie auf einen drohenden Fristablauf hinzuweisen, sollte sie unvorhergesehen ausfallen.

[14] (2) Abgesehen davon fehlt es an ausreichenden Darlegungen zu den von der Prozessbevollmächtigten der Klägerin in dem dann eingetretenen Krankheitsfall getroffenen Maßnahmen. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist es nicht erkennbar, warum die Prozessbevollmächtigte nicht in der Lage war, ihre Rechtsanwaltsfachangestellte am Freitag, dem 26. Oktober, oder am Montag, dem 29. Oktober 2018, telefonisch zu kontaktieren und um Überprüfung der von ihr in ihrem eigenen Fristenkalender notierten Fristen zu bitten sowie gegebenenfalls auf einen Fristverlängerungsantrag durch ihren Vertreter hinzuwirken. Der Hinweis darauf, dass sie wegen des Wadenbeinbruchs in der Nacht vom 25. auf den 26. Oktober 2018 nicht mehr gehfähig war, ärztlicher Versorgung bedurfte und am 27. Oktober 2018 stationär im Krankenhaus aufgenommen wurde, genügt nicht, um die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit eines solchen Vorgehens darzutun.

[15] cc) Der Verstoß gegen die unter bb) dargestellten Sorgfaltsanforderungen war auch kausal für die Fristversäumung. Hätte die Prozessbevollmächtigte der Klägerin in der geschil- derten Weise auf einen Fristverlängerungsantrag hingewirkt,

so hätte sie die Berufungsbegründungsfrist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge bei ansonsten pflichtgemäßem Verhalten gewahrt. Es handelte sich um die erste Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist (vgl. § 520 Abs. 2 Satz 3 ZPO).

## Wiedereinsetzung

- Wiedereinsetzung
- Fristverlängerung
- Beschwerdebegründungsfrist
- Nichteinholung der Zustimmung des Gegners  
(BGH, Beschl. v. 25.8.2021 – XII ZB 172/20)

### Leitsätze

1. Holt der Verfahrensbevollmächtigte eines Beteiligten einer Familienstreitsache bei Stellung eines Antrags auf Verlängerung der Beschwerdebegründungsfrist über einen Monat hinaus nicht die erforderliche Zustimmung des Gegners ein, so beruht die anschließende Fristversäumung auf seinem Verschulden (im Anschluss an BGH Beschluss vom 4. März 2004 - IX ZB 121/03, FamRZ 2004, 867).
2. Bei einem nicht sämtliche gesetzlichen Voraussetzungen der Fristverlängerung enthaltenden Antrag besteht grundsätzlich auch keine gerichtliche Hinweispflicht (im Anschluss an BGH Beschluss vom 22. März 2005 - XI ZB 36/04, FamRZ 2005, 1082).

### Zum Sachverhalt:

[1] Die Beteiligten sind geschiedene Ehegatten. Sie streiten in der vom Scheidungsverbund abgetrennten Folgesache noch über den Zugewinnausgleich.

[2] Das Amtsgericht hat den Antragsgegner mit Beschluss vom 30. Oktober 2019 zur Zahlung eines Zugewinnausgleichs von 237.737,02 € verpflichtet. Gegen den dem Antragsgegner am 5. November 2019 zugestellten Beschluss hat dieser rechtzeitig Beschwerde eingelegt. Auf entsprechenden Antrag hat die Senatsvorsitzende die Beschwerdebegründungsfrist um einen Monat bis zum 5. Februar 2020 verlängert. Die mit Schriftsatz vom 4. Februar 2020 beantragte erneute Fristverlängerung (bis zum 28. Februar 2020) hat die Senatsvorsitzende wegen fehlender Zustimmung der Antragstellerin als Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.

[3] Der Antragsgegner hat die Ansicht vertreten, die Zurückweisung des zweiten Fristverlängerungsantrags sei rechtswidrig gewesen, weil es nur einer Anhörung, nicht aber einer Zustimmung des Beschwerdegegners bedürfe. Er hat die

Beschwerde mit am 25. Februar 2020 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

[4] Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde wegen Versäumung der Beschwerdebegründungsfrist verworfen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners.

### Aus den Gründen:

[5] Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 117 Abs. 1 Satz 4 FamFG, §§ 522 Abs. 1 Satz 4, 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO statthaft. Sie ist jedoch nach § 574 Abs. 2 ZPO unzulässig und deshalb zu verwerfen.

[6] Ein Zulassungsgrund nach § 574 Abs. 2 ZPO wird von der Rechtsbeschwerde nicht dargelegt und ist auch sonst nicht ersichtlich. Die Begründung des Oberlandesgerichts entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

[7] 1. Dies gilt zunächst hinsichtlich der vom Oberlandesgericht zutreffend angenommenen Versäumung der Beschwerdebegründungsfrist. Diese richtete sich in der vorliegenden Familienstreitsache (§ 112 Nr. 2 FamFG) nach § 117 Abs. 1 Satz 3 FamFG. Die Frist betrug danach zwei Monate, beginnend mit der schriftlichen Bekanntgabe am 5. November 2019, und ist von der Senatsvorsitzenden des Oberlandesgerichts bis zum 5. Februar 2020 verlängert worden. Die bereits verlängerte Frist konnte durch die erst am 25. Februar 2020 eingegangene Beschwerdebegründung nicht mehr gewahrt werden. Die Rechtsbeschwerde stellt dies nicht in Frage.

[8] 2. Auch im Hinblick auf eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 113 Abs. 1 FamFG, § 233 ZPO liegt ein Zulassungsgrund nicht vor.

[9] Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde war dem Antragsgegner keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Das gilt unabhängig davon, dass der Antragsgegner diesbezüglich keinen ausdrücklichen Antrag gestellt hat und für eine Wiedereinsetzung von Amts wegen nach § 236 Abs. 2 Satz 2 ZPO keine hinreichende Grundlage bestand. Denn die Versäumung der Beschwerdebegründungsfrist war jedenfalls nicht unverschuldet. Der Antragsgegner muss sich das Verschulden seines Verfahrensbevollmächtigten zu rechnen lassen (§ 113 Abs. 1 FamFG, § 85 Abs. 2 ZPO).

[10] a) Da gemäß § 117 Abs. 1 Satz 4 FamFG, § 520 Abs. 2 Satz 2 und 3 ZPO eine Verlängerung der Beschwerdebegründungsfrist über einen Monat hinaus ohne **Einwilligung des Gegners** nicht zulässig ist, **hätte der Verfahrensbevollmächtigte des Antragsgegners grundsätzlich nur dann eine weitere Verlängerung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwarten dürfen, wenn er darauf vertrauen durfte, der Gegner werde eine erbetene Zustimmung vor Ablauf der Frist erteilen** (vgl.

BGH Beschluss vom 4. März 2004 - IX ZB 121/03 - FamRZ 2004, 867).

[11] Im vorliegenden Fall bestand für ein entsprechendes Vertrauen keine Grundlage. **Der Verfahrensbevollmächtigte des Antragsgegners hat bis zur Einreichung des zweiten Fristverlängerungsantrags nicht um eine Zustimmung der Antragstellerin nachgesucht, sondern dies erst am 6. Februar 2020, mithin nach Fristablauf, nachgeholt.** In seinem Schriftsatz vom 24. Februar 2020 hat er zudem rechtsirrig die Auffassung vertreten, dass § 225 Abs. 2 ZPO anwendbar und eine Zustimmung nicht erforderlich sei.

[12] Selbst wenn man in diesem Schriftsatz, wie von der Rechtsbeschwerde vertreten, einen konkludenten Antrag auf Wiedereinsetzung erblicken würde, wäre damit jedenfalls nicht glaubhaft gemacht worden, dass die Fristversäumung unverschuldet war. **Da der Verfahrensbevollmächtigte sich darin allein auf ein Vertrauen in eine Fristverlängerung ohne Zustimmung der Antragsgegnerin gemäß § 225 Abs. 2 ZPO berufen hat, unterlag er vielmehr einem vermeidbaren Rechtsirrtum.**

[13] b) Auf einen - von der Rechtsbeschwerde geltend gemachten - Verstoß des Gerichts gegen eine Hinweispflicht hat sich der Antragsgegner weder im Schriftsatz vom 24. Februar 2020 noch in der Beschwerdebegründung vom 25. Februar 2020 berufen. Zur erforderlichen Glaubhaftmachung gehört hingegen, dass die Partei vorträgt, wie sie sich auf einen entsprechenden Hinweis des Gerichts verhalten hätte. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass die Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts den Verfahrensbevollmächtigten darum gebeten hat, eine Zustimmung der Gegenseite vorzulegen, ohne dass er dieses rechtzeitig nachgeholt hat.

[14] Überdies traf das Oberlandesgericht entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde auch **keine Hinweispflicht hinsichtlich des Zustimmungserfordernisses für eine über einen Monat hinausgehende Verlängerung der Beschwerdebegründungsfrist** (vgl. BGH Beschluss vom 22. März 2005 - XI ZB 36/04 - FamRZ 2005, 1082, 1083). Es bestand schon keine zweifelhafte Rechtslage, vielmehr handelt es sich bei § 117 Abs. 1 Satz 4 FamFG, § 520 Abs. 2 Satz 3 ZPO um geläufige Normen des Beschwerdeverfahrens in Familienstreitsachen, deren Anwendung im vorliegenden Fall keine Zweifelsfragen aufwirft. **Über die Voraussetzungen der Verlängerung der Beschwerdebegründungsfrist musste der Verfahrensbevollmächtigte des Antragsgegners sich deshalb in eigener Verantwortung informieren.**

[15] Aufgrund des dem Antragsgegner zuzurechnenden Verschuldens seines Verfahrensbevollmächtigten kam somit eine

Wiedereinsetzung in die versäumte Beschwerdebegründungsfrist nicht in Betracht.

## Versicherungsschutz

- Wechsel des Versicherers
- Eintrittspflicht des Versicherers
- Pflichtverletzung/Verstoß des Rechtsanwalts
- Klage und anschließende Berufung
- Gleiche Fehleinschätzung?
- Kausalkette?

(*OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.4.2022 – 4 U 22/21*)

### Leitsätze (der Redaktion)

1. Die Eintrittspflicht des Versicherers bezieht sich auf alle adäquat verursachten Folgen einer Pflichtverletzung. Eine Kausalkette der Klageerhebung zur Berufungseinlegung wird unterbrochen, wenn der Rechtsanwalt in der 2. Instanz auf Grund einer von seiner ursprünglichen Fehleinschätzung losgelösten Prüfung tätig wird.
2. Die Serienschadenklausel ist eine Risikobegrenzungsklausel zugunsten des Versicherers. Sie beschränkt sich auf die von ihm zur Verfügung zu stellende maximale Versicherungssumme. Eine Regelung zum Zeitpunkt des Eintritts des Serienschadens ist damit nicht verbunden.

### Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger nimmt die Beklagte auf der Grundlage eines Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungsvertrages auf Erstattung der zur Begleichung einer gegen ihn titulierten Schadenersatzforderung entrichteten Beträge in Anspruch.

[2] 1. Der Kläger unterhielt bei der Beklagten in der Zeit vom 1. April 1990 bis zum 31. März 2013 zur Absicherung seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, Versicherungsscheinnummer HV 6504585.0-111.

[3] Dem Versicherungsvertrag lagen die Allgemeinen Versicherungsbedingungen sowie Risikobeschreibung für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Rechtsanwälten und Patentanwälten (AVB-F), F 2009, Stand 1. Oktober 2011 (nachfolgend: AVB-F) zugrunde, die unter anderem folgende Regelungen vorsahen:

[4] „Teil 1 Allgemeine Versicherungsbedingungen

A. Der Versicherungsschutz

1. Gegenstand der Versicherung

## 1.1 Versicherungsschutz für Vermögensschäden

1.1.1. Der Versicherer gewährt dem Versicherungsnehmer Versicherungsschutz (Deckung) für den Fall, dass er wegen eines bei der Ausübung beruflicher Tätigkeit - von ihm selbst oder einer Person, für die er einzutreten hat - begangenen Verstoßes von einem anderen aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird.

(...)

2. Vorwärts- und Rückwärtsversicherung, Haftung durch Unterlassen

### 2.1 Vorwärtsversicherung

Die Vorwärtsversicherung umfasst die Folgen aller vom Beginn des Versicherungsvertrages bis zum Ablauf des Vertrages vorkommenden Verstöße.

(...)

3. Beginn des Versicherungsschutzes, Umfang des Versicherungsschutzes, Leistungseinschränkungen

### 3.1 Beginn des Versicherungsschutzes

(...)

### 3.2 Umfang des Versicherungsschutzes

3.2.1 Der Versicherungsschutz umfasst sowohl die Abwehr unbegründeter als auch die Befriedigung begründeter Schadenersatzansprüche und die Freistellung des Versicherungsnehmers von berechtigten Schadenersatzverpflichtungen.

(...)

### 3.3 Leistungseinschränkungen

#### 3.3.1 Jahreshöchstleistung, Serienschaden

Die Versicherungssumme stellt den Höchstbetrag der dem Versicherer - abgesehen vom Kostenpunkt (siehe Ziffer 3.3.5) - in jedem einzelnen Schadenfall obliegenden Leistung dar, und zwar mit der Maßgabe, dass nur eine einmalige Leistung der Versicherungssumme in Frage kommt,

a) gegenüber mehreren entschädigungspflichtigen Personen, auf welche sich der Versicherungsschutz erstreckt;

b) bezüglich eines aus mehreren Verstößen fließenden einheitlichen Schadens;

c) bezüglich sämtlicher Pflichtverletzungen bei Erledigung eines einheitlichen Auftrags, mögen diese auf dem Verschulden des Versicherungsnehmers oder einer von ihm herangezogenen Hilfsperson beruhen.

(...)

## B. Der Versicherungsfall, Obliegenheitsverletzungen

5. Versicherungsfall, Schadenanzeige, weitere Behandlung des Schadenfalls, Zahlung des Versicherers

### 5.1 Versicherungsfall

Versicherungsfall im Sinne dieses Vertrages ist der Verstoß, der Haftpflichtansprüche gegen den Versicherungsnehmer zur Folge haben könnte.“

Auf den weiteren Inhalt der maßgeblichen Versicherungsbedingungen wird ebenso Bezug genommen wie auf den Inhalt des am 20. Februar 1990 ausgefertigten Versicherungsscheins.

[5] 2. Seit dem 1. April 2013 ist der Kläger bei der AG vermögensschadenhaftpflichtversichert. Insoweit wird auf den am 6. März 2013 ausgestellten Versicherungsschein, Versicherungsnummer, und die dem Versicherungsvertrag zugrundeliegenden Allgemeinen und Besonderen Versicherungsbedingungen sowie Risikobeschreibungen zur Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer, Steuerberater, Rechtsanwälte und Patentanwälte (AVB-WSR), VH 558:07, Bezug genommen.

[6] 3. Der Kläger wurde in einem bei dem Landgericht Darmstadt unter dem Aktenzeichen 1 O 139/16 geführten Rechtsstreit von seinem früheren Mandanten Dr. P unter anderem wegen der fehlerhaften Führung eines aussichtslosen Rechtsstreits vor dem Landgericht Chemnitz, Az. 2 O 566/11, sowie nachfolgend vor dem Oberlandesgericht Dresden, Az. 14 U 708/14, auf Zahlung von Schadenersatz in Höhe von € 122.142,13 in Anspruch genommen.

[7] Dr. P hatte den Kläger mit der Geltendmachung einer Schadenersatzforderung gegen seinen früheren Rechtsanwalt P in Höhe von € 1.934.624,10 beauftragt. Er betrachtete sich als Opfer eines Parteiverrats und erteilte dem Kläger eine Anwalts- und Prozessvollmacht, die sich auch auf die Berufungsinstanz erstreckte.

[8] Rechtsanwalt P meldete Insolvenz an.

[9] Mit Urteil vom 26. März 2014, Az. 2 O 566/11 wies das Landgericht Chemnitz die Klage des vom Kläger anwaltlich vertretenen Dr. P gegen die Insolvenzverwalterin über das Vermögen des P ab. Eine Ausfertigung des Urteilstenors nebst Protokoll wurde dem Kläger mit gerichtlichem Schreiben vom 31. März 2014 übersandt.

[10] Die vom Kläger namens des Mandanten mit Schriftsatz vom 5. Mai 2014 - nach von der Beklagten mit Nichtwissen bestrittenem Vortrag des Klägers in Unkenntnis der Gründe des landgerichtlichen Urteils und unstreitig ohne Rücksprache mit seinem Mandanten - eingelegte Berufung wurde mit Schriftsatz des Rechtsanwalts K vom 3. Juni 2015 zurückgenommen, nachdem das Oberlandesgericht Dresden den Antrag des Dr. P auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe mit begründetem Beschluss vom 19. Mai 2015, Az. 14 U 708/14, zurückgewiesen hatte.

[11] Der Kläger hatte sein Mandat Ende Januar 2015 niedergelegt; insoweit wird auf seine Email vom 31. Januar 2015 Bezug genommen.

[12] Das Landgericht Darmstadt verurteilte den Kläger mit am 3. April 2017 verkündetem Urteil unter Abweisung der Klage im Übrigen unter anderem zur Zahlung von €98.937,13 nebst Zinsen und stellte fest, dass der Kläger auf sämtliche weitere Schäden haftet, die seinem früheren Mandanten durch die fehlerhafte Führung des Rechtsstreits Dr./J. G u.a. (LG Chemnitz, 2 O 566/11, und OLG Dresden, Az. 14 U 708/14) noch entstehen.

[13] In dem Urteil heißt es unter anderem wörtlich:

[14] „2. Der Beklagte haftet dem Kläger dem Grunde nach auf Schadenersatz aus § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Anwaltsvertrag wegen seiner im Verfahren vor dem LG Chemnitz und dem OLG Dresden fehlerhaften Prozessführung.

[15] In der Tat war der Rechtsstreit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen von RA P gemäß § 240 ZPO unterbrochen. Zu diesem Zeitpunkt befand sich die Sache noch im Mahnverfahren und war noch nicht zur Durchführung der streitigen Verhandlung abgegeben worden. Die Forderungen des Klägers gegen RA P waren einfache Insolvenzforderungen. Diese hätte der Beklagte für den Kläger schlicht zur Insolvenztabelle anmelden müssen, § 87 InsO. (...) Wirksam aufgenommen hat den Rechtsstreit (...) der Beklagte. Dies war jedoch ersichtlich sinnlos. Ebenfalls nicht nachzuvollziehen ist, dass der Beklagte dann wegen der Insolvenzforderungen die Klage gegen die Insolvenzverwalterin persönlich (und nicht als Partei kraft Amtes bzw. als Insolvenzverwalterin über das Vermögen des Herrn Rechtsanwalts P) umgestellt hat. Dies sind bereits zwei eklatante Pflichtverletzungen des

Beklagten.

[16] Die Insolvenzverwalterin selbst haftet ersichtlich nicht. Die Klage auf Feststellung zur Tabelle war ebenfalls aussichtslos: Zwar hatte der Beklagte die Forderung auch zur Tabelle angemeldet, aber erst nach Ablauf der Anmeldefrist am 20.03.2010. Das bedeutet, dass erst in einem nachträglichen Prüftermin geklärt wird, ob der Insolvenzverwalter die Forderung anerkenne oder bestreitet. Nur im Falle des Bestreitens der Forderung ist ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage auf Feststellung zur Tabelle gegeben, §§ 179 ff. InsO. Bis zum Schluss der hiesigen mündlichen Verhandlung gab es einen solchen Prüftermin aber nicht. Gleiches gilt für den Antrag auf Feststellung der „Deliktseigenschaft“. Der Hilfsantrag auf Aussonderung war schon deswegen von vorne herein aussichtslos, weil es sich ja gerade um vorsätzliche Taten handeln sollte, was bedeutet hätte, dass die Haftpflichtversicherung nicht einzustehen hat. Außerdem besteht ein Direktanspruch des Geschädigten gegen die Haftpflichtversicherung, § 115 WG. Der hilfsweise Antrag auf Aussonderung macht auch deshalb keinen Sinn.

[17] Die Einzelrichterin hat in der Folge auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie die Klage nicht für erfolgversprechend hält. Hier hätte der Beklagte die Möglichkeit gehabt, die Klage zurückzunehmen, zur Geringhaltung der Gerichtskosten. Dies hat er nicht getan. Folgerichtig wurde die Klage durch streitiges Urteil abgewiesen und die volle Kostentragungslast (inklusive der Kosten für zwei Streithelfer) dem Kläger auferlegt.

[18] Danach legte der Beklagte für den Kläger sinnwidrig Berufung gegen das klageabweisende Urteil ein und begründete dieses auch noch. Damit waren die Gebühren in der Berufungsinstanz bereits entstanden.

[19] Wenn der Beklagte hier meint, das Urteil in erster Instanz sei offensichtlich rechtsfehlerhaft, weil der Rechtsstreit gemäß § 240 ZPO unterbrochen war und das Urteil deswegen nicht hätte ergehen dürfen, so ist dies unzutreffend: Der Beklagte selbst hatte den Rechtsstreit doch wirksam gemäß §§ 86 Abs. 1, 179 Abs. 1 InsO, § 240 ZPO aufgenommen und damit die Unterbrechungswirkung selbst beendet. Aus welchem Grund dann in der Berufungsinstanz noch ein Grund vorgelegen haben könnte, den Rechtsstreit wegen des Insolvenzverfahrens auszusetzen, erschließt sich der Kammer hier nicht. Im Übrigen wäre auch im Falle einer Aussetzung des Verfahrens irgendwann der Zeitpunkt gekommen, an dem die Akte ausgetragen wird (in der Regel nach 6 Monaten) und die Sache gegenüber der vorschusspflichtigen Partei - das war hier der Kläger - abgerechnet wird.

[20] Die Berufung mit dem Begehren festzustellen, der Rechtsstreit sei gemäß § 240 ZPO unterbrochen, war deswegen ebenfalls von vornherein aussichtslos.

[21] (...) Der Rechtsanwalt hat die Führung eines aussichtslosen Prozesses oder die Einlegung eines gänzlich unzulässigen oder sachlich aussichtslosen Rechtsmittels abzulehnen, selbst wenn der Mandant ihn umso etwas bittet (...).

[22] (...) Sämtliche Gebührentatbestände waren mit der Einreichung der Berufungsbegründung durch den Beklagten bereits entstanden. Da die Berufung von vorne herein aussichtslos gewesen ist, änderte auch die Rücknahme der Berufung nichts an der Kostenfolge zu Lasten des Klägers. Allein für die Frage, wann (und nicht ob) die Kosten gegenüber dem Kläger abgerechnet werden spielte die Rücknahme der Berufung eine Rolle. Auf die Gerichtsgebühren hatte die Rücknahme der Berufung sogar noch eine günstige Auswirkung. (...)

[23] (...).

[24] 5. Aus den dargelegten Erwägungen ist auch der Feststellungsantrag begründet. Das Feststellungsinteresse ist deswegen gegeben, weil die Insolvenzverwalterin und die beiden Streithelfer vor dem OLG Dresden nach der Rücknahme der Berufung noch keine Kostenanträge gestellt haben."

[25] Auf den Hinweis des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main im Beschluss vom 7. November 2018, Az. 13 U 128/17, nahm der hiesige Kläger seine gegen das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 3. April 2017 eingelegte Berufung mit Schriftsatz vom 27. Dezember 2018 zurück.

[26] 4. Der Kläger meldete den Versicherungsfall der Beklagten ebenso wie der Versicherung AG am 2. Februar 2015.

[27] Die Versicherung AG teilte dem Kläger per Email vom 18. Januar 2017 wörtlich mit:

[28] „Wir gehen davon aus, dass wir zeitlich nicht betroffen sind. Zur Erläuterung verweisen wir auf BGH NJW 2011, 1594 betr. Verjährung gem. § 51b BRAO a. F. Nach dieser Entscheidung ist von keiner neuen Pflichtverletzung auszugehen, wenn der Rechtsanwalt bei einer aussichtslosen Klage gegen ein klageweisendes Urteil Berufung einlegt. Die Berufungseinlegung ist haftungs- und damit auch versicherungsrechtlich (Bindungswirkung) nur eine unselbständige Pflichtverletzung, denn sie beruht auf der ursprünglichen rechtlichen Fehleinschätzung.“

[29] Im an die Versicherung AG gerichteten Schreiben der Beklagten vom 19. Januar 2017 heißt es demgegenüber wörtlich:

[30] „der in Ihrer o.g. Mail vertretenen Auffassung können wir uns nicht anschließen.“

[31] Die ursprüngliche Entscheidung der Klageerhebung wird nicht einfach fortgesetzt. Vielmehr erfolgt eine neue Prüfung und Entscheidung seitens des Versicherungsnehmers, wenn dieser die Berufung einlegt.

[32] Damit stellt selbstverständlich die - wie vorliegend - fehlerhaft getroffene Entscheidung, gegen ein Urteil Berufung einzulegen, eine neue Pflichtverletzung dar. Denn der VN muss zuvor gesondert prüfen, ob es hinreichend Argumente gibt, die das Gericht veranlassen, von seiner bisherigen Auffassung abzuweichen. Dazu müssen sämtliche Schriftsätze unter Hinzuziehung des erstinstanzlichen Urteils auf etwaige Fehler bzw. Erfolgsaussichten erneut bewertet werden.

[33] Es erfolgt mithin eine neue, allumfassende Prüfung, die gegenüber dem Mandanten auch eine erneute Beratung hinsichtlich des Prozessrisikos und des damit verbundenen Kostenrisikos nach sich zieht."

[34] In einem weiteren, an den Kläger persönlich gerichteten Schreiben vom 22. März 2017 hielt die Beklagte an der von ihr zuvor geäußerten Rechtsauffassung fest und führte wörtlich aus:

[35] „Wir halten nach wie vor an unserer Auffassung fest, dass hier von 2 Verstößen auszugehen ist. Ein neuer Verstoß erfolgte in der Entscheidung, gegen das Urteil Berufung einzulegen und die Anträge auf ein Feststellungsbegehren zu ändern.“

(...)

[36] Wir können daher nur für die innerhalb des bei uns versicherten Zeitraumes 1.4.90 bis 1.4.2013 begangenen Verstöße im bedingungsgemäßen Umfang Versicherungsschutz bestätigen.“

[37] Per Email vom 10. Juli 2017 erklärte die Beklagte gegenüber dem Kläger, die in ihren Versicherungszeitraum fallenden ausgeurteilten erstinstanzlichen Kosten in Höhe von (€ 17.265,00 + € 18.481,40 + €23.050,74 + €22.267,99 =) €81.065,13 nebst Zinsen nach erfolgter Sicherheitsleistung bedingungsgemäß zu regulieren.

[38] 5. Am 11. Januar 2019 zahlte die Beklagte € 85.796,83 auf das ihr vom Prozessbevollmächtigten des früheren Mandanten des Klägers benannte Konto.

[39] Am 14. Januar 2019 zahlte der Kläger an den Prozessbevollmächtigten seines früheren Mandanten auf die titulierten Forderungen aus dem Urteil des Landgerichts Darmstadt zwei

Teilbeträge in Höhe von € 15.000,00 und € 11.618,77.

[40] Der Kläger hat die Auffassung vertreten, für die Feststellung des relevanten Verstoßes und damit einhergehend für die Eintrittspflicht des Versicherers sei grundsätzlich auf den ersten Verstoß abzustellen, der in gerader Linie zum Schaden führe. Es sei falsch, hier zwei Verstöße - nämlich die Erhebung der aussichtslosen Klage und die Berufung gegen das klageabweisende Urteil - anzunehmen. Die Einlegung der Berufung gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts Chemnitz stelle keinen neuen Verstoß, sondern lediglich ein auf der ursprünglichen rechtlichen Fehleinschätzung beruhendes weiteres Tun bzw. Versäumnis dar, das keine erneute Pflichtverletzung und damit keinen versicherungsrechtlichen Verstoß mit einem separaten Teilschaden begründe. Insoweit sei die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Ersatz von Kostenschäden im Falle fehlerhafter Prozessführung eindeutig. Bei einer Fehleinschätzung des Klageanspruchs durch den Anwalt bildeten die Kosten der ersten und der zweiten Instanz einen einheitlichen Schaden. Aufgrund des im Haftpflichtversicherungssystem geltenden Trennungsprinzips sei die höchstrichterliche Haftungsrechtsprechung auch bei der Feststellung der versicherungsvertraglichen Einstandspflicht der Beklagten für den Kostenschaden der ersten und zweiten Instanz zugrunde zu legen. Wenn der Versicherungsfall das Berufsversehen sei und die Haftungsrechtsprechung bei einer mehrfachen Fehleinschätzung des Anwalts in der ersten und zweiten Instanz zu einem einheitlichen Schaden und einem einheitlichen Verjährungsbeginn des Ersatzanspruches komme, so könne der verständige Versicherungsnehmer das nur so verstehen, dass auch hinsichtlich seiner Berufshaftpflichtversicherung gleiches gelte. Dieses Prüfungsergebnis ergebe sich auch aus § 3 Abs. 3 Nr. 2.1 lit. c) AVB und § 51 Abs. 2 2. Halbs. BRAO. Die Serienschadenklausel verklammere den Versicherungsschutz, wenn innerhalb eines einheitlichen Auftrags verschiedene Pflichtverletzungen begangen würden. Im Falle eines Serienschadens stelle der Versicherer nur einmal pro Auftrag seine Versicherungssumme zur Verfügung. Erteile eine Person einen Auftrag, bei dessen Erledigung mehrere Pflichtverletzungen begangen würden, müsse festgestellt werden, ob sie einen zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhang hätten und damit Teil eines einheitlichen Auftrags seien. Nicht jede abrechnungsfähige Detailarbeit sei Gegenstand eines gesonderten Auftrags. In der Serienschadenklausel würden mehrere Versicherungsfälle/Verstöße zu einem Versicherungsfall zusammengefasst, um Streit unter den Versicherern über zeitliche Zuständigkeiten, Deckungssummen, Selbstbeteiligung und ähnliches zu vermeiden.

[41] Der Kläger hat erstinstanzlich ursprünglich beantragt,

[42] festzustellen, dass die Beklagte aus dem Versicherungsvertrag mit ihm, Versicherungsscheinnummer HV 6504585.0-

111, abgeschlossen am 01.04.1991, wegen der von Herrn Dr., geltend gemachten Haftpflichtforderung wegen fehlerhafter Prozessführung in dem Rechtsstreit P. / J. Pr, LG Chemnitz 2 O 566/11/OLG Dresden 14 U 708/14 Versicherungsschutz zu gewähren hat.

[43] Nachdem der Kläger an den Prozessbevollmächtigten seines früheren Mandanten auf die titulierten Forderungen aus dem Urteil des Landgerichts Darmstadt am 14. Januar 2019 zwei Teilbeträge in Höhe von € 15.000,00 und € 11.618,77 gezahlt hatte, hat er beantragt,

[44] 1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn € 26.618,77 nebst 5%-Punkten üBZ seit dem 14.01.2019 zu zahlen,

[45] 2. festzustellen, dass die Beklagte aus dem Versicherungsvertrag mit ihm, Versicherungsscheinnummer HV 6504585.0-111, abgeschlossen am 01.04.1991, wegen der von Herrn Dr., geltend gemachten Haftpflichtforderung wegen fehlerhafter Prozessführung, Kostenschaden Dr. K., LG Chemnitz, 2 O 566/11 in Höhe von € 14.716,35 und AG Konstanz, 42 IN 64/15 über € 21.595,58, Versicherungsschutz zu gewähren hat.

[46] Die Beklagte hat beantragt,

[47] die Klage abzuweisen.

[48] Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, vorliegend sei von zwei verschiedenen Verstößen auszugehen. Die Einlegung der Berufung sei ein selbständiger Versicherungsfall, für den sie zeitlich nicht einzustehen habe. Bei der Prüfung des Verstoßzeitpunktes sei der Versicherer an die Feststellungen im Haftpflichturteil zur haftungsbegründenden Pflichtverletzung gebunden. Der Kläger habe die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Chemnitz sinnwidrig am 5. Mai 2014, also in nicht mehr versicherter Zeit eingelegt. Das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 10. Mai 2012, Az. IX ZR 125710, sei nicht einschlägig; der Kostenschaden sei nur verjährungsrechtlich als einheitliches Ganzes zu betrachten, die Frage nach dem deckungsrechtlichen Verständnis des Verstoßes sei anders zu beantworten. Damit der in der Einlegung der Berufung liegende (zweite) Verstoß überhaupt zu einem Serienschaden verklammert werden könne, müsse auch der zweite Verstoß zu einem Zeitpunkt begangen worden sein, zu dem der Versicherungsvertrag noch fortbestanden habe. Die streitgegenständliche Serienschadenklausel sei nicht geeignet, mehrere Ansprüche zu einem einheitlichen Versicherungsfall zusammenzuziehen. Schließlich habe sie den Sinn, die Leistungspflicht des Versicherers einzuschränken, nicht hingegen, sie auszuweiten. Zudem liege auch schon kein „einheitlicher Auftrag“ vor. Würden verschiedenen Arbeiten abgerechnet, sei bereits dies ein Anhaltspunkt für eigenständige Aufträge. Der einheitliche Auftrag setze einen entsprechenden Zusammenhang voraus, der

fehle, wenn neue Aufträge erteilt würden und sich der Fehler dabei wiederhole.

**[49]** Das Landgericht hat die Akte des Landgerichts Darmstadt, Az. 1 O 139/16, beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht.

**[50]** Mit Urteil vom 18. Dezember 2020 hat das Landgericht Düsseldorf die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dem Kläger stehe über die bereits erteilten Eintrittserklärungen der Beklagten hinaus kein Anspruch auf Deckungsschutz aus dem Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungsvertrag gegen die Beklagte zu. Die Voraussetzungen für den Deckungsschutz nach den maßgeblichen AVB F 2009 Stand 01.10.2011 lägen nicht vor. Unstreitig stelle die vom Kläger im Verfahren vor dem Landgericht Chemnitz, Az. 2 O 566/11, gefertigte Anspruchsbegründung mit Klageänderung und -erweiterung eine Verletzung anwaltlicher Pflichten unter anderem deshalb dar, weil der Kläger damit das bis zu diesem Zeitpunkt gemäß § 240 ZPO unterbrochene Verfahren für den Mandanten wirksam im Sinne von § 240 Abs. 1 S. 1 2. Hs. ZPO aufgenommen habe. Bei der Einlegung der Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Chemnitz handele es sich um einen weiteren Verstoß und damit um einen weiteren Versicherungsfall, für den die Beklagte nicht eintrittspflichtig sei, weil dieser nicht im versicherten Zeitraum liege (sogenannte Nachvertraglichkeit). Dies folge bereits aus den bindenden Feststellungen im Urteil des Landgerichts Darmstadt im Haftpflichtverfahren, dort insbesondere im vierten Absatz auf Seite 10 sowie auf Seite 11 oben. Dahinstehen könne, ob der Kläger bei der Berufungseinlegung wiederholt oder erneut die insolvenzrechtliche Rechtslage verkannt habe. Denn Anknüpfungspunkt der weiteren anwaltlichen Pflichtverletzung sei die Einlegung der Berufung, also ein aktives Tun. Die Berufungseinlegung und -begründung stelle einen eigenständigen Versicherungsfall dar, selbst wenn die Verknennung der insolvenzrechtlichen Rechtslage fortbestanden haben sollte. Der Kläger habe die Sach- und Rechtslage erneut geprüft, als er die Berufung eingelegt und diese damit begründet habe, dass es sich um ein Scheinurteil handele. Insofern handele es sich auch nicht um einen Dauerschaden. Aus der von ihm zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung zum (einheitlichen) Verjährungsbeginn von Kostenschäden aus Anwaltshaftung könne der Kläger nichts für sich herleiten. Denn die Versicherungsbedingungen stellten auf den einzelnen Verstoß ab. Der durchschnittliche, um Verständnis bemühte Versicherungsnehmer werde die Auslegung der maßgeblichen Versicherungsbedingungen nicht anhand von zur Verjährungsthematik bei Anwaltshaftung ergangener Rechtsprechung vornehmen. Er werde auch nicht von einem Gleichklang der Rechtsordnung ausgehen und die AVB nach dem bürgerlichrechtlichen Verständnis auslegen, wenn die AVB - wie hier-einen klaren und

verständlichen Wortlaut mit eigenständiger Beschreibung aufwiesen. Schließlich handele es sich nicht um einen sogenannten Serienschaden. Es fehle an einem einheitlichen Schaden in Bezug auf mehrere Verstöße in den verschiedenen Instanzen. Die Schäden aus den erstinstanzlichen Verstößen seien durch die zweitinstanzlichen Verstöße mit Blick auf weitere Gerichts- und Anwaltskosten abgrenzbar erheblich erweitert und vertieft worden. Auch handele es sich nicht um einen einheitlichen Auftrag im Sinne von Nr. 3.3.1 lit. c) AVB. Die Versicherungsbedingungen enthielten keine Fiktion, dass mehrere Ansprüche zu einem einheitlichen Versicherungsfall zusammengezogen würden. Vielmehr solle mit der Klausel die Leistungspflicht der Beklagten auf die Jahreshöchstleistung eingeschränkt werden.

**[51]** Gegen das ihm am Tag der Verkündung zugestellte Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 18. Dezember 2020 hat der Kläger mit am 18. Januar 2021 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz gleichen Datums Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist mit am 16. März 2021 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz gleichen Datums begründet.

**[52]** Der Kläger wendet ein, die Auffassung des Landgerichts, dass hier wegen der Erhebung der aussichtslosen Klage und der Berufung gegen das klageabweisende Urteil zwei Verstöße vorlägen, sei aus mehreren Gründen falsch. Die Einlegung der Berufung gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts Chemnitz stelle keinen neuen Verstoß, sondern lediglich ein auf der ursprünglichen rechtlichen Fehleinschätzung beruhendes, weiteres Tun dar. Die Durchführung eines Berufungsverfahrens im Anschluss an ein verlorenes Verfahren erster Instanz stelle lediglich ein auf der ursprünglichen rechtlichen Fehleinschätzung beruhendes weiteres Versäumnis dar, das keine erneute Pflichtverletzung und damit keinen versicherungsrechtlichen Verstoß mit einem separaten Teilschaden begründe. Auf die diesbezügliche Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 3. Februar 2011, Az. IX ZR 105/10, sei das Landgericht gar nicht eingegangen. Die haftungsrechtliche Beurteilung des Landgerichts Darmstadt sei versicherungsrechtlich unbeachtlich. Klageerhebung, Klageänderung bzw. -erweiterung und Einlegung der Berufung stellten keine neuen Pflichtverletzungen im versicherungsrechtlichen Sinne dar. Mehrere Pflichtverletzungen bei der Erfüllung eines Auftrags führten auch nicht dazu, dass der Versicherer die Versicherungssumme mehrfach zur Verfügung stellen müsse. Wegen des fehlgeschlagenen Investments und der wirtschaftlich desolaten Situation des Dr. P sei zwischen ihm und seinem Mandanten von Beginn an klar gewesen, dass der Prozess durch die Instanzen gezogen werden müsse. Die Durchsetzung der Klageforderung sei für seinen Mandanten existenznotwendig und der Prozess durch die Instanzen alternativlos gewesen; auf

(Kosten-) Risikoabwägungen sei es nicht angekommen. Deshalb habe sein Mandant eine Anwalts-/Prozessvollmacht erteilt, die - wie üblich - auch die Berufungsinstanz erfasst habe. Das Landgericht verkenne, dass alle Kosten mit der Berufungsschrift vom 5. Mai 2014 ausgelöst worden seien, sodass sämtliche Ausführungen zur Berufungsbegründung und einer darin liegenden zeitlich späteren eigenständigen Pflichtverletzung unbeachtlich seien. Er habe seit Klageerhebung die Überzeugung gehabt, alles richtig gemacht zu haben, und habe im Interesse seines Mandanten auftragsgemäß, noch vor Kenntnis der Urteilsgründe des Landgerichts Chemnitz Berufung eingelegt. Seine Rechtsauffassung habe fortbestanden, er habe keine neue schuldhaftige Pflichtverletzung begangen. Überraschend sei, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Entscheidung die einheitliche obergerichtliche Rechtsprechung zum Verstoßzeitpunkt für unbeachtlich halte und die Versicherungsbedingungen über deren Wortlaut hinaus interpretiere. Ebenso falsch sei die Entscheidung des Landgerichts bezüglich des Aspekts des Serienschadens; denn es schreibe hier dieselbe fehlerhafte Begründung fort, die schon zur unrichtigen Beurteilung des Verstoßzeitpunktes geführt habe. Der Kostenschaden sei einschließlich der Kosten der zweiten Instanz bereits bei Erhebung der erfolglosen Klage angelegt gewesen. Als er am 5. Mai 2014 Berufung eingelegt habe, sei er der anfänglich erteilten Vollmacht und Weisung gefolgt, habe die Urteilsgründe nicht gekannt, habe aber offensichtlich vorsorglich die Berufungsfrist wahren wollen; hierdurch habe er den Schaden ausgelöst. Erteile eine Person einen Auftrag, bei dessen Erledigung mehrere Pflichtverletzungen begangen würden, müsse festgestellt werden, ob sie einen inhaltlichen und zeitlichen Zusammenhang hätten und damit Teil eines „einheitlichen Auftrags“ seien; der Serienschaden gemäß § 3.3.1 lit. c) AVB knüpfe an § 51 Abs. 2 2. Halbs. BRAO an. Hier gehe es nur um einen Anwaltsauftrag zur prozessualen Durchsetzung einer Forderung. Die Kosten dieses Auftrags für die Durchführung der ersten und zweiten Instanz seien offenkundig Teil eines Serienschadens aus einem einheitlichen Anwaltsauftrag.

[53] Der Kläger hat ursprünglich angekündigt zu beantragen,

[54] (...)

[55] Am 8. März 2022 haben die Parteien den Feststellungsantrag übereinstimmend für erledigt erklärt.

[56] Der Kläger beantragt daher nur noch,

[57] das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 18.12.2020 „aufzuheben“ und die Beklagte zu verurteilen, an ihn €26.618,77 nebst 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszins seit dem 14.01.2019 zu zahlen.

[58] Die Beklagte beantragt,

[59] die Berufung zurückzuweisen.

[60] Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Vertiefung und Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens und trägt vor, das Landgericht habe zutreffend ausgeführt, dass der Versicherungsfall „Berufungseinlegung“ im nicht bei ihr, der Beklagten, versicherten Zeitraum eingetreten sei. Ihre Einstandspflicht beurteile sich einzig und allein danach, ob der Verstoß (= Versicherungsfall) im versicherten Zeitraum begangen worden sei. Die Serienschadenklausel sei zur Bestimmung des Verstoßzeitpunktes nur dann maßgeblich, wenn beide Verstoßzeitpunkte in den versicherten Zeitraum ein und desselben Versicherers fielen, was hier gerade nicht der Fall sei. Eine Serienschadenklausel könne keine Verstöße über Vertragsverhältnisse zu mehreren Versicherern verbinden. Sie hafte nur für den auf die erste Instanz bezogenen Kostenschaden; diesbezüglich habe sie ihre bedingungsgemäße Einstandspflicht in Höhe von €81.065,13 (abzüglich Selbstbehalt) erklärt. Ferner habe sie erklärt, für im Zeitraum vom 1. April 1990 bis zum 1. April 2013 begangene Verstöße im bedingungsgemäßen Umfang Versicherungsschutz zu gewähren. Für den Verstoßzeitpunkt am 5. Mai 2014 müsse sich der Kläger an den Nachversicherer halten. Bei der Prüfung des Verstoßzeitpunktes sei der Versicherer an die Feststellungen im Haftpflichturteil zur haftungsbegründenden Pflichtverletzung gebunden. Die Einlegung der Berufung habe zu einem gesonderten Schaden geführt; die Klageerhebung selbst habe den Kostenschaden durch die Berufung gerade nicht in unmittelbarer Kausalkette herbeigeführt.

[61] Der Senat hat die Akte des Landgerichts Darmstadt, Az. 1 O 139/16, beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht.

[62] Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens wird auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze der Parteien Bezug genommen.

#### Aus den Gründen:

[63] Die Berufung des Klägers gegen das landgerichtliche Urteil vom 18. Dezember 2020 ist zulässig; insbesondere wurde die Berufung form- und fristgerecht eingelegt und begründet (§§ 517, 519 und 520 ZPO). In der Sache ist die Berufung unbegründet.

[64] Der Kläger hat gegen die Beklagte unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt, insbesondere nicht auf der Grundlage von § 1 S. 1 WG in Verbindung mit dem Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungsvertrag, wie er zwischen den Parteien in der Zeit vom 1. April 1990 bis zum 31. März 2013 bestanden hat, und Teil 1 A Nr. 1.1.1, Nr. 2.1, Nr. 3.2.1 sowie Teil 1 B Nr. 5.1 AVB-F einen Anspruch auf Erstattung der vom Kläger auf

die titulierte Forderung gezahlten Beträge in Höhe von insgesamt € 26.618,77.

[65] Die Beklagte ist dem Kläger nicht zur Gewährung über die geleisteten Zahlungen und die Eintrittserklärung vom 10. Juli 2018 hinausgehenden Deckungsschutzes verpflichtet.

[66] Denn zum Zeitpunkt des maßgeblichen Verstoßes, dessen Folgen die streitgegenständlichen zweitinstanzlichen Kosten sind, bestand für den Kläger bei der Beklagten kein Versicherungsschutz mehr.

[67] 1. Wie sich aus der Email der Beklagten vom 10. Juli 2017 ergibt, hat sie mit der am 11. Januar 2019 bewirkten Zahlung eines Betrages von € 85.796,83 die im Haftpflichturteil des Landgerichts Darmstadt vom 3. April 2017 titulierte Forderung, soweit diese die mit der Klage im Haftpflichtprozess geltend gemachten erstinstanzlichen Kosten - € 81.065,13 - betrifft, nebst Zinsen reguliert.

[68] Die vom Kläger am 14. Januar 2019 erbrachten Zahlungen von insgesamt (€ 15.000,00 + €11.618,77 =) €26.618,77, deren Erstattung der Kläger mit dem Antrag zu 1) von der Beklagten begehrt, dienen - wie sich aus dem Schreiben des Klägers vom 14. Januar 2019 ergibt - der Regulierung der restlichen im Haftpflichturteil des Landgerichts Darmstadt vom 3. April 2017 titulierten Forderung, also den mit der Klage im Haftpflichtprozess geltend gemachten zweitinstanzlichen Kosten.

[69] 2. Für die zweitinstanzlichen Kosten der Rechtsverfolgung ist die Beklagte indes nicht einstandspflichtig. Sie sind nicht Folge eines bis zum Ablauf des Versicherungsvertrages am 31. März 2013 vorgekommenen Verstoßes im Sinne von Teil 1 A Nr. 2.1 AVB-F.

[70] a) Zwar hat der frühere Mandant des Klägers, Dr. P, diesen in dem bei dem Landgericht Darmstadt geführten Rechtsstreit wegen eines bei der Ausübung der beruflichen Tätigkeit des Klägers als Rechtsanwalt begangenen Verstoßes - nämlich wegen fehlerhafter Prozessführung - aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen - nämlich auf der Grundlage von § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem geschlossenen Anwaltsvertrag - für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht, Teil 1 A Nr. 1.1.1 AVB-F.

[71] b) Auch sind hier Versicherungsfälle im Sinne von Teil 1 B Nr. 5.1 AVB-F, also Verstöße, die Haftpflichtansprüche gegen den Kläger als Versicherungsnehmer zur Folge haben könnten, eingetreten.

[72] aa) **Durch das rechtskräftige Haftpflichturteil** des Landgerichts Darmstadt vom 3. April 2017, Az. 1 O 139/16, ist für die Deckungsebene **bindend festgestellt**, dass der Kläger pflichtwidrig

[73] - **den Rechtsstreit aufgenommen**, dabei das ursprünglich gegen Rechtsanwalt P gerichtete Mahnverfahren mit der Anspruchsbegründung auch bezüglich des auf Begleichung der Insolvenzforderung gerichteten Begehrens umgestellt und gegen die Insolvenzverwalterin persönlich gerichtet sowie unzulässige bzw. unbegründete Anträge formuliert hat

[74] - **für seinen Mandanten eine von vorneherein aussichtslose Berufung** gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts Chemnitz vom 26. März 2014 eingelegt und auch noch begründet hat.

[75] bb) An diese mit dem in Rechtskraft erwachsenen Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 3. April 2017 festgestellten Pflichtverletzungen ist der Senat gebunden.

[76] Denn nach dem in der Haftpflichtversicherung geltenden Trennungsprinzip ist grundsätzlich im Haftpflichtprozess zu entscheiden, ob und in welcher Höhe der Versicherungsnehmer dem Dritten gegenüber haftet. Ob der Versicherer dafür eintrittspflichtig ist, wird im Deckungsprozess geklärt. **Notwendige Ergänzung des Trennungsprinzips ist die Bindungswirkung des Haftpflichturteils für den nachfolgenden Deckungsrechtsstreit.** Sie bedeutet, dass das Ergebnis des vorangegangenen Haftpflichtprozesses für die Deckungsfrage verbindlich ist. Damit wird verhindert, dass die im Haftpflichtprozess getroffene Entscheidung und die ihr zugrunde liegenden Feststellungen im Deckungsprozess erneut überprüft werden können und müssen (st. Rspr. des Bundesgerichtshofs, vgl. nur BGH, Beschluss vom 18. Januar 2022, Az. IV ZB 36/21, zitiert nach juris, Rdnr. 13; Urteil vom 8. Dezember 2010, Az. IV ZR 211/07, zitiert nach juris, Rdnr. 10; Urteil vom 18. Mai 2011, Az. IV ZR 168/09, zitiert nach juris, Rdnr. 16; Senatsurteile vom 8. November 2019, Az. 4 U 182/17, zitiert nach juris, Rdnr. 87, und vom 30. November 2018, 4 U 5/18, zitiert nach juris, Rdnr. 31).

[77] **Der für den Deckungsprozess bindende Haftungstatbestand umfasst dabei die vom Tatrichter des Haftpflichtprozesses festgestellten und seiner Entscheidung zugrunde gelegten tatsächlichen Elemente. Maßgeblich ist der äußere Tatbestand der Pflichtwidrigkeit, nicht dessen rechtliche Einordnung.** Dies muss auch deshalb gelten, weil sich beide Parteien des Haftpflichtprozesses nicht mit einem Rechtsmittel allein gegen eine fehlerhafte rechtliche Begründung des ergangenen Urteils wehren können. Ein Rechtsmittel, mit dem bei gleichem Ergebnis nur eine andere Entscheidungsbegründung erstrebt würde,

wäre mangels Beschwer unzulässig (Senatsurteil vom 8. November 2019, Az. 4 U 182/17, zitiert nach juris, Rdnr. 88 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 8. Dezember 2010, Az. IV ZR 211/07, zitiert nach juris, Rdnr. 13, und das Senatsurteil vom 30. November 2018, Az. 4 U 5/18, zitiert nach juris, Rdnr. 33).

**[78]** Der Senat verkennt nicht, dass der Kläger gegen das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 3. April 2017 Berufung zum Oberlandesgericht Frankfurt am Main eingelegt und sich das Oberlandesgerichts Frankfurt am Main mit Beschluss vom 7. November 2018, Az. 13 U 128/17, inhaltlich mit der Haftpflicht des hiesigen Klägers befasst hat. Der Rechtskraft fähige Feststellungen zur maßgeblichen Pflichtverletzung, an die der Senat nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung gebunden sein könnte, hat das Oberlandesgerichts Frankfurt am Main indes nicht getroffen. Denn der Kläger hat seine Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 3. April 2017 auf den Hinweis des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main im vorgenannten Beschluss mit Schriftsatz vom 27. Dezember 2018 zurückgenommen, sodass das Urteil des Landgerichts Darmstadt ex nunc in Rechtskraft erwachsen ist, § 705 ZPO, und nur die hierin getroffenen Feststellungen Bindungswirkung entfalten.

**[79]** c) **Doch hat die Beklagte gemäß Teil 1 A Nr. 2.1 AVB-F nur für die Folgen aller Verstöße einzustehen, die vom Beginn des Versicherungsvertrages bis zu dessen Ablauf - hier am 31. März 2013 - vorkommen.**

**[80]** Der hier streitgegenständliche Teil der im Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 3. April 2017 titulierten Schadenersatzforderung - nämlich die zweitinstanzlichen Kosten - ist nicht Folge eines bis zum 31. März 2013 begangenen Verstoßes des hiesigen Klägers im Sinne der Regelung unter Teil 1 B Nr. 5.1 AVB-F; die zweitinstanzlichen Kosten sind in diesem Sinne Folge der sinnwidrigen Einlegung und Begründung einer Berufung mit dem vorrangigen Begehren, das Urteil wegen Verfahrensfehlern aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen.

**[81]** Der die zweitinstanzlichen Kosten auslösende, auf die Einlegung und Begründung der Berufung gerichtete, vom Kläger verfasste Schriftsatz datiert vom 5. Mai 2014, weit nach Beendigung des streitgegenständlichen Versicherungsvertrages, aus dem der Kläger seinen Anspruch herzuleiten versucht.

**[82]** aa) **Allgemeine Versicherungsbedingungen** sind nach ständiger Rechtsprechung so auszulegen, wie sie ein durchschnittlicher, um Verständnis bemühter Versicherungsnehmer bei verständiger Würdigung, aufmerkamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs versteht. Dabei kommt es auf die Verständnismöglichkeiten eines

Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse und damit - auch - auf seine Interessen an. In erster Linie ist vom Bedingungs wortlaut auszugehen. **Der mit dem Bedingungs werk verfolgte Zweck und der Sinnzusammenhang der Klauseln sind zusätzlich zu berücksichtigen, soweit sie für den Versicherungsnehmer erkennbar sind** (st. Rspr.; BGH, Urteil vom 26. Januar 2022, Az. IV ZR 144/21, zitiert nach juris, Rdnr. 10; Urteil vom 20. Oktober 2021, Az. IV ZR 236/20, zitiert nach juris, Rdnr. 10; Urteil vom 4. November 2020, Az. IV ZR 19/19, zitiert nach juris, Rdnr. 8).

**[83]** bb) Unter Anwendung dieser Auslegungsgrundsätze sind Folgen eines Verstoßes im Sinne von Teil 1 A Nr. 2.1 AVB-F nach dem Verständnis eines rechtsberatend bzw. patent-rechtsberatend tätigen Versicherungsnehmers, an den sich die Versicherungsbedingungen ausweislich ihrer eindeutigen Überschrift richten, **alle auf eine konkrete Pflichtverletzung adäquat kausal zurückzuführenden Folgen bzw. Schäden.**

**[84]** Da der Versicherungsvertrag das Risiko abzusichern bezweckt, wegen eines bei der Ausübung der anwaltlichen Tätigkeit begangenen Verstoßes aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen in Anspruch genommen zu werden, erschließt sich dem durchschnittlichen Versicherungsnehmer **das Erfordernis adäquater Kausalität berufsbedingt sogleich.**

**[85]** Denn die adäquate Kausalität ist dem rechtskundigen Versicherungsnehmer als im deutschen Deliktsrecht anerkannter Maßstab der Kausalität (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, Az. KZR 75/10, zitiert nach juris, Rdnr. 44) **vertraut und grenzt die Folgen einer Pflichtverletzung, für die der Versicherer einstandspflichtig ist, in einem interessengerechten Maße ein.**

**[86]** cc) **Die hier streitgegenständlichen zweitinstanzlichen Kosten sind nicht adäquat kausal auf die Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Aufnahme des Rechtsstreits beim Landgericht Chemnitz zurückzuführen;** sie sind vielmehr adäquate Folge dessen, dass der Kläger für seinen damaligen Mandanten eine von vorneherein aussichtslose Berufung gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts Chemnitz vom 26. März 2014 mit dem Antrag, das Urteil aufzuheben und den Rechtsstreit an das Landgericht zurückzuverweisen, eingelegt und auch noch begründet hat.

**[87]** Denn die mit der erstinstanzlichen Aufnahme des Rechtsstreits und der damit einhergehenden, bindend festgestellten Pflichtverletzung in Gang gesetzte Kausalkette wurde durch den weiteren Pflichtenverstoß des Klägers bei Einlegung der Berufung unterbrochen: ein neuer Kausalverlauf wurde in Gang gesetzt.

**[88]** Die vom Kläger wiederholt zitierte Rechtsprechung des

Bundesgerichtshofes, insbesondere das Urteil des IX. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes vom 3. Februar 2011 (BGH, Urteil vom 3. Februar 2011, Az. IX ZR 105/10, zitiert nach juris) gibt keine Veranlassung zu einer abweichenden rechtlichen Beurteilung.

**[89]** Erhebt ein Rechtsanwalt hinsichtlich eines verjährten Anspruchs pflichtwidrig eine aussichtslose Klage, so liegt in der Einlegung eines Rechtsmittels gegen ein die Klage abweisendes Urteil zwar keine einen neuen primären Schadenersatzanspruch auslösende Pflichtwidrigkeit, sondern lediglich ein auf der ursprünglichen rechtlichen Fehleinschätzung beruhendes weiteres Versäumnis, das die Anknüpfung für eine Sekundärhaftung bilden kann; so hat der IX. Zivilsenat in der zitierten Entscheidung ausgeführt (BGH, Urteil vom 3. Februar 2011, Az. IX ZR 105/10, zitiert nach juris, Leitsatz und Rdnr. 11 in Fortführung von BGH, Urteil vom 13. November 2008, Az. IX ZR 69/07, zitiert nach juris).

**[90]** Doch ist der Sachverhalt hier grundlegend anders.

**[91]** Das „Versäumnis“ des Klägers bezüglich der Kosten des Berufungsverfahrens vor dem Oberlandesgericht Dresden, das der Senat aufgrund der Bindungswirkung des rechtskräftigen Haftpflichturteils seiner Entscheidung - wie ausgeführt - zugrunde zu legen hat, besteht nicht darin, dass der Kläger - beruhend auf der ursprünglichen rechtlichen Fehleinschätzung - gegen das erstinstanzliche klageabweisende Urteil des Landgerichts Chemnitz vom 26. März 2014, Az. 2 O 566/11, Berufung eingelegt hat.

**[92]** Die mit klägerischem Schriftsatz vom 5. Mai 2014 eingelegte und auch noch begründete Berufung beruhte vielmehr auf einer von der ursprünglichen rechtlichen Fehleinschätzung losgelösten rechtlichen Prüfung, die zunächst nur das Vorliegen eines Verfahrensfehlers und die Erfolgsaussichten eines auf Aufhebung und Zurückverweisung wegen dieses Verfahrensfehlers gerichteten Begehrens zum Gegenstand hatte.

**[93]** So heißt es in der vom Kläger verfassten Berufungsschrift vom 5. Mai 2014 wörtlich:

**[94]** „Vorliegend sind bis heute noch keine Urteilsgründe bekannt.“

**[95]** Allerdings dürfte die Berufung wegen eines offensichtlichen Verfahrensfehlers bereits zum jetzigen Zeitpunkt begründet sein, denn aus prozessualen Gründen handelt es sich um ein Scheinurteil.

**[96]** Vorliegend ist kein Stuhllurteil i.S.v. § 310 Abs. 1 1 Fall 1 ZPO ergangen, sondern es wurde - wenn auch sprachlich etwas verunglückt - ein Verkündungstermin bestimmt (§ 310 Abs. 1

Fall 2 ZPO).

**[97]** In diesem Fall muss gern. §§310 Abs. 2, 315 Abs. 1 ZPO das vollständig abgefasste und unterschriebene Urteil vorliegen und über dessen Verkündung ein gesondertes (!) Verkündungsprotokoll mit dem Inhalt des § 160 Abs. 3 Nr. 6, 7 ZPO erstellt werden (...).

**[98]** Trotz der nach dem Wortlaut des Protokolls eindeutigen Bestimmung (Termin zur Verkündung einer Entscheidung) endet das Protokoll des Verhandlungstermins nicht mit der Unterschrift, sondern es wird der - unzutreffende - Eindruck erweckt, die Sitzung sei lediglich unterbrochen gewesen.

**[99]** Es ist - im Gegensatz zum Stuhllurteil - auch nicht zulässig, in einem gesonderten Verkündungstermin ein Urteil ohne Entscheidungsgründe abzusetzen, § 310 Abs. 2 ZPO.

**[100]** Indem anstelle des zwingend gebotenen gesonderten Verkündungsprotokolls vom Landgericht hier ein einheitliches Protokoll für Verhandlung und Verkündung erstellt wurde, ist tatsächlich keine Verkündung erfolgt, dies mit der Folge, dass zur Beseitigung des mit der Zustellung bewirkten Rechtscheins die Berufung zulässig ist.

**[101]** Als Folge der Nichtverkündung ist die Sache nach Aufhebung der den Parteien zugestellten Entscheidung zwecks Beendigung des noch nicht beendeten Verfahrens zurückzuweisen (...).“

**[102]** Die ursprüngliche Pflichtverletzung wurde durch diese Berufungseinlegung und -begründung abgelöst. Zugleich waren mit diesem Schriftsatz - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat (vgl. 10 des Urteils des Landgerichts Darmstadt) - die streitgegenständlichen „Gebühren in der Berufungsinstanz bereits entstanden“.

**[103]** 3. Ein **Serienschaden** im Sinne der Serienschadenklausel, Teil 1 A Nr. 3.3.1 lit b) und c) AVB-F, liegt nicht vor.

**[104]** Gemäß Teil 1 A Nr. 3.3.1 lit. b) und c) AVB-F stellt die Versicherungssumme den Höchstbetrag der dem Versicherer in jedem einzelnen Schadenfall obliegenden Leistung dar, und zwar mit der Maßgabe, dass nur eine einmalige Leistung der Versicherungssumme in Frage kommt bezüglich eines aus mehreren Verstößen fließenden einheitlichen Schadens (lit. b) bzw. bezüglich sämtlicher Pflichtverletzungen bei Erledigung eines einheitlichen Auftrags (lit. c).

**[105]** Bei dieser Regelung (Serienschadenklausel) handelt es sich um eine Risikobegrenzungsklausel zugunsten des Versicherers (BGH, Urteil vom 17. September 2003, Az. IV ZR 19/03, zitiert nach juris, Rdnr. 21).

**[106]** Dies ergibt sich bereits aus der systematischen Stellung der Klausel in dem mit „Leistungseinschränkungen“ überschriebenen Abschnitt 3.3 der Versicherungsbedingungen, aber auch inhaltlich aus der Verbindung mehrerer Haftpflichtansprüche zu einem Versicherungsfall mit der **Folge, dass die maximale Deckungssumme eher erreicht und insgesamt die Haftung des Versicherers begrenzt wird.**

**[107]** Mit diesem - auch für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer ohne weiteres ersichtlichen - Regelungsgehalt ist eine Auslegung, die zu einer Ausweitung der Haftung des Versicherers führen würde, nicht vereinbar, zumal weder der Wortlaut, noch die Systematik oder Sinn und Zweck einen Zusammenhang zu der Frage herstellen, ob ein Versicherungsfall noch als in versicherter Zeit eingetreten zu gelten hat. Dies ist eine von der hier allein geregelten Deckungssumme völlig verschiedene Frage. **Dass die Vertragsparteien mit dieser Klausel die Regelungen hinsichtlich der Frage, wann ein Versicherungsfall vorliegt, modifizieren wollten, ist gerade nicht ersichtlich und kann der Klausel aufgrund ihres systematischen Zusammenhangs auch nicht entnommen werden.** Vielmehr bestimmt die Klausel lediglich, wann mehrere Haftpflichtansprüche als ein Versicherungsfall zu gelten haben - und nicht, wann überhaupt ein Versicherungsfall vorliegt (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 12. Juli 2017, Az. 4 U 61/17, zitiert nach juris, Rdnr. 54).

## Notarhaftung

- Belehrungspflicht
  - Auswertung von Rechtsprechung
  - Antizipation künftiger Entwicklungen
- (LG Frankenthal, Urt. v. 26.7.2021 – 4 O 47/21)

### Leitsatz (der Redaktion)

Es ist nicht Amtspflicht der Notare, etwaige Rechtsprechung in jeder Hinsicht auszuwerten und Entwicklungen zu antizipieren. Dies würde die Belehrungspflicht über Gebühr ausweiten und außerdem zulasten der Verständlichkeit der juristischen Laien, die ein Notar überwiegend zu beraten hat, gehen.

### Zum Sachverhalt:

**[1]** Der Kläger macht mit seiner dem Beklagten am 27.03.2021 zugestellten Klage Ansprüche nach den Grundsätzen der Notarhaftung geltend.

**[2]** Der Beklagte war Notar mit Amtssitz in Bad Dürkheim. Der Kläger suchte den Beklagten im Jahr 1991 mit seiner seinerzeitigen Lebensgefährtin auf. Der Kläger war zu diesem Zeit-

punkt 25 Jahre alt und berufstätig. Seine Lebensgefährtin befand sich in einer Ausbildung zur Bürokauffrau. Sie zog später, vor der Geburt des gemeinsamen Sohnes, beim Kläger ein.

**[3]** Am 30. Dezember 1991 beurkundete der Beklagte unter der Urkundennummer 1550/91 U einen mit "Ehevertrag" und "Pflichtteilsverzicht" überschriebenen Vertrag zwischen dem Kläger und dessen damaliger Lebensgefährtin. Bei Abschluss des streitgegenständlichen Ehevertrages war von den Vertragsschließenden bereits geplant, dass die damalige Lebensgefährtin des Klägers nicht in das Berufsleben eintreten würde, sondern die Parteien als Eheleute eine "klassische Hausfrauenehe" führen würden. Der streitgegenständliche Ehevertrag wurde auf Veranlassung des Klägers geschlossen, auch um den landwirtschaftlichen Betrieb, den der Kläger mit seiner Mutter führte, zu schützen. Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs erfolgte auf ausdrücklichen Rat des Beklagten. Eine Belehrung hinsichtlich der Möglichkeit des Entfallens einer beurkundeten Regelung bei Änderung des zu Grunde liegenden Sachverhalts erfolgte durch den Beklagten nicht. In diesem Vertrag heißt es unter anderem wie folgt:

**[4]** *"Zur Regelung unserer zukünftigen güterrechtlichen Verhältnisse haben wir uns dahingehend geeinigt, daß zwischen uns der Güterstand der*

**[5]** *Gütertrennung*

**[6]** *nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches besteht.*

**[7]** *[...]*

**[8]** *Wir vereinbaren weiter, daß im Falle einer Scheidung unserer Ehe der Versorgungsausgleich ausgeschlossen ist.*

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

**[10]** *Für den Fall der rechtskräftigen Scheidung unserer Ehe verzichten wir bereits jetzt gegenseitig auf jegliche Unterhaltsansprüche. Dies gilt auch für den Fall des Notbedarfs.*

**[11]** *[...]*

**[12]** *Wir verzichten hiermit wechselseitig auf unsere Pflichtteilsansprüche, welche uns am Nachlaß des anderen Ehegatten zustehen."*

**[13]** Für weitere Einzelheiten wird auf den Notarvertrag, in Kopie der Klageschrift beigelegt als Anlage K 1, verwiesen.

**[14]** Die zwischen dem Kläger und dessen damaliger Lebensgefährtin nach der Beurkundung geschlossene Ehe wurde mit

Beschluss des Amtsgerichts Bad Dürkheim vom 12. Dezember 2019 geschieden. Zuvor schlossen die Parteien im Termin vom 12. Dezember 2019 einen Prozessvergleich, durch welchen sich der Kläger gegenüber seiner ehemaligen Ehefrau verpflichtete, 10.000,00 € zur Abgeltung etwaiger Zugewinnausgleichsansprüche sowie weitere 10.000,00 € zur Abgeltung von etwaigen nachehelichen Unterhaltsansprüchen zu zahlen. Der Versorgungsausgleich sollte nach gesetzlicher Vorschrift durchgeführt werden. Für weitere Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht Bad Dürkheim vom 12. Dezember 2019 (Anlage K 3), sowie den Beschluss des Amtsgerichts Bad Dürkheim vom 12. Dezember 2019 (Anlage K 2) verwiesen.

[15] Der Kläger musste einen Kapital- und Ausgleichswert i.H.v. EUR 259.918,06 zur Durchführung des Versorgungsausgleichs an die Zeugin ... übertragen.

[16] Der Kläger behauptet, seine ehemalige Ehefrau sei zum Zeitpunkt der Beurkundung im siebten Monat schwanger gewesen, was für den Beklagten bei der Beurkundung auch erkennbar gewesen sei.

[17] Er meint, die notarielle Ehe- und Scheidungsfolgenvereinbarung sei sittenwidrig und nichtig. Der Beklagte habe eine Amtspflicht dadurch verletzt, dass er nicht über die Möglichkeit des Entfallens der Regelungen wegen Nichtigkeit belehrt habe. Wenn er (der Kläger) gewusst hätte, dass der Ehevertrag im Gesamten und damit die sein Vermögen und Einkommen schützenden Regelungen komplett nichtig seien, hätte er seine ehemalige Frau nicht geheiratet.

[18] Ihm sei deshalb ein Schaden in Höhe von 299.918,06 € entstanden. Dieser setze sich aus dem im Rahmen des Zugewinnausgleichs zu übertragenden Kapital- und Ausgleichswerts in Höhe von 259.918,06 €, der betragsmäßig auch dem Vermögenswert entspreche, sowie Zahlungen aufgrund des Prozessvergleiches vor dem Amtsgericht Bad Dürkheim in der mündlichen Verhandlung vom 12.12.2019 von 10.000,00 € als pauschalierem Zugewinnausgleich, 10.000 € an pauschalierem nachehelichen Unterhalt und 20.000 € als pauschalierem Trennungsunterhalt zusammen.

[19] Der Kläger beantragt:

[20] Der Beklagte wird verurteilt, EUR 299.918,06 sowie weitere EUR 3.880,47 an außergerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren nebst 5 Prozentpunkten Verzugszinsen über dem Basiszinssatz der EZB hieraus seit Rechtshängigkeit der Klage an den Kläger zu zahlen.

[21] Der Beklagte beantragt:

[22] Die Klage wird abgewiesen.

[23] Er ist der Auffassung, zum Zeitpunkt der Beurkundung sei die spätere Änderung der Rechtsprechung nicht absehbar gewesen.

[24] Für weitere Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die wechselseitigen Schriftsätze samt Anlagen verwiesen.

#### Aus den Gründen:

[25] Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

[26] 1. Dem Kläger steht kein Anspruch gegen den Beklagten zu. Ein solcher ergibt sich insbesondere nicht aus § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO. Nach dieser Vorschrift hat ein Notar einem anderen denjenigen Schaden zu ersetzen, der diesem dadurch entstanden ist, dass der Notar vorsätzlich oder fahrlässig eine ihm gegenüber einem anderen obliegende Amtspflicht verletzt. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Klage ist unzulässig. Schon nach dem Vortrag des Klägers liegt keine Amtspflichtverletzung vor.

[27] Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 und 2 BeurkG soll der Notar unter anderem die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und dabei darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle bei Eheverträgen nach § 138 BGB und § 242 BGB sich bei einem ehevertraglichen Ausschluss des Versorgungsausgleichs und der weiteren Scheidungsfolgen im Einzelfall ergebenden Rechtsfolgen der Unwirksamkeit solcher Ausschlüsse oder der Vertragsanpassung (Urteil vom 11. Februar 2004 - XII ZR 265/02; Beschluss vom 6. Oktober 2004 - XII ZB 110/99) betreffen grundsätzlich die "rechtliche Tragweite des Geschäfts" im Sinne von § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG, über die der Notar die Beteiligten zu belehren hat (BGH, Ur. v. 15. Mai 2014 - III ZR 375/12 Rn. 12). Die Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle nach den Maßgaben der vom Bundesgerichtshof entwickelten sog. "Kernbereichslehre" für Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen hat sich jedoch erst nach zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 06. Februar 2001 (Az. 1 BvR 12/92) und vom 29. März 2001 (1 BvR 1766/92) ab dem Jahr 2004 herausgebildet. Zuvor galt der Grundsatz der vollen Vertragsfreiheit (BGH, Ur. v. 15. Mai 2014 - III ZR 375/12 Rn. 13; vgl. die Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung bei Scheller, in: BeckOK BGB, 58. Ed. 1.2.2021, BGB § 1408 Rn. 13-15).

[28] Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet demnach **keine Belehrungspflichten** des Beklagten im Jahr 1991 dahingehend, dass der Beklagte die Vertragsparteien zu

belehren hatte, dass der beabsichtigte notarielle Vertrag sittenwidrig sei bzw. sein könnte oder die Geltendmachung von Rechten aus dem Vertrag nachträglich als treuwidrig zu beurteilen sein könnte.

**[29]** Es ist nicht Amtspflicht der Notare, etwaige Rechtsprechung in jeder Hinsicht auszuwerten und Entwicklungen zu antizipieren. Dies würde die Belehrungspflicht über Gebühr ausweiten und außerdem zulasten der Verständlichkeit der juristischen Laien, die ein Notar überwiegend zu beraten hat, gehen.

**[30]** Ausnahmsweise nimmt der Bundesgerichtshof zwar eine Belehrungspflicht des Notars über mögliche künftige Entwicklungen an, wenn im Einzelfall zum Zeitpunkt der Beurkundung die vertragliche Regelung erkennbar auf einer bestimmten Grundlage beruht, es nach der Lebenserfahrung als möglich erscheint, dass diese Grundlage künftig entfallen könnte, und nach der bei der Beurkundung bestehenden Rechtslage oder einer zu diesem Zeitpunkt sicher absehbaren Änderung der Rechtslage der Wegfall dieser vertraglichen Grundlage dazu führen kann, dass die vereinbarte Rechtsfolge nicht eintritt (BGH, Urt. v. 15. Mai 2014 - III ZR 375/12 Rn. 17).

**[31]** Diese Voraussetzungen lagen zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Beurkundung im Jahr 1991 jedoch gleichfalls nicht vor. Unzutreffend ist insbesondere die Rechtsauffassung der Klageseite der streitgegenständliche Vertrag sei nach den Maßstäben, die im Jahr 1991 für solche Vereinbarungen angelegt wurden, sittenwidrig. So hat der Bundesgerichtshof wiederholt noch im Jahr 1996 entschieden, dass ein Globalverzicht, wie er auch in diesem Fall vereinbart wurde, nicht deshalb nichtig sei, weil ein Mann die Eheschließung mit der schwangeren Frau von dem Abschluss dieses Vertrages abhängig gemacht habe. Hierzu führt er aus, dass der Mann - ungeachtet der Schwangerschaft der Frau - von einer Eheschließung auch gänzlich hätte absehen und sich auf die rechtlichen Verpflichtungen eines nichtehelichen Vaters zurückziehen könne. Es könne nicht von einer zu missbilligenden Ausbeutung einer Zwangslage der Frau ausgegangen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 02. Oktober 1996 - XII ZB 1/94 Rn. 11, 16 -, juris bezugnehmend auf BGH, Beschluss vom 18. September 1996 - XII ZB 206/94 Rn. 17 -, juris, dort war in erster Linie der Versorgungsausgleich ausgeschlossen worden).

**[32]** Nichts anders gilt für die sog. Ausübungskontrolle, die die Rechtsprechung in Regelung des § 242 BGB nach der Rechtsprechungsänderung im Jahr 2004 regelmäßig vornimmt. Zwar sieht die Kammer, dass veröffentlichte Entscheidungen des Bundesgerichtshofs aus den Jahren 1985 und 1990 vorliegen, aus welchen hervorgeht, dass sich die Partei eines Ehevertrags ausnahmsweise im Einzelfall zeitweise nicht auf den

Verzicht der Gegenseite (nur) auf nahehelichen Betreuungsunterhalt wegen späterer unvorhergesehener Entwicklungen, insbesondere einer zunächst kinderlosen Ehe, nach § 242 BGB berufen kann, wenn eine Erwerbstätigkeit nicht möglich ist und der Verzichtende mangels anderer Mittel auf Sozialhilfe angewiesen wäre (BGH, Urt. v. 28.11.1990 - XII ZR 16/90 Rn. 12 -, juris; BGH, Urteil vom 24. April 1985 - IVb ZR 22/84 Rn. 13 -, juris; BGH, Urteil vom 24. April 1985 - IVb ZR 17/84 Rn. 13 -, juris). Diese Rechtsprechung begründet jedoch schon deswegen keine Belehrungspflicht, weil sie in diesem Fall nicht einschlägig war, da nach dem Vortrag des Klägers kein Raum war für die Anwendung der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB. Die später als Ausübungskontrolle bezeichnete Prüfung der Treuwidrigkeit des Berufens auf einen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wirksam vereinbarten Verzicht, wie sie entsprechend den zitierten Entscheidungen aus den Jahren 1985 und 1990 nach § 242 BGB auch schon zum Zeitpunkt der Beurkundung vorzunehmen sein konnte, setzt ihrer Natur nach voraus, dass es zu einer späteren Entwicklung bzw. dem Eintreten von Lebenslagen gekommen ist, die bei Vertragsschluss nicht geplant oder nicht absehbar waren. Dies wird auch in den zuvor zitierten älteren Entscheidungen betont. Dem entspricht die Situation, die dem streitgegenständliche Vertrag zugrunde lag, jedoch nicht. Der Kläger trägt selbst vor, dass seine ehemalige Ehefrau zum Zeitpunkt der Beurkundung bereits hochschwanger war. Außerdem sei von ihm und seiner zukünftigen Frau geplant gewesen, dass diese nicht in das Berufsleben eintreten werde, sondern eine "klassische Hausfrauenehe" geführt werden solle. Insofern fehlt es an der Änderung der späteren Entwicklung, die ein Berufen auf den Verzicht treuwidrig erscheinen ließe, und damit an der Voraussetzung, die nach den Maßgaben des Bundesgerichtshofs erforderlich gewesen wäre, um eine Belehrungspflicht hinsichtlich des nahehelichen Betreuungsunterhaltes begründen zu können. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Bundesgerichtshof in den vorgenannten Entscheidungen den Grundsatz der Vertragsfreiheit betont hat und die Vertragsparteien des beurkundeten Vertrags sich in Kenntnis der tatsächlichen Umstände - ohne eine diesbezügliche Überholung der Lebensplanung durch eine geänderte Lebenslage - für den Abschluss des Vertrags entschieden haben.

**[33]** Ergänzend weist die Kammer daraufhin, dass selbst wenn der beurkundende Notar mit der unterlassenen Belehrung über die rechtliche Tragweite des vereinbarten Ausschlusses des Versorgungsausgleichs objektiv gegen die ihm nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG obliegenden Belehrungspflichten verstoßen hätte, ein schuldhaftes Handeln des Notars zu verneinen wäre. **Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es erforderlich, dass sich der Notar über die Rechtsprechung der obersten Gerichte, die in den amtlichen Sammlungen und den für seine Amtstätigkeit wesentlichen Zeitschriften veröffent-**

licht ist, unterrichtet und die üblichen Erläuterungsbücher ausgewertet (BGH, Urt v. 15. Mai 2014 - III ZR 375/12 Rn. 26). Nach den oben genannten Entscheidungen gab es für den Beklagten zum Zeitpunkt der Beurkundung am 30. Dezember 1991 keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der beurkundete Ehevertrag bzw. die Scheidungsfolgenvereinbarung nichtig oder die Geltendmachung von Rechten aus dieser eingeschränkt sein könnte.

[34] Für ihn war somit die Notwendigkeit einer entsprechenden Belehrung nicht erkennbar.

[35] Zuletzt ist ein Schaden nicht schlüssig dargetan, worauf die Kammer in der mündlichen Verhandlung vom 12. Juli 2021 hingewiesen hat. Hierfür wäre nach der Differenzhypothese ein (Gesamt-) Vermögensvergleich zwischen der tatsächlichen Vermögenslage und derjenigen Vermögenslage vorzunehmen, welche bestünde, wenn der Kläger -wie er vorträgt- von der Heirat Abstand genommen hätte. Dazu hätte eine Vergleichsberechnung der Vermögensentwicklung ab dem Zeitpunkt der Hochzeit vorgenommen werden müssen.

[36] 2. Mangels Hauptanspruchs besteht kein Zinsanspruch und kein Anspruch auf Ersatz der außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten.

[37] 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO, die über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 709 S. 1 und 2 ZPO.

[38-39] (...)

## Steuerberaterhaftung

- Eingeschränktes Mandat
- Keine Nachforschungspflicht

(*OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.5.2020 und 6.7.2020 – 11 U 109/19*)

### Leitsätze

1. Die Pflichten des Steuerberaters ergeben sich zunächst aus dem Inhalt und dem Umfang seines Mandats. In diesem Rahmen ist der Steuerberater verpflichtet, seinen Mandanten umfassend zu beraten und sich mit den steuerlichen Gesichtspunkten zu befassen, die zur pflichtgemäßen Erledigung des ihm erteilten Auftrages zu beachten sind.
2. Ist dem Steuerberater ein eingeschränktes Mandat erteilt, dann muss er den Mandanten auch vor außerhalb seines Auftrages liegenden steuerlichen Fehlentscheidungen warnen, wenn sie ihm bekannt sind oder für den durchschnittlichen Betrachter auf den ersten Blick ersichtlich sind.
3. Wenn dem Steuerberater Ende 2011 ein beschränktes Mandat zur Erstellung der Einkommensteuererklärung für das Jahr 2009 erteilt worden ist, lag für ihn unabhängig von dem Umstand, dass ihm der Vertrag über den Kauf einer Ferienwohnung im Jahr 2006 bekannt war, im Jahr 2011 mit dem erteilten Mandat keine Nachforschungspflicht wegen eines Umsatzsteuerausweises beim Verkauf dieser Wohnung im Jahr 2009 auf der Hand, da es für die Erstellung der Einkommensteuererklärung nur auf den Veräußerungsbetrag selbst ankam. Da der Steuerberater zudem nicht mit den umsatzsteuerlichen Angelegenheiten der Mandantin betraut war, traf ihn ebenfalls keine weitere Nachforschungspflicht oder eine Pflicht zum Hinweis und zur Vornahme einer Umsatzsteuerkorrektur.

## I. OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.5.2020 – 11 U 109/19

### Zum Sachverhalt:

[1] Der Senat ist einstimmig davon überzeugt, dass die (an sich statthafte und auch im Übrigen zulässige) Berufung der Klägerin in der Sache selbst offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, es im hiesigen Streitfall an grundsätzlicher – über die vorliegende Rechtssache hinausgehender – Bedeutung (für eine unbestimmte Vielzahl zu erwartender Streitigkeiten, in denen sich die gleichen Rechtsfragen als klärungsbedürftig erweisen) fehlt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Judikatur eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und ebenso wenig eine mündliche Verhandlung geboten erscheint (§ 522 Abs. 2 S. 1 ZPO).

[2] Mit ihrer Berufung wendet sich die Beklagte gegen die Abweisung ihrer Klage durch das Landgericht, mit der sie Schadensersatz für die etwaige Verletzung von Hinweispflichten des Beklagten als Steuerberater betreffend vorsteuerrechtliche Sachverhalte im Zusammenhang mit der Erstellung der Einkommensteuererklärung der Klägerin und ihres Ehemannes für den Veranlagungszeitraum 2009 begehrt. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, dass das Landgericht verkannt habe, dass der Beklagte bereits im Jahr 2011 Kenntnis von der Veräußerung der Ferienwohnung durch die Beklagte ohne Umsatzsteuerausweis gehabt habe. In Kenntnis dieser Umstände habe den Beklagten eine Pflicht zur Aufklärung getroffen, da es sich um besondere Umstände gehandelt habe, die erkennbar zu steuerlichen Nachteilen der Klägerin geführt hätten.

[3] Das Landgericht hat die Klage zu Recht zurückgewiesen. Berufungsgründe im Sinne des § 513 Abs. 1 ZPO liegen nicht vor; weder beruht das angefochtene Urteil auf einer Rechtsverletzung nach dem Verständnis des § 546 ZPO, noch rechtfertigen die gemäß § 529 ZPO in zweiter Instanz zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere – für die Berufungsführerin günstige(re) – Entscheidung. Ohne Rechtsverletzung durfte die Zivilkammer zu dem Ergebnis gelangen, dass der Beklagte keine Hinweispflichten als Steuerberater verletzt hat.

[4] Nach den Feststellungen des Landgerichts hatte der Beklagte keine allgemeine Beratungspflicht, er hatte kein Dauermandat für sämtliche steuerliche Angelegenheiten der Klägerin, sondern hatte im Jahr 2011 von der Klägerin und ihrem Ehemann den Auftrag zur Fertigung der Einkommensteuererklärung für das Jahr 2009 erhalten. Einen Auftrag für die Fertigung der Umsatzsteuererklärung für die Klägerin betreffend den Veranlagungszeitraum 2009 hatte die Klägerin ebenso wenig erteilt wie für die Jahre zuvor.

[5] 1) Die Klägerin vermag mit ihrer Rüge der Unvollständigkeit der Tatsachenfeststellungen durch das Landgericht nicht durchzudringen. Die hierfür vorgetragenen Argumente betreffen allein die vom Landgericht vorgenommene Würdigung der Beweise. So greift die Ansicht der Klägerin nicht, dass sie erstinstanzlich Tatsachen vorgetragen habe, die eine Beratungspflicht gegenüber der Klägerin zur Umsatzsteuer 2006 neben dem ausdrücklich erteilten Mandat zur Erstellung der Einkommensteuererklärung 2009 begründeten. Sie behauptet insofern, dass dem Beklagten der Veräußerungsvertrag und dessen Inhalt dem Beklagten bereits seit März 2008 bekannt sei. Dies ergibt sich zum einen nicht aus der zitierten Textstelle aus einem Schreiben des Beklagten aus dem Jahr 2015. Darin teilt dieser lediglich mit, dass ihm die Unterlagen für den Kauf der Wohnung im Jahr 2006 im März 2008 vorgelegt worden seien. Kenntnis vom Veräußerungsvertrag der Wohnung ergibt sich daraus gerade nicht. Dies wäre zum anderen auch nicht plau-

sibel, da der Veräußerungsvertrag erst 2009 geschlossen worden ist. Auch im Übrigen geht die Klägerin selbst davon aus, dass der Beklagte spätestens im Jahr 2011 mit der Beauftragung zur Fertigung der Einkommensteuererklärung für das Jahr 2009 Kenntnis von der Veräußerung der Ferienwohnung erhalten habe. Dies hat aber auch das Landgericht seinen Erwägungen zugrunde gelegt. Weitere Anhaltspunkte für ernstliche Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen, insbesondere der Wertung der Beweisaufnahme durch das Erstgericht sind nicht ersichtlich.

#### Aus den Gründen:

[6] 2) Nicht zu beanstanden sind auch die auf dieser Sachengrundlage getroffenen rechtlichen Erwägungen der Kammer. Im Mittelpunkt steht die Rechtsfrage, ob der Beklagte als Steuerberater im Rahmen eines auf die Einkommensteuer für das Veranlagungsjahr 2009 beschränkten Mandats auf außerhalb dieses Mandats bestehende – umsatzsteuerliche – Risiken hinweisen müssen. Die **Pflichten des Steuerberaters** ergeben sich zunächst aus dem Inhalt und dem **Umfang seines Mandats**. In diesem Rahmen ist der Steuerberater verpflichtet, seinen Mandanten umfassend zu beraten und sich mit den steuerlichen Gesichtspunkten zu befassen, die zur pflichtgemäßen Erledigung des ihm erteilten Auftrages zu beachten sind. **In den hierdurch gezogenen Grenzen hat er den Auftraggeber auch ungefragt über die bei der Bearbeitung auftauchenden steuerrechtlichen Fragen zu belehren** (vgl. BGH v. 26.1.1995, IX ZR 10/94, BGHZ 128, 358 (361), NJW 1995, 958, DStR 1995, 1890 m. Anm. Späth; v. 18.12.1997, IX ZR 153/96, DStRE 1998, 334; v. 6.2.2003, IX ZR 77/02, NJW-RR 2003, 1064, BeckRS 2003, 02458, Rn. 8; v. 18.3.2010, IX ZR 105/08, BeckRS 2010, 08684; v. 19.4.2012, IX ZR 156/10, BeckRS 2012, 10273). Im Rahmen seiner **vertraglichen Nebenpflicht, den Mandanten vor Schaden zu bewahren**, hat der Steuerberater auf **Fehlentscheidungen**, die für ihn **offen zutage liegen** oder **auf den ersten Blick ersichtlich** sind, hinzuweisen (vgl. BGH in BGHZ 128, 358 (362), DStR 1995, 1890 m. Anm. Späth). Er muss den nach den Umständen **sichersten Weg zu dem erstrebten steuerlichen Ziel** aufzeigen und sachgerechte Vorschläge zu dessen Verwirklichung unterbreiten (vgl. BGH in DStRE 1998, 334). **Ist dem Steuerberater ein eingeschränktes Mandat erteilt, dann muss er den Mandanten auch vor außerhalb seines Auftrages liegenden steuerlichen Fehlentscheidungen warnen, wenn sie ihm bekannt sind oder für den durchschnittlichen Betrachter auf den ersten Blick ersichtlich** sind (Brandenburgisches OLG, Urteil vom 15.07.2014, 6 U 21/13, DStRE 2015, 122, beck-online).

[7] Gemessen an diesen Maßstäben trifft den Beklagten keine Pflicht zum Hinweis auf umsatzsteuerliche Belange der Klägerin in den Jahren 2006 und 2009. Der Beklagte hatte ein auf die Einkommensteuererklärung für das Jahr 2009 beschränk-

tes Mandat. Im Zusammenhang mit diesem ihm Ende des Jahres 2011 erteilten Mandat erhielt er Kenntnis von dem Verkauf der Wohnung durch die Beklagte. Für die Erstellung der Einkommensteuererklärung der Eheleute kam es im Rahmen der Ermittlung des Überschusses der Einnahmen über die Werbungskosten bei sonstigen Einkünften für die Klägerin allein auf den vom Ehegatten genannten Preis an. **Aus dem Umstand, dass die Wohnung veräußert worden ist und hierfür ein Erlös erzielt worden ist, ist nicht auf den ersten Blick ersichtlich, dass mit der Veräußerung ein umsatzsteuerliches Problem für die Klägerin auftreten könnte.** Zu berücksichtigen ist insofern auch, dass der Beklagte die **Klägerin gerade nicht** über mehrere Jahre hinweg **in allen Steuerangelegenheiten vertreten** hatte und sich ihm aufgrund von in dieser Zeit auch bei Gelegenheit bekannt gewordenen Erkenntnissen eine weitere Nachforschung hätte aufdrängen müssen. Es bestand **kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den Angaben des Verkaufserlöses und der Bedeutung des Umsatzsteuerausweises in dem Verkaufsvertrag** für die Klägerin. Mangels konkreter Kenntnisse über die umsatzsteuerlichen Belange der Klägerin hat sich auch nicht mittelbar eine Pflicht zum Handeln für den Steuerberater ergeben. Auch aus dem Umstand, dass der Beklagte die Umsatzsteuerangelegenheiten des Ehemannes und weitere Steuerangelegenheiten der B. GmbH, deren Gesellschafter der Ehemann der Klägerin war und von der die Klägerin die fertigzustellende Ferienwohnung im Jahr 2006 erworben hatte, betreute, ergeben sich keine anderen Hinweispflichten. Die Beauftragung erfolgte immer durch den Ehemann. Kenntnisse über die Umsatzsteuerangelegenheiten der Klägerin ergaben sich auch aus diesem Beratungsverhältnis heraus nicht.

[8] (...)

## II. OLG Brandenburg, Beschl. v. 6.7.2020 – 11 U 109/19

### Aus den Gründen:

[1] 1. Der Senat ist weiterhin einstimmig davon überzeugt, dass die (an sich statthafte und auch im Übrigen zulässige) Berufung der Klägerin in der Sache selbst offensichtlich keine Erfolgsaussicht hat, es der vorliegenden Rechtssache an grundsätzlicher - über den Streitfall hinausgehender - Bedeutung fehlt, weder die Fortbildung des Rechtes noch die Sicherung einer einheitlichen Judikatur eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und auch eine mündliche Verhandlung nicht geboten erscheint (§ 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Um Wiederholungen zu vermeiden, wird gemäß § 522 Abs. 2 Satz 3 2. Halbsatz ZPO auf die gerichtlichen Hinweise des Beschlusses vom 20.05.2020 Bezug genommen, an denen der Senat nach erneuter Prüfung festhält. Die Ausführungen im anwaltlichen Schriftsatz der Klägerin vom 19.06.2020 und im anwaltlichen

Schriftsatz vom 30.06.2020 hat der Senat zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen. Sie rechtfertigen jedoch keine abweichende Entscheidung. Neue tatsächliche oder rechtliche Aspekte, die weiterer Erörterung bedürfen, werden darin nicht aufgezeigt. Der Senat hält weiterhin daran fest, dass der Beklagte keine Hinweispflichten im Zusammenhang mit der Erstellung der Einkommensteuererklärung für die Klägerin und ihren Ehemann für das Jahr 2009 verletzt hat. **Herauszustellen ist noch einmal, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Mandat um ein beschränktes Mandat zur Erstellung der Einkommensteuererklärung für das Jahr 2009 handelte, das dem Beklagten nach einer Schätzung durch das Finanzamt im Jahr 2011 erteilt worden ist.** Unabhängig von dem Umstand, dass dem Beklagten der Vertrag über den Kauf der Eigentumswohnung im Jahr 2006 bekannt war, lag im Jahr 2011 mit dem streitgegenständlichen Mandat **keine Nachforschungspflicht wegen eines Umsatzsteuerausweises beim Verkauf der Wohnung im Jahr 2009 auf der Hand, da es für die Erstellung der Einkommensteuererklärung der Eheleute nur auf den Veräußerungsbetrag selbst ankam.** Da der Beklagte zudem **nicht mit den umsatzsteuerlichen Angelegenheiten der Klägerin betraut** war, traf ihn ebenfalls keine weitere Nachforschungspflicht oder gar eine Pflicht zum Hinweis und zur Vornahme einer Umsatzsteuerkorrektur durch Vorlage eines Formulars gegenüber dem Finanzamt.

[2-5] (...)

## Wirtschaftsprüferhaftung

- Unzulängliche Prüfungshandlungen
- Verjährungsbeginn
- Ausschlussfrist, Nr. 9 Abs. 3 Satz 1 AAB Wp, Fassung 1.1.2002
- Haftungsbegrenzung
- Höchstsumme
- Serienschaden
- Nr. 9 Abs. 2 AAB Wp

(LG Stuttgart, Urt. v. 2.3.2022 – 27 O 299/17)

### Leitsätze

1. Die Regelung des § 323 Abs. 2 HGB ist auf das Mandat zur Erstellung von Bescheinigungen zur Stromkostenintensität auch für Zeiträume vor Geltung der Verweisung gemäß § 41 Abs. 2 Satz 2 EEG 2012 entsprechend anwendbar.
2. Übernimmt der Wirtschaftsprüfer, welcher mit der Erstellung von Bescheinigungen zur Stromkostenintensität beauftragt ist, selbst die Berechnung der Bruttowertschöpfung, so haftet er insoweit der Höhe nach unbeschränkt.
3. Die Regelung in Nr. 9 Abs. 2 AAB WP (Fassung 1. Januar 2002) ist unwirksam.

### Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin nimmt die beklagte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft wegen behaupteter Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit Bescheinigungen zur Begrenzung der Umlage nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG-Umlage) auf Schadensersatz in Anspruch.

[2-71] (...)

### Aus den Gründen:

[72] Die zulässige Klage hat in der Sache teilweise Erfolg, während die hilfsweise vorgebrachte Aufrechnung mit Gegenforderungen der Beklagten nicht durchgreift.

[73] I. Schadensersatzanspruch in der Hauptsache\_

#### [74] 1. Pflichtverletzung

[75] Die Beklagte hat ihre vertraglichen Verpflichtungen bei Fertigung der streitgegenständlichen Bescheinigungen verletzt.

[76] a) Die von der Beklagten erstellten Bescheinigungen sind inhaltlich fehlerhaft, weil die teilweise Weiterleitung des von

der Klägerin bezogenen Stroms hierbei nicht berücksichtigt wird.

[77] Die von der Beklagten bescheinigte Stromkostenintensität beruht auf dem Verhältnis des von der Klägerin bezogenen Stroms (unter Einschluss der weitergeleiteten Strommengen) zur Bruttowertschöpfung der Klägerin. Eine solche Berechnung der Stromkostenintensität ist offensichtlich falsch. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die drei Unternehmen am Produktionsstandort L. aufgrund ihrer organisatorischen und gesellschaftsrechtlichen Verflechtung als Einheit betrachtet werden konnten. Es mag sein, dass eine konsolidierte Betrachtung des Produktionsstandorts rechtlich vertretbar erschien, insbesondere in der Anfangsphase, bevor das BAFA mit Merkblatt vom 11.04.2007 (Anlage K 2d) verfügte, dass bei Konzernen die jeweilige Einzelgesellschaft als „Unternehmen“ im Sinne des EEG zu begreifen sei. Bei der Bezugnahme auf den „integrierten Produktionsstandort“ als Unternehmen im Sinne des EEG hätte aber der Stromverbrauch des gesamten Standorts auch zur Bruttowertschöpfung des gesamten Standorts ins Verhältnis gesetzt werden müssen. Die tatsächlich vorgenommene Berechnung der Stromkostenintensität vergleicht hingegen „Äpfel mit Birnen“, indem der Stromverbrauch nicht auf diejenige Wertschöpfung bezogen wird, welche unter Verbrauch eben dieser Strommenge erwirtschaftet worden ist. Das ist nicht vertretbar, was die Beklagte auch gar nicht behauptet.

[78] b) Die fehlerhaften Arbeitsergebnisse der Beklagten beruhen auf unzulänglichen Prüfungshandlungen.

[79] Es kann an dieser Stelle offen bleiben, ob die Klägerin die Beklagte ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass der von der Klägerin bezogene Strom teilweise an andere Unternehmen der Unternehmensgruppe weitergeleitet hat. Auch wenn - wie die Beklagte behauptet - ein solcher Hinweis unterblieben ist, konnte die Beklagte nicht die Annahme unterstellen, die Klägerin verbräuche den von ihr bezogenen Strom vollumfänglich selbst. Ein rechtlicher Berater hat seinem Mandanten die richtigen Fragen zu stellen und kann nicht darauf vertrauen, dass der Mandant wisse, worauf es rechtlich ankomme (vgl. zum Steuerberater BGH, Urteil vom 12.03.1986 – IVa ZR 183/84, NJW-RR 1986, 1348, 1349; Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 6. Aufl., Rn. 143). Die von der Klägerin abgegebenen Vollständigkeitserklärungen (Anlagenkonvolut W. 2) entbanden die Beklagte daher nicht von ihrer Verpflichtung zur Aufklärung des Sachverhalts. Der Wirtschaftsprüfer muss darüber hinaus nicht nur dem Mandanten die richtigen Fragen zur Aufklärung des Sachverhalts stellen, sondern er muss auch die ihm gemachten Angaben hinterfragen und Nachweise kritisch beurteilen (§ 43 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1, 4 WiPrO). Selbst wenn - wie die Beklagte ohne jede Substantiie-

nung nach Person, Ort und Zeitpunkt vorgetragen hat - die Klägerin der Beklagten erklärt haben sollte, dass kein Strom weitergeleitet werde (Klageerwiderung S. 12 = GA II 167), durfte die Beklagte sich hierauf nicht verlassen. Das gilt schon deshalb, weil bei einer solchen Aussage hätte geklärt werden müssen, ob die Weiterleitung von Strom an im Produktionsprozess verflochtene Unternehmen derselben Unternehmensgruppe als „Weiterleitung“ in diesem Sinne anzusehen sei. Vor diesem Hintergrund entlastet es die Beklagte auch nicht, dass die Klägerin auf Frage ihres Energieversorgers die Weiterleitung von Strom verneinte (Anlagen W. 3-5). Denn wertet man die Unternehmen am Produktionsstandort als Einheit, so liegt keine „Weiterleitung“ vor.

[80] Es kommt noch hinzu, dass die der Beklagten überlassenen Auszüge aus den Erläuterungen zur GuV der Klägerin ab dem Geschäftsjahr 2003/2004 (Anlage K 30) - also ab dem Antragsjahr 2005 bzw. dem Begrenzungsjahr 2006 - die Weiterbelastung von Kosten für „Energie“ ausdrücklich nennen, im Geschäftsjahr 2009/2010 sogar ausdrücklich für „Strom“. Auch wenn unter „Energie“ auch andere Energieträger gemeint sein können und die Weiterbelastung von Stromkosten sich auch auf von der Klägerin selbst erzeugten Strom beziehen könnte (für welchen keine EEG-Umlage anfällt, so dass dieser bei der Begrenzung außer Betracht bleibt), musste die Beklagte den Sachverhalt insoweit zwingend aufklären, was unterblieben ist.

## [81] 2. Kausalität

[82] Bei pflichtgemäßer Prüfung hätte die Beklagte die Streitgegenständlichen Bescheinigungen nicht erstellen dürfen. Die Frage, wie sich die Klägerin hierauf verhalten hätte, beurteilt sich nach Maßgabe des § 287 ZPO (vgl. BGH, Urteil vom 16.07.2015 - IX ZR 197/14, WM 2015, 1622 Rn. 22). **Die Kammer ist auch nach diesem verminderten Beweismaß nicht davon überzeugt, dass bei pflichtgemäßem Verhalten der Beklagten von Anfang an das später implementierte Lohnfertigungsmodell entwickelt und umgesetzt worden wäre.** Es liegt vielmehr die Annahme sehr viel näher, dass bei pflichtgemäßem Verhalten der Beklagten sowohl die Klägerin wie auch die K.ch. und K.f. jeweils isoliert Anträge auf Begrenzung der EEG-Umlage im Hinblick auf ihre jeweils verbrauchten Mengen gestellt hätten.

[83] a) Das Lohnfertigungsmodell wurde „aus der Not geboren“ in einer Situation, in welcher die Klägerin die nachträgliche Aberkennung sämtlicher Vorteile aus der Begrenzung der EEG-Umlage fürchtete und gegenüber dem BAFA die Annahme zu rechtfertigen suchte, die Klägerin sei wirtschaftlich als Betreiberin sämtlicher Produktionsanlagen anzusehen, so dass insgesamt von der Klägerin selbst verbrauchter Strom vorliege (Anwaltsschriftsatz an das BAFA vom 26.11.2015,

Anlage K 89). Auch wenn die Klägerin damit gegenüber dem BAFA nicht durchgedrungen ist, so war damit doch die Überlegung auf dem Tisch, durch eine andere rechtliche Gestaltung die gesamten Produktionsprozesse der Klägerin als alleiniger Inhaberin des Netzanschlusspunkts zuzuordnen. Für solche Überlegungen, welche notwendig mit Beraterkosten einhergehen, hätte überhaupt keine Notwendigkeit bestanden, nachdem mit der Einzelantragstellung jeder Gesellschaft eine einfach umzusetzende und unproblematisch zulässige Möglichkeit gegeben war.

[84] b) Das von der Klägerin schlussendlich umgesetzte Modell der Auftragsfertigung ist gegenüber Einzelantragstellung auch überhaupt nicht günstiger, und zwar weder nach der (maßgeblichen) ex-ante-Betrachtung, noch ex post.

[85] Wie sich aus den von der Klägerin (unter Beteiligung der Beklagten) selbst angestellten und als Zahlenwerk unstreitigen Berechnungen ergibt, wäre gerade für das erste Begrenzungsjahr (2005) das Lohnfertigungsmodell ungünstig: Während bei isolierter Antragstellung die K.ch. mit einer Stromkostenintensität von 18,16 % den Schwellenwert des EEG 2004 von 15 % erreicht hätte, wäre bei einer konsolidierten Betrachtung aller drei Gesellschaften die Stromkostenintensität durch die niederen Werte der anderen Gesellschaften auf 12,90 % „verwässert“ und damit die Schwelle verfehlt worden (Anlage K 4, dort Anlage 5 rechte Spalte und Anlage 9). Gerade im Jahr 2004 musste daher die Einzelantragstellung als günstiger erscheinen.

[86] Auch ex post erweist sich das Lohnfertigungsmodell bei näherem Hinsehen nicht nur als lediglich marginal besser (wie das Gericht in der mündlichen Verhandlung noch angenommen hat), sondern sogar als ungünstiger. Das Vorbringen der Klägerin, wonach auf der Grundlage des Lohnfertigungsmodells in allen Streitgegenständlichen Jahren mit Ausnahme des Begrenzungsjahrs 2005 der gesetzliche Schwellenwert der Stromkostenintensität überschritten gewesen wäre, stimmt mit dem von der Klägerin vorgelegten Zahlenwerk nicht überein. Denn auch im Begrenzungsjahr 2007 wäre bei einer konsolidierten Berechnung der Stromkostenintensität mit einem Wert von 14,39 % (Anlage K 4, dort Anlage 5 rechte Spalte und Anlage 9) der Schwellenwert von 15 % nach EEG 2004 verfehlt worden. Abweichend vom Vorbringen in der Klage hat daher die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 29.06.2015 an das BAFA auch ausgeführt, „dass der integrierte Standort für sich betrachtet bis auf die Antragsjahre 2004 und 2006 die Anforderungen an die Stromkostenintensität erfüllt hätte“ (Anlage K 4 S. 8 unten).

[87] c) Dem kann die Klägerin nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass bei der erstmaligen Antragstellung unter Mitwirkung der

Beklagten noch das EEG 2003 galt, welches für die Begrenzung der EEG-Umlage einen Jahresstromverbrauch von mindestens 100 GWh verlangte, was eine konsolidierte Betrachtung nahelegte, um diesen Schwellwert erreichen zu können. Die Geltung des EEG 2003 hätte zur Entwicklung des Lohnfertigungsmodells schon deshalb keinen Anlass gegeben, weil auf der Grundlage der Daten des Geschäftsjahres 2002/2003 die nach EEG 2003 maßgebliche Stromkostenintensität oberhalb 20 % weder bei konsolidierter Betrachtung noch bei isolierter Betrachtung erreicht worden wäre. Vielmehr erschien auf dieser Datenbasis bei einer konsolidierten Stromkostenintensität von 12,90 % das Erreichen der Schwelle von 20 % als unrealistisch, während bei der K.ch. mit einer isolierten Stromkostenintensität von 18,16 % aus der ex-ante-Perspektive das künftige Überschreiten der Schwelle von 20 % als möglich erscheinen musste. Nachdem mit dem EEG 2004 der Schwellwert des jährlichen Stromverbrauchs auf 10 GWh und der Stromkostenintensität auf 15 % gesenkt worden war, bestand für die Entwicklung des Lohnfertigungsmodells mit dem Ziel, den Schwellwert des Stromverbrauchs zu überschreiten, erst recht keine Veranlassung mehr.

### [88] 3. Schaden durch Nachzahlung von EEG-Umlage

[89] a) Die Klägerin hat auf der Grundlage der mit dem BAFA getroffenen Verständigung an die 50Hertz Transmission GmbH netto 28.091.706,72 € bezahlt (überwiesen wurden 30.095.771,51 € [Anlagen K 99, K 100], in diesem Betrag ist jedoch auch Umsatzsteuer für den abgenommenen Strom enthalten, welche nicht als Schaden geltend gemacht ist). Wären keine aufgrund fehlerhafter Antragstellung fehlerhaften Begrenzungsbescheide ergangen, so wäre es zu dieser Nachzahlung für die Vergangenheit nicht gekommen. Nachdem allein die Klägerin als Netzanschlussinhaberin zur Zahlung der EEG-Umlage verpflichtet ist, die Klägerin sich in eigener Person durch die Vergleichsvereinbarung mit der 50Hertz Transmission GmbH dieser gegenüber verpflichtet hat und auch die Klägerin selbst diese Zahlung geleistet hat, handelt es sich bei diesem Schadensposten um einen eigenen Schaden der Klägerin. Dem steht nicht entgegen, dass die von der Klägerin nachentrichtete EEG-Umlage sich auf Strommengen bezieht, welche nicht von der Klägerin, sondern von der K.ch. und der K.f. verbraucht worden waren. Denn nachdem weder K.ch. noch K.f. Inhaberin eines Anschlusspunkts zum öffentlichen Stromnetz waren, waren diese Gesellschaft weder gegenüber einem Netzbetreiber zur Entrichtung von EEG-Umlage verpflichtet, noch haben sie EEG-Umlage bezahlt. Da die Klägerin folglich einen eigenen Schaden geltend macht, kommt es nicht darauf an, ob die K.ch. und die K.f. in den Schutzbereich des von der Klägerin mit der Beklagten geschlossenen Mandatsverhältnisses einbezogen sind.

[90] b) Von der an die 50Hertz Transmission GmbH geleisteten Zahlung ist der Erlös aus dem Verkauf des zusätzlich bezogenen Stroms an der Strombörse in Höhe von 3.079.423,81 € abzuziehen, welchen die Klägerin sich auch anrechnen lässt.

[91] Soweit die Beklagte eingewandt hat, durch den Verkauf an der Strombörse habe die Klägerin den Strom unter Wert verkauft und damit ihre Schadensminderungspflicht verletzt, greift dieser Einwand nicht durch. Wie sich aus der Anlage K 101 ergibt, hat die Klägerin die zusätzlich abgenommenen Strommengen über ihren Stromversorger E. AG vermarktet. Einen anderen, für die Klägerin zumutbaren Weg, die zusätzlich eingekaufte und nicht benötigte Strommenge abzusetzen, zeigt die Beklagte nicht auf. Allein der Umstand, dass in einer Excel-Berechnung zu einem anderen Zeitpunkt mit einem Gesamtwert des Stroms in Höhe von 4.084.303 € gerechnet worden war (Anlagenkonvolut W. 9) genügt schon angesichts der Volatilität von Strompreisen nicht, um eine Verletzung der Schadensminderungspflicht darzulegen.

[92] c) Im Wege des bei der Schadensberechnung anzustellenden Gesamtvermögensvergleichs ist ferner zu berücksichtigen, dass die Klägerin aufgrund der fehlerhaften Antragstellung zunächst die Begrenzung der geschuldeten EEG-Umlage auch im Hinblick auf solche Strommengen erwirkt hat, bezüglich derer bei pflichtgemäßem Handeln der Beklagten keine Begrenzung der EEG-Umlage erfolgt wäre. Im Ergebnis kann die Klägerin die an die 50Hertz Transmission GmbH entrichtete Nachzahlung von EEG-Umlage daher nur im Hinblick auf solche Strommengen geltend machen, bezüglich derer bei pflichtgemäßem Verhalten der Beklagten und korrekter Antragstellung die Begrenzung erfolgt wäre.

[93] Im Falle der Einzelantragstellung sämtlicher Gesellschaften am Standort wäre in nachfolgendem Umfang die Begrenzung der EEG-Umlage für Strommengen erfolgt, welche aufgrund der teilweisen Rücknahme der fehlerhaften Begrenzungsbescheide der EEG-Umlage unterlagen:

[94]	
2005	1.051.586,42 €
2006	515.100,57 €
2007	2.266.236,63 €
2008	726.110,13 €
2009	1.712.791,19 €
2010	1.911.832,43 €
2011	2.919.161,57 €
2012	3.021.515,16 €
2013	4.618.829,64 €
2014	4.574.788,60 €
2015	- €
Summe	23.317.952,34 €

[95] Streitig ist die vorstehende Übersicht, zu deren Berechnung im Einzelnen auf die Anlage K 154 sowie deren partielle Korrektur durch die Anlage K 159 Bezug genommen wird, zuletzt allein noch im Hinblick auf die Frage, ob die EEG-Umlage im Begrenzungsjahr 2012 - wie von der Klägerin in ihrer Schadensberechnung angenommen - durch die Regelung des § 6 AusglMechV begrenzt wird, wovon ein Teilbetrag in Höhe von 239.292 € abhängt (vgl. Berechnung der Beklagten in Anlage W. 16). Insoweit erachtet die Kammer die Rechtsauffassung der Klägerin als zutreffend, wonach die Regelung des § 6 AusglMechV trotz ihrer Aufhebung im Zuge der Verabschiedung des EEG 2012 (Artikel 2 des Gesetzes vom 28.07.2011, BGBl. I S. 1634, 1667) mit Wirkung zum 01.01.2012 (Art. 13 Abs. 1 des Gesetzes vom 28.07.2011) für das Begrenzungsjahr 2012 noch zu berücksichtigen ist, weil ausweislich § 66 Abs. 13 EEG 2012 die Neuregelung über die Besondere Ausgleichsregelung (§ 41 EEG 2012) erst für die Antragstellung im Jahr 2012 - mithin das Begrenzungsjahr 2013 - Anwendung finden sollte. Im Hinblick auf die im Jahr 2011 zu erfolgende Antragstellung für das Begrenzungsjahr 2012 verblieb es damit bei dem zum Zeitpunkt der Antragstellung geltenden Recht, was die Geltung von § 6 AusglMechV einschließt.

[96] d) Soweit die Klägerin auch bei pflichtgemäßem Verhalten der Beklagten von Anfang an höhere Beträge für die EEG-Umlage hätte zahlen müssen, hat sie durch die fehlerhaften Begrenzungsbescheide einen Zinsvorteil erwirkt, weil sie die EEG-Umlage erst später hat zahlen müssen. Dieser Zinsvorteil mindert aber den ersatzfähigen Schaden deshalb nicht, weil die an die 50Hertz Transmission GmbH geleistete Zahlung nicht allein aus der Nachentrichtung von EEG-Umlage besteht, sondern im Umfang von 2.492.914,43 € auch Zinsen enthält. Nachdem die Klägerin damit zum einen aus der zu Unrecht zu wenig bezahlten EEG-Umlage einen Zinsvorteil gezogen hat, zum anderen aber die Nachzahlung verzinsen musste, kann nach § 287 ZPO davon ausgegangen werden, dass die Effekte des Zinsvorteils und des Zinsnachteils einander neutralisieren.

#### [97] 4. Mitverschulden

[98] Der von der Beklagten vorgebrachte Einwand des Mitverschuldens greift nicht durch, weil die Beklagte die tatsächlichen Voraussetzungen dieses Einwands nicht nachzuweisen vermocht hat.

[99] a) **Allerdings traf die Klägerin eine vertragliche Obliegenheit, die Beklagte auf die Weiterleitung von Strom an die K.ch. und die K.f. hinzuweisen.** Dass die mit der Klägerin verflochtenen Unternehmen am Produktionsstandort L. ihren Strom über den Netzanschlusspunkt der Klägerin bezogen, ließ sich durch bloße Inaugenscheinnahme des Standorts bei dem Besuch des Zeugen L. unstreitig nicht erkennen. Die Klägerin durfte sich

daher nicht darauf verlassen, die Beklagte werde diesen Umstand durch aufmerksame Lektüre den Auszügen aus der GuV der Klägerin entnehmen, sondern hätte hierauf spätestens dann hinweisen müssen, als ihr der Bescheid des BAFA vom 04.08.2004 aufgrund § 11a EEG 2003 zugeht, in welchem es ausdrücklich heißt: „Die Begrenzung erstreckt sich nur auf den aus dem Netz für die allgemeine Versorgung bezogenen Stromverbrauch des Unternehmens. Von diesem Unternehmen an Dritte weitergeleitete Strommengen sind von der Begrenzung ausgeschlossen“ (Anlage K 10a). Auch der Umstand, dass die Klägerin auf Frage ihres Energieversorgers die Weiterleitung von Strom verneinte (Anlagen W. 3-5) und diese Unterlagen der Beklagten übermittelte, verpflichtete die Klägerin zu einem Hinweis an die Beklagte, dass die Klägerin unter Weiterleitung von Strom an „Dritte“ nicht die Versorgung ihrer Tochter- bzw. Schwestergesellschaft am selben Standort über den Netzanschlusspunkt der Klägerin verstand.

[100] b) Es lässt sich nicht feststellen, dass die Klägerin ihre Hinweisobliegenheit verletzt hat.

[101] Nach dem Vorbringen der Klägerin habe sie durch die Zeugen L. und G. bereits im ersten Gespräch den für die Beklagte handelnden Zeugen Le. auf die Weiterleitung von Strom an verbundene Unternehmen ausdrücklich hingewiesen und vom Zeugen Le. die sinngemäße Antwort erhalten, die verbundenen Unternehmen seien nicht als „Dritte“ anzusehen. Dieses Vorbringen der Klägerin hat die für die tatsächlichen Voraussetzungen des Mitverschuldenseinwands beweisbelastete Beklagte nicht zu widerlegen vermocht.

[102] Der Zeuge L. (welcher im Protokoll vom 25.07.2018 [GA II 252] aufgrund eines Schreibversehens als Zeuge „Li.“ bezeichnet wird) war und ist der Geschäftsführer der Muttergesellschaft der Klägerin, war jedoch nach seinen Angaben zum Zeitpunkt des Auftaktgesprächs mit der Beklagten noch mit den Themen des Standorts L. befasst, weil er zuvor dort Leiter des Rechnungswesens und Controllings gewesen war und seinen Nachfolger noch nicht eingearbeitet hatte. Der Zeuge L. hat angegeben, es sei eine zentrale Frage des Gesprächs gewesen, ob verbundene Unternehmen als Dritte anzusehen seien, was Herr Le. verneint habe. Auch der Zeuge G. - Mitarbeiter der Buchhaltung bei der Klägerin - gab an, dass darüber gesprochen worden sei, ob verbundene Unternehmen als Dritte anzusehen seien. Demgegenüber erinnerte der Zeuge Le. (zum damaligen Zeitpunkt Senior Manager in der Dresdner Niederlassung der Beklagten) sich an einen solchen Gesprächsinhalt nicht und erachtete es auch als lebensfremd, dass über die Gesetzesauslegung beim Vorliegen verbundener Unternehmen gesprochen worden sein sollte, nachdem die gesetzliche Neuregelung noch ganz frisch gewesen sei und es noch keine Durchführungsbestimmungen gegeben habe.

[103] Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist zumindest offen, ob die Klägerin die Beklagte ausdrücklich auf die Weiterleitung von Strom an verbundene Unternehmen hingewiesen hat.

[104] Zwar mag es auffallend erscheinen, dass die Zeugen L. und G. sich bei ihrer Vernehmung im Jahr 2018 noch an ein Detail eines Gesprächs zu erinnern angaben, welches im Jahr 2004 stattgefunden hat. Zugleich ist es aber auch lebensnah, dass die Weiterleitung von Strom angesprochen worden ist. Denn auch der Zeuge Le. hat geschildert, dass eine Betriebsbesichtigung stattgefunden und der Wertschöpfungsprozess erörtert worden sei. Wenn aber das Betriebsgelände besichtigt wurde und es bei dem Gespräch gerade um Stromverbrauch ging, so erscheint es naheliegend, dass die Zeugen L. und G. auf den Bezug des Stroms (auch) der verbundenen Unternehmen über einen Netzanschluss der Klägerin hingewiesen haben. Dies gilt erst recht angesichts des Umstands, dass der Wertschöpfungsprozess der drei Unternehmen am Standort miteinander verzahnt ist, weil die Produktion der einzelnen Unternehmen (auch) auf von den anderen Gesellschaften hergestellten Vorprodukten aufbaut. Wurde - wie der Zeuge Le. angegeben hat - der Wertschöpfungsprozess erörtert, so ist es plausibel, dass auch über das Zusammenwirken der drei Gesellschaften gesprochen worden ist.

[105] Dass der Zeuge Le. sich hieran nicht erinnert, steht dieser Annahme nicht entgegen. Denn der Zeuge Le. hat im Rahmen der in der Folgezeit erstellten Bescheinigungen die Weiterleitung von Strom nicht berücksichtigt und übersehen, dass die Stromkostenintensität nach keiner vertretbaren Normauslegung in der Weise berechnet werden kann, indem der Stromverbrauch von drei Unternehmen in das Verhältnis zur Bruttowertschöpfung nur eines Unternehmens gesetzt wird. Es erscheint daher durchaus glaubhaft, wenn der Zeuge Le. angab, sich an einen Gesprächsinhalt der Weiterleitung von Strom nicht zu erinnern - würde sich der Zeuge bei seiner Vernehmung im Jahr 2018 an einen solchen Gesprächsinhalt erinnern, so müsste er sich erst recht im Rahmen der Erstellung der von ihm mitverantworteten Bescheinigungen in den Jahren 2004 bis 2006 (Anlagen K 9a bis K 9d) daran erinnern haben, und der streitgegenständliche Fehler wäre ihm dann mutmaßlich nicht unterlaufen. Die fehlende Erinnerung des Zeugen zwingt aber nicht zu der Annahme, dass der Hinweis durch die Klägerin nicht erfolgt ist, sondern lässt sich auch damit erklären, dass der Zeuge Le. der ihm mitgeteilten Weiterleitung von Strom - gerade vor dem Hintergrund fehlender Anhaltspunkte zur Auslegung der frisch geschaffenen Besonderen Ausgleichsregelung - zunächst keine Bedeutung beigemessen hat, weil er von einer einheitlichen Betrachtung der verbundenen Unternehmen ausgegangen ist, und den für ihn im ersten Moment als bedeutungslos erachteten Umstand der Weiterleitung als bald vergessen hat.

[106] c) Ist zum Nachteil der Beklagten davon auszugehen, dass bei der Betriebsbesichtigung im Jahr 2004 ein ausdrücklicher Hinweis auf die Weiterleitung von Strommengen erfolgte, so liegt ein Mitverschulden der Klägerin nicht vor.

[107] Die Klägerin war nicht gehalten, diesen Hinweis in der Folgezeit zu wiederholen, zumal aus den der Beklagten überlassenen Erläuterungen zur GuV die Weiterleitung von Kosten für „Energie“ an die K.ch. und K.f. ersichtlich war und die Klägerin aufgrund ihres - zum Nachteil der beweisbelasteten Beklagten anzunehmenden - Hinweises im Auftaktgespräch die Kenntnis der Beklagten von den tatsächlichen Verhältnissen am Standort L. voraussetzen durfte. Im Hinblick auf die rechtliche Bewertung dieser tatsächlichen Verhältnisse durfte die Klägerin sich auf die Beklagte verlassen. **Ebenso wenig, wie ein Steuerberater sich regelmäßig nicht darauf berufen kann, der Mandant hätte die Unrichtigkeit der steuerlichen Beratung selbst erkennen können und müssen** (BGH, Urteil vom 17.03.2011 - IX ZR 162/08, WM 2011, 1529 Rn. 12 mwN), **kann ein Wirtschaftsprüfer, welcher die Angaben von Organen der Gesellschaft zu prüfen hat, sich damit entlasten, dass auch die Organe ein Verschulden treffe** (BGH, Urteil vom 27.02.1975 - II ZR 111/72, NJW 1975, 974, 977). Der anders zu beurteilende Fall vorsätzlicher Schadensverursachung durch die Organe des Mandanten (BGH, Urteil vom 10.12.2009 - VII ZR 42/08, BGHZ 183, 323 Rn. 54 ff.), steht hier nicht in Frage.

#### [108] 5. Verjährung

[109] Die von der Beklagten erhobene Verjährungseinrede greift insoweit durch, als die Klägerin mit ihrer hilfsweise nach dem Modell hypothetischer Einzelantragstellung geltend gemachten Schadensberechnung für einzelne Begrenzungsjahre einen über die Angaben der Klageschrift hinausgehenden Schadensbetrag fordert. Im Übrigen sind die Klageforderungen nicht verjährt.

[110] a) Die Verjährung der Klageforderungen hat gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB einheitlich erst mit Ablauf des 31.12.2015 begonnen.

[111] Vor dem Jahr 2015 fehlt es bereits am **Entstehen eines Schadensersatzanspruchs** als Voraussetzung sowohl der kenntnisabhängigen Verjährung nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB wie auch der kenntnisunabhängigen Verjährung nach § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB. Nachdem die Klägerin zunächst antragsgemäße, wenn auch rechtswidrige Begrenzungsbefehle erlangt hatte, begründete die Möglichkeit, das BAFA könne diese Befehle nach § 48 VwVfG zurücknehmen, nach **der sog. Risiko-Schaden-Formel** (vgl. BGH, Urteil vom 16.07.2015 - IX ZR 197/14, WM 2015, 1622 Rn. 76) lediglich eine Vermögensgefährdung, jedoch noch keinen Schaden.

Denn ob das BAFA von der Möglichkeit der Rücknahme nach § 48 VwVfG Gebrauch machen würde, war schon deshalb offen, weil bei Vorliegen der Voraussetzungen des Rücknahmetatbestands des § 48 VwVfG von der Behörde eine Ermessensentscheidung zu treffen ist, ob die Rücknahme ausgesprochen wird (BeckOK-VwVfG/Müller, Stand 01.10.2021, § 48 Rn. 38). **Ein erster Teilschaden mit der Folge des Entstehens eines Schadensersatzanspruchs ist daher erst entstanden, als die Klägerin nach der Mitteilung des Fehlers durch die Beklagte im Jahr 2015 Kosten aufwandte, um den Sachverhalt und die Rechtslage aufzuarbeiten.** Damit erfolgten sowohl die Zustellung der Klageschrift am 23.11.2017 wie auch der Klageerweiterung am 02.07.2018 noch innerhalb der mit Ablauf des 31.12.2018 eingetretenen Verjährung.

**[112] b) Die verjährungshemmende Wirkung** der Klage beschränkt sich jedoch nach allgemeinen Grundsätzen auf den Streitgegenstand. Dabei liegt nicht ein einheitlicher Streitgegenstand vor, sondern ein Fall der Klagehäufung. Auch wenn die Klägerin die Beklagte fortlaufend mit der Erstellung der Bescheinigungen nach dem EEG in der jeweils geltenden Fassung beauftragt hat und in jedem Jahr derselbe Fehler unterlaufen ist, liegt in der Tätigkeit für jedes Begrenzungsjahr ein gesonderter Lebenssachverhalt und damit in dem für jedes Begrenzungsjahr geltend gemachten Schaden ein gesonderter Streitgegenstand vor. **Der Umstand, dass in allen Jahren derselbe Fehler passiert ist, verklammert die wiederholten Fehler nicht zu einem einheitlichen Streitgegenstand** (vgl. BGH, Urteil vom 15.11.2012 - IX ZR 184/09, WM 2013, 94 Rn. 7). Bei den Summanden, aus welchen sich die Klagesumme zusammensetzt, handelt es sich daher nicht um rechtlich unselbständige Rechnungsposten eines prozessual einheitlichen Schadensersatzanspruchs, welche ohne Änderung des Streitgegenstands verschoben werden könnten, sondern um die Aufsummierung gesonderter Streitgegenstände.

**[113] Nachdem der Schadensersatz für jedes Begrenzungsjahr einen gesonderten Streitgegenstand darstellt, hat die Klage die Verjährung nur insoweit gehemmt, als hierin der Schaden für die einzelnen Begrenzungsjahre geltend gemacht worden ist.** Nachdem mit der Klage ausdrücklich kein Schadensersatz für das Begrenzungsjahr 2005 geltend gemacht worden ist, wird der Schaden aus der nachträglichen Aberkennung der Begrenzung für das Jahr 2005 vom Streitgegenstand der Klage nicht umfasst. Ebenso erschöpft sich die verjährungshemmende Wirkung der Klage im Hinblick auf die Begrenzungsjahre 2006 bis 2015 in demjenigen Schadensbetrag, welcher in der Klage für diese Begrenzungsjahre jeweils angesetzt worden ist. Indem die Klägerin mit ihrer Hilfsbegründung den Schaden nach dem Modell hypothetischer Einzelantragstellung berechnet und dabei auch für das Begrenzungsjahr 2005 Schadensersatz fordert und für die Begrenzungsjahre 2009 und (geringfügig) 2012 höhere Schadensbeträge als mit der

Klage geltend macht, liegt nicht lediglich eine andere Begründung des Streitgegenstands der Klage vor, sondern eine Klageänderung durch nachträgliche Eventualklagehäufung.

**[114]** Dem kann die Klägerin nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass sie sich bereits in der Klageschrift zur Schadensberechnung hilfsweise auf das Modell hypothetischer Einzelantragstellung gestützt hat. Denn für die Verschiedenheit des Streitgegenstands ist nicht entscheidend, ob der Schaden nach dem Modell hypothetischer Einführung des Lohnfertigungsmodells bereits im Jahr 2004 oder nach dem Modell hypothetischer Einzelantragstellung berechnet wird; hierbei handelt es sich lediglich um einen Unterschied der rechtlichen Begründung innerhalb eines einheitlichen Streitgegenstands, wie die Klägerin insoweit zu Recht geltend macht. Entscheidend ist vielmehr, dass sich der Streitgegenstand bei der Zahlungsklage auf den rechtshängig gemachten Schadensbetrag erschöpft, und die jeweiligen Begrenzungsjahre gesonderte Streitgegenstände darstellen.

**[115]** Die Bezifferung der Schäden für die Begrenzungsjahre 2005, 2009 und 2012 oberhalb der Einzelbeträge der Klageschrift durch Schriftsatz vom 30.09.2020 (GA IV 468 ff.) - korrigiert durch Schriftsatz vom 27.01.2021 (GA IV 510 f.) - stellt damit eine Klageänderung in verjährter Zeit dar. Aufgrund der erhobenen Verjährungseinrede kann daher mit der Hilfsbegründung für einzelne Begrenzungsjahre kein höherer Schaden geltend gemacht werden, als dieser Gegenstand der Klage war. Daraus ergibt sich Nachfolgendes:

**[116]** Die Klägerin hat ihren Schaden aus der nachträglich teilweise erfolgten Aberkennung der Begrenzung der EEG-Umlage in der Klage wie folgt berechnet:

**[117]**  
 25.598.792,29 € Zahlung an 50Hertz Transmission GmbH  
 (Hauptsache)  
 2.492.914,43 € Zinszahlung an 50Hertz Transmission GmbH  
 28.091.706,72 € Gesamtzahlung an 50Hertz Transmission GmbH  
 - 3.079.423,81 € Erlös an Strombörse  
 25.012.282,91 € Gesamtschaden 2005 bis 2015  
 - 1.426.838,11 € Korrektur für 2005, da auch bei Auftragsfertigung keine Begrenzung  
 23.585.444,80 € Geltend gemachter Schadensersatzanspruch

**[118]** Werden nun die Einzelbeträge, aus welchen sich die vorstehend bezeichnete Forderung nach der Klageschrift aufgliedert, den hilfsweise geltend gemachten Einzelbeträgen gegenübergestellt, so ergibt sich Nachfolgendes:

**[119]**

Begrenzungsjahr – Klage – Hilfsbegründung – Hilfsbegründung, gedeckelt auf Klage

2005	1.051.586,42 €	0
2006	547.461,32 €	515.100,57 €
2007	3.212.853,56 €	2.266.236,63 €
2008	996.296,42 €	726.110,13 €
2009	1.284.836,24 €	1.712.791,19 €
2010	1.912.162,94 €	1.911.832,43 €
2011	2.920.135,66 €	2.919.161,57 €
2012	3.021.154,08 €	3.021.154,08 €
2013	4.839.690,18 €	4.618.829,64 €
2014	4.831.279,09 €	4.574.788,60 €
2015	19.575,31 €	0
	23.585.444,80 €	21.838.049,89 €

**[120]** Unter dem Gesichtspunkt der Verjährungseinrede beschränkt sich der durchsetzbare Schadensersatzanspruch im Hinblick auf die Nachzahlungsverpflichtungen nach teilweiser Aufhebung der Begrenzungsbescheide folglich auf 21.838.049,89 €.

**[121] 6. Ausschlussfrist**

**[122]** Die Beklagte kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass Ziffer 9 Abs. 3 Satz 1 AAB (Anlage K 58) eine **Ausschlussfrist zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen** innerhalb eines Jahres nach Kenntniserlangung und innerhalb von fünf Jahren nach dem anspruchsbegründenden Ereignis vorsieht, ohne dass es auf die zwischen den Parteien streitige

Frage ankäme, im Hinblick auf welche Antragsjahre die AAB als allgemeine Geschäftsbedingungen in das Mandatsverhältnis der Parteien einbezogen worden sind. **Die Ausschlussfrist der Ziffer 9 Abs. 3 Satz 1 AAB erstreckt sich auf jegliche Prüfungsmandate (vgl. Ziffer 1 Absatz 1 AAB) und damit auch auf Mandate der Jahresabschlussprüfung.** Damit verstößt die Regelung gegen § 323 Abs. 4 HGB und ist **damit in vollem Umfang unwirksam**, da eine geltungserhaltende Reduktion allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht stattfindet. Auf die Frage, inwieweit § 323 Abs. 4 HGB auf das Mandatsverhältnis der Parteien anwendbar ist, kommt es daher in diesem Zusammenhang nicht an.

**[123] 7. Haftungsbegrenzung der Höhe nach**

**[124]** Soweit die Beklagte sich auf gesetzliche und vertragliche Begrenzungen für die Haftung der Höhe nach beruft, greift dieser Einwand im Hinblick auf die Begrenzungsjahre 2012 und 2013 durch, im Übrigen hingegen nicht.

**[125] a)** Im Hinblick auf sämtliche streitgegenständlichen Begrenzungsjahre ist die Regelung des § 323 Abs. 2 Satz 1 HGB a.F. entsprechend anwendbar, wonach sich im Falle einer gesetzlichen Pflichtprüfung die Schadensersatzpflicht des Prüfers bei fahrlässigem Handeln auf 1 Mio. € je Testat beschränkt.

**[126]** Mit der am 01.01.2012 in Kraft getretenen Neufassung aufgrund des Gesetzes vom 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634) sind in § 41 Abs. 2 Satz 2 EEG 2012 im Hinblick auf die dem Antrag beizufügende Bescheinigung eines Wirtschaftsprüfers die Vorschriften der § 319 Abs. 2 bis 4, § 319b Abs. 1, § 320 Abs. 2 und § 323 HGB für entsprechend anwendbar erklärt worden, so dass ab dem Antragsjahr 2012 (d.h. ab dem Begrenzungsjahr 2013) die Haftungshöchstsumme des § 323 Abs. 2 HGB kraft ausdrücklicher gesetzlicher Verweisung anwendbar ist. Auch im Hinblick auf den vor dem 01.01.2012 geltenden Rechtszustand ist jedoch eine analoge Anwendung geboten. Der detaillierten gesetzlichen Regelung über die Jahresabschlussprüfung kommt eine Leitbildfunktion für die Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers bei einer gesetzlich vorgeschriebenen Prüfung zu, bei welchen eine vergleichbar detaillierte Ausgestaltung vom Gesetzgeber nicht als erforderlich angesehen worden ist. Diese Leitbildfunktion etwa für die Aufdeckung von Verstößen (§ 317 Abs. 1 Satz 3 HGB) und die Inhabilität (§ 319 Abs. 3 HGB) und die vergleichbare Interessenlage rechtfertigen eine jedenfalls analoge Anwendung auch der Haftungshöchstsumme des § 323 Abs. 2 HGB (Haber-sack/Schürmbrand in Staub, HGB, 5. Aufl., § 323 Rn. 8; BeckOK-HGB/Häublein/Hoffmann-Theinert, Stand 15.10.2021, § 323 Rn. 5; Schmidt/Feldmüller in Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Aufl., § 323 Rn. 4; Böcking/Gros/Rabenhorst in Ebenroth u.a., HGB, 4. Aufl., § 323 Rn. 2; Schaible, Haftung

von Wirtschaftsprüfern, 2021, S. 101 ff.). Hiervon ist der Gesetzgeber mit der Einführung der gesetzlichen Verweisung in § 41 Abs. 2 Satz 2 EEG 2012 auch ausgegangen, indem in der Gesetzesbegründung die Verweisung als eine solche lediglich „redaktioneller Art“ bezeichnet worden ist (BT-Drucks. 17/6071 S. 84).

**[127]** Hiergegen kann nicht mit Erfolg eingewandt werden, dass bei den nach dem EEG zur Begrenzung der EEG-Umlage erforderlichen Bescheinigungen eines Wirtschaftsprüfers keine der Jahresabschlussprüfung vergleichbare Pflichtprüfung vorliege, weil keine Verpflichtung bestehe, eine solche Bescheinigung einzuholen. Richtig ist zwar, dass anders als bei der Prüfungspflicht eines Jahresabschlusses nach § 316 Abs. 1 Satz 1 HGB die Einholung einer Bescheinigung eines Wirtschaftsprüfers nach dem EEG nicht schlechterdings vorgeschrieben sind, weil keine rechtliche Verpflichtung besteht, von der Möglichkeit der Begrenzung der EEG-Umlage Gebrauch zu machen. Wenn ein solcher Antrag gestellt werden soll - was bei Vorliegen der materiellen Voraussetzungen einem Gebot der Wirtschaftlichkeit entspricht - ist die Vorlage einer Wirtschaftsprüferbescheinigung aber zwingend, wobei deren notwendiger Inhalt gesetzlich ausgestaltet ist. Wertungsmäßig steht das Mandat zur Erteilung einer solchen Bescheinigung nach dem EEG damit dem Fall einer Pflichtprüfung gleich.

**[128]** b) Wird ein Auftrag erteilt, der über den Inhalt der gesetzlichen Pflichtprüfung hinausgeht, so gilt die Regelung des § 323 Abs. 2 HGB auf solche Ergänzungen nicht (MünchKomm-HGB/Ebke, 4. Aufl., § 323 Rn. 18; BeckOGK-HGB/Bormann, Stand 15.11.2020, § 323 Rn. 25). Im Hinblick auf die Begrenzungsjahre 2005 bis 2011 sowie 2014 kommt die gesetzliche Haftungsbegrenzung des § 323 Abs. 2 HGB a.F. daher nicht zur Anwendung, weil das Mandatsverhältnis der Parteien sich nicht auf die gesetzlich vorgeschriebene Prüfung für die Besondere Ausgleichsregelung nach dem EEG in der jeweils geltenden Fassung beschränkt hat, sondern zwischen den Parteien ein weiteres Mandatsverhältnis begründet worden ist, indem die Beklagte in den Antragsjahren 2004 bis 2010 sowie 2013 die Berechnung der Bruttowertschöpfung der Klägerin und daraus abgeleitet die Stromkostenintensität selbst vorgenommen hat.

**[129]** 1) **Ob eine Tätigkeit Teil der Pflichtprüfung ist**, muss anhand der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Gesamtkonzepts der gesetzlichen Prüfung beurteilt werden, während äußere Anknüpfungspunkte wie eine gesonderte Auftragserteilung, Berichterstattung und Abrechnung lediglich indizielle Bedeutung haben (Schmidt/Feldmüller in Beck'scher Bilanzkommentar, 12. Aufl., § 323 HGB Rn. 161; vgl. auch Ebke, aaO Rn. 17; Bormann, aaO). Für die Frage, ob die Berechnung der Bruttowertschöpfung ein gesondertes Mandatsverhältnis begründet hat, ist daher nicht maßgeblich, dass die

Beklagte über die Berechnung der Bruttowertschöpfung weder einen gesonderten Bericht erstellt hat (welcher neben dem Bericht über die Prüfung der Bruttowertschöpfung ohnehin inhaltlich ohne Mehrwert gewesen wäre) und auch kein gesondertes Honorar vereinbart worden ist. Entscheidend ist vielmehr, ob sich die Berechnung der Bruttowertschöpfung noch als Teil des Prüfungsmandats oder aber als aliud gegenüber dem Prüfungsmandat darstellt. Hiernach kann die Berechnung der Bruttowertschöpfung inhaltlich nicht mehr als Teil des Prüfungsmandats begriffen werden, weil es sich um eine gesetzlich mit dem Prüfungsmandat unvereinbare Tätigkeit handelt.

**[130]** Die Inhabilität eines Wirtschaftsprüfers, welcher die Bruttowertschöpfungsberechnung selbst vorgenommen hat, zur Erteilung der Bescheinigungen nach dem EEG in der jeweils geltenden Fassung ergibt sich ab 01.01.2012 aus der Verweisung in § 41 Abs. 2 Satz 2 EEG 2012 (auch) auf § 319 Abs. 3 HGB, für die vorangegangenen Zeiträume aus der - wie ausgeführt - entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Jahresabschlussprüfung auf andere gesetzlich vorgeschriebene Prüfungen, welche im Hinblick auf die Inhabilität nach § 319 Abs. 3 HGB durch die Berufssatzung der Wirtschaftsprüferkammer für Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer in der jeweils geltenden Fassung (gegenwärtig § 31 Abs. 1 und 2 BS WP/vBP 2016) auch ausdrücklich angeordnet wird. Hiernach wird die Besorgnis der Befangenheit (§ 49 Var. 2 WiPRO) bei allen gesetzlich vorgeschriebenen Prüfungen unwiderleglich vermutet, wenn der Tatbestand des § 319 Abs. 3 HGB erfüllt ist. Aufgrund des Verbots der Selbstprüfung ist ein Wirtschaftsprüfer, welcher die Bruttowertschöpfung und - daraus abgeleitet - die Stromkostenintensität selbst berechnet hat, aufgrund eines absoluten Befangenheitsgrunds davon ausgeschlossen, die für die Besondere Ausgleichsregelung im EEG in der jeweils gültigen Fassung vorgesehenen Bescheinigungen zu erstellen. Nachdem die Klägerin der Beklagten in den Antragsjahren 2004 bis 2010 sowie 2013 keine Berechnung der Bruttowertschöpfung und Stromkostenintensität vorgelegt hat, sondern diese Berechnung von der Beklagten - uno actu mit deren Prüfung - selbst vorgenommen wurde, hat die Beklagte gegen das Verbot der Selbstprüfung verstoßen. Aufgrund der Unvereinbarkeit ihrer Tätigkeit mit dem Prüfungsmandat kann die Vornahme der Berechnung von Bruttowertschöpfung und Stromkostenintensität daher nicht als inhaltlicher Teil der Prüfungstätigkeit verstanden werden, weshalb insoweit ein gesondertes Mandatsverhältnis vorliegt, für welches § 323 Abs. 2 HGB nicht gilt.

**[131]** 2) Soweit die Beklagte hiergegen unter Bezugnahme auf ein vorgelegtes Privatgutachten (Anlage W. 17) vorgebracht hat, nach EEG 2004, EEG 2009 und EEG 2012 sei lediglich die Stromkostenintensität, nicht aber die Bruttowertschöpfung

Gegenstand der erforderlichen Wirtschaftsprüfer-Bescheinigungen, entbehrt dies jeglicher Überzeugungskraft. Die Berechnung der Stromkostenintensität - welche nach Auffassung des Privatgutachters Gegenstand der Wirtschaftsprüfer-Bescheinigungen sein soll - erschöpft sich in der Bildung des Quotienten aus Stromkosten (Dividend) und Bruttowertschöpfung (Divisor). Stehen diese beiden Größen fest, so ist die Bildung des Quotienten allein eine Frage der Arithmetik. Will man den Inhalt der gesetzlich vorgeschriebenen Wirtschaftsprüfertätigkeit nicht auf die Frage verkürzen, ob das geprüfte Unternehmen mit einem Taschenrechner umgehen kann, so sind bei der Prüfung der Stromkostenintensität folglich zwingend die Stromkosten sowie die Bruttowertschöpfung zu prüfen. Absehen hiervon hat die Beklagte in den Antragsjahren 2004 bis 2010 sowie 2013 nicht nur die Bruttowertschöpfung, sondern auch die Stromkostenintensität selbst berechnet, so dass folgerichtig auch nach der Rechtsauffassung des Privatgutachters ein Fall der Inhabilität vorliegt.

[132] Auf die weitere Annahme des Privatgutachters, wonach Gegenstand der Wirtschaftsprüferbescheinigungen nach EEG 2014 nur die Bestandteile der Bruttowertschöpfung seien, nicht aber die Bruttowertschöpfung selbst, kommt es nicht an, weil die Klägerin für die nach Inkrafttreten des EEG 2014 entfaltete Tätigkeit der Beklagten - im Hinblick auf das Begrenzungsjahr 2015 - keinen Schadensersatz oberhalb 1 Mio. € fordert. Lediglich der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass die Kammer die Rechtsauffassung des Privatgutachters auch insoweit nicht nachzuvollziehen vermag, wonach der Wirtschaftsprüfer bei der Erstellung der Bescheinigung nach § 64 Abs. 3 EEG 2014 die Bruttowertschöpfung nicht zu prüfen habe, obwohl § 64 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. c) a.E. EEG 2014 ausdrücklich von „Prüfung der Bruttowertschöpfung“ spricht und überdies sich aus den „Bestandteile[n] der Bruttowertschöpfung“ (§ 64 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. c) EEG 2014) zugleich die Bruttowertschöpfung selbst ergibt. Überdies hat die Beklagte im Hinblick auf die Antragstellung nach EEG 2014 für das Begrenzungsjahr 2014 auch die Bestandteile der Bruttowertschöpfung selbst ermittelt, so dass auch insoweit selbst auf der Grundlage der Rechtsauffassung des Privatgutachters ein Fall der Inhabilität vorliegt.

[133] 3) Die Berechnung der Bruttowertschöpfung durch die Beklagte war zwar im Hinblick auf die von der Klägerin erwirtschaftete Bruttowertschöpfung fehlerfrei, es handelte sich aber nicht um diejenige Bruttowertschöpfung, welche mit den (gesamten) in Ansatz gebrachten Stromkosten der Klägerin erzielt worden war, weshalb die Berechnung der Stromkostenintensität fehlerhaft war. Liegt im Hinblick auf die Berechnung der Bruttowertschöpfung und der Stromkostenintensität ein gesondertes Mandatsverhältnis vor, bei welchem es sich nicht um ein Prüfungsmandat handelt und auf welches daher § 323 Abs. 2 HGB keine Anwendung findet, so haftet die Beklagte

aus diesem Mandatsverhältnis der Höhe nach unbegrenzt. Besteht daher ein gesondertes Mandatsverhältnis neben dem Prüfungsmandat, so kommt es nicht auf die Frage an, ob der Wirtschaftsprüfer *im Hinblick auf seine Prüfungstätigkeit* auch dann nur nach Maßgabe des § 323 Abs. 2 HGB haftet, wenn das Prüfungsmandat wegen Verstoßes gegen § 319 HGB nach § 134 BGB nichtig ist.

[134] c) Im Hinblick auf die Begrenzungsjahre 2012 und 2013 (Antragsjahre 2011 und 2012) verbleibt es entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin bei der Haftungshöchstgrenze von 1 Mio. € nach § 323 Abs. 2 HGB a.F.

[135] Die Handhabung in diesen beiden Jahren unterscheidet sich von derjenigen der anderen Jahre, weil die Beklagte nicht die Berechnung der Bruttowertschöpfung und Stromkostenintensität „von Grund auf“ vorgenommen hat, sondern die Klägerin selbst die Anlagentabellen zu den Antragsvordrucken mit Daten befüllt hat. Es mag sein, dass die Beklagte insoweit noch Korrekturen und Ergänzungen an den von der Klägerin eingetragenen Daten vorgenommen hat, wie die Klägerin vorbringt, jedenfalls hat die Klägerin aber in diesen beiden Jahren der Beklagten ein Zahlenwerk vorgelegt, welches von der Beklagten geprüft werden konnte. Die Vornahme von Korrekturen begründet nach Auffassung der Kammer der Kammer keinen Fall der Inhabilität entsprechend § 319 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a HGB, weil es sich zumindest um eine Mitwirkung untergeordneter Bedeutung (§ 319 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 a.E. HGB) handelt. Insoweit ist zu sehen, dass auch im Falle der Prüfung des Jahresabschlusses der Abschlussprüfer nicht das Testat verweigern muss, wenn er Korrekturbedarf an dem ihm zur Prüfung vorgelegten Jahresabschluss erkennt, sondern auf Änderungsbedarf hinweisen darf, um sodann einen seiner Anregung entsprechend geänderten Abschluss zu testieren. Eine Anpassung des Jahresabschlusses während des Prüfungsprozesses ist nach Einschätzung der Kammer üblich und kein Verstoß gegen das Selbstprüfungsverbot, auch wenn naturgemäß der Prüfer diejenige Änderung, welche er selbst zuvor gefordert hat, kaum beanstanden wird. Für den hier gegebenen Fall der Bruttowertschöpfung, deren Berechnung deutlich weniger komplex ist als die Aufstellung eines Jahresabschlusses, folgt hieraus, dass ein Verstoß gegen das Selbstprüfungsverbot dann nicht gegeben ist, wenn der Mandant ein prüfungsfähiges Zahlenwerk vorgelegt hat, mag dieses auch inhaltlich nicht in allen Punkten zutreffend und daher teilweise korrekturbedürftig sein.

[136] d) Soweit die Regelung des § 323 Abs. 2 HGB a.F. nicht eingreift, beschränkt sich die Haftung der Beklagten auch nicht gemäß Ziffer 9 Abs. 2 Satz 1 AAB auf 4 Mio. € je Schadensfall (hier von Bedeutung allein im Begrenzungsjahr 2014). Die Re-

gelung in Ziffer 9 Abs. 2 Satz 1 AAB, wonach die Fahrlässigkeitshaftung auf 4 Mio. € im Einzelfall - das Vierfache der Mindestversicherungssumme - begrenzt ist, ist unwirksam.

**[137]** Angesichts des eindeutigen Wortlauts von § 54a Abs. 1 Nr. 2 WiPrO, welcher keine Differenzierung nach dem Grad der Fahrlässigkeit vornimmt, liegt allerdings eine gegenüber §§ 307 ff. BGB speziellere Regelung vor, welche im Ausgangspunkt die Beschränkung der Haftung in AGB auch für Fälle grober Fahrlässigkeit ermöglicht und sich nicht als gesetzgeberisches Redaktionsversehen deuten lässt (a.A. LG Hamburg, Urteil vom 12.06.2013 - 309 O 425/08, juris Rn. 219). Dass auch für Fälle grober Fahrlässigkeit die Haftung des Wirtschaftsprüfers auf Höchstbeträge begrenzt werden kann, entspricht dabei nicht nur dem Wortlaut des § 54a Abs. 1 Nr. 2 WiPrO, sondern harmoniert auch mit der Regelung des § 323 Abs. 2 HGB a.F., welche vor der durch Gesetz vom 03.06.2021 (BGBl. I S. 1534) verabschiedeten Neuregelung lediglich eine Differenzierung zwischen fahrlässigem und vorsätzlichem Handeln vorsah, ohne nach Graden der Fahrlässigkeit zu unterscheiden.

**[138]** Die Regelung in Ziffer 9 Abs. 2 AAB in der hier maßgeblichen Fassung vom 01.01.2002 (Anlage K 81) ist jedoch deshalb unwirksam, weil diese über die Regelung des § 54a Abs. 1 Nr. 2 WiPrO hinausgeht, indem nicht lediglich Ansprüche aus „bestehenden Vertragsverhältnissen“ (§ 54a Abs. 1 WiPrO) der Höhe nach begrenzt werden, sondern „Schadensersatzansprüche jeder Art“ - mit Ausnahme der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit -, wodurch auch deliktische Schadensersatzansprüche erfasst werden. Nachdem die Regelung in Ziffer 9 Abs. 2 AAB 2002 über die gesetzliche Spezialregelung des § 54a Abs. 1 WiPrO hinausgeht, ist unterliegt sie der vollen Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB. **Der Inhaltskontrolle hält sie nach dem Rechtsgedanken des § 309 Nr. 7 Buchst. b BGB nicht stand, weil die Regelung auch grob fahrlässige Pflichtverletzungen umfasst** (Schaible, Haftung von Wirtschaftsprüfern, 2021, S. 155 ff. mwN).

**[139] e) Die Haftung der Beklagten ist auch nicht insgesamt auf eine Gesamtsumme von 5 Mio. € begrenzt.**

**[140]** Die sog. **Serienschadensklausel in Ziffer 9 Abs. 2 Satz 3 und 4 AAB 2002**, wonach mehrfaches auf gleicher Fehlerquelle beruhendes Tun oder Unterlassen als einheitliche Rechtshandlung gilt, erstreckt sich ausdrücklich nicht auf gesetzlich vorgeschriebene Pflichtprüfungen. Dabei ist auch die gesetzlich ausgestaltete Prüfung im Rahmen der Besonderen Ausgleichsregelung nach EEG als gesetzlich vorgeschriebene Pflichtprüfung im Sinne der Ziffer 9 Abs. 2 AAB anzusehen. Denn ist - wie oben ausgeführt - die Haftungshöchstsumme des § 323 Abs. 2 HGB auf die hier in Frage stehende Prüfung nach dem EEG bereits vor der Verweisung in § 41 Abs. 2 Satz 2

EEG 2012 entsprechend anzuwenden, so muss das auch für den zwingenden Charakter der Haftungsregelung gemäß § 323 Abs. 4 HGB gelten, was für die Antragsjahre ab 2012 ohnehin aus § 41 Abs. 2 Satz 2 EEG iVm § 323 Abs. 4 HGB folgt. Jedenfalls ist Ziffer 9 Abs. 2 a.E. AAB 2002 zum Nachteil der Beklagten gemäß § 305c Abs. 2 BGB dahingehend auszuulegen, dass die Erstellung der Bescheinigungen zur Besonderen Ausgleichsregelung als gesetzliche Pflichtprüfung gelten. **Im Hinblick auf die pflichtwidrige Erfüllung der Prüfungsmandate ist damit der Regelungsbereich der Serienschadensklausel nicht eröffnet.**

**[141]** Soweit aufgrund des Umstands, dass die Beklagte nicht lediglich geprüft, sondern Bruttowertschöpfung und Stromkostenintensität selbst berechnet hat, ein gesondertes Mandatsverhältnis anzunehmen ist, handelt es sich **zwar nicht um ein Prüfungsmandat**, so dass die Serienschadensklausel Geltung beansprucht. Auch insoweit greift die Regelung in Ziffer 9 Abs. 2 Satz 3 und 4 AAB aber deshalb nicht durch, weil diese der Inhaltskontrolle nach §§ 307, 310 BGB nicht standhält. Die Regelung in § 54a Abs. 1 Nr. 2 WiPrO zur Begrenzung der Haftung des Wirtschaftsprüfers durch allgemeine Geschäftsbedingungen sieht die Möglichkeit nicht vor, mehrere selbständige Schadensersatzansprüche durch die Fiktion ihrer Einheitlichkeit einer gesonderten Haftungshöchstgrenze zu unterwerfen. **Sofern § 54a Abs. 1 Nr. 2 WiPrO nicht als abschließend und die Serienschadensklausel daher schon aus diesem Grunde als unwirksam anzusehen sein sollte** (vgl. Kilian in Graf von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Stand 47. EL August 2021, Klauselwerke Wirtschaftsprüfer, Rn. 49: Verstoß gegen das Schutzkonzept des § 54a WiPrO), so unterliegt die Regelung jedenfalls der Inhaltskontrolle gemäß §§ 307, 310 BGB, welcher sie nicht standhält (Schaible, Die Haftung von Wirtschaftsprüfern, 2021, S. 161 ff.). **Die Klausel benachteiligt den Vertragspartner des Verwenders schon deshalb unangemessen, weil sie die Haftung auch für solche Fälle beschränkt, in welchen dem Verwender grobe Fahrlässigkeit oder ein Verstoß gegen Kardinalpflichten zur Last fällt.** Auch unabhängig hiervon liegt eine unangemessene Benachteiligung vor, indem aufgrund jeweils gesonderter Aufträge begründete Schadensersatzansprüche allein deshalb zusammengefasst und einer einheitlichen Höchstgrenze unterworfen werden, weil dem Wirtschaftsprüfer fortlaufend derselbe Fehler unterlaufen ist. Die Klausel würde im Ergebnis dazu führen, dass der - wie im Streitfall - fortlaufend mit einem bestimmten Gegenstand mandatierte Wirtschaftsprüfer für die Wiederholung seines Fehlers trotz erneuten Mandats überhaupt nicht mehr haften würde, sofern die Schadenssumme von 5 Mio. € bereits durch die Fehler der Vergangenheit erreicht sind und ihm nicht Vorsatz zur Last fällt. Das benachteiligt den Vertragspartner unangemessen, welcher seinerseits durch die fortlaufende Mandatierung verpflichtet wird, diese stets erneut zu vergüten.

[142–159] (...)

## Rechtsanwaltshaftung

- Rechtsschutzversicherer
- Negative Feststellungsklage
- Drittwiderklage

(BGH, Urt. v. 27.4.2022 – IV ZR 344/20)

### Leitsatz

Zur Zulässigkeit einer negativen Feststellungsklage, die der vom Rechtsschutzversicherer aus gemäß § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG übergegangenem Recht in Anspruch genommene Rechtsanwältin im Wege der isolierten Drittwiderklage gegen den Versicherungsnehmer erhebt.

### Zum Sachverhalt:

[1] Im Streit steht eine auf die Feststellung des Nichtbestehens von Ansprüchen gerichtete isolierte Drittwiderklage.

[2] Der Drittwiderbeklagte hält eine Rechtsschutzversicherung bei der - in der Revisionsinstanz nicht mehr am Rechtsstreit beteiligten - Klägerin. Diese hat die beklagte Rechtsanwältin des Drittwiderbeklagten aus gemäß § 86 VVG übergegangenem Recht wegen anwaltlicher Pflichtverletzung in Anspruch genommen. Die Beklagte hat Widerklage gegen den Drittwiderbeklagten auf Feststellung erhoben, dass diesem keine Ansprüche gegen sie zustehen. Das Amtsgericht hat die Klage als unbegründet mangels Pflichtverletzung der Beklagten und die Drittwiderklage als unzulässig mangels Feststellungsinteresses abgewiesen. Dagegen hat (nur) die Beklagte Berufung eingelegt. Das Landgericht hat die Berufung zurückgewiesen und die Revision zugelassen, mit welcher die Beklagte die Drittwiderklage weiterverfolgt.

### Aus den Gründen:

[3] Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

[4] I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts steht zwar § 33 ZPO der Zulässigkeit der nur gegen den Versicherungsnehmer erhobenen (isolierten) Widerklage nicht entgegen. Die Beklagte habe aber kein rechtlich hinreichendes Interesse an der begehrten Feststellung (§ 256 Abs. 1 ZPO). Es könne dahinstehen, ob es zwingend sei, dass sich der Drittwiderbeklagte eines Anspruchs gegen die Beklagte berühme. Jedenfalls sei die zur isolierten Drittwiderklage im Rahmen von Abtretungsverhältnissen ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf den Anspruchsübergang gemäß § 86 Abs. 1 VVG nicht übertragbar. Die Interessenlage sei nicht vergleichbar. An der Wirksamkeit des gesetzlichen Anspruchsübergangs nach § 86

Abs. 1 VVG könne es vorliegend und auch generell keinen Zweifel geben. Dies folge daraus, dass Voraussetzung des Anspruchsübergangs nicht die Leistungspflicht des Versicherers, sondern die tatsächliche Leistung sei. Nach zutreffender Ansicht finde ein Anspruchsübergang auch bei irrtümlichen Zahlungen sowie bei Kulanzleistungen des Versicherers statt.

[5] II. Das hält rechtlicher Überprüfung nur teilweise stand. Mit der gegebenen Begründung hätte das Berufungsgericht die Zulässigkeit der Drittwiderklage nicht verneinen dürfen.

[6] 1. Noch zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass § 33 ZPO der **Zulässigkeit der Drittwiderklage** nicht entgegensteht.

[7] a) Zwar setzt eine **Widerklage nach § 33 Abs. 1 ZPO** eine anhängige Klage voraus; der Widerkläger muss ein Beklagter und der Widerbeklagte muss ein Kläger sein. Daher ist eine Widerklage gegen einen bisher am Prozess nicht beteiligten Dritten grundsätzlich nur dann zulässig, wenn sie zugleich gegenüber dem Kläger erhoben wird. Eine **Drittwiderklage**, die sich **ausschließlich gegen einen am Prozess bislang nicht beteiligten Dritten** richtet (isolierte Drittwiderklage), ist **regelmäßig unzulässig** (BGH, Urteile vom 25. November 2020 - VIII ZR 252/18, BGHZ 228, 1 Rn. 25; vom 11. Oktober 2018 - I ZR 114/17, VersR 2019, 962 Rn. 18). Der Bundesgerichtshof hat aber unter Berücksichtigung des prozessökonomischen Zwecks der Widerklage, eine Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen über einen einheitlichen Lebenssachverhalt zu vermeiden und eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung über zusammengehörende Ansprüche zu ermöglichen, Ausnahmen von dem Grundsatz zugelassen, dass eine Widerklage auch gegen den Kläger erhoben worden sein muss, und zwar unter anderem für die isolierte Drittwiderklage gegen den Zedenten der Klageforderung (vgl. BGH, Urteile vom 25. November 2020 - VIII ZR 252/18, aaO Rn. 26 ff.; vom 11. Oktober 2018 - I ZR 114/17, aaO Rn. 19 ff.; vom 13. Juni 2008 - V ZR 114/07, NJW 2008, 2852 Rn. 27 f.; vom 5. April 2001 - VII ZR 135/00, BGHZ 147, 220 unter II 1 [juris Rn. 5 ff.]). **Ausschlaggebend für die Zulässigkeit einer isolierten Drittwiderklage ist danach eine in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht enge Verknüpfung der Streitgegenstände von Klage und Drittwiderklage sowie eine fehlende Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen des Drittwiderbeklagten** (BGH, Urteile vom 25. November 2020 - VIII ZR 252/18, aaO Rn. 28; vom 11. Oktober 2018 - I ZR 114/17, aaO; vom 7. November 2013 - VII ZR 105/13, NJW 2014, 1670 Rn. 16; vom 13. Juni 2008 - V ZR 114/07, aaO; vom 13. März 2007 - VI ZR 129/06, VersR 2007, 1291 Rn. 10; Beschluss vom 17. Dezember 2015 - III ZB 61/15, zfs 2016, 225 Rn. 4).

**[8] b) Ebenso liegt es entgegen der Auffassung der Revisionserwidrerung, wenn - wie im Streitfall - auf die Klage eines Versicherers aus einem gemäß § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG übergebenen Ersatzanspruch der Beklagte im Wege der isolierten Drittwiderklage die Feststellung begehrt, dass dem Versicherungsnehmer Ersatzansprüche nicht zustehen.** Die Gegenstände von Klage und Widerklage hängen tatsächlich und rechtlich eng miteinander zusammen. Da der Klage und der Drittwiderklage inhaltlich identische Ansprüche zugrunde liegen, folgt der Erfolg oder das Scheitern der Drittwiderklage grundsätzlich der Entscheidung über die Klageforderung (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2018 - I ZR 114/17, aaO Rn. 20, 31; Althammer, NJW 2019, 1613). **Schutzwürdige Interessen des Drittwiderbeklagten werden durch die Einbeziehung der Widerklage in den anhängigen Rechtsstreit nicht verletzt. Die Aufspaltung in zwei Prozesse brächte prozessökonomisch keine Vorteile, sondern Mehrbelastungen und das Risiko einander widersprechender Entscheidungen** (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2018 - I ZR 114/17, aaO Rn. 20).

**[9] 2.** Zu Unrecht hat das Berufungsgericht jedoch ein rechtliches Interesse der Beklagten an der beantragten richterlichen Feststellung (§ 256 Abs. 1 ZPO) mit der Begründung verneint, aus Sicht des in Anspruch genommenen Schuldners könne es vorliegend und auch generell keinen Zweifel an der Wirksamkeit des gesetzlichen Forderungsübergangs gemäß § 86 Abs. 1 VVG geben.

**[10]** Das Interesse an einer alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO setzt grundsätzlich voraus, dass dem Recht oder der Rechtsposition des Klägers eine gegenwärtige Gefahr oder Unsicherheit droht und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (st. Rspr.; BGH, Urteile vom 22. Januar 2019 - II ZR 59/18, NJW 2019, 1002 Rn. 12; vom 25. Juli 2017 - II ZR 235/15, NJW-RR 2017, 1317 Rn. 16 m.w.N.). Das kann hier nicht mit der vorgenannten Begründung verneint werden.

**[11] a)** Der Bundesgerichtshof hat das Feststellungsinteresse für die isolierte Drittwiderklage gegen den Zedenten der Klageforderung bejaht, mit der das Nichtbestehen der mit der Klage verfolgten Ansprüche mit Rechtskraft auch gegenüber dem Zedenten festgestellt werden soll (BGH, Urteile vom 11. Oktober 2018 - I ZR 114/17, VersR 2019, 962 Rn. 22; vom 13. Juni 2008 - V ZR 114/07, NJW 2008, 2852 Rn. 32; Beschluss vom 17. Dezember 2015 - III ZB 61/15, juris Rn. 8). Vom Standpunkt des Beklagten könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Rechtskrafterstreckung nach § 325 Abs. 1 ZPO mangels wirksamer Abtretung nicht eintrete. Die im Wege der Drittwiderklage erhobene negative Feststellungsklage sei für den Beklagten daher der sichere Weg, in demselben Rechtsstreit zu

einer auch gegenüber dem Drittwiderbeklagten der Rechtskraft fähigen Entscheidung zu kommen (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2018 - I ZR 114/17, aaO). Der Schuldner, der regelmäßig die Umstände nicht kenne, die zur Abtretung der Ansprüche geführt hätten, erhalte damit eine prozessuale Möglichkeit, einer doppelten Inanspruchnahme durch Zessionar und Zedent bereits im Erstprozess des Zessionars entgegenzuwirken (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2018 - I ZR 114/17, aaO Rn. 31).

**[12] b)** Wie die Revision zu Recht geltend macht, gilt Entsprechendes für die vorliegende Fallkonstellation. **Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann dem Rechtsanwalt das rechtliche Interesse an der Feststellung, dem Versicherungsnehmer stehe kein Anspruch gegen ihn zu, nicht mit der Begründung abgesprochen werden, der Übergang des Anspruchs auf den Versicherer könne keinem Zweifel unterliegen.**

**[13]** Der vom Rechtsschutzversicherer aus einer gemäß § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG übergebenen Forderung des Versicherungsnehmers in Anspruch genommene Rechtsanwalt ist nicht Partei des Versicherungsvertrages und kennt die dortigen Verhältnisse regelmäßig nicht. Zwar wird er meist wissen, ob und in welcher Höhe der Rechtsschutzversicherer durch Tragung der Rechtsverfolgungskosten den Schaden im Sinne von § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG ersetzt hat (vgl. BGH, Urteil vom 13. Februar 2020 - IX ZR 90/19, VersR 2020, 476 Rn. 10). Ob einer der von der Revision angeführten Sonderfälle vorliegt (etwa Kulanzleistungen des Versicherers, irrtümlich oder unter dem Vorbehalt der Rückforderung erbrachte Leistungen, arglistige Täuschung durch den Versicherungsnehmer, nicht zustande gekommener, wirksam angefochtener oder beendeter Versicherungsvertrag), entzieht sich aber typischerweise der Kenntnis des Rechtsanwalts. Ob in diesen und anderen denkbaren Fällen der Anspruchsübergang gemäß § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG ausgeschlossen ist oder entfällt und welche Folgen dies für den Ersatzanspruch hat, ist nur teilweise geklärt (vgl. Senatsurteil vom 21. April 2021 - IV ZR 169/20, VersR 2021, 772 Rn. 18 zur Leistung trotz fehlender rechtlicher Verpflichtung). Ungeklärt ist etwa, was bei einer Leistung des Versicherers aus "bewusster Liberalität" gilt (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 - IX ZR 165/19, VersR 2021, 1438 Rn. 21). Auch für andere Fälle wird in der Literatur diskutiert, dass es an einem wirksamen Anspruchsübergang fehlen kann (vgl. nur BeckOK-VVG/Rust, § 86 Rn. 52 ff. [Stand 15. Februar 2022] m.w.N. zum Streitstand). Vor diesem Hintergrund verbleibt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch für den vom Rechtsschutzversicherer in Anspruch genommenen Rechtsanwalt eine Unsicherheit, ob der gegen ihn erhobene Anspruch auf den Versicherer übergegangen ist und weiterhin diesem, nicht aber dem Versicherungsnehmer zusteht.

**[14]** 3. Ob sich die angefochtene Entscheidung aus anderen Gründen als richtig erweist (§ 561 ZPO), vermag der Senat mangels tatrichterlicher Feststellungen nicht zu entscheiden, weshalb die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

**[15]** a) Bei einer negativen Feststellungsklage entsteht das erforderliche Feststellungsinteresse des Klägers regelmäßig aus einer vom Beklagten aufgestellten Bestandsbehauptung ("Berühmung") der vom Kläger verneinten Rechtslage (st. Rspr.; BGH, Urteile vom 13. Januar 2010 - VIII ZR 351/08, NJW 2010, 1877 Rn. 19; vom 16. September 2008 - VI ZR 244/07, VersR 2009, 121 Rn. 14; jeweils m.w.N.).

**[16]** b) Zu Recht weist die Revision zwar darauf hin, für Fälle rechtsgeschäftlicher Abtretung (negative Feststellungsklage im Wege der isolierten Drittwiderklage gegen den Zedenten) sei es unerheblich, dass sich der Zedent nach der Abtretung keiner eigenen Ansprüche mehr berührt hat (BGH, Urteile vom 11. Oktober 2018 - I ZR 114/17, VersR 2019, 962 Rn. 22; vom 13. Juni 2008 - V ZR 114/07, NJW 2008, 2852 Rn. 31; Beschluss vom 17. Dezember 2015 - III ZB 61/15, juris Rn. 8). Entsprechendes gilt aber nicht, wenn - wie im Streitfall - ein gesetzlicher Anspruchsübergang gemäß § 86 Abs. 1 VVG in Rede steht. In der rechtsgeschäftlichen Abtretung kann ein Berühren des Zedenten gesehen werden, ihm stehe eine Forderung gegen den vom Zessionar in Anspruch genommenen Dritten zu (Zöller/Greger, ZPO 34. Aufl. § 256 Rn. 14a; Skusa, NJW 2011, 2697, 2700; vgl. OLG Hamm, Urteil vom 19. September 2002 - 22 U 195/01, juris Rn. 68). Ein vergleichbarer Umstand fehlt bei dem gesetzlichen Anspruchsübergang gemäß § 86 Abs. 1 VVG, der ohne Zutun des Versicherungsnehmers eintritt.

**[17]** c) **Die Rechtsstellung des Klägers einer negativen Feststellungsklage ist schutzwürdig betroffen, wenn der Beklagte geltend macht, aus dem bestehenden Rechtsverhältnis könne sich unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch gegen den Kläger ergeben** (BGH, Urteile vom 16. Mai 2017 - XI ZR 586/15, NJW 2017, 2340 Rn. 15; vom 10. Oktober 1991 - IX ZR 38/91, VersR 1992, 762 unter II 1 [juris Rn. 14]). Dies setzt eine ausdrückliche Berühmung seitens des Beklagten nicht in jedem Fall voraus (BGH, Urteil vom 13. Januar 2010 - VIII ZR 351/08, NJW 2010, 1877 Rn. 19). Andererseits reicht ein bloßes Schweigen oder passives Verhalten im Allgemeinen nicht aus (BGH, Urteil vom 22. März 1995 - XII ZR 20/94, NJW 1995, 2032 unter 3 a [juris Rn. 9]). **In der vorliegenden Fallkonstellation wird es insbesondere darauf ankommen, ob der Versicherungsnehmer vorprozessual Ansprüche gegen den Rechtsanwalt behauptet hat.** Hierzu hat das Berufungsgericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent - keine Feststellun-

gen getroffen. Gegen die Annahme eines Feststellungsinteresses für die Drittwiderklage spräche es, wenn - wie dies der Tatbestand des angefochtenen Urteils als streitigen Vortrag berichtet und worauf auch die Revisionsrüge hinweist - der Drittwiderbeklagte zu keinem Zeitpunkt behauptet hat, von der Beklagten fehlerhaft beraten worden zu sein oder sonst Ansprüche gegen sie zu besitzen. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, dem nachzugehen.

## Rechtsanwaltschaftung

- Gerichtlicher Vergleich
- Niederlegung des Willens des Mandanten
- Eindeutiger Wortlaut

(BGH, *Urt. v. 16.12.2021 – IX ZR 223/20*)

### Leitsatz

Ein Rechtsanwalt hat bei dem Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs auf eine richtige und vollständige Niederlegung des Willens seines Mandanten zu achten und für einen möglichst eindeutigen und nicht erst der Auslegung bedürftigen Wortlaut zu sorgen (Fortführung BGH, Urteil vom 17. Januar 2002 - IX ZR 182/00).

### Zum Sachverhalt:

**[1]** Die Klägerin nimmt die Beklagten aus abgetretenem Recht auf Schadensersatz aufgrund anwaltlicher Pflichtverletzung in Anspruch. Die Klägerin ist der private Krankenversicherer des am 5. März 2021 verstorbenen W. (im Folgenden: Versicherungsnehmer). Dieser nahm die Fachärztin für Orthopädie Dr. S. in einem Arzthaftungsprozess wegen eines Aufklärungsfehlers insbesondere auf Schmerzensgeld und Ersatz des Haushaltsführungsschadens, des Verdienstausfalls sowie der Pflege- und Fahrtkosten in Anspruch. In dem Verfahren wurde er durch einen in der Sozietät der Beklagten angestellten Rechtsanwalt vertreten. Am 12. Januar 2011 erging ein Grund- und Teilurteil, durch das dem Versicherungsnehmer ein Schmerzensgeld in Höhe von 200.000 € zuerkannt und ausgesprochen wurde, dass die Klage dem Grunde nach gerechtfertigt ist. Weiter wurde festgestellt, dass die beklagte Ärztin verpflichtet ist, dem (dortigen) Kläger alle zukünftigen materiellen und immateriellen Schäden, welche aus der fehlerhaften Behandlung im Februar 2004 resultieren und soweit der Kläger sie nicht [...] gesondert geltend macht, zu ersetzen, soweit Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger übergegangen sind beziehungsweise übergehen werden.

**[2]** Nach Eintritt der Rechtskraft schlossen die Ärztin und der Versicherungsnehmer am 5. November 2012 einen Vergleich, der den Rechtsstreit beendete. Danach hatte die Ärztin an den

Versicherungsnehmer weitere 580.000 € zu zahlen. Mit Erfüllung der Zahlungspflicht sollten alle Ansprüche des Versicherungsnehmers aus dem streitbefangenen Behandlungsverhältnis, soweit sie nicht auf Dritte übergegangen sind, abgegolten und erledigt sein, seien sie bekannt oder unbekannt, gegenwärtig oder zukünftig, materiell oder immateriell.

[3] Die Klägerin hat vorgetragen, sie habe ihrem Versicherungsnehmer nach Vergleichsschluss erhebliche Behandlungskosten erstattet, für die sie aufgrund des abgeschlossenen Vergleichs die Ärztin und deren Haftpflichtversicherer nicht in Regress nehmen könne. Der in der Sozietät der Beklagten angestellte Rechtsanwalt habe es schuldhaft versäumt, einen Vorbehalt für zukünftig übergehende Forderungen in den Vergleich aufzunehmen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Beklagten auf die Berufung der Klägerin nach deren zuletzt erweiterten Antrag verurteilt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision wenden sich die Beklagten gegen ihre Verurteilung.

#### Aus den Gründen:

[4] Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Entscheidung des Berufungsgerichts und zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

[5] I. Zur Begründung der Verurteilung der Beklagten hat das Berufungsgericht insbesondere ausgeführt, die Versicherungsleistungen, für die die Klägerin Ersatz begehre, habe sie nicht vor Abschluss des Vergleichs am 5. November 2012 an den Versicherungsnehmer erbracht, so dass ein Forderungsübergang nicht stattgefunden habe und die Ansprüche der Regelung des Abfindungsvergleichs unterfielen. Der Versicherungsnehmer habe wirksam auf die künftigen Ersatzansprüche für Behandlungskosten verzichtet. Diese hätten damit nicht mehr auf die Klägerin übergehen können. Etwas Anderes ergebe sich auch nicht aus § 407 Abs. 1, § 412 BGB.

[6] II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Nach dem durch das Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt haben die Beklagten ihnen obliegende Pflichten, die dem Versicherungsnehmer der Klägerin gegenüber bei Abschluss des Vergleichs in dem Arzthaftungsprozess bestanden, zwar verletzt. Ein Schaden ist hierdurch aber nicht verursacht worden. Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Anspruch des Versicherungsnehmers der Klägerin auf Ersatz der Heilbehandlungskosten sei durch den geschlossenen Vergleich abgegolten worden.

[7] 1. Der in der Sozietät der Beklagten angestellte Rechtsanwalt hat die ihm im Zusammenhang mit dem in dem Arzthaftungsprozess

abgeschlossenen Abfindungsvergleich obliegenden Pflichten dem Versicherungsnehmer der Klägerin gegenüber verletzt.

[8] a) 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). Ziel der anwaltlichen Rechtsberatung ist es, dem Mandanten eigenverantwortliche, sachgerechte Entscheidungen in seinen Rechtsangelegenheiten zu ermöglichen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2008 - IX ZR 145/05, NJW-RR 2008, 1594 Rn. 14 mwN). 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. Der Rechtsanwalt muss den Mandanten auf Vor- und Nachteile des beabsichtigten Vergleichs hinweisen und im Einzelnen darlegen, welche Gesichtspunkte für und gegen den Abschluss des Vergleichs sprechen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juli 2016 - IX ZR 291/14, NJW 2016, 3430 Rn. 8 mwN). Sieht der Vergleich vor, dass mit dessen Abschluss alle gegenseitigen Forderungen der Parteien erledigt sind (sogenannter Abfindungsvergleich), bestehen für den Auftraggeber besondere Risiken. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich die Abgeltung auch auf zukünftige, zum Zeitpunkt des Vergleichsschlusses noch unbekannte Schäden erstreckt. **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). Wegen der Eigenschaft eines Vergleichs als materiell-rechtlicher Vertrag sind insbesondere auch die Pflichten des Rechtsanwalts bei der Gestaltung von Verträgen zu beachten (vgl. Vill in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Pape/Chab, Handbuch der Anwaltshaftung, 5. Aufl., § 2 Rn. 286). **Der Rechtsanwalt hat bei einem Auftrag, der eine Vertragsgestaltung zum Gegenstand hat, den Mandanten über die rechtliche Tragweite der einzelnen Klauseln aufzuklären** (vgl. Vill, aaO Rn. 325). 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). Ein Auslegungsrisko muss ein juristischer Fachberater nach Möglichkeit vermeiden. **Den sichersten Weg hält er daher nur ein, wenn seine Erklärung unmissverständlich ist** (vgl. Vill, aaO Rn. 326). Dazu gehört die zutreffende Verwendung der einschlägigen Fachausdrücke (vgl. BGH, aaO).

[9] b) Der Wortlaut des in dem Arzthaftungsprozess geschlossenen Vergleichs ist für sich betrachtet eindeutig. Danach sind alle Ansprüche des Versicherungsnehmers aus dem streitbefangenen Behandlungsverhältnis, soweit sie nicht auf Dritte übergegangen sind, abgegolten und erledigt, seien sie bekannt oder unbekannt, gegenwärtig oder zukünftig, materiell oder immateriell. Der Wortlaut bezieht sich dabei auf alle Ansprüche des Versicherungsnehmers, die diesem aus dem streitbefangenen Behandlungsverhältnis zustehen (können) und nicht auf Dritte übergegangen sind. Damit werden auch Ansprüche des Versicherungsnehmers, die zukünftig auf Dritte übergehen würden, von dem Vergleich erfasst. Ferner erfasst wird der Anspruch des Versicherungsnehmers auf den Ersatz von Heilbehandlungskosten, die aufgrund der Schädigung angefallen und nicht auf Dritte übergegangen sind oder noch anfallen werden. Denn auch dieser Anspruch entstammt dem streitbefangenen Behandlungsverhältnis.

[10] c) Zweifel an einem so weitgehenden Regelungsinhalt des Vergleichs ergeben sich jedoch aus dem Umstand, dass der Versicherungsnehmer mit seiner Klage keinen Anspruch auf den Ersatz von Heilbehandlungskosten gegen die Ärztin geltend gemacht hat. Vielmehr hat der Versicherungsnehmer in dem Arzthaftungsprozess lediglich den Ersatz für von ihm geleistete Zuzahlungen, also für Zahlungen, die ihm nicht durch die Klägerin erstattet worden sind, verlangt. Nachdem Sinn und Zweck des Vergleichs aber die Beendigung des Rechtsstreits war, ergibt sich aus den dort streitgegenständlichen Ansprüchen die Auslegungsbedürftigkeit des nach seinem Wortlaut umfassenden Vergleichs (vgl. BGH, Urteil vom 8. Dezember 1982 - IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41, 46 mwN) hinsichtlich dessen Tragweite (vgl. BGH, Urteil vom 9. Januar 2003 - IX ZR 353/99, NJW 2003, 1036, 1037 f).

[11] Ferner ist zu berücksichtigen, dass mit dem in dem Arzthaftungsprozess ergangenen Grund- und Teilurteil festgestellt wurde, dass die beklagte Ärztin verpflichtet ist, dem Versicherungsnehmer alle zukünftigen materiellen und immateriellen Schäden, welche aus der fehlerhaften Behandlung im Februar 2004 resultieren und soweit der (dortige) Kläger sie nicht [...] gesondert geltend macht, zu ersetzen, soweit Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger übergegangen sind beziehungsweise übergehen werden. Dagegen wurde in dem nachfolgend geschlossenen Vergleich hinsichtlich des Vorbehalts eine andere Formulierung ("soweit sie nicht auf Dritte übergegangen sind") gewählt.

[12] d) Der Umstand, dass die Reichweite der Abgeltungsklausel nicht ausreichend klar formuliert wurde, begründet die Verletzung der dem Versicherungsnehmer gegenüber obliegenden Pflicht des in der Sozietät der Beklagten angestellten Rechtsanwalts zu der Gewährleistung eines unmissverständlichen Vergleichsschlusses. Denn es sind Auslegungszweifel

über den rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien und damit Rechtsstreitigkeiten gerade zu vermeiden (vgl. Fahren-dorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Die Haftung des Rechtsanwalts, 10. Aufl., Kap. 2 Rn. 224).

[13] Der Haftpflichtversicherer der Ärztin hat der Klägerin gegenüber die Auffassung vertreten, dass die durch sie geltend gemachte Forderung auf Erstattung der Behandlungskosten des Versicherungsnehmers für das Jahr 2013 aus übergegangenem Recht durch den Vergleich abgegolten sei. Jedenfalls insoweit hat sich ein Auslegungsrisiko auch verwirklicht.

[14] e) **Der Einwand der Revision, es sei nicht die Aufgabe des in der Sozietät der Beklagten angestellten Rechtsanwalts gewesen, bei dem Vergleichsschluss auch die Interessen der Klägerin zu wahren, geht fehl, denn die Pflicht zum Abschluss eines nach seinem Regelungsinhalt eindeutigen Vergleichs bestand zugunsten des Versicherungsnehmers und dessen Interesse, die Tragweite des Vergleichs einschätzen zu können. Darüber hinaus hatte der beratende Rechtsanwalt davon auszugehen, dass der Versicherungsnehmer nach dem zugrundeliegenden Vertrag über die private Krankenversicherung möglicherweise gehalten war, einen Forderungsübergang nach § 67 VVG aF nicht zu beeinträchtigen.** Denn nach § 11 der Musterbedingungen für die private Krankenversicherung (MB/KK 2009) besteht, unbeschadet des gesetzlichen Forderungsübergangs gemäß § 86 VVG nF/§ 67 VVG aF, die Verpflichtung des Versicherungsnehmers, Ersatzansprüche gegen Dritte an den Versicherer schriftlich abzutreten. Der in der Sozietät der Beklagten angestellte Rechtsanwalt hätte im Rahmen der Vertretung bei dem Vergleichsschluss diese Obliegenheit des Versicherungsnehmers bedenken und wahren müssen.

[15] 2. Dem Versicherungsnehmer ist jedoch durch die Pflichtverletzung des in der Sozietät der Beklagten angestellten Rechtsanwalts der geltend gemachte Schaden eines Anspruchsverlusts nicht entstanden. Der Vergleich ist dahin auszulegen, dass die Abgeltungsklausel den Anspruch des Versicherungsnehmers auf den Ersatz von Heilbehandlungskosten nicht mitumfasst.

[16] a) Die Auslegung von Individualvereinbarungen ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Dessen Auslegung unterliegt im Revisionsverfahren nur einer eingeschränkten Überprüfung im Hinblick darauf, ob gesetzliche Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht, etwa weil wesentliches Auslegungsmaterial unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften außer Acht gelassen worden ist (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 10. März 2020 - VI ZR 316/19, NJW 2020, 2113 Rn. 11 mwN). Leidet die tatrichterliche Auslegung an solchen revisi-

onsrechtlich beachtlichen Rechtsfehlern, bindet sie das Revisionsgericht nicht. Bei der Auslegung sind in erster Linie der von den Parteien gewählte Wortlaut und der dem Wortlaut zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen. Weiter gilt das Gebot der nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung und der Berücksichtigung des durch die Parteien beabsichtigten Zwecks des Vertrags (vgl. BGH, Urteil vom 18. Oktober 2017 - I ZR 6/16, NJW-RR 2018, 222 Rn. 32 mwN). Nichts Anderes gilt für die Auslegung von Vergleichen (vgl. BGH, Urteil vom 19. Februar 2003 - XII ZR 19/01, NJW 2003, 1734).

**[17] b)** Die Würdigung des Berufungsgerichts, der Versicherungsnehmer habe durch den Abschluss des Vergleichs nach dessen eindeutigen Wortlaut auf sämtliche Ansprüche gegen die Schädigerin verzichtet, soweit diese nicht bereits auf Dritte übergegangen seien, ist nicht frei von Rechtsfehlern. Denn sie beruht auf der Annahme, aufgrund des eindeutigen Wortlauts des Vergleichs komme eine abweichende Auslegung nicht in Betracht. Die Würdigung ist zwar nicht wortsinnwidrig, berücksichtigt jedoch nicht hinreichend den festgestellten Sachverhalt und den übereinstimmenden Willen der Parteien. Darüber hinaus verstößt sie gegen das Gebot der nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung.

**[18] aa)** Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt machte der Versicherungsnehmer mit seiner Klage gegen die Ärztin keine Ansprüche aus Heilbehandlung geltend, für welche die Klägerin Leistungen erbracht hatte oder zu erbringen gehabt hätte. So sind in dem Arzthaftungsprozess insbesondere ein Schmerzensgeld und ein Ersatz des Haushaltsführungsschadens, des Verdienstausfalls sowie der Pflegemehr- und Fahrtkosten geltend gemacht worden; Heilbehandlungskosten sind nicht gefordert worden. Auch im Rahmen der das Verfahren begleitenden Vergleichsverhandlungen hat der Versicherungsnehmer Heilbehandlungskosten nicht beansprucht. Im Mittelpunkt der Verhandlungen standen vielmehr insbesondere der Haushaltsführungsschaden und der Verdienstausfall. Mit Blick auf das insoweit gesehene Erfordernis einer Beweisaufnahme und einer weitergehenden Sachaufklärung hat das Oberlandesgericht den Parteien einen Vergleichsvorschlag mit einem Zahlbetrag in Höhe von 500.000 € unterbreitet, dem die Parteien zunächst nicht nähergetreten sind. Nach Erlass des Grund- und Teilurteils vom 12. Januar 2011 hat der Versicherungsnehmer zu dem eingetretenen Schaden weiter vortragen lassen. Eine Gesamtberechnung der durch den Versicherungsnehmer mit der Klage geltend gemachten Schadensersatzansprüche belief sich nach Angaben der Beklagten in dem Arzthaftungsprozess auf einen Betrag in Höhe von etwa 660.000 €. Auch hierbei sind Heilbehandlungskosten nicht berücksichtigt worden. Nachfolgend schlossen die Parteien des Arzthaftungsprozesses den streitgegenständlichen Vergleich. Dass mit dem Vergleich auch Ansprüche auf

Erstattung künftiger Heilbehandlungskosten abgegolten sein sollten, liegt unter diesen Umständen fern. Zwar gibt es, worauf das Berufungsgericht mit Recht hinweist, weder einen Erfahrungssatz noch eine Vermutung, dass sich Vergleiche immer im Rahmen der streitgegenständlichen Ansprüche halten. Der Abschluss eines Vergleichs ermöglicht es, den Regelungsgehalt individuell zu vereinbaren. Andererseits gibt es, was das Berufungsgericht außer Acht lässt, auch keinen Erfahrungssatz oder eine Vermutung, dass Vergleiche stets alle denkbaren Ansprüche abschließend regeln.

**[19] bb)** Die Würdigung des Berufungsgerichts berücksichtigt auch nicht ausreichend den übereinstimmenden Regelungs willen der Beteiligten. Sowohl der Klageantrag als auch der Urteilstenor im Vorprozess nahmen von der Ersatzpflicht der Schädigerin Ansprüche aus, die auf Sozialversicherungsträger übergegangen sind oder übergehen werden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts stimmen die Parteien darin überein, dass über diesen Wortlaut hinaus auch Ansprüche ausgenommen sein sollten, die auf die Klägerin als privater Krankenversicherer des Geschädigten künftig übergehen sollten. Dass die Beteiligten beim Abschluss des Vergleichs ein hiervon abweichendes Verständnis der von der Abgeltung ausgenommenen Ansprüche gehabt hätten, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Die Revision weist mit Recht darauf hin, dass nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten die am Vergleich Beteiligten sich darin einig waren, dass künftig übergehende Ansprüche auf Ersatz von Heilbehandlungskosten nicht mit dem Vergleich abgegolten sein sollten. Dies lässt das Berufungsgericht außer Betracht. Die auf den Willen der Parteien verweisende gesetzliche Auslegungsregel in § 133 BGB verbietet es aber, eine rechtsgeschäftliche Regelung gegen den tatsächlichen oder den erklärten Willen einer Partei nach rein objektiven Gesichtspunkten auszulegen (vgl. BGH, Urteil vom 24. April 2009 - LwZR 11/08, NJW-RR 2009, 1714 Rn. 17 mwN). Besteht ein übereinstimmender Wille der Parteien, so ist dieser rechtlich auch dann maßgeblich, wenn er in dem Inhalt der Erklärung keinen oder nur einen unvollkommenen Ausdruck gefunden hat. Das übereinstimmend Gewollte hat den Vorrang vor einer irrtümlichen oder absichtlichen Falschbezeichnung; *falsa demonstratio non nocet* (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 2001 - V ZR 65/01, NJW 2002, 1038, 1039 mwN).

**[20] cc)** Schließlich berücksichtigt das Berufungsgericht die bestehende Interessenlage nicht hinreichend. Geboten ist insoweit eine nach beiden Seiten interessengerechte Auslegung; im Zweifel ist der Auslegung der Vorzug zu geben, die zu einem vernünftigen, widerspruchsfreien und den Interessen beider Vertragsparteien gerecht werdenden Ergebnis führt (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 1989 - VI ZR 78/89, BGHZ 109, 19, 22 mwN). Dem Berufungsurteil ist indes lediglich zu entnehmen, dass es dem regelmäßigen Interesse der Seite des

Schädigers entspreche, alle Ansprüche abschließend reguliert zu sehen. Demgegenüber bezieht das Berufungsgericht das Interesse des Geschädigten in die Auslegung nicht mit ein. Insofern wäre zu berücksichtigen gewesen, dass der Versicherungsnehmer der Klägerin mit dem Vergleich nicht über die rechtshängig gemachten Ansprüche hinausgehen wollte, wie das Berufungsgericht selbst festgestellt hat. Zudem kann nicht davon ausgegangen werden, dass er seine vertraglichen Obliegenheiten gegenüber der Klägerin als seinem privaten Krankenversicherer verletzen wollte. Da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts einerseits dem Feststellungsantrag und dem Teil- und Grundurteil in dem Arzthaftungsprozess und andererseits dem Vergleich jeweils ein Vorbehalt zu entnehmen war, der nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien solche Ansprüche ausnehmen sollte, die auf die Klägerin als privaten Krankenversicherer künftig übergehen, war durch den Versicherungsnehmer der Klägerin gerade nicht beabsichtigt, die von einem Vergleich auszunehmenden Ansprüche Dritter dem Vergleich zu unterwerfen.

[21] c) Da keine weiteren Tatsachenfeststellungen zu treffen sind, kann der erkennende Senat den Vergleich vom 5. November 2012 selbst auslegen. Aus den dargelegten Gründen erstreckt sich die Abgeltungsklausel des Vergleichs nicht auf künftig entstehende, auf Dritte übergehende Ansprüche auf Erstattung von Heilbehandlungskosten.

[22] III. Das Berufungsurteil ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist, hat das Revisionsgericht in der Sache selbst zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO).

## Wiedereinsetzung

- Wiedereinsetzung
- Zumutbarkeit der Benutzung des beA
- Gescheiterter Telefax-Versand  
(BGH, Beschl. v. 29.9.2021 – VII ZB 12/21)

### Leitsatz

Zur Zumutbarkeit der Benutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs zur Übermittlung der Berufungsbegründung an das Berufungsgericht (in der Zeit bis zum Eintritt der aktiven Nutzungspflicht des elektronischen Rechtsverkehrs für Rechtsanwälte ab dem 1. Januar 2022), wenn am Abend des Ablaufs der Berufungsbegründungsfrist eine Übermittlung per Telefax aus von der Prozessbevollmächtigten des Berufungsklägers nicht zu vertretenden Gründen - hier: Defekt des gerichtlichen Empfangsgerätes - scheitert.

### Zum Sachverhalt:

I.  
[1] Der Kläger verlangt vom Beklagten die Zahlung restlichen Werklohns für Malerarbeiten.

[2] Das Amtsgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 4.610,31 € nebst Zinsen verurteilt.

[3] Gegen dieses Urteil hat der Beklagte fristgerecht Berufung eingelegt.

[4] Innerhalb der antragsgemäß bis zum 6. November 2020 verlängerten Frist zur Begründung der Berufung ist eine Berufungsbegründung beim Berufungsgericht nicht eingegangen. Mit Schriftsatz vom 9. November 2020 hat der Beklagte vorsorglich beantragt, ihm Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, und die Berufungsbegründung an diesem Tag an das Gericht übermittelt. Zur Begründung hat er unter anwaltlicher Versicherung seiner Prozessbevollmächtigten ausgeführt: Er sei ohne sein Verschulden gehindert gewesen, die Berufungsbegründungsfrist einzuhalten. Seine Prozessbevollmächtigte habe die Berufungsbegründungsschrift noch am 6. November 2020 per Telefax versandt. Der Schriftsatz habe aufgrund eines Defekts des Empfangsgeräts beim Gericht nicht empfangen beziehungsweise ausgedruckt werden können. Dies sei seiner Prozessbevollmächtigten am 9. November 2020 telefonisch mitgeteilt worden.

[5] Mit Verfügung vom 3. Dezember 2020 hat das Berufungsgericht den Beklagten unter Bezugnahme auf den Beschluss des Oberlandesgerichts Dresden vom 18. November 2019 - 4 U 2188/19 darauf hingewiesen, dass ein etwaiger Hinderungsgrund dazu, warum die Nutzung des besonderen elektroni-

schen Anwaltspostfachs zur Übersendung der Berufungsbegründung nicht möglich gewesen sei, bislang nicht glaubhaft gemacht sei, und Gelegenheit zur Stellungnahme binnen zehn Tagen gegeben.

[6] Mit Schriftsatz vom 18. Dezember 2020 hat der Beklagte unter anderem vorgetragen, dass seine Prozessbevollmächtigte zwar das besondere elektronische Anwaltspostfach nutze, ihr eine fristwahrende Übersendung der Berufungsbegründungsschrift jedoch mangels vorhandener Signaturfunktion auf der beA-Karte bereits technisch nicht möglich gewesen wäre.

[7] Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Berufungsgericht den Antrag des Beklagten, ihm Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zu gewähren, zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen.

II.

[8] Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt, dem Beklagten sei die begehrte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu versagen, weil er nicht glaubhaft gemacht habe, dass seine Prozessbevollmächtigte ohne Verschulden an der Einhaltung der Berufungsbegründungsfrist gehindert gewesen sei.

[9] Soweit der Beklagte vortrage, dass es am Abend des 6. November 2020 nicht möglich gewesen sei, die Berufungsbegründung per Telefax an das Landgericht zu versenden, sei zunächst auszuführen, dass das Faxgerät des Landgerichts tatsächlich seit dem Abend des 5. November 2020 andauernd nicht funktioniert habe, also auch nicht am 6. November 2020.

[10] Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dürften zwar grundsätzlich die aus den technischen Gegebenheiten des Kommunikationsmittels Telefax herrührenden besonderen Risiken nicht auf den Nutzer dieses Mediums abgewälzt und die Anforderungen an die dem Prozessbevollmächtigten obliegende Sorgfalt nicht überspannt werden. Dies gelte insbesondere für Störungen des Empfangsgeräts des Gerichts. In einem solchen Fall liege die entscheidende Ursache für die Fristversäumung in der Sphäre des Gerichts. Von einem Rechtsanwalt, der sich und seine organisatorischen Vorkehrungen darauf eingerichtet habe, einen Schriftsatz weder selbst noch durch Boten oder per Post, sondern durch Telefax zu übermitteln, könne daher beim Scheitern der gewählten Übermittlung infolge eines Defekts des Empfangsgeräts nicht verlangt werden, dass er unter Aufbietung aller nur denkbaren Anstrengungen innerhalb kürzester Zeit eine andere als die gewählte Zugangsart sicherstelle.

[11] So wie es dem Prozessbevollmächtigten im Falle einer technischen Störung des Empfangsgeräts nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aber gleichwohl abverlangt werde, eine weitere Telefaxnummer des Gerichts in Erfahrung zu bringen und den Schriftsatz an dieses Empfangsgerät zu versenden, müsse dies auch für die Forderung gelten, im Anschluss an einen gescheiterten Telefaxversand eines fristgebundenen Schriftsatzes diesen über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) zu versenden.

[12] Dass in der Anwaltskanzlei der Prozessbevollmächtigten des Beklagten ein entsprechender Zugang existiere, ergebe sich bereits daraus, dass die Berufungsbegründung am 9. November 2020 tatsächlich über das besondere elektronische Anwaltspostfach bei Gericht eingereicht worden sei. Auch wenn bislang keine über § 49c BRAO hinausgehende aktive Nutzungspflicht vor dem 1. Januar 2022 bestehe, könne allein hieraus kein Anspruch eines Rechtsanwalts abgeleitet werden, vor dem 1. Januar 2022 die Versendung von Nachrichten über das Anwaltspostfach auch in Eilfällen ohne Grund verweigern zu dürfen. Vor diesem Hintergrund könne ein Rechtsanwalt nur dann nach einem gescheiterten Faxversuch eines fristgebundenen Schriftsatzes die Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs verweigern, wenn er glaubhaft mache, dass eine elektronische Übermittlung aus dem besonderen elektronischen Anwaltspostfach heraus aufgrund technischer oder zwingender organisatorischer Einschränkung ebenfalls nicht möglich sei.

[13] Einen solchen Hinderungsgrund habe der Beklagte nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Vorliegend sei nämlich nicht ausgeschlossen, dass die Nichteinhaltung der Frist auf einen Organisationsmangel in der Kanzlei der Prozessbevollmächtigten des Beklagten zurückzuführen sei.

[14] Vorliegend sei zu berücksichtigen, dass die Prozessbevollmächtigte des Beklagten erst um 23:40 Uhr mit der Übersendung der Berufungsbegründung begonnen habe. Die Sorgfaltspflichten seien aufgrund dieser Ausschöpfung der Frist bis kurz vor deren Ablauf mithin besonders erhöht; etwaigen Übermittlungshindernissen wäre allein schon aufgrund des späten Zeitpunkts kaum noch zu begegnen gewesen.

[15] Hinzu komme, dass die Uhrzeit des Faxgeräts nicht zutreffend eingestellt gewesen sei. Zu den Akten eingereichte Sendeberichte wiesen Uhrzeiten von 0:13 Uhr und 0:16 Uhr aus. Hierzu sei vorgetragen und unter Eides Statt versichert worden, dass die Sendeberichte erst um etwa 0:00 Uhr ausgedruckt worden seien. Auf diesen Berichten hätten falsche Uhrzeiten gestanden.

[16] Soweit schließlich vorgetragen werde, dass die für das Verfahren zuständige Rechtsanwältin zwar das besondere

elektronische Anwaltspostfach nutze, aber nicht über eine vorhandene Signaturfunktion auf der beA-Karte verfüge, weswegen ihr eine Übermittlung über das besondere elektronische Anwaltspostfach technisch nicht möglich gewesen sei, sei dieser Umstand allein der Organisation der Kanzlei geschuldet. Bei voller Ausschöpfung von Fristen wäre die Bereitstellung einer möglichen Übersendungsalternative durch die Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs angezeigt gewesen.

**[17]** Das Verschulden seiner Prozessbevollmächtigten müsse sich der Beklagte gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen.

**[18]** Mit seiner Rechtsbeschwerde erstrebt der Beklagte die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Gewährung von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sowie die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

#### Aus den Gründen:

III.

**[19]** Die Rechtsbeschwerde des Beklagten führt zur Aufhebung des Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

**[20]** 1. Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO i.V.m. § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte Rechtsbeschwerde ist zulässig. Eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts ist gemäß § 574 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Denn die angefochtene Entscheidung verletzt den Beklagten in seinen Verfahrensgrundrechten auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip) und auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), das den Gerichten verbietet, den Beteiligten den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise zu erschweren (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 23. Januar 2019 - VII ZB 43/18 Rn. 8, NJW-RR 2019, 500; Beschluss vom 25. Februar 2021 - III ZB 34/20 Rn. 5, AnwBl 2021, 488).

**[21]** 2. Die Rechtsbeschwerde ist begründet.

**[22]** Der Beklagte hat zwar die Berufungsbegründungsfrist versäumt. Ihm war jedoch antragsgemäß Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, weil er ohne Verschulden seiner Prozessbevollmächtigten (vgl. § 85 Abs. 2 ZPO) an der Einhaltung der Frist für die Berufungsbegründung gehindert war (§ 233 Satz 1 ZPO) und rechtzeitig um Wiedereinsetzung nachgesucht (§ 234 ZPO) sowie die Übermittlung der Berufungsbegründung nachgeholt (§ 236 Abs. 2 Satz 2 ZPO) hat.

**[23]** a) Die **Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax** ist in allen Gerichtszweigen uneingeschränkt zulässig. Wird dieser Übermittlungsweg durch ein Gericht eröffnet, so dürfen die aus den technischen Gegebenheiten des Kommunikationsmittels herrührenden besonderen **Risiken nicht auf den Nutzer dieses Mediums abgewälzt** werden. Das gilt insbesondere für Störungen des Empfangsgeräts im Gericht. In diesem Fall liegt die entscheidende Ursache für die Fristsäumnis in der Sphäre des Gerichts (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2020 - III ZB 31/20 Rn. 17 m.w.N., NJW 2021, 390). **Dementsprechend hat der Versender mit der ordnungsgemäßen Nutzung eines funktionsfähigen Sendegeräts und der korrekten Eingabe der Empfängernummer grundsätzlich das seinerseits zur Fristwahrung Erforderliche getan, wenn er so rechtzeitig mit der Übermittlung beginnt, dass unter normalen Umständen mit ihrem Abschluss vor 0:00 Uhr zu rechnen ist** (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 15. September 2020 - VI ZB 60/19 Rn. 9 m.w.N., NJW-RR 2021, 54).

**[24]** Dabei muss der Versender allerdings Verzögerungen einkalkulieren, mit denen üblicherweise zu rechnen ist, wozu schwankende Übertragungsgeschwindigkeiten und die Belegung des Telefaxempfangsgeräts bei Gericht durch andere eingehende Sendungen gehören. Derartigen Verzögerungen hat der Versender durch einen zeitlichen - zur geschätzten Übermittlungszeit hinzuzurechnenden - Sicherheitszuschlag Rechnung zu tragen. Dieser Sicherheitszuschlag beträgt etwa 20 Minuten (vgl. BGH, Beschluss vom 15. September 2020 - VI ZB 60/19 Rn. 9 m.w.N., NJW-RR 2021, 54).

**[25]** Von einem Rechtsanwalt, der sich und seine organisatorischen Vorkehrungen darauf eingerichtet hat, einen Schriftsatz weder selbst noch durch Boten oder per Post, sondern durch Telefax zu übermitteln, kann beim Scheitern der gewählten Übermittlung infolge eines Defekts des Empfangsgeräts oder wegen Leitungsstörungen nicht verlangt werden, dass er innerhalb kürzester Zeit eine andere als die gewählte, vom Gericht offiziell eröffnete Zugangsart sicherstellt (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2020 - III ZB 31/20 Rn. 18, NJW 2012, 390). Wenn er feststellt, dass das Empfangsgerät gestört ist, ist es aber zumutbar, jedenfalls im gewählten Übermittlungsweg **nach Alternativen zu suchen**, die sich aufdrängen (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2020 - III ZB 31/20 Rn. 18, NJW 2012, 390; BGH, Beschluss vom 27. Juni 2017 - II ZB 22/16 Rn. 14, NJW-RR 2017, 1084).

**[26]** b) Unter Berücksichtigung dieser - im Ausgangspunkt auch vom Berufungsgericht zugrunde gelegten - Grundsätze liegt ein dem Beklagten zuzurechnendes Verschulden seiner Prozessbevollmächtigten (vgl. § 85 Abs. 2 ZPO) nicht vor. Es ist insbesondere nicht darin zu sehen, dass diese die Beru-

fungsbegründung am 6. November 2020 nicht über das besondere elektronische Anwaltspostfach an das Berufungsgericht gesandt hat, nachdem dies mittels Telefax nicht möglich war.

[27] aa) Soweit das Berufungsgericht der Prozessbevollmächtigten des Beklagten anlastet, dass diese am 6. November 2020 erst um 23:40 Uhr mit der Übersendung der Berufungsbegründung begonnen habe, womit der gebotene Sicherheitszuschlag von etwa 20 Minuten zusätzlich zur geschätzten Übermittlungszeit (30 Sekunden pro Seite) nicht strikt eingehalten worden sei, hat sich dieser Verstoß nicht ausgewirkt. Für die unzutreffende Einstellung der Uhrzeit des Sendefaxgeräts gilt Entsprechendes. Denn nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hat das Empfangstelefaxgerät des Berufungsgerichts seit dem Abend des 5. November 2020 andauernd nicht funktioniert, also auch nicht am 6. November 2020. Danach wäre auch ein Übersendungsversuch vor 23:40 Uhr unter zutreffender Einstellung der Uhrzeit des Sendefaxgeräts gescheitert.

[28] bb) Ein dem Beklagten zuzurechnendes Verschulden seiner Prozessbevollmächtigten ist auch nicht darin zu sehen, dass diese die Berufungsbegründung am 6. November 2020 nicht über das besondere elektronische Anwaltspostfach an das Berufungsgericht gesandt hat, nachdem dies mittels Telefax nicht möglich war.

[29] Ausgangspunkt der Beurteilung, ob die Versäumung einer Frist auf dem Verschulden der Partei oder ihres Prozessbevollmächtigten (§ 85 Abs. 2 ZPO) im Sinne von § 233 Satz 1 ZPO beruht, ist die Frage, ob die Partei mit den nach der jeweiligen prozessualen Lage gegebenen und zumutbaren Anstrengungen die Wahrung ihres rechtlichen Gehörs zu erlangen vermocht hätte. Auf diesem Grundsatz beruht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs, dass von einem Rechtsanwalt, der sich und seine organisatorischen Vorkehrungen darauf eingerichtet hat, einen Schriftsatz weder selbst noch durch Boten oder per Post, sondern durch Telefax zu übermitteln, beim Scheitern der gewählten Übermittlung infolge eines Defekts des Empfangsgeräts nicht verlangt werden kann, dass er innerhalb kürzester Zeit eine andere als die gewählte, vom Gericht offiziell eröffnete Zugangsart sicherstellt (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2020 - III ZB 31/20 Rn. 24 m.w.N., NJW 2021, 390).

[30] Entscheidend ist somit neben der Möglichkeit einer bestimmten Übermittlungsart ihre Zumutbarkeit. Daher ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ebenfalls anerkannt, dass es dem Rechtsanwalt, wenn er feststellt, dass das Empfangsgerät gestört ist, zumutbar ist, jedenfalls im gewählten Übermittlungsweg nach Alternativen zu suchen, die sich aufdrängen. Maßgeblich ist hier der geringfügige Aufwand, der

zur Nutzung der Übermittlungsalternative erforderlich gewesen wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2020 - III ZB 31/20 Rn. 25, NJW 2021, 390; Beschluss vom 27. Juni 2017 - II ZB 22/16 Rn. 14 m.w.N., NJW-RR 2017, 1084 Rn. 14).

[31] Der Bundesgerichtshof hat es für erwägenswert erachtet, auch einen anderen als den gewählten Übermittlungsweg als zumutbar im vorgenannten Sinne zu erachten, wenn dieser Weg sich aufdrängt und der hierfür erforderliche Aufwand geringfügig ist (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2020 - III ZB 31/20 Rn. 26, NJW 2021, 390; BGH, Beschluss vom 25. Februar 2021 - III ZB 34/20 Rn. 17, AnwBl 2021, 488). In diesem Rahmen kommt bei einer gescheiterten Übermittlung mittels Telefax eine Versendung über das besondere elektronische Anwaltspostfach unter anderem dann nicht in Betracht, wenn der Prozessbevollmächtigte mit seiner Nutzung nicht hinreichend vertraut ist (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2020 - III ZB 31/20 Rn. 26, NJW 2021, 390).

[32] Von einer Unzumutbarkeit ist vorliegend auszugehen.

[33] (1) **Rechtsanwälte sind derzeit nur zur passiven Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs verpflichtet (§ 31a Abs. 6 BRAO). Bis zum Eintritt der aktiven Nutzungspflicht des elektronischen Rechtsverkehrs für Rechtsanwälte spätestens ab dem 1. Januar 2022 (vgl. § 130d ZPO in der ab dem 1. Januar 2022 geltenden Fassung) besteht für die Rechtsanwaltschaft keine allgemeine Pflicht, sich mit den Anforderungen und der Funktionsweise der Erstellung und des Versands elektronischer Dokumente auseinanderzusetzen. Dieser Übermittlungsweg stellt daher für einen Rechtsanwalt, der das besondere elektronische Anwaltspostfach bisher nicht aktiv genutzt und hierüber keine Dokumente versandt hat, keine sich aufdrängende, mit geringfügigem Aufwand nutzbare Alternative dar, wenn am Tag des Fristablaufs die von ihm gewählte Übermittlung mittels Telefax aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen scheitert.** Es ist ihm nicht zuzumuten, sich innerhalb kurzer Zeit vor Fristablauf erstmals mit den Voraussetzungen dieser für ihn neuen Zugangsart vertraut zu machen (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2020 - III ZB 31/20 Rn. 28, NJW 2021, 390).

[34] (2) Vorliegend hat der Beklagte mit den Ausführungen im Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 18. Dezember 2020 glaubhaft gemacht (§ 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO), dass der Prozessbevollmächtigte die Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs nicht zumutbar war.

## GI Literatur-Ecke

**Beyme:** Darlegungslast für StBVV-Höchstgebühr, Abrechnung E-Bilanz, konkludente (Mit-) Beauftragung der Bescheidprüfung und Haftung für Softwarefehler, Stbg 2022, 237-239

**Blach:** „Mandantenhaftungsrecht“, VersR 2022, 800-807

**Dahns:** Versicherungspflicht für alle Berufsausübungsgesellschaften, NJW-Spezial Heft 14/2022, S. 446

**Günther:** Neues vom Berufsrecht: Steuerberaterhaftung bei unzureichender Beratung zur Kirchensteuer, eNews 2016, 06.06.2016

**Gutknecht/Freyaldenhoven:** Die Auswirkungen der „BRAO-Reform“ auf das anwaltliche Gesellschaftsrecht, Kammerforum Rechtsanwaltskammer Köln 1/2022, 1

**Huss/Nordhausen:** D&O-Versicherung und Insolvenz – ein Überblick, ZInsO 2022, 807-814

**Juretzek:** Das Bewusstsein drohender Zahlungsunfähigkeit begründet noch nicht die Anfechtbarkeit des Honorars eines Sanierungsberaters nach § 133 InsO, DStR 2022, 1287

**Kersten:** Neue FG-Entscheidungen: Haftungsinanspruchnahme von Steuerstraftätern als Gesellschafter einer GbR, eNews 2020, 27.01.2020

**Kordes:** Mittelbare Haftung des Steuerberaters für Insolvenzverschleppungsschäden gem. § 64 GmbHG a.F./§ 15b InsO?, GmbH-StB 2022, 178

**Meisgeier:** Voraussetzungen für die Einbeziehung Dritter (hier: Geschäftsführer einer GmbH und dessen Haftungsrisiko nach § 64 GmbHG a.F.) in den Schutzbereich eines Anwaltsvertrages, WuB 2022, 258-262

**Meixner:** Das Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts, Steuerberaterverband Schleswig Holstein e.V., Verbandsnachrichten 2/2022, S. 28

**Meixner:** Anwaltshaftung bei nachfolgendem Notarfehler, NJW-aktuell Heft 27/2022, 17

**Meixner/Schröder:** Zum Anspruch des Insolvenzverwalters gegen den Wirtschaftsprüfer auf Ersatz des Insolvenzvertiefungsschadens, Anmerkung zu OLG Stuttgart, Ur. v. 22.2.2022 – 12 U 171/21, DStR 2022, 1397

**Römermann:** Zur Vorsatzanfechtung von Beraterhonoraren für Sanierungskonzepte, GmbHR 2022, 575-591

**Wacker:** Vorlagepflichten und Zurückbehaltungsrechte im Spannungsverhältnis von Finanzverwaltung, Mandant und Steuerberater, DStR 2022, 1172

**Weyand:** Steuerberaterhaftung: Aufklärungspflichten im Dauermandat, KP 2022, 141

**Wolff:** Voraussetzungen der Einbeziehung fremden Vermögens in den im Rahmen der Rechtsanwalts- und Steuerberaterhaftung vorzunehmenden Gesamtvermögensvergleich im Wege der konsolidierten Schadensbetrachtung, WuB 2022, 299-302

**Zimmermann/Hartung:** Zulassungs- und Versicherungspflichten für Anwaltsgesellschaften nach der BRAO-Reform, NJW 2022, 1792

**Zimmermann:** Neues vom Berufsrecht: Steuerberatende Tätigkeit einer ausländischen Steuerberatungsgesellschaft im Inland, eNews 2016, 19.12.2016

## 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 Vertriebs 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

# Der Ratgeber für Steuerberater, Anwälte und Geschädigte

Steuerberaterhaftung im Zivil-, Steuer- und Strafrecht



Dieser praxisorientierte Ratgeber hilft dem Leser, die Risiken steuerlicher Beratung trotz des durch Einzelfallentscheidungen geprägten Haftungsrechts verlässlich einschätzen zu können. Er informiert über alle zivil-, steuer- und strafrechtlichen Haftungsrisiken.

Steuerberatern hilft er, Beratungspflichten und Haftungsrisiken zu erkennen, konkrete Vermeidungsstrategien werden aufgezeigt und Tipps zum Verhalten bei Fehlern und zur Haftungsbegrenzung gegeben. Rechtsanwältinnen werden die Chancen der Abwehr bzw. der Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen vorgestellt. Geschädigte Mandanten können die Berechtigung einer Schadensersatzforderung ermitteln.

Die vorliegende Auflage wurde umfassend aktualisiert und überarbeitet.

## Steuerberaterhaftung

Gräfe · Wollweber · Schmeer

7. Auflage · 2021 · Gebunden · XVI, 954 Seiten · € 169,-

ISBN 978-3-482-50567-6

 Online-Version inklusive

Bestellen Sie jetzt unter [www.nwb.de/go/shop](http://www.nwb.de/go/shop)

Bestellungen über unseren Online-Shop:  
Lieferung auf Rechnung, Bücher versandkostenfrei.

NWB sendet Bücher, Zeitschriften und Briefe CO<sub>2</sub>-neutral.

Mehr über unseren Beitrag zum Umweltschutz unter [www.nwb.de/go/nachhaltigkeit](http://www.nwb.de/go/nachhaltigkeit)

 **nwb** GUTE ANTWORT