

Glaktuell

> Ausgabe 1 / 02.2022 / 42. Jahrgang
> Informationen für wirtschaftsprüfende,
rechts- und steuerberatende Berufe

Inhalt

Editorial.....	1
Abschlussprüferhaftung nach dem FISG	2
GI Entscheidungen	8
GI Literaturhinweis	56
GI Literatur-Ecke	57

Versicherungsrecht.....	8
Vorweggenommener Deckungsprozess / Aussetzung des Verfahrens / Berufungseinlegung ohne Deckungszu- sage der Rechtsschutzversicherung / Wissentliche Pflichtverletzung (OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.11.2021 – 4 U 252/20)	

Rechtsanwaltshaftung.....	15
Wiedereinsetzung / Allgemeine Arbeitsanweisung / Ver- sehen des Rechtsanwalts (BGH, Beschl. v. 28.1.2021 – III ZB 86/19)	

Rechtsanwaltshaftung.....	17
Umfang anwaltlicher Pflichten / Beschränktes Mandat / Hinweis auf drohende Verjährung / Weisungen des Mandanten / Zurechnungszusammenhang (OLG Brandenburg, Urt. v. 18.2.2021 – 4 U 129/20)	

Steuerberaterhaftung.....	24
Mangelhafte Buchführung / Schätzung durch das Finanz- amt / Darlegung eines Schadens / Darlegungslast (OLG Hamm, Beschl. v. 17.9.2021 – I-25 U 58/20)	

Rechtsanwaltshaftung.....	32
Aufklärung über Erfolgsaussichten einer Rechtsverfol- gung / Rechtsschutzversicherung / Anscheinsbeweis / Beratungsgerechtes Verhalten (BGH, Urt. v. 16.9.2021 – IX ZR 165/19)	

Steuerberaterhaftung	39
Insolvenzverschleppung / Mitverschulden der Ge- schäftsführung (OLG Koblenz, Urt. v. 30.10.2020 – 3 U 47/20)	

Rechtsanwaltshaftung.....	49
Anwaltliche Belehrungspflicht / Rechtsschutzversicher- ter Mandant / Rückgriff des Rechtsschutzversicherers (OLG München, Urt. v. 25.11.2020 – 15 U 2415/20)	

Rechtsanwaltshaftung.....	54
Wiedereinsetzung / Erregung eines Missverständnisses bei Kanzleiangestellten (BGH, Beschl. v. 22.6.2021 – VI ZB 15/20)	



Reale Sicherheit in der digitalen Welt.

Starke Lösungen
und Expertise:
von Spezialisten
für Spezialisten.

- > Firmen und Freie Berufe
- > Cyberversicherung



Das Cyberrisiko stellt eines der Top-Drei-Risiken für Unternehmen dar. Durch Corona und die zunehmende Arbeit im Homeoffice ist das Risiko noch mal gestiegen. Die HDI Cyberversicherung bietet eine umfangreiche Absicherung und unterstützt Sie mit einer professionellen Soforthilfe rund um die Uhr. Unser Partner Perseus sorgt mit IT-Sicherheitstrainings bei Ihren Mitarbeitern für nachhaltigen Schutz. Und damit Sie immer auf dem neuesten Stand sind, ist die Leistungs-Update-Garantie kostenfrei enthalten.



www.hdi.de/cyberversicherung

Rafael Meixner
Rechtsanwalt



Editorial

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

Am 1.7.2021 ist das **Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität** [FISG] in Kraft getreten. Herr RA Brügge gibt einen **Überblick** über die mit dem FISG verbundenen **Haftungsverschärfungen** und erläutert die möglichen Auswirkungen auf die **Abschlussprüferhaftung**.

Der BGH hat sich zur **Haftung des Rechtsanwalts** gegenüber **Rechtsschutzversicherern** geäußert. Für den **Umfang der Beratungspflicht** soll es keine Rolle spielen, ob der Mandant rechtsschutzversichert ist oder nicht. Allerdings kann der **Anscheinsbeweis** für ein beratungsgerechtes Verhalten des Mandanten ausgeschlossen sein, wenn eine Deckungszusage des Rechtsschutzversicherers vorliegt.

Das OLG Düsseldorf hat sich mit der versicherungsrechtlichen Frage zu befassen, ob eine **wissentliche Pflichtverletzung** vorliegt, wenn ein Rechtsanwalt für seinen Mandanten ein **Rechtsmittel** einlegt, obwohl eine Kostenzusage des Rechtsschutzversicherers nicht vorliegt. Dies bejaht der Senat. Das Rechtsmittel darf **ohne Kostenzusage** nur dann eingelegt werden, wenn der Mandant den Rechtsanwalt hiermit ausdrücklich und in der Kenntnis beauftragt, dass er damit Gefahr läuft, die Kosten des Rechtsstreits selbst tragen zu müssen.

In einem vom OLG Hamm entschiedenen Fall hatte das Finanzamt die **Buchhaltung** des Mandanten **verworfen** und **Gewinn hinzugeschätzt**. Als unzureichend erachtete der Senat den schlichten Vortrag, wonach der Steuerberater die Fehlerhaftigkeit der Buchführung in ihrer Gesamtheit zu verantworten habe. Auch einer **Herabsetzung der Darlegungslast**, weil nicht der Mandant, sondern nach wie vor der Steuerberater im Besitz der Buchungsunterlagen war und daher ein substantiierter Vortrag nicht möglich sei, stand der Senat **kritisch** gegenüber.



Ihr Rafael Meixner

Abschlussprüferhaftung nach dem FISG

Rechtsanwalt Michael Brügge, HDI-Versicherung AG Köln

Einführung



Durch das Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität [FISG] sind die Haftungsgefahren für Abschlussprüfer, seine Gehilfen und die bei der Prüfung mitwirkenden gesetzlichen Vertretern einer Prüfungsgesellschaft deutlich gestiegen.

Bei der vertraglichen Haftung gegenüber der geprüften Gesellschaft gelten höhere Haftungshöchstsummen (§ 323 Abs. 2 S. 1, 3 u. 4 HGB) und die unbeschränkte Haftung bei der Prüfung von kapitalmarktorientierten Unternehmen von öffentlichem Interesse ist auf Fälle von grober Fahrlässigkeit ausgedehnt worden (§ 323 Abs. 2 S. 2 HGB). Zudem droht jetzt bereits bei der leichtfertigen und nicht erst bei der vorsätzlichen Erteilung eines inhaltlich unrichtigen Bestätigungsvermerks zu dem Jahresabschluss eines Unternehmens von öffentlichem Interesse eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 332 Abs. 3 HGB gegenüber den Anlegern der geprüften Gesellschaft.

Der Beitrag gibt einen Überblick über die Haftungsverschärfungen und erläutert die möglichen Auswirkungen auf die Abschlussprüferhaftung.

I. Haftungsverschärfung gegenüber der geprüften Gesellschaft

1. Vertragliche Haftung

Die vertragliche Haftung des Abschlussprüfers, seiner Gehilfen und der bei der Prüfung mitwirkenden gesetzlichen Vertreter einer Prüfungsgesellschaft ist in § 323 HGB geregelt. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine Sonderregelung für die Abschlussprüferhaftung bei gesetzlich vorgeschriebenen Pflichtprüfungen, die in ihrem Anwendungsbereich sonstige Regelungen zur vertraglichen Haftung verdrängt.¹

Nach § 323 Abs. 1 S. 3 HGB sind der Abschlussprüfer, seine Gehilfen und die bei der Prüfung mitwirkenden gesetzlichen Vertreter einer Prüfungsgesellschaft der geprüften Gesellschaft und mit ihr verbundenen Unternehmen zum Schadenersatz verpflichtet, wenn sie bei der Abschlussprüfung fahrlässig oder vorsätzlich ihre Pflichten verletzen.

Auch wenn § 323 Abs. 1 S. 3 HGB nach seinem Wortlaut nur eine Haftung gegenüber der geprüften Gesellschaft und verbundenen Unternehmen vorsieht, ist denkbar, dass ein Prüfungsvertrag Schutzwirkung zugunsten eines Dritten entfalten kann. Die Rechtsprechung stellt zur Vermeidung einer uferlosen Haftung des Abschlussprüfers aber sehr strenge Anforderungen an die vertragliche Einbeziehung von Dritten in den Schutzbereich des Prüfungsvertrags.²

Anleger können einen Abschlussprüfer selbst dann nicht nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Anspruch nehmen, wenn dessen Bestätigungsvermerk mit seiner Kenntnis im Zusammenhang mit einem Börsengang oder der Ausgabe von Wertpapieren in einem Verkaufsprospekt veröffentlicht worden ist.³

Der fehlende vertragliche Drittschutz zugunsten der Anleger der geprüften Gesellschaft hat zur Konsequenz, dass Anleger bei der Inanspruchnahme des Abschlussprüfers auf gesetzliche Anspruchsgrundlagen ausweichen. Von praktischer Bedeutung sind hier vor allem die sittenwidrige vorsätzliche Schädigung nach § 826 BGB oder die Haftung wegen der Verletzung eines Schutzgesetzes nach § 823 Abs. 2 BGB, wobei § 323 HGB kein Schutzgesetz ist.⁴

2. Neue Haftungshöchstsummen

Nach § 323 Abs. 2 HGB aF war die vertragliche Haftung des Abschlussprüfers, seiner Gehilfen und der bei der Prüfung mitwirkenden gesetzlichen Vertreter der Prüfungsgesellschaft gegenüber der geprüften Gesellschaft für alle Fälle der Fahrlässigkeit auf 1 Mio. Euro für eine einzelne Prüfung begrenzt. Bei Aktiengesellschaften, deren Aktien zum Handeln im regulierten Markt zugelassen sind, betrug die Haftungshöchstsumme bei einfacher und grober Fahrlässigkeit einheitlich 4 Mio. Euro. Eine unbeschränkte Haftung drohte nur bei einem vorsätzlichen Prüfungsfehler.

Durch das FISG sind die Haftungshöchstsummen in § 323 Abs. 2 HGB deutlich heraufgesetzt worden, wobei die Erhöhungen bei einfacher und grober Fahrlässigkeit unter der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des geprüften Unternehmens unterschiedlich hoch ausfallen (§ 323 Abs. 2 S. 1, 3 u. 4 HGB). Darüber hinaus ist die unbeschränkte Haftung bei Vorsatz auf Fälle von grober Fahrlässigkeit bei der Abschlussprüfung von kapitalmarktorientierten Unternehmen im öffentlichen Interesse erweitert worden (§ 323 Abs. 2 S. 2 HGB).

Die Haftungsverschärfungen bei grober Fahrlässigkeit gelten nach dem Wortlaut von § 323 Abs. 2 S. 2, 3 u. 4 HGB nur für den Abschlussprüfer selbst, nicht für dessen Gehilfen und die

¹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.11.1998 – 8 U 59/98, NZG 1999, 901.

² BGH, Urt. v. 2.4.1998 – III ZR 245/96, DStR 1998, 823.

³ BGH, Beschl. v. 23.1.2019 – VII ZR 3/18, juris.

⁴ OLG Hamm, Urt. v. 3.2.2014 – I-8 U 47/10, juris Rn. 195.

bei der Prüfung mitwirkenden gesetzlichen Vertreter einer Prüfungsgesellschaft. Für diese gilt bei einfacher und grober Fahrlässigkeit einheitlich die Haftungsobergrenzen für einfache Fahrlässigkeit nach § 323 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 3 HGB.

Die Haftungshöchstsumme nach § 323 Abs. 1 S. 1, 3 u. 4 HGB gelten für jede einzelne Abschlussprüfung. Wiederholt sich ein Prüfungsfehler im Folgejahr oder in den Folgejahren, gilt die einschlägige Haftungshöchstsumme für jede betroffene Abschlussprüfung, soweit die sonstigen Voraussetzungen für eine Haftung nach § 323 Abs. 1 S. 3 HGB jeweils erfüllt sind.⁵

Im Einzelnen gilt Folgendes:

Einfache Fahrlässigkeit

Bei einfacher Fahrlässigkeit des Abschlussprüfers, seiner Gehilfen und der bei der Prüfung mitwirkenden gesetzlichen Vertreter einer Prüfungsgesellschaft ergeben sich nach dem FISG folgende erhöhte Haftungsobergrenzen:

- 16 Mio. Euro bei der Prüfung von kapitalmarktorientierten Unternehmen im öffentlichen Interesse (§ 316a S. 2 Nr. 1 HGB) (§ 323 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 HGB).
- 4 Mio. Euro bei der Prüfung von sonstigen Unternehmen im öffentlichen Interesse (§ 316a S. 2 Nr. 2 u. 3 HGB), also Banken und Versicherungen, die nicht kapitalmarktorientiert sind (§ 323 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 HGB).
- 1,5 Mio. Euro bei der Prüfung aller sonstigen Kapitalgesellschaften und diesen gleichgestellten Personenhandelsgesellschaften iSv § 264a Abs. 1 HGB (§ 323 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 HGB).

Grobe Fahrlässigkeit

Bei grober Fahrlässigkeit des Abschlussprüfers gelten folgenden Haftungshöchstsummen:

- 32 Mio. Euro bei der Prüfung von sonstigen Unternehmen im öffentlichen Interesse (§ 323 Abs. 2 S. 3 HGB).
- 12 Mio. Euro für alle sonstigen Kapitalgesellschaften und diesen gleichgestellten Personenhandelsgesellschaften (§ 323 Abs. 2 S. 4 HGB).
- Bei einem kapitalmarktorientierten Unternehmen von öffentlichem Interesse haftet der Abschlussprüfer bei grober Fahrlässigkeit unbeschränkt (§ 323 Abs. 2 S. 2 HGB). Er kann sich also auf keine Haftungsobergrenze berufen.

Vorsatz

Bei Vorsatz können sich weder der Abschlussprüfer noch seine

Gehilfen und die bei der Prüfung mitwirkenden gesetzlichen Vertreter einer Prüfungsgesellschaft auf eine Haftungsobergrenze berufen. Sie haften vielmehr nach § 323 Abs. 2 S. 2 HGB in unbeschränkter Höhe.

Für ein vorsätzliches Handeln ist nicht erforderlich, dass der Abschlussprüfer die Schadenentstehung billigend in Kauf nimmt, denn aus dem Wortlaut von § 323 Abs. 1 S. 3 HGB ergibt sich, dass sich sein Verschulden nur auf die Pflichtverletzung erstrecken muss.

Mehrere Beteiligte

Sind mehrere an der Abschlussprüfung beteiligte Personen ersatzpflichtig, dann haften diese nach § 323 Abs. 1 S. 4 HGB als Gesamtschuldner. § 323 Abs. 2 S. 5 HGB stellt allerdings klar, dass der Abschlussprüfer, der nur mit einfacher Fahrlässigkeit einen Prüfungsfehler begangen hat, sich auch dann auf die für ihn geltende Haftungsobergrenze für einfache Fahrlässigkeit berufen darf, wenn andere an der Abschlussprüfung beteiligte Personen sich wegen einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung nicht auf die Haftungshöchstsumme für einfache Fahrlässigkeit berufen können. Die Regelung berücksichtigt ebenso wie schon § 323 Abs. 2 S. 3 HGB aF, dass bei großen Abschlussprüfungen der gewählte Abschlussprüfer oftmals andere Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater als Spezialisten hinzuzieht, die als Angehörige freier Berufe selbst zur eigenverantwortlichen Berufsausübung verpflichtet sind und daher nicht unselbstständige Gehilfen sind, wie sie das Gesetz bei § 278 BGB vor Augen hat.

Mehrere Prüfungsfehler

Bei mehreren Prüfungsfehlern des Abschlussprüfers im Rahmen einer Abschlussprüfung steht die jeweils geltende Haftungshöchstsumme nach dem Wortlaut von § 323 Abs. 2 S. 1 HGB nur einmal zur Verfügung. Eine Kumulierung der Haftsummen findet nicht statt.⁶

Beweislast

Die Beweislast dafür, dass der Abschlussprüfer grob fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat und sich deshalb nicht auf die Haftungsobergrenze für einfache Fahrlässigkeit nach § 323 Abs. 2 S. 1 HGB berufen kann, liegt wie nach dem alten Recht bei der geprüften Gesellschaft als Anspruchstellerin.⁷ Die allgemeine Darlegungs- und Beweislastregelung nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB findet keine Anwendung. Zugunsten des Geschädigten kann aber von der Schwere der Pflichtverletzung ein Schluss auf den Grad des Verschuldens zulässig sein. Außerdem kann den Abschlussprüfer im subjektiven Bereich der Vorwerfbarkeit eine sekundäre Darlegungslast zu den Umständen seines Handelns treffen.⁸

⁵ Ebke, Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2020, § 323 Rn. 72.

⁶ OLG Frankfurt, Urt. v. 14.8.2014 – 6 U 114/08, juris Rn. 138 betr. § 323 Abs. 2 HGB aF.

⁷ BT-Drs. 19/26966 S. 104, 105.

⁸ KG Berlin, Urt. v. 22.5.2018 – 12 U 16/14, juris Rn. 38 betr. Haftung des Sachverständigenprüfers.

Abweichenden Vereinbarungen

§ 323 Abs. 4 HGB bestimmt, dass von § 323 Abs. 2 S. 1, 2, 3 u. 4 HGB abweichende Vereinbarungen, also etwa eine Haftungsobergrenze im Falle der groben Fahrlässigkeit bei der Prüfung eines kapitalmarktorientierten Unternehmen von öffentlichem Interesse oder eine niedrigere Haftungshöchstsumme für Fälle der groben Fahrlässigkeit bei der Prüfung einer sonstigen Kapitalgesellschaft verboten sind. Gleichwohl geschlossene Vereinbarungen sind nichtig. Ein entsprechendes Verbot ist auch in § 18 BS WP/vBP festgeschrieben.

Andere gesetzliche Prüfungen

Die Erhöhung der Haftsummen (§ 323 Abs. 2 S. 1, 3 u. 4 HGB) und die Erweiterung der unbeschränkten Haftung auf Fälle der groben Fahrlässigkeit bei der Prüfung von kapitalmarktorientierten Unternehmen von öffentlichem Interessen (§ 323 Abs. 2 S. 1 HGB) wirken sich auch für Prüfungstätigkeiten außerhalb der Jahresabschlussprüfung aus, wenn im Rahmen der für diese Prüfungen geltenden Regelungen hinsichtlich der Haftung auf § 323 HGB verwiesen wird.

Beispiele:

- Gründungs- und Nachgründungsprüfungen (§§ 49, 53 AktG)⁹
 - Verschmelzungsprüfung (§§ 9, 11 Abs. 2 UmwG)
 - Aktienrechtliche Sonderprüfungen (§§ 144, 258 Abs. 5 S. 1 AktG)
 - Prüfungen nach dem EEG (§ 75 Abs. 4 EEG)
- (...)

Erstmalige Anwendung

Die erhöhten Haftungshöchstsummen nach § 323 Abs. 2 S. 1, 3 u. 4 HGB und die Erweiterung der unbeschränkten Haftung bei grober Fahrlässigkeit bei der Prüfung von kapitalmarktorientierten Unternehmen von öffentlichem Interesse gelten für gesetzliche Abschlussprüfungen für nach dem 31.12.2021 beginnende Geschäftsjahre.

Für gesetzliche Prüfungen, für die hinsichtlich der Haftung auf § 323 HGB verwiesen wird, gibt es nach dem Wortlaut von Art. 86 Abs. 1 S. 1 HGBEG keine Übergangsfristen. Die erhöhten Haftungshöchstsummen gelten für diese Prüfungen daher bereits seit dem 1.7.2021.

Freiwillige Abschlussprüfung

Die Haftungshöchstsummen nach § 323 Abs. 2 S. 1, 3 u. 4 HGB und die nicht abdingbare unbeschränkte Haftung in Fällen von grober Fahrlässigkeit bei der Prüfung von kapitalmarktorientierten Unternehmen von öffentlichem Interesse gelten nur für

gesetzlich vorgeschriebene Jahresabschlussprüfungen.

Für freiwillige Abschlussprüfungen kann der Abschlussprüfer wie bisher seine Haftung nach § 54a Abs. 1 WPO durch Vereinbarung im Einzelfall oder vorformulierte Auftragsbedingungen für alle Fälle der Fahrlässigkeit beschränken.

Bei einer Haftungsbeschränkung durch vorformulierte Auftragsbedingungen muss die Haftsumme nach § 54a Abs. 1 Nr. 2 WPO mindestens 4 Mio. Euro betragen und insoweit muss Versicherungsschutz bestehen. Die Vereinbarung einer höheren Haftungsobergrenze ist möglich, wenn die Deckungssumme in der Berufshaftpflichtversicherung entsprechend angepasst wird.

Deliktische Haftung

Für eine deliktische Haftung (§§ 823 ff. BGB) des Abschlussprüfers gegenüber der geprüften Gesellschaft ist kein Raum, wenn hierdurch die Haftungshöchstsummen nach § 323 Abs. 2 S. 1, 3 u. 4 HGB unterlaufen würde.¹⁰ Bei einer deliktischen Haftung gegenüber den Anlegern der geprüften Gesellschaft kann sich der Abschlussprüfer dagegen nicht auf eine Haftungshöchstsumme berufen.¹¹ Ist Abschlussprüfer eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, muss sich diese ein deliktisches Handeln ihres gesetzlichen Vertreters zurechnen lassen (§ 31 BGB).

3. Feststellung des Verschuldensgrades

Einfache Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Abschlussprüfer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (vgl. § 276 Abs. 2 BGB), wobei im Bereich der Abschlussprüferhaftung die Sorgfalt eines gewissenhaften und unparteiischen Abschlussprüfers gemeint ist (§ 323 Abs. 1 S. 1 HGB).

Ein grob fahrlässiges Handeln des Abschlussprüfers soll nach der Gesetzesbegründung zum FISG gegeben sein, wenn der Abschlussprüfer die verkehrssübliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße außer Acht lässt und nicht das beachtet, was sich im gegebenen Fall jedem Abschlussprüfer in vergleichbarer Lage hätte aufdrängen müssen.¹² Der Abschlussprüfer muss also einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt haben.

Die Unterscheidung von einfacher und grober Fahrlässigkeit war schon vor dem Inkrafttreten des FISG von praktischer Bedeutung, wenn es um die Frage ging, ob und inwieweit ein vorsätzliches Handeln der gesetzlichen Vertreter der geprüften Gesellschaft vor und bei der Aufstellung des Jahresabschlusses als zurechenbares Mitverschulden der geprüften Gesellschaft

⁹ Zur Haftung des Sachkapitalerhöhungsprüfers siehe KG Berlin, Urt. v. 22.5.2017 – 12 U 16/14, juris.

¹⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.6.2021 – 22 U 31/20, juris Rn. 150.

¹¹ Ebke, Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2020, § 323 Rn. 72.

¹² BT-Drs. 19/26966, 104, 405.

(§§ 254, 31 BGB) zu einer Haftungsminderung oder sogar zu einem völligen Zurücktreten der vertraglichen Haftung des Abschlussprüfers führt.¹³

Ein Verschulden in Form von grober Fahrlässigkeit liegt danach beispielsweise vor, wenn der Abschlussprüfer im Rahmen der Abschlussprüfung pflichtwidrig auf die Einholung von Bankbestätigungen verzichtet und sich auf Angaben des Geschäftsführers der geprüften Gesellschaft verlässt und in seinem Bestätigungsvermerk nicht darauf hinweist, dass eine zuverlässige Vollständigkeitsprüfung nicht möglich war, weil die Geschäftsleitung sich trotz mehrfacher Aufforderung geweigert hat, eine Bankbestätigung vorzulegen.¹⁴

Auch wenn der Abschlussprüfer im Prüfgebiet Lieferungen und Leistungen in Bezug auf die wichtigen Kunden mit einem Umsatz von über 1 Mio. Euro entgegen dem Wesentlichkeitsgrundsatz (§ 317 Abs. 1 S. 3 HGB) weder eine fachgerechte Saldenbestätigungsaktion durchführt noch sich in anderer Weise ein verlässliches Bild von der Werthaltigkeit des Forderungsbestandes verschafft hat und deshalb nicht merkt, dass in erheblichem Umfang Scheinrechnungen für fingierte Absatzgeschäfte in Höhe von über 10% der Umsatzerlöse verbucht worden sind, ist von grober Fahrlässigkeit auszugehen.¹⁵ Dasselbe gilt, wenn der Abschlussprüfer die Hintergründe einer ungewöhnlich hohen und in zeitlicher Hinsicht auffälligen Forderung nicht aufklärt.¹⁶

Dagegen scheidet ein grob fahrlässiges Handeln aus, wenn der Abschlussprüfer es zwar über mehrere Jahre pflichtwidrig unterlassen hat, Bankbestätigungen einzuholen, er aber ersatzweise versucht hat, sich Grundlagen für die Prüfung der Bankkonten zu verschaffen, indem er sich eine Vollständigkeitserklärung des Geschäftsführers, die Buchhaltung des Unternehmens und die Kontoauszüge der Banken hat vorlegen lassen.¹⁷

Schon diese wenigen Beispiele zeigen, dass sich bei der Unterscheidung von einfacher und grober Fahrlässigkeit im Einzelfall erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben können. Im Haftpflichtprozess wird dies in aller Regel zur Folge haben, dass die Gerichte mangels eigener Sachkunde nicht nur hinsichtlich der Frage, in welchen Punkten die Abschlussprüfung möglicherweise mangelhaft war, sondern auch hinsichtlich der Feststellung des Verschuldensgrades ein Gutachten eines gerichtlich bestellten Sachverständigen einholen müssen.

4. Haftpflichtprozesse mit höheren Streitwerten

Welche Auswirkungen sich aus der Anhebung der Haftungs-

höchstsummen und der Erweiterung der unbeschränkten Haftung nach § 323 Abs. 2 S. 1-4 HGB auf die Abschlussprüferhaftung im Einzelnen ergeben, lässt sich im Moment im Einzelnen nicht absehen.

Die deutliche Erhöhung der Haftungsobergrenzen bei einfacher und grober Fahrlässigkeit und die Erweiterung der unbeschränkten Haftung bei der Prüfung eines kapitalmarktorientierten Unternehmens werden aber voraussichtlich zu Haftpflichtansprüchen mit deutlich höheren Gegenstandswerten führen. Zudem werden wohl Streitigkeiten, in denen es um die Abgrenzung von einfacher und grober Fahrlässigkeit geht, zunehmen. Vor allem aus Sicht der geprüften Gesellschaft, die ihren Abschlussprüfer wegen eines Prüfungsfehlers in Anspruch nehmen will, kann es, je nachdem wie hoch der vermeintliche Schaden ist, wirtschaftlich einen großen Unterschied machen, ob der Abschlussprüfer mit der einschlägigen Haftungshöchstsumme für grobe Fahrlässigkeit haftet oder ob er die niedrigere Haftungsobergrenze für einfache Fahrlässigkeit einwenden kann.

Dagegen werden haftungsrechtliche Streitigkeiten darüber, ob der Abschlussprüfer vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, in der Praxis wohl an Bedeutung verlieren. Bereits in der Vergangenheit war der Nachweis eines vorsätzlichen Prüfungsfehlers kaum möglich. Selbst wenn der Nachweis eines vorsätzlichen Handelns des Abschlussprüfers ausnahmsweise gelingt, ist dies wenig zielführend, denn in diesem Fall steht der Abschlussprüfer ohne Versicherungsschutz dar (§ 54 Abs. 3 Nr. 1 WPO).

Hinzu kommt, dass durch die Heraufsetzung der Haftungsobergrenzen bei einfacher und grober Fahrlässigkeit und der Erweiterung der unbeschränkten Haftung bei grober Fahrlässigkeit bei der Prüfung eines kapitalmarktorientierten Unternehmens von öffentlichem Interesse wohl nur noch wenige Haftungsfälle verbleiben werden, in denen der Ausgleich eines Schadens an einer Haftungshöchstsumme nach § 323 Abs. 2 S. 1, 3 u. 4 HGB scheitern wird. Damit dürfte in den meisten Fällen jedes Bedürfnis für ein Streit darüber, ob der Abschlussprüfer fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat, fehlen.

Speziell in den Fällen, in denen der Abschlussprüfer von dem Insolvenzverwalter der geprüften Gesellschaft wegen einer angeblich durch seinen Prüfungsfehler mitverursachten Insolvenzverschleppung in Anspruch genommen wird, werden die unterschiedlich hohen Haftungsobergrenzen bei einfacher und grober Fahrlässigkeit bei nicht kapitalmarktorientierten Unternehmen im öffentlichen Interesse einerseits und sonstigen Ka-

¹³ BGH, Urt. v. 10.12.2009 – VII ZR 42/08, DStR 2010, 340; OLG Braunschweig, Urt. v. 8.5.2013 – 3 U 70/12, GI 2018, 184.

¹⁴ BGH, Urt. v. 10.12.2009 – VII ZR 42/08, DStR 2010, 340 Rn. 38 u. 39.

¹⁵ OLG Frankfurt, Urt. v. 14.8.2013 – 6 U 114/08, juris.

¹⁶ OLG Köln, Urt. v. 21.2.2013 – 8 U 2/10, DStRE 2015, 125 Rn. 34.

¹⁷ BGH, Urt. v. 10.12.2009 – VII ZR 42/08 DStR 2010, 774. Rn. 52.

pitalgesellschaften und diesen gleich gestellten Personengesellschaften andererseits dazu führen, dass der Insolvenzverwalter tendenziell wohl eher eine grob fahrlässige als eine einfach fahrlässige Pflichtverletzung des Abschlussprüfers behaupten wird, um die Masse mit der erhöhten Haftungshöchstsumme bei grober Fahrlässigkeit zu stärken.

Liegt der Zeitpunkt der Insolvenzzureife wegen Überschuldung i.S.v. 19 Abs. 2 S. 1 InsO nach Ansicht des Insolvenzverwalters dann noch mehrere Jahre zurück, kann dies zur Folge haben, dass der Insolvenzverwalter den Abschlussprüfer wegen mehrerer mangelhafter Abschlussprüfungen auf Ersatz des durch die verspätete Insolvenzanmeldung entstandenen Schadens in Anspruch nehmen wird.¹⁸ Sind etwa drei Abschlussprüfungen einer sonstigen Kapitalgesellschaft betroffen und behauptet der Insolvenzverwalter hinsichtlich jeder Prüfung einen grob fahrlässigen Prüfungsfehler, kann es nach dem FISG bei einem entsprechend hohen Insolvenzverschleppungsschaden leicht um eine Schadenersatzforderung in Höhe von 36 Mio. Euro (3 x 12 Mio. Euro nach § 323 Abs. 2 S. 4 HGB) gehen. Nach § 323 Abs. 2 HGB aF hätte bei einer solchen Fallkonstellation das maximale Haftungsrisiko des Abschlussprüfers für alle betroffenen Abschlussprüfungen selbst bei grober Fahrlässigkeit bei maximal 3 Mio. Euro (3 x 1 Mio. Euro) gelegen.

Und selbst wenn in einem solchen Fall die vollständige oder teilweise prozessuale Abwehr des behaupteten Insolvenzverschleppungsschadens gelingt, weil dem Abschlussprüfer kein Prüfungsfehler unterlaufen ist oder er einen Prüfungsfehler nur mit einfacher Fahrlässigkeit begangen hat, steigen wegen der gegenüber dem alten Recht hohen Gegenstandswerte die Kosten für die Abwehr dieser Ansprüche erheblich an, ohne dass sichergestellt ist, dass diese bei einem ganz oder teilweisen prozessualen Obsiegen des Abschlussprüfers vom Insolvenzverwalter aus der Masse erstattet werden. Vielmehr muss der Abschlussprüfer in einem solchen Fall hinnehmen, dass sein Kostenerstattungsanspruch wegen Masseunzulänglichkeit unbefriedigt bleibt.¹⁹

5. Anpassung des Versicherungsschutzes

Die massive Risikoerhöhung infolge der Heraufsetzung der Haftungshöchstsummen (§ 323 Abs. 2 S. 1, 3 u. 4 HGB) und der Erweiterung der unbeschränkten Haftung bei grober Fahrlässigkeit bei der Prüfung eines kapitalmarktorientierten Unternehmens von öffentlichem Interesse (§ 323 Abs. 2 S. 2 HGB) machen eine Anpassung des Versicherungsschutzes erforderlich (§ 27 BS WP/vBP), denn die Mindestversicherungssumme

zur Berufshaftpflichtversicherung beträgt nach dem FISG unverändert 1 Mio. Euro (§ 54 Abs. 4 WPO).

Die notwendige Erhöhung der Deckungssumme kann entweder unmittelbar im Rahmen der Berufshaftpflichtversicherung nach § 54 WPO erfolgen oder durch einen separaten Vertrag als Objektdeckung für eine einzelne Prüfung.

Ein Verzicht auf die Anpassung des Versicherungsschutzes birgt nicht nur die Gefahr, dass die zum Zeitpunkt des Prüfungsfehlers vereinbarte Deckungssumme nicht ausreicht, um einen begründeten Schadenersatzanspruch der geprüften Gesellschaft zu befriedigen. Eine zu niedrige Deckungssumme kann sich auch schon bei der Abwehr von Schadenersatzansprüchen nachteilig auswirken. Denn wenn der behauptete Schaden die vereinbarte Deckungssumme im Zeitpunkt des fehlerhaften Testats überschreitet, übernimmt der Versicherer bei einem Haftpflichtprozess im Rahmen des von ihm zu gewährenden Rechtsschutzes nach den üblichen Versicherungsbedingungen nur die Anwaltsgebühren nach dem Gegenstandswert, der der niedrigen Deckungssumme im Zeitpunkt des Prüfungsfehlers entspricht.

III. Risikoerhöhung bei leichtfertiger Erteilung eines unrichtigen Bestätigungsvermerks

Die vorsätzliche Erteilung eines inhaltlich unrichtigen Bestätigungsvermerks bei einer nach dem Handelsrecht vorgeschriebenen Abschlussprüfung war schon immer strafbar (§ 332 Abs. 1 HGB).²⁰

Nach dem FISG ist jetzt zusätzlich die leichtfertige Erteilung eines inhaltlich unrichtigen Bestätigungsvermerks bei der Abschlussprüfung von Unternehmen im öffentlichen Interesse (§ 316a S. 2 HGB) unter Strafe gestellt (§ 323 Abs. 3 HGB).

Der Verschuldensgrad der Leichtfertigkeit wird in der Gesetzesbegründung zum FISG nicht näher erläutert. In Abgrenzung zu einem vorsätzlich Handeln dürfte ein leichtfertiges Handeln aber wohl mit einem grob fahrlässigen Handeln gleich zu setzen sein.²¹

Ein inhaltlicher unrichtiger Bestätigungsvermerk liegt nur dann vor, wenn der Bestätigungsvermerk von den getroffenen Prüfungsfeststellungen des Abschlussprüfers abweicht. Entscheidend ist also das Abweichen des Bestätigungsvermerks von dem Ergebnis der Prüfung. Ob das Prüfergebnis falsch oder richtig ist, spielt zumindest bei der Strafbarkeit

¹⁸ Zur Frage, ob der Insolvenzverwalter insoweit überhaupt aktiv legitimiert ist, siehe Brügge, Zur Haftung des Steuerberaters gegenüber einer insolventen Gesellschaft wegen verspäteter Insolvenzanmeldung, VersR 2018, 705; Meixner, Haftung des GmbH-Geschäftsführers und des Steuerberaters für Insolvenzverschleppungsschäden, DStR 2018, 1025.

¹⁹ BGH, Urt. v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, DStR 2013, 2081 Rn. 9.

²⁰ BGH, Urt. v. 12.3.2020 – VII ZR 236/19, DStR 2020, 1695 betr. Abgrenzung zur Prüfung wegen wertpapierrechtlicher Vorschriften über den notwendigen Inhalt eines Prospekts.

²¹ Nietsch, Abschlussprüferhaftung nach Wirecard, WM 2021, 158, 167.

nach § 332 Abs. 1 HGB keine Rolle.²²

1. Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB

Nach § 823 Abs. 2 BGB macht sich schadenersatzpflichtig, der schuldhaft gegen ein Gesetz verstößt, dass den Schutz eines anderen bezweckt.

§ 323 Abs. 1 HGB, der eine vorsätzliche Verletzung der Berichtspflicht unter Strafe stellt, ist ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB.²³

Nach der Gesetzesbegründung zum FISG ist die Strafverschärfung auf Fälle der leichtfertigen Erteilung eines inhaltlich unrichtigen Bestätigungsvermerks zu einem Jahresabschluss eines Unternehmens von öffentlichem Interesse erforderlich, weil das Vertrauen in die Richtigkeit des nach § 325 HGB offen zu legenden und damit für jedermann einsehbaren Bestätigungsvermerks bei der Prüfung eines Unternehmens von öffentlichem Interesse mit großem Adressatenkreis in hohem Maß schützenswert ist.²⁴

In den Schutzbereich der Strafverschärfung nach § 332 Abs. 3 HGB fallen nach der Gesetzesbegründung also nicht nur die geprüfte Gesellschaft und deren Gesellschafter, sondern wie bei § 332 Abs. 1 HGB auch die Gesellschaftsgläubiger und vor allem Dritte, die im Vertrauen auf die Richtigkeit des veröffentlichten Bestätigungsvermerks in rechtlicher Beziehung zu der Gesellschaft treten wollen.

Hiervon ausgehend ist § 332 Abs. 3 HGB ebenso wie § 332 Abs. 1 HGB ein Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB, bei dessen Verletzung sich der Abschlussprüfer eines Unternehmens von öffentlichem Interesse schadenersatzpflichtig machen kann.

2. Ausweitung der deliktischen Dritthaftung

Für Abschlussprüfer eines Unternehmens von öffentlichem Interesse stellt eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 332 Abs. 3 HGB gegenüber den Anlegern der geprüften Gesellschaft eine deutliche Ausweitung der gesetzlichen Dritthaftung dar.

Nach der bisherigen Rechtslage haftete der Abschlussprüfer eines Unternehmens von öffentlichem Interesse gegenüber den Anlegern der geprüften Gesellschaft im Falle der leichtfertigen Erteilung eines unrichtigen Bestätigungsvermerks nur, wenn die Voraussetzungen für eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung nach § 826 BGB vorlagen.

Für eine sittenwidrige Handlung ist erforderlich, dass der Abschlussprüfer bei der Erteilung des unrichtigen Bestätigungsvermerks nicht nur leichtfertig, sondern in Bezug auf die arglos

handelnden Anleger auch gewissenlos handelt. Darüber verlangt § 826 BGB, dass sein unrichtiger Bestätigungsvermerk für den Erwerb und damit für den Schadeneintritt eines Anlegers ursächlich ist. Zudem muss der Abschlussprüfer hinsichtlich der Schädigung der Anleger mit Vorsatz handeln.²⁵ Für eine Haftung nach §§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 323 Abs. 3 HGB reicht dagegen aus, dass der Abschlussprüfer den Straftatbestand des § 332 Abs. 3 HGB verwirklicht und sein unrichtiger Bestätigungsvermerk für einen Aktienwerb eines Anlegers und damit für einen Schadeneintritt ursächlich ist. Im Unterschied zu einer Haftung wegen einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung nach § 826 BGB ist für eine Haftung nach §§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 323 Abs. 3 HGB nicht erforderlich, dass der Abschlussprüfer hinsichtlich der Schädigung der Anleger mit Vorsatz handelt.

Auch wenn man aktuell noch nicht absehen kann, welche praktischen Auswirkungen sich aus dem neuen Dritthaftungstatbestand für die Haftung des Abschlussprüfers eines Unternehmens von öffentlichem Interesse ergeben, muss damit gerechnet werden, dass vor allem in Insolvenzverschleppungsfällen zahlreiche Anleger versuchen werden, den Abschlussprüfer eines Unternehmens von öffentlichem Interesse nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 332 HGB in Anspruch zu nehmen, um die hohen Haftungshürden der sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB zu umgehen.

Selbst wenn diese Ansprüche überwiegend unbegründet sind, weil der Abschlussprüfer entweder nicht leichtfertig einen inhaltlich unrichtigen Bestätigungsvermerk erteilt hat oder den Anlegern nicht der Nachweis gelingt, dass der unrichtige Bestätigungsvermerk Grundlage für ihren Aktienwerb war, wird die Abwehr dieser Ansprüche für den Abschlussprüfer und seinen Berufshaftpflichtversicherer mit einem sehr hohen Zeit- und Kostenaufwand verbunden sein.

Fazit

Die Erhöhung der Haftungssummen bei einfacher und grober Fahrlässigkeit nach § 323 Abs. 2 S. 1, 3 u. 4 HGB und die Erweiterung der unbeschränkten Haftung auf Fälle der groben Fahrlässigkeit bei der Prüfung von kapitalmarktorientierten Unternehmen von öffentlichem Interesse nach § 323 Abs. 2 S. 2 HGB erhöhen die Haftungsgefahren des Abschlussprüfers gegenüber der geprüften Gesellschaft und machen eine Anpassung des Versicherungsschutzes notwendig.

Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Abschlussprüfer einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt hat. Es muss damit gerechnet werden, dass Streitigkeiten über die

²² OLG Hamm, Urt. v. 3.2.2014 – 8 U 47/10, juris.

²³ BGH, Urt. v. 12.3.2020 – VII ZR 236/19, DStR 2020, 1695 Rn. 14.

²⁴ BT-Drs. 19/26966, 106.

²⁵ BGH, Urt. v. 12.3.2020 – VII ZR 236/19, DStR 2020, 1695.

Abgrenzung von einfacher und grober Fahrlässigkeit im Abschlussprüferhaftungsrecht einen breiten Raum einnehmen werden.

Die Absenkung des Verschuldensgrad von Vorsatz auf Leichtfertigkeit bei der strafbewährten Erteilung eines inhaltlich unrichtigen Bestätigungsvermerks bei der Prüfung eines Unternehmens von öffentlichem Interesse nach § 332 Abs. 3 HGB erweitert das Dritthaftungsrisiko des Abschlussprüfers gegenüber den Anlegern der geprüften Gesellschaft, denn anders als bei einer Haftung wegen einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung nach § 826 BGH reicht für eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 332 Abs. 3 HGB ein leichtfertiges Handeln aus. Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Anleger ist nicht erforderlich.

GI Entscheidungen

Versicherungsrecht

- Vorweggenommener Deckungsprozess
- Aussetzung des Verfahrens
- Berufungseinlegung ohne Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung
- Wissentliche Pflichtverletzung

(OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.11.2021 – 4 U 252/20)

Leitsatz (der Redaktion):

Bei der Verpflichtung eines Rechtsanwalts, Weisungen der Mandantschaft dazu, unter welchen Voraussetzungen Berufung eingelegt werden soll, zu beachten, und zwar auch dann, wenn dadurch eine ursprünglich umfänglich erteilte Vollmacht eingeschränkt wird, handelt es sich um eine elementare berufliche Pflicht eines Rechtsanwalts, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden kann.

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger begehrt von der Beklagten im Wege der vorweggenommenen Deckungsklage bedingungsgemäßen Versicherungs- und Deckungsschutz für einen vormals am Landgericht Düsseldorf, nunmehr am Oberlandesgerichts Düsseldorf anhängigen Haftpflichtanspruch.

1.

[2] Die Parteien waren durch einen Vermögensschadenhaftpflichtversicherungsvertrag, Versicherungsscheinnummer ..., miteinander verbunden, den der Kläger ursprünglich mit der

GA Versicherungs-AG mit Wirkung ab dem 27. Mai 1997 geschlossen hatte. Versichertes Risiko war die Berufstätigkeit des Klägers als Rechtsanwalt.

[3] Dem Versicherungsvertrag lagen die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Rechtsanwälten und Patentanwälten - AVB-A - (mit Risikobeschreibung), Stand: 03/97, zugrunde, auf deren Inhalt ebenso Bezug genommen wird wie auf den Inhalt der Kopie des am 22. August 1997 ausgefertigten Versicherungsscheins und der Kopie des am 27. August 1997 ausgefertigten Nachtrags.

[4] Der Kläger kündigte den Versicherungsvertrag mit Wirkung zum 14. August 2018.

2.

[5] Der Kläger wurde in dem beim Landgericht Düsseldorf unter dem Aktenzeichen 5 O 79/16 geführten Rechtsstreit von seiner früheren Mandantin J. wegen angeblicher anwaltlicher Pflichtverletzungen - nach teilweiser Klagerücknahme - auf Schadenersatz in Höhe von insgesamt € 16.497,30 in Anspruch genommen.

[6] Hinsichtlich der dem hiesigen Kläger im Haftpflichtprozess zur Last gelegten Pflichtverletzungen wird auf die vom Kläger als Anlage zur Klageschrift zur Gerichtsakte gereichte Kopie der Klageschrift im Haftpflichtprozess, datierend vom 15. März 2016, Bezug genommen.

[7] Mit am 6. Oktober 2020 verkündetem Urteil verurteilte die Einzelrichterin der 5. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf den hiesigen Kläger unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Zahlung von € 9.564,21 nebst Zinsen.

[8] Mit am 10. November 2020 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz gleichen Datums legte der hiesige Kläger gegen das ihm am 20. Oktober 2020 zugestellte landgerichtliche Urteil Berufung ein, die er mit am 20. Januar 2021 beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingegangenen Schriftsatz gleichen Datums begründete.

[9] Das Berufungsverfahren wird beim Oberlandesgericht Düsseldorf unter dem Aktenzeichen 10 U 187/20 geführt.

3.

[10] Mit Schreiben vom 8. Mai 2018 zeigte der Kläger der Beklagten die hier streitgegenständlichen Versicherungsfälle unter Beifügung der vom 15. März 2016 datierenden Klageschrift aus dem Haftpflichtprozess und der vom 27. Januar 2017 datierenden Klageerwidderung an und bat um die Erteilung von Versicherungs- und Deckungsschutz.

[11] Die Beklagte lehnte die Erteilung von Deckungsschutz mit Schreiben vom 9. Mai 2018 ab und erhob die Einrede der Verjährung des versicherungsvertraglichen Anspruchs.

[12] Der Kläger hat behauptet, nicht gegen eine Weisung seiner früheren Mandantin verstoßen zu haben. J. habe ihn nicht ausdrücklich angewiesen, dass Berufung nur dann eingelegt werden solle, wenn die Rechtsschutzversicherung Deckungszusage erteile. Das Handeln der J. lasse vielmehr den Rückschluss zu, dass sie die Berufungsverfahren auf jeden Fall habe durchführen wollen, ohne dass es tatsächlich darauf angekommen sei, ob die Rechtsschutzversicherung Deckungsschutz erteilen würde. Schließlich habe sie das mit ihm, dem Kläger, bestehende Mandatsverhältnis nach Einlegung der Berufung gekündigt und die Rechtsanwaltskanzlei Klages/Rüping mit der weiteren Wahrnehmung ihrer Interessen in den beim Landgericht Düsseldorf unter den Aktenzeichen 21 S 140/14 und 21 S 167/14 geführten Berufungsverfahren beauftragt, was die Beklagte mit Nichtwissen bestritten hat. Jedenfalls habe er wie er im Haftpflichtprozess unter Beweis-antritt vorgetragen habe - seiner damaligen Mandantin mitgeteilt, dass sie sich selbst um Deckungszusagen bei ihrer Rechtsschutzversicherung bemühen müsse, was die Beklagte ebenfalls mit Nichtwissen bestritten hat. Die Berufungsverfahren seien allein deshalb verloren gegangen, weil der neue Prozessbevollmächtigte nicht weiter vorgetragen, sondern im Termin lediglich den Antrag gestellt habe bzw. nicht aufgetreten sei.

[13] Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Risikoausschlussklausel zur wissentlichen Pflichtverletzung sei rechtswirksam. Der Vortrag seiner früheren Mandantin sei widersprüchlich bzw. bewusst unwahr und vorsätzlich falsch. Derartige bewusst unwahre Behauptungen des geschädigten Dritten seien unbeachtlich.

[14-17] (Anträge: ...)

[18] Mit Beschluss vom 3. April 2019 hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass im Deckungsprozess grundsätzlich auf die Behauptungen des Dritten im Haftpflichtprozess abzustellen sei, wenn eine Bindung an die rechtskräftige Entscheidung im Haftpflichtprozess mangels rechtskräftiger Entscheidung nicht denkbar sei. Auch im vorweggenommenen Deckungsprozess sei allein maßgeblich, ob für den Vorwurf, aus dem der Dritte seine Rechte herleite, Deckung bestehe. Gemessen hieran sei im hiesigen vorweggenommenen Deckungsprozess ausschließlich auf das Vorbringen der Klägerin in dem beim Landgericht Düsseldorf unter dem Aktenzeichen 5 O 79/16 geführten Rechtsstreit abzustellen.

[19] Mit Versäumnisurteil vom 10. Dezember 2019 hat das Landgericht Düsseldorf die Klage abgewiesen.

[20] Gegen das ihm wiederholt, zuletzt am 10. Februar 2020 zugestellte Versäumnisurteil des Landgerichts Düsseldorf vom 10. Dezember 2019 hat der Kläger mit am 6. Januar 2020 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz vom 5. Januar 2020 sowie nochmals mit am 19. Februar 2020 beim Landgericht eingegangenen, seinen Vortrag wiederholendem Schriftsatz vom 18. Februar 2020 Einspruch eingelegt.

[21-24] (Anträge: ...)

[25] Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dem Kläger falle eine wissentliche Pflichtverletzung zur Last. Insoweit sei im vorweggenommenen Deckungsprozess grundsätzlich auf die Behauptungen des oder der Geschädigten abzustellen. Der Nachweis der wissentlichen Pflichtverletzung ergebe sich aus dem hier vorliegenden Verstoß gegen sogenanntes Primitiv- oder Elementarwissen (Kardinalspflichtverletzung). Verstöße gegen Regeln, die zum „Primitivwissen“ eines Berufsangehörigen zählten, würden stets wissentlich begangen.

[26] In diesem Zusammenhang hat die Beklagte behauptet, der Kläger habe, wie von seiner früheren Mandantin J. im Haftpflichtprozess geltend gemacht, entgegen der Weisung seiner Mandantin Berufung eingelegt.

[27] Die Beklagte hat sich auf die Einrede der Verjährung des versicherungsvertraglichen Anspruchs berufen.

[28] Mit Urteil vom 26. Mai 2020 hat das Landgericht Düsseldorf sein Versäumnisurteil vom 10. Dezember 2019 aufrechterhalten. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die zulässige Klage sei unbegründet, weil ein Befreiungsanspruch tatsächlich - jedenfalls derzeit - nicht bestehe. Da eine Bindung an die rechtskräftige Entscheidung im Haftpflichtprozess nicht denkbar sei, wenn der Deckungsprozess als erstes entschieden werde, sei im Deckungsprozess grundsätzlich auf die Behauptungen des Dritten abzustellen. Soweit die Frage betroffen sei, ob es sich um eine unter den Versicherungsschutz fallende Fallkonstellation handele oder ob ein Ausschluss greife oder Leistungsfreiheit wegen Obliegenheitsverletzung bestehe, bestehe im vorweggenommenen Deckungsprozess eine Bindung an die vom Geschädigten im Haftpflichtprozess zur Begründung des Vorwurfs vorgetragenen Tatsachen. Die Tatsachen, die die Klägerin in dem beim Landgericht Düsseldorf unter dem Az. 5 O 79/16 geführten Rechtsstreit vortrage, würden den Ausschlussstatbestand der wissentlichen Pflichtverletzung ausfüllen. In dem unter dem Aktenzeichen 21 S 394/12 geführten Berufungsverfahren wolle die Klägerin den Beklagten ausdrücklich angewiesen haben, das Berufungsverfahren nur durchzuführen, wenn die Rechtsschutzversicherung Deckungszusage erteile. Dennoch habe der hiesige Kläger Berufung für sie eingelegt. In dem un-

ter dem Aktenzeichen 21 S 140/14 geführten Berufungsverfahren wolle die Klägerin den hiesigen Kläger ausdrücklich darauf hingewiesen haben, dass als erstes eine Deckungsschutzanfrage an den Rechtsschutzversicherer gerichtet werden solle und das Berufungsverfahren nur durchgeführt werden dürfe, wenn der Rechtsschutzversicherer Deckungsschutz für das Verfahren erteile. Entgegen dieser Weisung habe der hiesige Kläger Berufung eingelegt. Auch in dem unter dem Aktenzeichen 21 S 167/14 geführten Berufungsverfahren will die Klägerin den hiesigen Kläger darauf hingewiesen haben, dass als erstes eine Deckungsschutzanfrage an den Rechtsschutzversicherer gerichtet und das Berufungsverfahren nur nach Deckungszusage durchgeführt werden sollen. Der Kläger sei aufgrund des Anwaltsvertrages verpflichtet gewesen, die Weisungen seiner Mandantin zu beachten. Dass er die Weisungen des Mandanten zu befolgen habe, jedenfalls soweit diese nicht gegen das Gesetz verstießen, gehöre zum Elementarwissen des Rechtsanwalts. Der Vortrag, der Kläger habe mehrfach gegen die ausdrückliche Weisung der Klägerin des Verfahrens beim Landgericht Düsseldorf, Az. 5 O 79/16, verstoßen, impliziere, dass er die Verstöße wissentlich begangen habe. Es komme nicht darauf an, dass die Klägerin des Haftpflichtprozesses ihren Anspruch mit weiteren - möglicherweise nicht wissentlichen - Pflichtverletzungen begründe, denn sämtliche Schäden, die Gegenstand des Klageanspruchs im Haftpflichtprozess seien, seien nach dem Sachvortrag der dortigen Klägerin ohne die skizzierten Verstöße des hiesigen Klägers nicht eingetreten. Das hiesige Verfahren sei nicht nach § 148 ZPO auszusetzen. Der Entscheidung stehe nicht entgegen, dass die Akte des Landgerichts Düsseldorf, Az. 5 O 79/16, in der letzten mündlichen Verhandlung nicht vorgelegen habe. Dass der Haftpflichtprozess nicht beendet sei, habe der Kläger in der mündlichen Verhandlung mitgeteilt. Die Klageschrift aus dem Haftpflichtprozess habe der Kläger im hiesigen Verfahren vorgelegt.

[29] Gegen das ihm am 28. Mai 2020 zugestellte Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 26. Mai 2020 hat der Kläger mit am 29. Juni 2020 - einem Montag - bei Gericht eingegangenen Schriftsatz gleichen Datums Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbeurteilungsfrist mit am 28. August 2020 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz gleichen Datums begründet.

[30] Der Kläger wendet ein, grundsätzlich müsse die Beklagte hier antragsgemäß Versicherungs- und Deckungsschutz gewähren. Der Haftpflichtfall falle gemäß § 100 VVG unstreitig in den versicherten Zeitraum. Ihm werde seitens eines Dritten ein Pflichtverstoß vorgeworfen. Damit sei die Beklagte gemäß § 100 VVG Eintrittspflichtig. Da er, der Kläger, den Versicherungsfall nicht vorsätzlich herbeigeführt habe, sei die Beklagte auch nicht von der Leistung befreit. Die Beklagte habe nicht

dargelegt, dass sie ihr Ermessen bei der Beurteilung hinsichtlich der Eintrittspflicht ordnungsgemäß ausgeübt habe. Primär habe sie sich auf Verjährung und auf ein bereits anhängiges Haftpflichtverfahren berufen. Hierauf komme es aber nicht an. Sonst wäre ein Versicherer nämlich immer dann nicht Eintrittspflichtig, wenn er seine Versicherungsleistung so lange hinauszögere, bis der Versicherungsnehmer von dem geschädigten Dritten gerichtlich in Anspruch genommen werde. Das Landgericht verkenne die einheitlich dreijährige Verjährungsfrist von Abwehr- und Freistellungsanspruch. Zudem gehe das Landgericht zu Unrecht davon aus, dass die Voraussetzungen für den nachfolgenden Deckungsprozess auch für den vorweggenommenen Deckungsprozess gelten würden. So gehe es fälschlicherweise davon aus, dass es alleinig auf jedwede Behauptungen des geschädigten Dritten im Haftungsprozess ankomme. Die Geschädigte habe im Haftpflichtprozess widersprochen behauptet, dass Berufung jeweils nur habe eingelegt werden sollen, wenn die Rechtsschutzversicherung Deckungszusage erteile. Aus dem Verfahren ergebe sich aber, dass die Geschädigte in jedem Fall die Berufung habe durchführen wollen und tatsächlich auch durchgeführt habe. Widersprüchlicher Vortrag eines Geschädigten sei unbeachtlich. Eine wissentliche Pflichtverletzung seinerseits liege nicht vor. Zwar habe ein Rechtsanwalt Weisungen des Mandanten grundsätzlich zu befolgen; dies gelte aber dann nicht, wenn aufgrund der Weisung ein erheblicher Schaden entstehen könne, so etwa wenn die Weisung, Berufung nur einzulegen, wenn die Rechtsschutzversicherung Deckungszusage erteile, darauf hinausliefe, dass die Berufungsfrist ablaufe, bevor eine Deckungsentscheidung getroffen worden sei. Die Akte des Haftpflichtprozesses hätte beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht werden müssen. Er sei nicht darauf hingewiesen worden, zum Inhalt und Ablauf des Haftungsverfahrens weiter ausführen zu müssen; er sei daher in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Schließlich sei das Verfahren gemäß § 148 ZPO wegen Vorentscheidung des Haftpflichtprozesses auszusetzen gewesen.

[31-34] (Anträge: ...)

[35] Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Vertiefung und Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens und trägt vor, die Klage sei im Ergebnis mit zutreffender Begründung abgewiesen worden. Der deckungsrechtliche Anspruch des Klägers sei aufgrund eingetretener Verjährung bereits nicht durchsetzbar. Zudem sei hier zweifelsfrei von wissentlichen Pflichtverletzungen auszugehen. Nach dem Vortrag der Anspruchstellerin in der Klageschrift zum Haftpflichtprozess habe dieser durchgehend Pflichtverletzungen des Klägers gegen die ausdrücklichen Weisungen seiner Mandantin zum Gegenstand. Es handele sich um die Verletzung elementarer beruflicher Pflichten, geläufigen Primitivwissens eines Rechts-

anwalts, deren bzw. dessen Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden könne. Letztendlich räume der Kläger den Verstoß gegen Weisungen in der Berufungsbegründung sogar ein. Das hiesige Deckungsverfahren sei auch nicht auszusetzen gewesen. Denn es sei die Entscheidung des Klägers gewesen, einen vorweggenommenen Deckungsprozess anzustrengen. Auch sei ohne Belang, dass die Akte des Haftpflichtverfahrens im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht mehr beigezogen gewesen sei. Denn aufgrund des Beibringungsgrundsatzes sei es am Kläger gewesen, die von ihm rekrutierten Schriftsätze zur Akte zu reichen.

[36] Die Beklagte hat nochmals die Einrede der Verjährung erhoben.

[37] Der Senat hat die Akte des Oberlandesgerichts Düsseldorf, Az. 10 U 187/20 (vormals Landgericht Düsseldorf, Az. 5 O 79/16), beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht.

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

Aus den Gründen:

[39] Die Berufung des Klägers gegen das landgerichtliche Urteil vom 26. Mai 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.

1.

[40] Ob die Feststellungsklage im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO überhaupt zulässig ist, bedarf keiner Entscheidung.

[41] Zwar ist das Vorliegen des nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderlichen **Feststellungsinteresses** als besondere Prozessvoraussetzung grundsätzlich in jeder Lage des Rechtsstreits von Amts wegen zu prüfen (Bacher in: BeckOK ZPO, 42. Edition, Stand: 1. September 2021, § 256 ZPO Rdnr. 16 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 27. Juni 2018, Az. IV ZR 222/16, NJW 2018, 3025, 3026, Rdnr. 14). Bei der wie hier - **vorweggenommenen Deckungsklage** ist das Feststellungsinteresse im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO dabei nur dann zu bejahen, wenn dem konkreten, vom Feststellungsantrag betroffenen Recht eine Gefahr der Unsicherheit droht und der erstrebte Feststellungsausspruch geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen und unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit zu einer sinnvollen und sachgemäßen Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte führt (BGH, Urteil vom 19. November 2014, Az. VIII ZR 79/14, NJW 2015, 873, 875 Rdnr. 29 f.; Urteil vom 13. Januar 2010, Az. VIII ZR 351/08, NJW 2010 1877, 1878

Rdnr. 12; OLG Dresden, Beschluss vom 13. Oktober 2020, Az. 4 U 1667/20, zitiert nach juris, Rdnr. 10; Bacher in: Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, 38. Edition, Stand: 1. September 2020, § 256 ZPO Rdnr. 20; Greger in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 256 ZPO Rdnr. 7).

[42] Auch ist eine Feststellungsklage grundsätzlich als unzulässig abzuweisen, wenn das erforderliche Feststellungsinteresse fehlt (BGH, Urteil vom 4. September 2019, Az. XII ZR 52/18, NJW 2020, 683, 687, Rdnr. 44).

[43] Die Feststellungsklage kann aber ohne Befassung mit der Zulässigkeit sogleich als unbegründet abgewiesen werden, wenn die sachlichen Voraussetzungen hierfür vorliegen (BGH, Urteil vom 4. September 2019, Az. XII ZR 52/18, NJW 2020, 683, 687, Rdnr. 44; vgl. auch Bacher in: BeckOK ZPO, 42. Edition, Stand: 1. September 2021, § 256 ZPO Rdnr. 16), also bereits feststeht, dass die Klage unbegründet ist.

[44] Das ist hier der Fall.

2.

[45] Der Kläger hat gegen die Beklagte unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt, insbesondere nicht auf der Grundlage von § 1 S. 1 VVG in Verbindung mit dem zwischen den Parteien zustande gekommenen Vermögensschadenhaftpflichtversicherungsvertrag einen Anspruch auf Versicherungsschutz bzw. Deckung hinsichtlich der unter 11.2 lit. b) bb) im Einzelnen bezeichneten Pflichtverletzungen, wie sie Gegenstand der im Haftpflichtprozess eingereichten Klageschrift der J., datierend vom 15. März 2016, sind.

a)

[46] Gemäß A § 1 I Nr. 1 der hier maßgeblichen Versicherungsbedingungen gewährt die Beklagte dem Kläger Versicherungsschutz (Deckung) für den Fall, dass der Kläger wegen eines bei der Ausübung der versicherten beruflichen Tätigkeit begangenen Verstoßes von einem anderen aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird.

[47] Dies ist hier zwar der Fall.

[48] Der Kläger wird von seiner früheren Mandantin J. wegen verschiedener angeblicher, bei der Ausübung der versicherten beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwalt begangener Verstöße - hierzu nachfolgend - auf der Grundlage von §§ 280 Abs. 1, 611 BGB für den der Mandantin hierdurch entstandenen Vermögensschaden verantwortlich gemacht.

b)

[49] Auch liegen **Versicherungsfälle im Sinne der Versicherungsbedingungen** vor.

aa)

[50] Versicherungsfall ist der Verstoß, der Haftpflichtansprüche gegen den Versicherungsnehmer zur Folge haben könnte, B § 5 I S. 1 der Versicherungsbedingungen.

[51] Hinsichtlich des maßgeblichen Pflichtenverstoßes ist hier **auf den Vortrag der Geschädigten**, also der früheren Mandantin des Klägers im Haftpflichtprozess **abzustellen**.

[52] (1) Zwar ist es ein allgemein anerkannter Grundsatz, dass die Pflichtverletzung, auf die im Deckungsprozess abzustellen ist, durch das rechtskräftige **Haftpflichturteil** vorgegeben wird. **Es entfaltet, soweit es um den Haftungstatbestand geht und Voraussetzungsidentität besteht, im Deckungsprozess Bindungswirkung** (st. Rspr. des Bundesgerichtshofs, vgl. nur BGH, Urteil vom 28. September 2005, Az. IV ZR 255/04, zitiert nach juris, Rdnr. 20; Urteil vom 20. Juni 2001, Az. IV ZR 101/00, zitiert nach juris, Rdnr. 17; 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; Senatsurteil vom 30. November 2018, 4 U 5/18, zitiert nach juris, Rdnr. 31; Senatsurteil vom 8. November 2019, Az. 4 U 182/17, zitiert nach juris, Rdnr. 87).

[53] (2) Liegen aber - wie im hiesigen **vorweggenommenen Deckungsprozess** - (noch) keine für den Deckungsprozess Bindungswirkung entfaltende Tatsachenfeststellungen aus einem Haftpflichtprozess - zugunsten des den Anspruch geltend machenden Geschädigten - vor, ist bei der Beurteilung der Frage, ob ein Versicherer seinem Versicherungsnehmer Deckungsschutz für eine Inanspruchnahme durch einen Dritten zu gewähren hat, **vom Vortrag des Geschädigten auszugehen** und nicht über den Haftpflichtanspruch zu entscheiden (BGH, Urteil vom 5. April 2017, Az. IV ZR 360/15, zitiert nach juris, Rdnr. 38 unter Hinweis auf das Urteil vom 15. November 2000, Az. IV ZR 223/99, zitiert nach juris, Rdnr. 9; OLG Hamm, Urteil vom 7. Februar 2007, Az. 20 U 118/06, r + s 2007, 152, 153; OLG Dresden, Beschluss vom 2. Mai 2018, Az. 4 U 1782/17, BeckRS 2018, 8933 Rdnr. 4; Lücke in: Prölss/Martin, VVG, 31. Aufl. 2021, § 100 VVG Rdnr. 48; Haibach in: Münchener Kommentar zum StVR, 1. Aufl. 2017, § 100 VVG Rdnr. 21; Ronald Betz in: Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, 4. Aufl. 2020, § 14 Privathaftpflichtversicherung Rdnr. 74; Harsdorf-Gebhardt in: Späte/Schimikowski, Haftpflichtversicherung, 2. Aufl. 2015, Ziffer 5 AHB Rdnr. 73).

[54] (3) Eine **Aussetzung des Verfahrens** nach Maßgabe von § 148 Abs. 1 ZPO kommt vor diesem Hintergrund nicht in Betracht.

[55] Denn gemäß § 148 Abs. 1 ZPO kann das Gericht die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung eines anderen Rechtsstreits nur dann anordnen, wenn die Entscheidung des

Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand des anderen anhängigen Rechtsstreits bildet. Eine Aussetzung nach § 148 Abs. 1 ZPO kommt also nur bei Vorgreiflichkeit des anderen Verfahrens in Betracht; denn nur in diesem Fall droht eine Entscheidungs- und Rechtskraftdivergenz, deren Vermeidung § 148 ZPO bezweckt (BGH, Beschluss vom 9. März 2021, Az. II ZB 16/20, zitiert nach juris, Rdnr. 12).

[56] Ist aber im **vorweggenommenen Deckungsprozess** angesichts der bereits zitierten Rechtsprechung des IV. Zivilsenats (BGH, Urteil vom 5. April 2017, Az. IV ZR 360/15, zitiert nach juris, Rdnr. 38 unter Hinweis auf das Urteil vom 15. November 2000, Az. IV ZR 223/99, zitiert nach juris, Rdnr. 9; vgl. auch OLG Hamm, Urteil vom 7. Februar 2007, Az. 20 U 118/06, r + s 2007, 152, 153; OLG Dresden, Beschluss vom 2. Mai 2018, Az. 4 U 1782/17, BeckRS 2018, 8933 Rdnr. 4; Lücke in: Prölss/Martin, VVG, 31. Aufl. 2021, § 100 VVG Rdnr. 48; Haibach in: Münchener Kommentar zum StVR, 1. Aufl. 2017, § 100 VVG Rdnr. 21; Ronald Betz in: Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, 4. Aufl. 2020, § 14 Privathaftpflichtversicherung Rdnr. 74; Harsdorf-Gebhardt in: Späte/Schimikowski, Haftpflichtversicherung, 2. Aufl. 2015, Ziffer 5 AHB Rdnr. 73) vom Vortrag des Geschädigten auszugehen und nicht über den Haftpflichtanspruch zu entscheiden, **fehlt es gerade an der Vorgreiflichkeit der rechtskräftigen Entscheidung der Haftungsfrage im vorgenannten Sinn**.

[57] Hinzu kommt, dass es der Wunsch eines im Wege der vorweggenommenen Deckungsklage vorgehenden Versicherungsnehmers ist, den Deckungsschutz bereits vorab, dann aber eben unter Zugrundelegung nur des Vortrags des Geschädigten, zu klären. Diesem Bestreben liefe eine Aussetzung gemäß § 148 Abs. 1 ZPO zuwider.

[58] Der hiesige Kläger nimmt in seinem Antrag, wie er der Berufung zugrunde liegt, sogar explizit Bezug auf „die gegen ihn gerichteten Schadenersatzansprüche, welche derzeit vor dem Landgericht Düsseldorf zu Aktenzeichen 5 O 79/16 geführt werden (gemäß Klageschrift vom 15. März 2016)“. An diesen Antrag ist der Senat gebunden.

bb)

[59] Im Haftpflichtprozess macht J. dem Kläger ausgehend von der Klageschrift vom 15. März 2016 sowie allen weiteren dort eingereichten Schriftsätzen unter Berücksichtigung aller zwischenzeitlichen teilweisen Klagerücknahmen und des Umstandes, dass das Landgericht die Klage im Haftpflichtprozess teilweise rechtskräftig abgewiesen hat, zum Vorwurf

[60] -gegen das Urteil des Amtsgerichts Düsseldorf vom 12. November 2012, Az. 41 C 3543/10, noch im Jahre 2012 ohne

vorherige Deckungszusage ihres Rechtsschutzversicherers Berufung eingelegt zu haben, obwohl sie ihn zuvor ausdrücklich darauf hingewiesen haben will, dass das Berufungsverfahren nur dann durchgeführt werden solle, wenn ihr Rechtsschutzversicherer Deckungszusage für dieses Verfahren erteilen würde;

[61] -gegen das Urteil des Amtsgerichts Düsseldorf vom 5. März 2014, Az. 25 C 13861/13, mit Schriftsatz vom 15. Mai 2014 ohne vorherige Deckungszusage ihres Rechtsschutzversicherers Berufung eingelegt zu haben, obwohl sie ihn auch diesmal zuvor ausdrücklich darauf hingewiesen haben will, dass das Berufungsverfahren nur dann durchgeführt werden solle, wenn ihr Rechtsschutzversicherer Deckungszusage für dieses Verfahren erteilen würde, und zudem die eingelegte Berufung inhaltlich nicht hinreichend begründet zu haben;

[62] -gegen das Urteil des Amtsgerichts Düsseldorf vom 18. März 2014, Az. 35 C 17481/13, Berufung eingelegt zu haben, obwohl sie ihn auch diesmal zuvor ausdrücklich darauf hingewiesen haben will, dass das Berufungsverfahren nur dann durchgeführt werden solle, wenn ihr Rechtsschutzversicherer Deckungszusage für dieses Verfahren erteilen würde, was der Rechtsschutzversicherer aber mit Schreiben vom 4. Juli 2014 verweigert hat, und zudem die eingelegte Berufung inhaltlich nicht hinreichend begründet zu haben.

[63] Soweit die frühere Mandantin des Klägers mit der Klageschrift weitere Pflichtverletzungen geltend gemacht hat, hat das Landgericht Düsseldorf hierauf beruhende Schadenersatzforderungen gegen den hiesigen Kläger mit insoweit rechtskräftigem Urteil vom 6. Oktober 2020 abgewiesen; insoweit existiert eine für den Kläger günstige und seine Rechtsposition wahrende Kostengrundentscheidung.

c)

[64] Gemäß A § 4 Nr. 5 S. 1 der Versicherungsbedingungen bezieht sich der Versicherungsschutz aber nicht auf Haftpflichtansprüche wegen Schadenverursachung durch wissentliche Pflichtverletzung.

[65] Die vom Versicherer darzulegenden und zu beweisenden Voraussetzungen (BGH, Urteil vom 20. Juni 2001, Az. IV ZR 101/00, zitiert nach juris, Rdnr. 23; Urteil vom 5. März 1986, Az. IVa ZR 179/84, zitiert nach juris, Rdnr. 25; vgl. auch OLG Frankfurt, Urteil vom 15. Juli 2020, Az. 7 U 47/19, zitiert nach juris, Rdnr. 58 und 64; Senatsurteil vom 14. Juli 2017, Az. 4 U 1/16, zitiert nach juris, Rdnr. 65) dieses wirksamen subjektiven Risikoausschlusses (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juni 2001, Az. IV ZR 101/00, zitiert nach juris, Rdnr. 14; Senatsurteil vom 14. Juli 2017, Az. 4 U 1716, zitiert nach juris, Rdnr. 56), deren Vorliegen der Senat im hiesigen Deckungsprozess endgültig zu klären hat (vgl. BGH, Urteil vom 20. Mai 2021,

Az. IV ZR 324/19, zitiert nach juris, Rdnr. 20 ff.), liegen vor.

aa)

[66] Ausgehend von dem Vortrag der früheren Mandantin des Klägers im Haftpflichtprozess hat der Kläger ihr gegenüber gegen Berufspflichten verstoßen, indem er gegen die Urteile des Amtsgerichts Düsseldorf vom 12. November 2012, Az. 41 C 3543/10, vom 5. März 2014, Az. 25 C 13861/13, und vom 18. März 2014, Az. 35 C 17481/13, ohne das Vorliegen einer Deckungszusage des Rechtsschutzversicherers der Mandantin jeweils Berufung eingelegt hat, obwohl die Mandantin ihn zuvor ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, dass das Berufungsverfahren nur durchgeführt werden solle, wenn ihre Rechtsschutzversicherung die Deckungszusage für das jeweilige Verfahren erteilen würde.

[67] Diese ihm von der Geschädigten zur Last gelegte **Pflichtverletzung** hat der hiesige Kläger im Sinne von A § 4 Nr. 5 S. 1 der Versicherungsbedingungen **wissentlich** begangen, worüber der Senat in originärer Zuständigkeit zu befinden hat (Senatsurteil vom 8. November 2019, Az. 4 U 182/17, zitiert nach juris, Rdnr. 143).

[68] (1) **Wissentlich handelt derjenige Versicherte, der die verletzten Pflichten positiv kennt. Bedingter Vorsatz, bei dem er die in Rede stehende Verpflichtung nur für möglich hält, reicht dafür ebenso wenig aus wie eine fahrlässige Unkenntnis. Es muss vielmehr positiv feststehen, dass der Versicherte die Pflichten zutreffend gesehen hat** (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2014, Az. IV ZR 90/13, zitiert nach juris, Rdnr. 15; Urteil vom 28. September 2005, Az. IV ZR 255/04, zitiert nach juris, Rdnr. 26).

[69] Neben der Kenntnis der von ihm verletzten Pflicht muss der Versicherungsnehmer **subjektiv das Bewusstsein** gehabt haben, **gesetzes-, vorschrifts- oder sonst pflichtwidrig zu handeln** (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2014, Az. IV ZR 90/13, zitiert nach juris, Rdnr. 15; vgl. auch LG Bad Kreuznach, Urteil vom 9. Mai 2014, Az. 4 O 124/11, zitiert nach juris, Rdnr. 58 unter Berufung auf BGH, Urteil vom 13. Juli 1959, Az. II ZR 37/58).

[70] **Darlegungs- und beweisbelastet** für die Verwirklichung der subjektiven Tatbestandsmerkmale des Risikoausschlusses ist der **Versicherer**. Der Versicherer hat einen Sachverhalt vorzutragen, der auf eine Wissentlichkeit der Pflichtverletzung zumindest hindeutet (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2014, Az. IV ZR 90/13, zitiert nach juris, Rdnr. 20).

[71] Weder führt der objektiv feststehende Pflichtverstoß zu einer **Beweislastumkehr** in dem Sinne, dass der Versicherungsnehmer beweisen müsste, dass er ihn nicht bewusst begangen

habe, noch kann sich der Versicherer auf einen Anscheinsbeweis stützen. Denn es ist nicht möglich, einen in der geistigen Individualsphäre gesteuerten Vorgang aufgrund von Erfahrungssätzen nach dem ersten Anschein zu bewerten. Es fehlt an einem typischen Geschehensablauf; aus einem objektiv pflichtwidrigen Verhalten lässt sich nicht schlüssig ableiten, dass es aus einem positiven Wissen herrühre. Im Gegenteil beruht das pflichtwidrige Verhalten im Normalfall auf Fahrlässigkeit (OLG Frankfurt, Urteil vom 6. Oktober 1999, Az. 7 U 158/98, zitiert nach juris, Rdnr. 21).

[72] Eine Ausnahme von der grundsätzlich dem Versicherer obliegenden Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Verwirklichung des subjektiven Tatbestandsmerkmals des Risikoausschlusses ist dann begründet, wenn - wie es das Oberlandesgericht Frankfurt formuliert hat - „**mit Händen zu greifen ist**“, dass sich der Versicherungsnehmer bewusst pflichtwidrig verhalten hat“ (OLG Frankfurt, Urteil vom 6. Oktober 1999, Az. 7 U 158/98, zitiert nach juris, Rdnr. 22). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist der Vortrag die subjektiven Tatbestandsmerkmale untermauernder zusätzlicher Indizien entbehrlich, wenn es sich um die Verletzung „elementarer beruflicher Pflichten handelt, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden kann, so wie dies etwa in einem vom Oberlandesgericht Köln entschiedenen Fall gewesen ist (Pflicht des Rechtsanwalts zur Wahrnehmung von Gerichtsterminen, kein Versäumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen und den Mandanten über den Verfahrensstand zu unterrichten; OLG Köln VersR 2012, 560)“ (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2014, Az. IV ZR 90/13, zitiert nach juris, Rdnr. 20). Jenseits der Fälle der Verletzung von „**beruflichen Kardinalpflichten**“, in denen vom äußeren Geschehensablauf und dem Ausmaß des objektiven Pflichtverstoßes auf innere Vorgänge geschlossen werden kann, ist es indes Aufgabe des darlegungs- und beweisbelasteten Versicherers, Anknüpfungstatsachen vorzutragen, die als schlüssige Indizien für eine wissentliche Pflichtverletzung betrachtet werden können. Erst wenn dies geschehen ist, obliegt es dem Versicherungsnehmer im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, Umstände aufzuzeigen, warum die vorgetragenen Indizien den Schluss auf eine wissentliche Pflichtverletzung nicht zulassen (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2014, Az. IV ZR 90/13, zitiert nach juris, Rdnr. 21).

[73] (2) Bei der Verpflichtung eines Rechtsanwalts, Weisungen der Mandantschaft dazu, unter welchen Voraussetzungen Berufung eingelegt werden soll, zu beachten, und zwar auch dann, wenn dadurch eine ursprünglich umfänglich erteilte Vollmacht eingeschränkt wird, handelt es sich um eine elementare berufliche Pflicht eines Rechtsanwalts, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden kann.

[74] Nach der Lebenserfahrung ist jedem Rechtsanwalt bewusst, dass er sich als Dienstleister an die Weisungen seines Auftraggebers zu halten hat. Auch ist ihm bewusst, dass die Kostenfrage, insbesondere die Frage, ob der Mandant die Gebührenansprüche des Rechtsanwalts bzw. Gerichtskosten aus eigenem Vermögen zu begleichen hat oder ob sie aus dem Deckungsschutzanspruch gegenüber der Rechtsschutzversicherung befriedigt werden können, für jeden rechtsschutzversicherten Mandanten regelmäßig von großem Interesse ist (vgl. zu diesem Informationsinteresse des Mandanten OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. November 1999, Az. 24 U 213/98, zitiert nach juris, Rdnr. 5), und **Rechtsmittel vor der Kostenzusage des Rechtsschutzversicherers daher nur dann eingelegt werden dürfen, wenn der Mandant ihn damit ausdrücklich und vor allem in der Kenntnis beauftragt, dass er damit Gefahr läuft, die Kosten des Rechtsstreits selber tragen zu müssen** (vgl. zur Klageerhebung OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Mai 2010, Az. 24 U 211/09, zitiert nach juris, Rdnr. 8 und Beschluss vom 8. Mai 2008, Az. 24 U 211/07, zitiert nach juris, Rdnr. 7 unter Hinweis auf OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. November 1975, Az. 8 U 36/75, zitiert nach juris; OLG Celle, Urteil vom 19. März 2008, Az. 3 U 242/07, zitiert nach juris, Rdnr. 20; zur Einlegung eines Rechtsmittels Brandenburgisches OLG, Urteil vom 13. Dezember 2007, Az. 12 U 88/07, zitiert nach juris, Rdnr. 7).

[75] Auch der Kläger war sich dessen bewusst. So heißt es im Betreff einer von ihm am 28. Januar 2013 an seine frühere Mandantin versandten Email (Anl. E10 im Anlagenband des Beklagten der BA), der die schriftliche, den Deckungsschutz verweigernende Entscheidung des Rechtsschutzversicherers beigefügt war, wörtlich:

„Anbei mit der Bitte um Rücksprache: Soll die Berufung auf eigene Kosten durchgeführt werden?“

bb)

[76] Es kommt nicht darauf an, ob dem Kläger neben der wissentlichen Pflichtverletzung noch andere nicht wissentliche Verstöße gegen berufliche Pflichten zum Vorwurf gemacht werden.

[77] Denn der Leistungsausschluss bei wissentlicher Pflichtverletzung greift selbst dann, wenn derselbe Schaden nicht nur durch eine wissentliche Pflichtverletzung, sondern (möglicherweise) auch durch **weitere, nicht wissentliche Pflichtverletzungen mitverursacht** worden ist. Das ergibt die Auslegung des Leistungsausschlusses aus der maßgeblichen Sicht eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers. Aus Wortlaut sowie dem erkennbaren Sinn und Zweck der Deckungsausschlussklausel erschließt sich diesem ohne Weiteres, dass der Versicherer nicht bereit ist, für Versicherungsfälle einzu-

stehen, deren Schäden durch eine wissentliche Pflichtverletzung verursacht werden. Anhaltspunkte dafür, dass der Versicherer gleichwohl Deckungsschutz gewähren wolle, wenn zu einer solchen Pflichtverletzung weitere, nicht wissentlich verübte ebenfalls schadenursächliche Verstöße hinzutreten, gibt die Klausel nicht. Auch wenn Leistungsausschlussklauseln in der Regel eng auszulegen sind, erkennt der durchschnittliche Versicherungsnehmer, dass der Leistungsausschluss nicht darauf abzielt, Versicherungsnehmer zu privilegieren, die einen Schaden mittels mehrerer, teils wissentlicher, teils unbewusster Pflichtverstöße herbeiführen. Er wird den Leistungsausschluss deshalb dahin verstehen, dass er schon dann Versicherungsleistungen ausschließt, wenn ein Schaden durch eine wissentliche Pflichtverletzung mitverursacht ist. Anderenfalls könnte sich der Versicherungsnehmer dadurch entlasten und den Versicherungsschutz erhalten, dass er darauf verweist, neben der wissentlichen Pflichtverletzung zusätzlich und nicht wissentlich gegen weitere Pflichten verstoßen und den Schaden auch dadurch mitverursacht zu haben. **Ihn wegen einer solchen gesteigerten Sorglosigkeit gegenüber demjenigen Versicherungsnehmer besser zu stellen, der sich lediglich eine wissentliche Pflichtverletzung zuschulden kommen lässt, wäre erkennbar sinnwidrig** (BGH, Beschluss vom 27. Mai 2015, Az. IV ZR 322/14, BeckRS 2015, 10322).

d)

[78] Nach alledem ist die Klage unbegründet.

Klarstellend weist der Senat darauf hin, dass sich die Rechtskraft seiner klageabweisenden Entscheidung nur auf die im hiesigen vorweggenommenen Deckungsprozess streitgegenständlichen Pflichtverletzungen - wie unter 11.2 lit. b) bb) im Einzelnen ausgeführt - erstreckt.

[79] Sollte der Kläger im Haftpflichtprozess schlussendlich rechtskräftig wegen anderer Pflichtverletzungen zu Schadenersatz verurteilt werden, stünde dem Deckungs- bzw. Freistellungsanspruch des Klägers die klageabweisende Entscheidung des Senats nicht entgegen. Vielmehr müsste die versicherungsvertragliche Einstandspflicht der Beklagten insoweit neu geprüft werden, dies auch im Hinblick auf eine etwaige Verjährung des versicherungsvertraglichen Anspruchs (vgl. zur Reichweite der Rechtskraft eines positiven Feststellungsklage abweisenden Urteils OLG Brandenburg, Urteil vom 28. März 2019, Az. 5 U 75/19, zitiert nach juris, Rdnr. 21 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 13. Dezember 1989, Az. IVb ZR 19/89, zitiert nach juris, Rdnr. 7 ff., und Urteil vom 18. Juli 2000, Az. X ZR 62/98, zitiert nach juris, Rdnr. 19).

[80-82] (...)

Rechtsanwaltshaftung

- Wiedereinsetzung
 - Allgemeine Arbeitsanweisung
 - Versehen des Rechtsanwalts
- (BGH, Beschl. v. 28.1.2021 – III ZB 86/19)

Leitsatz

Ein Organisationsverschulden des Prozessbevollmächtigten steht einer Wiedereinsetzung ausnahmsweise dann nicht entgegen, wenn im Rahmen der Büroorganisation durch eine allgemeine Arbeitsanweisung (hier: Kontrolle der Unterzeichnung ausgehender Schriftsätze vor deren Absendung) Vorsorge dafür getroffen wurde, dass bei normalem Verlauf der Dinge die Frist - trotz des Versehens des Rechtsanwalts - mit Sicherheit gewahrt worden wäre (Anschluss an BGH, Beschlüsse vom 12. Dezember 1984 - IVb ZB 103/84 - NJW 1985, 1226 und vom 15. Februar 2006 - XII ZB 215/05, NJW 2006, 1205 Rn. 8 f). Versagt diese Kontrolle, ist ein Rückgriff auf ein Anwaltsversehen im Zusammenhang mit der Unterzeichnung ausgeschlossen (Anschluss an BGH, Urteil vom 6. Dezember 1995-VIII ZR 12/95, NJW 1996, 998, 999 und Beschluss vom 15. Juli 2014 -VI ZB 15/14, NJW 2014, 2961 Rn. 9 mwN).

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger begehrt die Freigabe von beim Amtsgericht A. hinterlegten 65.797,08 €. Durch Versäumnisurteil vom 18. Oktober 2018 hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, die Freigabe dieses Betrags zu bewilligen. Dieses Versäumnisurteil hat das Landgericht durch Urteil vom 11. Juli 2019 aufrechterhalten, das den Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 17. Juli 2019 zugestellt worden ist. Mit am selben Tag beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz vom 19. August 2019 (Montag) hat die Beklagte Berufung eingelegt. Die Frist zur Begründung der Berufung ist antragsgemäß bis zum 17. Oktober 2019 verlängert worden. Am 16. Oktober 2019 ist bei der Allgemeinen Einlaufstelle der Justizbehörden in M. die nicht unterschriebene Berufungsbegründung eingegangen. Auf telefonischen Hinweis der Geschäftsstelle des Berufungsgerichts an den Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 18. Oktober 2019 auf die fehlende Unterschrift ist dort am selben Tag eine unterschriebene Berufungsbegründungsschrift eingegangen.

[2] Am 30. Oktober 2019 hat die Beklagte wegen der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Das Berufungsgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Beklagten.

Aus den Gründen:

[3] Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthaft. Sie ist zulässig, weil die Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 ZPO). Das Rechtsmittel ist auch begründet.

[4] 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei unbegründet, weil die Beklagte nicht ohne ein ihr zuzurechnendes Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten an der Einhaltung der versäumten Berufungsbegründungsfrist gehindert gewesen sei (§ 233 Satz 1, § 85 Abs. 2 ZPO). Die Beklagte habe vorgetragen, die Handakte sei dem anwaltlichen Vertreter am 16. Oktober 2019 vorgelegt worden, dieser habe am selben Tag die Berufungsbegründung gefertigt und dem kanzleiinternen Schreibbüro zum Ausfertigen weitergegeben. Die Mitarbeiterin des Schreibbüros habe den Schriftsatz nach der Ausfertigung aus nicht nachvollziehbaren Gründen in den Postausgang gelegt, ohne ihn dem Rechtsanwalt vorgelegt zu haben. Bei der Bearbeitung des Postausgangs habe die bis dahin stets zuverlässige Rechtsanwaltsfachangestellte R. weisungswidrig übersehen, die Begründungsschrift auf die Anbringung der Unterschrift zu kontrollieren.

[5] Auf dieser Grundlage sei von einer Mitursächlichkeit des Anwaltsverschuldens für die Fristversäumung auszugehen. In der Begründung des Wiedereinsetzungsantrags müsse auch ein Organisationsverschulden ausgeschlossen werden. Der Rechtsanwalt müsse geeignete Maßnahmen zur Überwachung treffen, ob fristwahrende Schriftsätze im Original unterzeichnet werden. Diese Kontrolle dürfe einer Bürokraft übertragen werden, sofern der Rechtsanwalt durch allgemeine Anweisungen sichergestellt habe, dass Fristversäumnisse wegen fehlender Unterschrift mit Sicherheit vermieden würden.

[6] Die Beklagte habe eine entsprechende Weisung ihres Prozessbevollmächtigten glaubhaft gemacht. Die Fehlleistung der Mitarbeiterin R. habe sich jedoch nicht allein kausal auf die Fristversäumnis ausgewirkt. Denn der erste Fehler in dem Büroablauf sei darin zu sehen, dass eine Mitarbeiterin des Schreibbüros den Schriftsatz in den Postausgang gelegt habe, anstatt ihn dem anwaltlichen Vertreter zur Unterschrift vorzulegen. Insoweit fehle es an einem Vortrag der Beklagten, durch welche Maßnahmen der Büroorganisation sichergestellt werde, dass derartige Versäumnisse verhindert würden. Bei normalem Lauf der Dinge wäre der Schriftsatz dem Prozessbevollmächtigten zur Unterschrift vorgelegt worden, so dass sich das Fehlverhalten der Mitarbeiterin R. nicht ausgewirkt hätte. Es sei damit von einer Ursächlichkeit des Organisationsfehlers auszugehen, welcher der Partei zugerechnet werde.

[7] Die Berufung erweise sich daher wegen der Versäumung der Frist zur Berufungsbegründung als unzulässig und sei gemäß § 522 Abs. 1 ZPO zu verwerfen.

[8] 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

[9] Das Berufungsgericht hat allerdings zutreffend angenommen, dass Wiedereinsetzung nur gewährt werden kann, wenn jedes ursächliche (Mit-)Verschulden der Partei oder ihres Anwalts ausgeräumt wird. Zutreffend ist es auch davon ausgegangen, dass nach dem Vortrag der Beklagten ein Organisationsverschulden ihres Prozessbevollmächtigten nicht ausgeschlossen werden kann, soweit die Mitarbeiterin des Schreibbüros die nicht unterschriebene Berufungsbegründungsschrift in den Postausgang gelegt hat.

[10] Jedoch steht ein solches Verschulden einer Wiedereinsetzung ausnahmsweise dann nicht entgegen, wenn im Rahmen der Büroorganisation durch eine allgemeine Arbeitsanweisung (hier: Kontrolle der Unterzeichnung ausgehender Schriftsätze vor deren Absendung) Vorsorge dafür getroffen wurde, dass bei normalem Verlauf der Dinge die Frist - trotz des Versehens des Rechtsanwalts - mit Sicherheit gewahrt worden wäre (vgl. BGH, Beschlüsse vom 12. Dezember 1984 - IVb ZB 103/84 - NJW 1985, 1226 und vom 15. Februar 2006 - XII ZB 215/05, NJW 2006, 1205 Rn. 8 f). Da die Unterschriftenkontrolle, die der Rechtsanwalt zuverlässigen Bürokräften überlassen darf (vgl. Senat, Beschluss vom 1. Juni 2006 - III ZB 134/05, NJW 2006, 2414 Rn. 5; BGH, Beschlüsse vom 23. November 1988 - VIII ZB 31/88, NJW 1989, 589, 590 und vom 15. Juli 2014 - VI ZB 15/14, NJW 2014, 2961 Rn. 9 mwN), gerade der Vermeidung eines erfahrungsgemäß nicht gänzlich ausschließbaren Anwaltsversehens bei der Unterschriftenleistung dient, ist bei einem Versagen dieser Kontrolle ein Rückgriff auf ein Anwaltsversehen im Zusammenhang mit der Unterzeichnung ausgeschlossen (BGH, Urteil vom 6. Dezember 1995 - VIII ZR 12/95, NJW 1996, 998, 999 und Beschluss vom 15. Juli 2014 aaO; vgl. auch BVerfG NJW 1996, 309 f).

[11] Dass eine solche ausreichende Unterschriftenkontrolle im Büro des Prozessbevollmächtigten der Beklagten besteht, hat diese - nach den Feststellungen des Berufungsgerichts - glaubhaft gemacht. Dass die Beklagte nicht darlegen konnte, wie es zu der fehlerhaften Einlage der nicht unterschriebenen Berufungsbegründungsschrift in die Postauslage gekommen ist, ist daher unerheblich. Denn es macht keinen Unterschied aus, ob der Rechtsanwalt den Schriftsatz nicht unterzeichnet hat oder durch einen sonstigen Fehler ein nicht unterzeichnetes Schriftstück auf den Weg gebracht worden ist (vgl. Senat aaO). Ein der Beklagten gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnendes, für die Fristversäumnis ursächliches Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten kann daher nicht angenommen werden.

[12] Etwas anderes gilt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerdeerwidern auch nicht deshalb, weil die Beklagte nicht dargelegt hat, wie der unterschriebene Schriftsatz am 18. Oktober 2019 zur Geschäftsstelle des Berufungsgerichts gelangt ist. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass dieser auf den Hinweis der Geschäftsstelle an den Prozessbevollmächtigten der Beklagten übersandt worden ist. Selbst wenn dieser Schriftsatz - wie die Rechtsbeschwerdeerwidern es für möglich erachtet - bereits vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist unterzeichnet worden sein sollte, stünde dies einer Wiedereinsetzung nicht entgegen, denn der Prozessbevollmächtigte durfte sich - wie dargelegt - zur Abhilfe in Bezug auf vorgelagerte Fehler im Arbeitsablauf auf die Postausgangskontrolle durch die Mitarbeiterin R. verlassen, durch die auch ein etwaiger Fehler insoweit aufgedeckt worden wäre.

[13] 3. Danach kann der angefochtene Beschluss keinen Bestand haben. Hinsichtlich des Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann der Senat nach § 577 Abs. 5 ZPO in der Sache selbst entscheiden. Die Voraussetzungen für die beantragte Wiedereinsetzung liegen vor. Im Übrigen ist die Sache zur Verhandlung und Entscheidung gemäß § 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Rechtsanwaltshaftung

- Umfang anwaltlicher Pflichten
- Beschränktes Mandat
- Hinweis auf drohende Verjährung
- Weisungen des Mandanten
- Zurechnungszusammenhang

(OLG Brandenburg, Urt. v. 18.2.2021 – 4 U 129/20)

Leitsätze (der Redaktion)

1. Der konkrete Umfang der anwaltlichen Pflichten richtet sich nach dem erteilten Mandat und den Umständen des einzelnen Falles. Der Mandant benötigt nicht unbedingt eine vollständige rechtliche Analyse, sondern allein die Hinweise, die ihm die notwendige Entscheidungsgrundlage liefern.
2. Erhält ein Rechtsanwalt nur ein beschränktes Mandat, so kann von ihm grundsätzlich nicht verlangt werden, über dieses begrenzte Mandat hinaus, von sich aus eine Aufklärung über Tatsachen zu betreiben, die das Mandat nicht unmittelbar betreffen
3. Zu der Verpflichtung, den Auftraggeber allgemein, umfassend und möglichst erschöpfend zu belehren, seine Belange nach jeder Richtung wahrzunehmen und die Geschäfte so zu erledigen, dass Nachteile für ihn – soweit

sie voraussehbar und vermeidbar sind – vermieden werden, gehört auch ohne Weiteres die Verpflichtung, darauf zu achten, ob dem Mandanten wegen Verjährung ein Rechtsverlust droht, und den Mandanten hierauf hinzuweisen. Eine Verjährung in diesem Sinne droht nicht, wenn sie erst ca. anderthalb Jahre nach Mandatsende eintritt.

4. Das Vertragsende entbindet den Rechtsanwalt von seiner Pflicht, die zuvor vertraglich übernommene Angelegenheit auch nur zu einem provisorischen Ende zu führen. Der Auftraggeber darf auch nicht beanspruchen, über die Sach- und Rechtslage bei Mandatsende umfassend unterrichtet zu werden.

Zum Sachverhalt:

[1] Das klagende Land macht Schadensersatzansprüche aus einem bereits im Jahre 2007 beendeten Rechtsanwaltsvertrag geltend.

[2] Im Mai 1996 schlossen der Kläger, seinerzeit vertreten durch das Amt für Agrarordnung P..., als Mitglied einer Teilnehnergemeinschaft und der Vermessungsingenieur F... W... einen öffentlich-rechtlichen Rahmen-Werkvertrag betreffend die Durchführung von Teilen eines Bodenordnungsverfahrens N.... Darin verpflichtete sich Herr W..., alle notwendigen Arbeiten und Maßnahmen zur Durchführung des Bodenordnungsverfahrens nach §§ 53 bis 64a LwAnpG eigenständig und eigenverantwortlich durchzuführen.

[3] Mit Schreiben vom 19. Mai 2005 kündigte das klagende Land – nach vorherigen Aufforderungen zur Mangelbeseitigung – den Werkvertrag unter Hinweis darauf, dass sich das herzustellende Werk als mangelhaft erwiesen habe. Unter anderem seien weder die zur Erledigung des Auftrages übergebenen noch die im Rahmen des Auftrages zu erstellenden Unterlagen herausgegeben worden. Bis zur Kündigung hat der Kläger in größerem Umfang bereits Abschlagszahlungen geleistet, deren konkrete Höhe streitig ist.

[4] Im Zusammenhang mit der Beendigung dieses Vertragsverhältnisses beauftragte der Kläger die Rechtsanwaltskanzlei des Beklagten zu 1), die Kanzlei B..., bei der die Beklagten zu 2) und 3) im Angestelltenverhältnis tätig waren. Der Umfang der Beauftragung ist streitig. Mit einem an das zuständige Landesamt des Klägers, dort den zuständigen Sachbearbeiter im Rechtsreferat, Herrn D..., gerichteten Schreiben vom 5. September 2005 stellte der Beklagte zu 1) zunächst dar, welche rechtlichen Möglichkeiten bestünden, um die vom Kläger vorrangig erstrebte Herausgabe von Unterlagen zu erreichen und teilte ferner mit, dass bislang mangels ausreichender Informationen offen sei, welche Zahlungsansprüche in welcher

Höhe Gegenstand des Verfahrens sein sollten. In einem weiteren Schreiben vom 24. Oktober 2005 teilte der Beklagte zu 2) sodann mit, dass er die Angelegenheit anhand der vorgelegten Unterlagen geprüft habe und fasste den Verfahrensablauf, wie er sich bislang anhand der überreichten Unterlagen darstellte, zusammen. Dabei wies er darauf hin, dass er das Zahlenwerk hinsichtlich der gelegten und bezahlten Abschlagsrechnungen bislang nicht geprüft habe und dies vor einer zu fertigenden Klageschrift nochmals detailliert nachvollzogen werden müsse.

[5] In einem Vermerk über ein mit dem Abteilungsleiter des nunmehr auf Klägerseite in der Angelegenheit zuständigen Landesamts für Verbraucherschutz, Landwirtschaft und Flurneuordnung, Herrn S... und dem zuständigen Referenten Herrn D... geführten Gespräch vom 11. Mai 2006 hielt der Beklagte zu 2) fest, dass nach Auskunft von Herrn S... aus haushaltsrechtlichen Gründen vorerst keine Schadensersatzklage gefertigt und stattdessen versucht werden solle, von Herrn W... die übergebenen und die in Erfüllung des Werks gefertigten Unterlagen heraus zu verlangen. Daher solle zunächst eine Stufenklage auf Auskunft und Herausgabe von Unterlagen vorbereitet werden. Auf den sodann übermittelten Klageentwurf unterbreitete Herr D... mit Schreiben vom 13. Juli 2006 verschiedene Änderungsvorschläge und unterzog auch die zivilrechtliche Würdigung einer eigenen Prüfung. In einem weiteren Vermerk vom 28. August 2006 hielt der Beklagte zu 3) fest, dass von ihm eine Klage auf Rückzahlung der Vergütung vorgeschlagen worden sei, Herr D... aber Bedenken gehabt habe, weil die Rechnungen ja geprüft worden seien und die Sache daher nicht weiter ausgebreitet werden solle. Auch Schadensersatzansprüche sollten zurückgestellt werden, weil diese nur zur Kompensation eines Mehraufwandes geltend gemacht werden sollten und derzeit mangels Herausgabe der Unterlagen durch Herrn W... nicht feststehe, welche Leistungen (verwertbar) erbracht worden seien.

[6] Sodann erhob die Kanzlei B... für den Kläger unter dem 17. September 2006 eine gegen Herrn W... gerichtete Stufenklage vor dem Landgericht Neuruppin, mit der der Kläger in der ersten Stufe die Auskunft über bestimmte Unterlagen begehrte und für die zweite Stufe einen entsprechenden Herausgabeantrag ankündigte. Das Verfahren wurde sodann vom Landgericht Neuruppin an das Verwaltungsgericht Potsdam verwiesen. Mit Schreiben vom 10. Juli 2007 kündigte das klagende Land den Rechtsanwaltsvertrag und zeigte gegenüber dem Verwaltungsgericht mit Schreiben vom 9. Oktober 2007 an, dass es sich dort selbst vertreten werde, nachdem bereits mit Schreiben vom 10. Juli 2007 das Mandat unter Verweis auf die Möglichkeit der vor Verwaltungsgerichten möglichen Eigenvertretung zurückgezogen worden war.

[7] Erst 2011 erhielt das verwaltungsgerichtliche Verfahren

Fortgang und zwar – soweit ersichtlich – dadurch, dass der Kläger, nunmehr vertreten durch die Prozessbevollmächtigten auch des vorliegenden Rechtsstreits, die Klage mit Schriftsatz vom 30. August 2011 um einen bezifferten Schadensersatzanspruch gegen Herrn W... erweiterte. Mit Beschluss vom 27. Oktober 2016 verwies das Verwaltungsgericht Potsdam das auf Leistung eines Schadensersatzes gerichtete Verfahren – nach vorheriger Abtrennung – sodann an das Obergerverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg.

[8] Mit Schreiben vom 13. März 2018 erhob Herr W... in dem vor dem Obergerverwaltungsgericht geführten Verfahren die Einrede der Verjährung gegenüber den dort geltend gemachten Zahlungsansprüchen. Über die Klage ist bislang nicht entschieden.

[9] Nach Durchführung eines am 31. Dezember 2018 eingeleiteten Mahnverfahrens hat der Kläger den Zahlungsanspruch über 1.137.147,81 Euro im Klageverfahren weiter verfolgt und zudem die Feststellung zur Ersatzpflicht für weitergehende Schäden begehrt.

[10] Der Kläger hat behauptet, dass die Beklagten beauftragt gewesen seien, auch Schadensersatzansprüche gegen Herrn W... zu prüfen, den Kläger zu beraten und danach zu handeln. Den Beklagten seien sämtliche Unterlagen zur Verfügung gestellt worden, die Gebührenvorschussrechnung sei nach einem Gegenstandswert von 820.000,00 Euro gestellt worden, woraus sich der Umfang der Tätigkeit einschließlich Schadensersatz ergebe. Aus der Bearbeitung dieses Mandatsverhältnisses seien den Beklagten mehrere Pflichtverletzungen vorzuwerfen. Sie hätten – um den zu fordernden „sichersten Weg“ zu gehen – bereits in der Stufenklage einen noch zu beziffernden Zahlungsantrag ankündigen müssen, um die Verjährung zu unterbrechen oder aber eine Verjährungsverzichtserklärung des Herrn W... einholen müssen. Jedenfalls hätten sie – was nicht geschehen sei – den Kläger bei Mandatsbeendigung auf eine möglicherweise Ende 2008 drohende Verjährung der Schadensersatzansprüche hinweisen müssen. Hierdurch werde dem Kläger voraussichtlich der in der Klageschrift näher bezeichnete Schaden entstehen, da die ihm zustehenden Schadensersatzansprüche gegen Herrn W... möglicherweise nicht mehr einbringlich seien. Herr W... habe das in der Antragsbegründungsschrift dargestellte Leistungssoll nicht erfüllt, sei hierzu aber aufgrund eines wirksamen Vertrages verpflichtet gewesen.

[11] Die Beklagten haben die Auffassung vertreten, pflichtgemäß gehandelt zu haben. Es sei absprachegemäß zunächst nur eine Stufenklage erhoben worden. Unabhängig von der Frage, ob die Beklagten hierzu verpflichtet gewesen seien, habe der Beklagte zu 3) nach Ende des Mandats anlässlich

eines am 25. September 2007 mit Herrn D... geführten Telefonat diesen sogar noch darauf hingewiesen, dass die Ansprüche Ende 2008 verjährten, nachdem Herr D... überraschend mitgeteilt habe, nun doch die Klage um eine Schadensersatzklage erweitern zu wollen. Die Beklagten haben zudem die Einrede der Verjährung erhoben. Überdies bestünden schon die Ansprüche gegen Herrn W... aus verschiedenen Gründen nicht. Zum einen sei der Vertrag nicht wirksam zustande gekommen und der Kläger zur Geltendmachung der Ansprüche auch nicht aktivlegitimiert.

[12] Mit Urteil vom 6. März 2020, auf das wegen der tatsächlichen Feststellungen gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass dem klagenden Land aus der hierfür allein in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage, §§ 280, 281, 611 BGB, ein Anspruch wegen Schlechterfüllung des Anwaltsvertrages nicht zustehe.

[13] Die Beklagten hätten zunächst nicht dadurch gegen die anwaltlichen Sorgfaltspflichten verstoßen, dass sie 2005 nur eine Stufenklage auf Herausgabe von Urkunden erhoben haben, da das klagende Land zu diesem Zeitpunkt den Schadensersatzanspruch nicht habe verfolgen wollen. Die Beklagten seien auch nicht gehalten gewesen, bei Mandatsende auf die drohende Verjährung des Schadensersatzanspruchs hinzuweisen, da sie unter den gegebenen Umständen davon hätten ausgehen dürfen, dass das klagende Land sämtliche Ansprüche aufgrund der eigenen – einer anwaltlichen Beratung gleichwertigen – Ressourcen selbstständig prüfen werde. Es habe an jedwedem Anhaltspunkt dafür gefehlt habe, dass sich das klagende Land der Gefahr der Verjährung nicht bewusst gewesen sei. Im Übrigen sei der Zurechnungszusammenhang zwischen der (insoweit unterstellten) Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden entfallen, weil das klagende Land es trotz der rechtlichen Beratung im eigenen Hause aus unvertretbaren Gründen unterlassen habe, die Nachteile abzuwenden. Hierdurch sei zugleich die Vermutung des beratungsrichtigen Verhaltens erschüttert. Die Beklagten seien auch nicht verpflichtet gewesen, bereits 1 ½ Jahre vor Ablauf der Verjährung auf die Erklärung eines Verjährungsverzichts hinzuwirken. Jedenfalls gegen den Beklagten zu 3) sei ein etwaiger Schadensersatzanspruch im Übrigen auch verjährt.

[14] Hiergegen richtet sich die Berufung des klagenden Landes. Es rügt die Anwendung materiellen Rechts. Es treffe schon nicht zu, dass das klagende Land den Schadensersatzanspruch nicht habe gerichtlich verfolgen wollen. Jedenfalls sei es Sache der Beklagten gewesen, den Kläger auf die Risiken einer solchen Haltung hinzuweisen. Im Übrigen sei es an den Beklagten gewesen, gegenüber den lediglich in ihrem

Fachgebiet bewanderten Juristen des Klägers darauf hinzuwirken, dass die Ansprüche nachhaltig verfolgt würden. Entgegen der Auffassung des Landgerichts werde der Anspruch auf eine umfassende und vollständige Beratung nicht dadurch eingeschränkt, dass der Mandant selbst über eigene Kompetenzen verfügt. Die Beklagten hätten den Kläger zwingend darüber belehren müssen, dass eine Verjährung drohe, wenn Schadensersatzansprüche nicht verfolgt würden. Als unabhängiges Organ der Rechtspflege hätten sich die Beklagten selbst bei unterstellter Weisung, die Ansprüche nicht zu verfolgen, hiermit nicht begnügen dürfen. Eine Abweichung von Weisungen sei insbesondere dann erlaubt, sogar geboten, wenn der Anwalt den Umständen nach davon ausgehen dürfe, dass der Mandant die zu treffenden Maßnahmen bei Kenntnis der Sachlage billigen würde. Der Zurechnungszusammenhang werde entgegen der Auffassung des Landgerichts auch nicht dadurch unterbrochen, dass der Mandant durch eine andere Beratung oder Vertretung in der Lage gewesen wäre, drohende Nachteile abzuwenden.

[15] Schließlich macht sich der Kläger hilfsweise das erstinstanzliche Bestreiten des Beklagten sowohl in Bezug auf die Aktivlegitimation der Klägerseite als auch den Umfang des Herrn W... erteilten Auftrages zu Eigen. Hierdurch sei die Klage jedenfalls in einem Umfang von 951.113,85 Euro begründet, weil die Beklagten – deren Vorbringen als richtig unterstellt – dann nämlich hätten darüber belehren müssen, dass Herr W... Zahlungen in dieser Höhe ohne Rechtsgrund erhalten hätte.

[16-26] (Anträge: ...)

Aus den Gründen:

[27] Die Berufung ist statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere gemäß §§ 517 ff. ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie ist allerdings nicht begründet.

[28] 1. Die auf Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von 1.137.147,81 Euro gerichtete Leistungsklage ist mangels Rechtsschutzbedürfnisses bereits unzulässig.

[29] Bei **Leistungsklagen** ergibt sich das **Rechtsschutzbedürfnis** - ohne dass es dessen besonderer Darlegung bedarf - zwar regelmäßig schon aus der Nichterfüllung des behaupteten materiellen Anspruchs, dessen Vorliegen für die Prüfung des Interesses an seiner gerichtlichen Durchsetzung zu unterstellen ist (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 2012 – III ZR 266/11, NJW 2013, 464 Rn. 51; BGH, Urteil vom 10. November 2010 – XII ZR 37/09, NJW 2011, 70 Rn. 19; BGH, Urteil vom 01. Juli 1987 – VIII ZR 194/86, NVwZ 1988, 760). Insoweit bedarf es nicht bereits auf der Ebene der Zulässigkeit der schlüssigen Darlegung eines Anspruchs (vgl. Roth, in: Stein/Jonas, ZPO,

23. Aufl., vor § 253 Rn. 156), sondern lediglich der nachvollziehbaren Darlegung, dass der Gläubiger gegen den Schuldner einen solchen materiellen Anspruch hat (vgl. Anders, in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, ZPO, 79. Aufl. 2021, Vor § 253 Rn. 48; BAG, Urteil vom 15. April 1999 - 7 AZR 716-97, NJW 1999, 3576 Rn. 3576; OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Mai 1993 - 5 U 204/92, OLGZ 1994, 439, 441).

[30] An einer solchen Darlegung fehlt es hier aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falles mit der Folge, dass **der Leistungsklage bereits das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Der Kläger geht nämlich bei sachgerechtem Verständnis seines Vorbringens selbst (noch) nicht davon aus, dass der geltend gemachte Zahlungsanspruch bereits bestehe. Diesem Verständnis entspricht es, dass der Kläger in erster Instanz eine Aussetzung des vorliegenden Rechtsstreits bis zur Beendigung des in der Verwaltungsgerichtsbarkeit laufenden Verfahrens beantragt hat, in welchem er der dort erhobenen Einrede der Verjährung, deren Eingreifen er im vorliegenden Rechtsstreit auch nur für möglich hält, entschieden entgegentritt.** Auch in der Berufungsbegründung hat der Kläger nochmals klargestellt, dass die vorliegende Klage lediglich deshalb erhoben worden sei, weil in dem vor dem Oberverwaltungsgericht laufenden Verfahren der dortige Beklagte die Auffassung vertritt, dass die gegen ihn gerichtete Zahlungsklage verjährt sei, ohne dass sich der Kläger diese Ansicht im vorliegenden Verfahren auch nur hilfsweise zu eigen gemacht hätte.

[31] 2. Der damit zur Entscheidung angefallene und vom Kläger hilfsweise gestellte Antrag auf Feststellung, dass die Beklagten verpflichtet seien, Schadensersatz in Höhe von 1.137.147,81 Euro zu zahlen ist - ebenso wie der zu Ziffer 2 gestellte Antrag auf Feststellung zur Verpflichtung eines weitergehenden Schadensersatzes - zwar zulässig, aber unbegründet.

[32] a) Die Feststellungsanträge sind zulässig. Es kann offenbleiben, ob - wofür in Ansehung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Verjährungsbeginn bei unterlassener anwaltlicher Beratung über eine drohende Verjährung auch vorliegend einiges spricht (vgl. - allerdings bezogen auf den Eintritt einer Bestandskraft eines Bescheides BGH, Urteil vom 15. Dezember 2011 - IX ZR 85/10, NJW 2012, 673, Rn. 14 f.) - ein Feststellungsinteresse besteht, da das Feststellungsinteresse keine solche Prozessvoraussetzung ist, ohne deren Vorliegen dem Gericht eine Sachprüfung und ein Sachurteil überhaupt verwehrt ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. März 1978 - VI ZR 68/76, NJW 1978, 2031, 2032; Becker-Eberhard, in: MüKo-ZPO, 6. Aufl. 2020, § 256 Rn. 38).

[33] b) Die Klage ist allerdings nicht begründet. Schadensersatzansprüche, welche sich vorliegend allein aus § 280 Abs. 1 i. V. m. §§ 675, 611 BGB ergeben könnten, stehen dem Kläger

nicht zu.

[34] Es bedarf insoweit keiner Entscheidung, ob die Beklagten zu 2) und 3) hier als **Scheinsozien** über die allgemeinen Grundsätze der **Duldungs- und Anscheinsvollmacht** selbst aus dem Anwaltsvertrag verpflichtet worden sind und daher für sämtliche Pflichtverletzungen aus dem Mandatsverhältnis haften (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 28. September 2010 - 28 U 238/09, NZG 2011, 137, 139; Schäfer, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 392), da es - eine eigene Verpflichtung der Beklagten zu 2) und 3) unterstellt - bereits an einer Pflichtverletzung fehlt (vgl. sogleich unter aa) und zudem - sodann wiederum eine Pflichtverletzung unterstellt - jedenfalls der Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden durch das eigene Verhalten des Klägers unterbrochen worden ist (vgl. sodann unter bb).

[35] aa) Schon eine Pflichtverletzung aus dem Anwaltsvertrag lässt sich nicht feststellen.

[36] Der konkrete **Umfang der anwaltlichen Pflichten** richtet sich nach dem erteilten Mandat und den Umständen des einzelnen Falles. Ziel der anwaltlichen Rechtsberatung ist es, dem Mandanten eigenverantwortliche, sachgerechte (Grund-) Entscheidungen („Weichenstellungen“) in seiner Rechtsangelegenheit zu ermöglichen. Dazu muss sich der Anwalt über die Sach- und Rechtslage klar werden und diese dem Auftraggeber verständlich darstellen. auf die aktuelle Situation und sein konkretes Anliegen **Der Mandant benötigt nicht unbedingt eine vollständige rechtliche Analyse, sondern allein die Hinweise, die ihm im Hinblick die notwendige Entscheidungsgrundlage liefern.** Erscheint unter mehreren rechtlich möglichen Alternativen die eine deutlich vorteilhafter als die andere, hat der Anwalt darauf hinzuweisen und eine entsprechende Empfehlung zu erteilen (BGH, Urteil vom 1. März 2007 - IX ZR 261/03, NJW 2007, 2485 Rn. 10; BGH, Urteil vom 4. Juni 1996 - IX ZR 51/95, NJW 1996, 2648, 2649).

[37] Soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf, ist der Rechtsanwalt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet. Unkundige muss er über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren. In den Grenzen des Mandats hat er dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziele zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist (vgl. BGH, Urteil vom 1. März 2007 - IX ZR 261/03, NJW 2007,

2485 Rn. 9; BGH, Urteil vom 23. November 2006 - IX ZR 21/03, NJW-RR 2007, 569 Rn. 10).

[38] Erhält ein Rechtsanwalt aber nur ein **beschränktes Mandat**, so kann von ihm grundsätzlich nicht verlangt werden, über dieses begrenzte Mandat hinaus, von sich aus eine Aufklärung über Tatsachen zu betreiben, die das Mandat nicht unmittelbar betreffen (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juni 1996 - IX ZR 106/95, NJW 1996, 2929, 2931; Kammergericht, Urteil vom 14. Dezember 2006 - 1 U 55/06, juris Rn. 3). Insoweit ist - wozu die Beklagten zu Recht auch noch einmal im Berufungsverfahren und zuletzt auch in der mündlichen Verhandlung näher ausgeführt haben - schon diskussionswürdig, ob den Beklagten hier tatsächlich auch ein zumindest die Prüfung etwaiger Zahlungsansprüche gegen Herrn W... umfassender Auftrag erteilt worden ist. Die Darlegungs- und Beweislast für die Erteilung eines unbeschränkten Mandats liegt beim Auftraggeber, hier also bei dem Kläger (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juni 1996 - IX ZR 106/95, NJW 1996, 2929, 2931), der sich für die Erteilung eines umfassenden und damit auch auf die Prüfung möglicher Zahlungsansprüche erstreckenden Mandats allerdings schon auf die von den Beklagten selbst bemühten Aktenvermerke vom 11. Mai 2006 (Anlage B2) und vom 28. Juni 2006 (Anlage B3) stützen kann, wonach etwaige Schadensersatzansprüche erkennbar auch Gegenstand der Beratung waren. Hinzu kommt, dass die Beklagten denjenigen Gegenstandswert, welchen sie bei der Abschätzung des Kostenrisikos etwaiger Zahlungsklagen ermittelt haben, auch ihrer außergerichtlichen Kostennote zugrunde gelegt und sich zudem auch in mehreren Schreiben zu den Schadensersatzansprüchen verhalten haben. Den Beklagten wiederum ist zuzugeben, dass man die ablehnende Haltung der Herren S... und D... bezüglich etwaiger Schadensersatzansprüche auch so verstehen kann, dass deren eingehende Prüfung gerade nicht gewünscht und daher vom Auftrag nicht umfasst sein sollte, jedenfalls aber dahingehend, dass das Mandatsverhältnis für die weitere Bearbeitung auf die Durchsetzung der Herausgabeansprüche beschränkt worden ist. Welchem Verständnis hier der Vorzug gebührt, kann vorliegend allerdings offen bleiben. Selbst wenn man nämlich unterstellt, dass hier ein unbeschränkter Auftrag zur Beratung über sämtliche in Betracht kommenden Ansprüche erteilt und auch nicht später eingeschränkt worden wäre, fehlt es - gemessen an dem oben skizzierten Maßstab - an einer Pflichtverletzung der Beklagten.

[39] (1) Eine Pflichtverletzung liegt zunächst nicht darin, dass die Beklagten den Kläger nicht bis zur Beendigung des Mandats im Juli 2007 über die gegebenenfalls Ende 2008 ablaufende Verjährung beraten haben.

[40] Zu den eingangs dargelegten **Verpflichtungen, den Auftraggeber allgemein, umfassend und möglichst erschöpfend**

zu belehren, seine Belange nach jeder Richtung wahrzunehmen und die Geschäfte so zu erledigen, dass Nachteile für ihn – soweit sie voraussehbar und vermeidbar sind – vermieden werden, gehört auch ohne Weiteres die Verpflichtung, darauf zu achten, ob dem Mandanten wegen Verjährung ein Rechtsverlust droht, und den Mandanten hierauf hinzuweisen (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juni 2011 - IX ZR 75/10, NJW 2011, 2889 Rn. 12; BGH, Urteil vom 18. März 1993 - IX ZR 120/92, NJW 1993, 1779, 1780). Vorliegend bestand aber kein Anlass zu einem Hinweis auf die Verjährung und zwar unabhängig davon, ob die Verjährungsfrist überhaupt zu laufen begonnen hatte und damit grundsätzlich die Gefahr der Verjährung bestand, weil jedenfalls keine Verjährung „drohte“. Selbst bei der - aus Sicht des Senats eindeutigen - Beendigung des Mandats aufgrund des Schreibens vom 10. Juli 2017 war bis zu dem von der Klägerseite für möglich erachteten Verjährungseintritt Ende 2008 noch mehr als ein Jahr und 5 Monate Zeit.

[41] (2) Die Beklagten haben auch nicht deshalb gegen ihre anwaltlichen Pflichten verstoßen, weil sie keine Maßnahmen zur Verjährungshemmung getroffen haben.

[42] Zwar ist ein Anwalt, der von seinem Mandanten beauftragt wird, dessen Rechte gegenüber einem säumigen Schuldner wahrzunehmen, vertraglich verpflichtet, **Vorkehrungen gegen eine drohende Verjährung** zu treffen. Diese Pflicht setzt wesentlich früher ein als der Eintritt der Verjährung selbst. Sie entsteht in der Regel spätestens dann, wenn ein Rechtsanwalt Dispositionen trifft, die das Risiko der Verjährung erhöhen (BGH, Urteil vom 28. November 1996 - IX ZR 39/96, juris Rn. 12). Hiervon ausgehend hat der Bundesgerichtshof eine Pflichtverletzung in einem Fall angenommen, in dem der Rechtsanwalt den Auftrag, eine Forderung einzuziehen, nur gut ein halbes Jahr vor deren Verjährung angenommen hat und fast die Hälfte der Zeit untätig geblieben ist (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 1996 - IX ZR 39/96, juris Rn. 12). Ein solcher Fall liegt hier aber schon deshalb nicht vor, weil der Geltendmachung etwaiger Ansprüche schon eine ausdrückliche Weisung des Klägers entgegenstand.

[43] (a) Nach § 665 BGB, der für den Anwaltsvertrag nach § 675 BGB entsprechende Anwendung findet, hat ein Rechtsanwalt während eines bestehenden Mandats die **Weisungen seines Mandanten** zu befolgen, selbst wenn dies zu Nachteilen für den Mandanten führen kann (vgl. BGH, Urteil vom 20. März 1984 - VI ZR 154/82, NJW 1985, 42; BGH, Urteil vom 13. März 1997 - IX ZR 81/96, NJW 1997, 2168, 2169). Eine solche Weisung lag hier vor.

[44] Nach den Feststellungen des Landgerichts hat das Land den Schadensersatzanspruch vorerst nicht gerichtlich verfolgen wollen. Dies ergibt sich nämlich, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, aus dem Inhalt der mit Herrn S... und

Herrn D... geführten Gespräche, deren in den Anlagen B2 und B3 (Anlagenband B) festgehaltener Inhalt vom Kläger erstinstanzlich nicht bestritten worden ist. Ausweislich dieser Vermerke haben sowohl Herr S... als auch Herr D... die Erhebung von Zahlungsklagen gegen Herrn W... aus verschiedenen Gründen zurückstellen wollen. An diese – dem unstreitigen Vorbringen der Parteien erster Instanz entsprechenden – Feststellungen ist der Senat schon nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden.

[45] (b) Es ist auch nicht als pflichtwidrig anzusehen, dass die Beklagten diese Weisung befolgt haben.

[46] Insoweit weist die Berufung zwar im Aufgangspunkt zutreffend darauf hin, dass sich in der Befolgung einer Weisung die anwaltliche Pflicht nicht erschöpft. Gerade mit Blick auf etwaige Nachteile hat der Anwalt die Weisungen nicht blindlings zu befolgen, sondern sich über die Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit der Weisung zu vergewissern und den Mandanten jedenfalls dann, wenn sich Bedenken gegen die Ausführung einer Weisung aufdrängen, von diesen Bedenken unterrichten (vgl. BGH, Urteil vom 20. März 1984 - VI ZR 154/82, NJW 1985, 42; BGH, Urteil vom 13. März 1997 - IX ZR 81/96, NJW 1997, 2168, 2169). Diesen Anforderungen wird das Verhalten der Beklagten aber entgegen der klägerischen Ansicht gerecht.

[47] An der Ernsthaftigkeit der Weisung konnte für die Beklagten kein Zweifel bestehen. Bereits im Gespräch vom 11. Mai 2006 (vgl. den Vermerk Anlage B2) hatte Herr S... mitgeteilt, dass die Schadensersatzklage zunächst aufgrund haushaltsrechtlicher Probleme nicht gefertigt werden solle. Auch Herr D... hat in einem weiteren Gespräch am 28. August 2006 (vgl. den Vermerk Anlage B3) hinreichend deutlich gemacht, dass Zahlungsansprüche gegen Herrn W... zunächst zurückgestellt werden sollten und insbesondere Schadensersatzansprüche erst dann verfolgt werden sollten, wenn nach Herausgabe der Unterlagen feststehe, was zur Kompensation der mangelhaft oder nicht erbrachten Leistungen erforderlich sein werde.

[48] Es bestand auch weder zu diesem Zeitpunkt noch bis zur Beendigung des Mandats Anlass, auf etwaige Bedenken hinzuweisen. Selbst bei Beendigung des Mandats im Juli 2007 bestand - wie oben bereits ausgeführt - kein Verjährungsrisiko, weil noch ausreichend Zeit war, verjährungshemmende Maßnahmen zu treffen. Vor diesem Hintergrund waren die Beklagten auch - anders als der Kläger meint - bis zur Mandatsbeendigung nicht verpflichtet, eine Verjährungsverzichtserklärung des Herrn W... zu erwirken.

[49] (3) Die Beklagten haben auch keine nachwirkenden Mandatspflichten verletzt, weil selbst im Zusammenhang mit der

Beendigung des Mandats kein Anlass bestand, auf eine mögliche Verjährung hinzuweisen.

[50] **Das Vertragsende entbindet den Rechtsanwalt von seiner Pflicht, die zuvor vertraglich übernommene Angelegenheit auch nur zu einem provisorischen Ende zu führen.** Der Auftraggeber darf auch nicht beanspruchen, über die Sach- und Rechtslage bei Mandatsende umfassend unterrichtet zu werden (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 1996 - IX ZR 39/96, juris Rn. 17; BGH, Urteil vom 24. Oktober 1996 - IX ZR 4/96, juris Rn. 8). Ist dem Rechtsanwalt aber erkennbar, dass dem **Mandanten** gerade aus der Beendigung der anwaltlichen Tätigkeit ein Schaden droht, weil er sich mangels Kenntnis der Rechtslage **der Gefahren nicht bewusst** ist, so muss der Rechtsanwalt nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) auf diese Gefahr jedenfalls dann hinweisen, wenn er sie erkennbar mitverursacht hat (BGH, Urteil vom 28. November 1996 - IX ZR 39/96, juris Rn. 17). Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof angenommen, dass ein Rechtsanwalt, der von seinem Mandanten sämtliche diesem zur Verfügung stehenden Unterlagen über eine Kaufpreisforderung erhalten hat, um diese gerichtlich durchzusetzen, seine nachvertraglichen Pflichten aus dem Anwaltsvertrag verletzt, wenn er - obwohl eine Verjährung droht - nach Beendigung des Mandats weder die Unterlagen an den Mandanten zurückgibt noch ihn anderweitig auf die drohende Verjährung hinweist (BGH, Urteil vom 11. Oktober 1983 - VI ZR 95/82, juris Rn. 25).

[51] Ein solcher Fall liegt aber nicht vor. Dass er die übergebenen Unterlagen bei Beendigung des Mandats nicht zurück- erhalten hat, behauptet der Kläger selbst nicht. **Es bestand auf Beklagtenseite auch keinerlei Anlass zu der Annahme, dass die Rechtsabteilung des Klägers über die Verjährung der bislang nicht geltend gemachten Ansprüche einer Aufklärung bedurfte.** Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, hat der Kläger bei Beendigung des Mandats hinreichend deutlich zu erkennen gegeben, dass er sich zur Fortführung des Mandats – auch ohne anwaltliche Hilfe – im Stande sieht. Mit Schreiben vom 10. Juli 2007 hat Herr D... nämlich mitgeteilt, dass das Mandat zurückgezogen werde, weil vor den Verwaltungsgerichten das Erfordernis einer anwaltlichen Vertretung nicht bestehe. Dies konnten die Beklagten schwerlich anders verstehen als dahin, dass sich die Rechtsabteilung des Klägers in der Lage sieht, sämtliche auftretenden Fragen, welche zuvor Gegenstand des Mandats waren, allein zu klären und die anwaltliche Hilfe allein aufgrund des Vertretungszwangs vor den Landgerichten in Anspruch genommen haben. Den Beklagten musste sich entgegen der von der Klägerseite in der mündlichen Verhandlung noch einmal bekräftigten Auffassung auch nicht aufdrängen, dass die Prüfung, ob bereits die erhobene **Stufenklage** die Verjährung hemmt, die **Rechtskenntnisse der auf Seiten des Klägers** in dem Verfahren tätigen Juristen in

fachlicher Hinsicht überfordern würde und zwar schon deshalb, weil insoweit keine speziellen Kenntnisse des zivilrechtlichen Prozessrechts in Rede standen, sondern die Anwendung von solchen Regelungen des materiellen Rechts, die auch im Verwaltungsrecht Anwendung finden (vgl. nur Riese, in: Schoch/Schneider, VwGO mit Stand 39. EL Juli 2020, § 90 Rn. 33). Auch die Stufenklage, welche in der VwGO nicht ausdrücklich geregelt ist, ist dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren keineswegs fremd (vgl. Terhechte, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 44 Rn. 8 m. w. Nachw.).

[52] Vor diesem Hintergrund kommt es nicht mehr entscheidend darauf an, ob - wie der Kläger behauptet - es überhaupt an einer (zumindest nachvertraglichen) Aufklärung über die Verjährung fehlt. Die Beklagten sind ihrer insoweit bestehenden sekundären Darlegungslast mit ihrem Vorbringen, wonach Herr R... Herrn D... anlässlich eines Telefonats nach Mandatsbeendigung auf eine Ende 2008 ablaufende Verjährung hingewiesen habe, jedenfalls nachgekommen.

[53] d) Eine Pflichtwidrigkeit liegt auch nicht darin, dass die Beklagten - worauf der Kläger sich hilfsweise stützt - nicht über eine Unwirksamkeit des mit Herrn W... geschlossenen Vertrages und hieraus resultierende Ansprüche belehrt haben. Mit dem in der Berufungsinstanz neuen Hilfsvorbringen, mit dem sich der Kläger das Bestreiten der Beklagten zur Rechtsnachfolge auf Klägerseite sowie zur Beauftragung des Herrn W... zu eigen macht und aus dem er eine weitere Pflichtverletzung der Beklagten herzuleiten sucht, führt er einen neuen Streitgegenstand in den Berufungsrechtszug ein, wobei die Zulässigkeit der damit verbundenen nachträglichen Eventualklagehäufung (vgl. BGH, Urteil vom 10. Januar 1985 - III ZR 93/83, NJW 1985, 1841, 1842) nach § 533 ZPO zu beurteilen ist, dessen Voraussetzungen nicht vorliegen. Nachdem der Kläger sich den Vortrag der Beklagten nicht bereits in erster Instanz zu eigen gemacht hat und dieser damit nicht schon deshalb nach § 529 ZPO der Entscheidung des Senats zugrunde zu legen ist (§ 533 Nr. 2 ZPO), könnte der Kläger sich auf dieses Vorbringen in der Berufungsinstanz nur dann zulässigerweise stützen, wenn das Vorbringen nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen wäre. Ob dessen Voraussetzungen vorliegen, kann jedoch dahinstehen, weil ein im Widerspruch zum eigenen Vorbringen stehender Vortrag mit Blick auf § 138 Abs. 1 ZPO ohnehin nur in Betracht kommt, wenn sich die Partei das Vorbringen des Gegners zulässigerweise zu eigen macht (vgl. BGH, Urteil vom 10. Januar 1985 - III ZR 93/83, NJW 1985, 1841, 1842). Dies ist aber nicht mehr der Fall, da die Beklagte die abweichenden Behauptungen des Klägers aus seinem Hauptvorbringen in der Berufungserwiderung nunmehr unstreitig gestellt haben.

[54] bb) Die Klage bliebe selbst dann ohne Erfolg, wenn man

zugunsten der Klägerseite unterstellt, dass die Beklagten Pflichten aus dem Anwaltsvertrag verletzt hätten, indem sie nicht auf die Verjährung hingewiesen und/oder keine verjährungshemmenden Schritte eingeleitet haben. Insoweit kann offenbleiben, ob im zivilrechtlichen Sinne eine Kausalitätsbeziehung besteht, da es jedenfalls am haftungsrechtlichen Zurechnungszusammenhang fehlt.

[55] (1) Zu Gunsten eines Mandanten ist zwar im Rahmen der Feststellung der Kausalität zunächst zu vermuten, dieser wäre bei pflichtgemäßer Beratung den Hinweisen des Rechtsanwalts gefolgt, sofern im Falle sachgerechter Aufklärung aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahegelegen hätte (vgl. BGH, Urteil vom 10. Mai 2012 - IX ZR 125/10, NJW 2012, 2435 Rn. 36; BGH, Urteil vom 23. November 2006 - IX ZR 21/03, NJW-RR 2007, 569 Rn. 23). Hiervon ausgehend greift die **Vermutung beratungsgerechten Verhaltens** ein, weil jedenfalls davon auszugehen ist, dass ein ordnungsgemäß beratener Mandant eine derart hohe Forderung nicht verjähren lässt, sondern rechtzeitig verjährungshemmende Maßnahmen ergreift. Dem steht nicht entgegen, dass auf Seiten des Klägers selbst Juristen tätig waren, da ein Mandant, der selbst Jurist ist, einem rechtlich zutreffenden Hinweis seines Rechtsanwalts auf einen Gesichtspunkt, den er selbst übersehen hat, im eigenen Interesse regelmäßig ebenso folgen wird wie ein juristischer Laie, der wegen fehlender Rechtskenntnis keine eigenständige Prüfung der Rechtslage vorgenommen hat (vgl. BGH, Urteil vom 10. Mai 2012 - IX ZR 125/10, NJW 2012, 2435 Rn. 40).

[56] In der Vermutung beratungsgerechten Verhaltens liegt allerdings keine Beweislastumkehr, sondern lediglich ein **Anscheinsbeweis**, der durch den Nachweis von Tatsachen **entkräftet werden kann, die für ein atypisches Verhalten des Mandanten im Falle pflichtgemäßer Beratung sprechen** (BGH, Urteil vom 10. Mai 2012 - IX ZR 125/10, NJW 2012, 2435 Rn. 36). Ob dieser Anscheinsbeweis - wie das Landgericht meint - dadurch widerlegt ist, dass der Kläger trotz der nach Beendigung des Anwaltsvertrages übernommenen Eigenvertretung die Ansprüche erst 2011 geltend gemacht hat, kann dahinstehen, da jedenfalls der Zurechnungszusammenhang entfallen ist.

[57] (2) Grundsätzlich schließt es eine für den Schaden mitursächliche willentliche Handlung des Verletzten zwar nicht ohne weiteres aus, den Schaden demjenigen zuzurechnen, der die schädigende Kausalkette in Gang gesetzt hat. Bestand etwa für die **Zweithandlung der Geschädigten** ein rechtfertigender Anlass oder wurde sie durch das haftungsbegründende Ereignis herausgefordert und erweist sich die Reaktion auch nicht als ungewöhnlich oder gänzlich unangemessen, so bleibt der Zurechnungszusammenhang mit dem Verhalten des

Schädigers bestehen (vgl. BGH, Urteil vom 8. September 2016 – IX ZR 255/13, NJW-RR 2017, 566 Rn. 24; BGH, Urteil vom 14. Juni 2012 – IX ZR 145/11, NJW 2012, 3165 Rn. 44). Gemessen daran, ist der Zurechnungszusammenhang durch die konkrete Reaktion des Klägers unterbrochen worden, weil es nicht nachvollziehbar ist, dass der Kläger bis zum Jahre 2011 zugewartet hat, eine Zahlungsklage zu erheben. Ausgehend vom eigenen Standpunkt des Klägers, wonach das Vertragsverhältnis zu Herrn W... im Jahre 2005 beendet worden ist, kommt eine Verjährung der Zahlungsansprüche mit Ablauf des Jahres 2008 in Betracht. Allerdings stellt sich die **Untätigkeit des Klägers** bis zum Jahre 2011 nicht schon deshalb als **ungewöhnlich und sogar gänzlich unangemessen dar, weil er eigene Juristen beschäftigt, deren mangelnde Rechtskunde in Bezug auf Verjährungsfragen fraglich erscheint, sondern deshalb, weil sich der Kläger ausweislich des Schreibens von Herrn D... vom 10. Juli 2007 zur alleinigen Prozessführung gerade in der Lage sah**. Zur Prozessführung zählt aber nicht nur das Auftreten vor Gericht und die Auseinandersetzung mit speziellen Materien des Verwaltungsrechts, sondern auch die eigene Prüfung von Ansprüchen und deren Geltendmachung einschließlich der Berücksichtigung des maßgeblichen Prozessrechts und etwaiger Verteidigungsmöglichkeiten des materiellen Rechts, wobei die Prozessführung hier - wie oben bereits ausgeführt - gerade keine zivilrechtlichen Spezialkenntnisse erforderte. Da es sich bei der Beendigung des Mandats um einen eigenverantwortlichen Schritt des Klägers gehandelt hat, der nach dem insoweit unstreitig gebliebenen Vorbringen der Beklagten und in Ansehung des Schreibens vom 10. Juli 2007 lediglich dadurch motiviert war, dass vor den Verwaltungsgerichten kein Anwaltszwang herrscht, kann entgegen der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nochmal bekräftigten Sichtweise des Klägers keine Rede davon sein, dass die Beklagten den Kläger haben „ins Verderben rennen“ lassen. Insoweit bedarf es auch keiner weiteren Auseinandersetzung mit etwaigen Motiven der Beklagten für das - hier unterstellte - Unterbleiben eines Hinweises auf die Verjährung.

[58] cc) Auf die – auch vom Landgericht in weiten Teilen offen gelassenen – Fragen der Verjährung der vom Kläger gegen die Beklagten erhobenen Ansprüche kommt es nach alledem nicht mehr entscheidend an.

(...)

Steuerberaterhaftung

- Mangelhafte Buchführung
- Schätzung durch das Finanzamt
- Darlegung eines Schadens
- Darlegungslast

(OLG Hamm, Beschl. v. 17.9.2021 – I-25 U 58/20)

Leitsätze (der Redaktion)

1. Bei einer vom Mandanten behaupteten mangelhaften Buchführung muss dieser substantiiert vortragen, welche Buchung der Steuerberater aufgrund welcher Informationen und vorgelegten Belege er hätte vornehmen müssen und was er stattdessen gebucht hat. Es muss deutlich werden, dass der Steuerberater in der Lage war, die fehlerhaften Buchungen zu vermeiden. Nicht ausreichend ist ein Vortrag, wonach der Steuerberater die Fehlerhaftigkeit der Buchführung in ihrer Gesamtheit zu verantworten habe.
2. Die im Wege der Schätzung festgesetzte Steuer ist nur dann Schaden im Rechtssinne, wenn der Mandant die zu seinen Lasten bei einer BP geschätzten Betriebseinnahme infolge einer mangelhaften Buchführung tatsächlich nicht erzielt und eine Steuerpflicht in dem durch die Zuschätzung bedingten Umfang nicht bestanden hat. Die von dem Steuerberater gefertigten Gewinnermittlungen können zur Schadenermittlung nicht herangezogen werden, wenn diese auf der vom Mandanten beanstandeten mangelhaften Buchführung beruhen.
3. Eine Herabsetzung der Darlegungslast hinsichtlich des entstandenen Steuerschätzungsschadens infolge einer mangelhaften Buchführung unter dem Gesichtspunkt, dass eine Gewinnermittlung wegen der unterbliebenen Rückgabe der Unterlagen durch den Steuerberater nicht möglich sei, kommt solange nicht in Betracht, wie der Mandant nicht substantiiert vorträgt, welche Belege er an den Steuerberater zum Zwecke der Buchführung herausgegeben, aber dann nicht zurückerhalten hat.

Zum Sachverhalt:

Der Senat hat den Kläger durch den wie folgt begründeten Beschluss vom 19.07.2021 auf die beabsichtigte Zurückweisung seiner Berufung durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO hingewiesen:

I.

Der Kläger macht Schadensersatzansprüche aus Steuerberatung gegen die Beklagte geltend, die er mit der Erstellung der Jahresabschlüsse und Jahressteuererklärungen für die Steuerjahre 2011-2014 sowie mit der Lohn- und Finanzbuchhaltung

für sein Einzelunternehmen A2007 mindestens für die Jahre 2011-2013 und für die von ihm betriebene Rechtsanwaltskanzlei mindestens für die Jahre 2012 und 2013 beauftragt hatte; für 2014 ist der Auftrag streitig.

Im Rahmen einer beim Kläger für 2011-2014 durchgeführten Betriebsprüfung beanstandete das Finanzamt jeweils u. a. erhebliche Mängel der Kassenführung und Buchhaltung. Es kam zu einem Steuerstraßverfahren, das jedoch gemäß § 170 Abs. 2 StPO am 07.12.2017 eingestellt wurde. Im Anschluss erließ das Finanzamt am 23. bzw. 24.01.2018 Änderungsbescheide bezüglich Einkommen- und Umsatzsteuerfestsetzungen der Jahre 2011-2014 auf der Grundlage der Ergebnisse der Betriebsprüfung gemäß Betriebsprüfungsberichten vom 30.11.2017. Die Änderungen beruhten u. a. auf gewinnerhöhenden Zuschätzungen wegen Mängeln der Buchführung, auf die sich der Kläger und das Finanzamt im Straf- bzw. Betriebsprüfungsverfahren verständigt hatten. Die Zuschätzungen wurden vorgenommen zum einen in Gestalt pauschaler Sicherheitszuschläge von durchgängig 2,5% für Einzelunternehmen und Rechtsanwaltskanzlei mit Ausnahme eines Satzes von 1,25% bezüglich der Rechtsanwaltskanzlei in 2014, zum anderen durch Zuschätzungen in den Einzelfeststellungen für das Einzelunternehmen in den Jahren 2013 und 2014. Im Rahmen des Straf- und Betriebsprüfungsverfahrens hatte der Kläger mit Schreiben vom 23.11.2017 der Beklagten den zu erwartenden Steuerschaden unter Auflistung der von der Betriebsprüfung gerügten Buchungen überreicht mit der Aufforderung, begründete Beanstandungen innerhalb von sieben Tagen vorzubringen; die Beklagte forderte daraufhin mit Schreiben vom 28.11.2017 noch weitere Unterlagen an, zu einer Stellungnahme in der Sache kam es aber nicht. Die Änderungsbescheide wurden der Beklagten mit E-Mail vom 31.01.2018 übermittelt mit der Aufforderung, bis zum 08.02.2018 mitzuteilen, ob Einspruch erhoben werden solle; hierzu erklärte sich die Beklagte nicht.

Der Kläger macht mit der vorliegenden Klage auf die Zuschätzungen zurückgeführte Mehrsteuern i.H.v. 25.136,25 € ebenso geltend wie Nachzahlungszinsen hierauf in Höhe von insgesamt 13.101,00 € und die Kosten für die Begleitung der Betriebsprüfung durch einen Steuerberater i.H.v. 2.942,50 €. Hinsichtlich einer unstreitigen Honorarforderung der Beklagten i.H.v. 834,31 € erklärt der Kläger die Aufrechnung.

Der Kläger hat behauptet, die Beklagte sei für seine gesamte Buchführung bis zum Jahr 2014 einschließlich verantwortlich gewesen und habe alle hierfür erforderlichen Unterlagen und Belege zeitnah erhalten; zu keinem Zeitpunkt sei gegenüber dem Kläger geltend gemacht worden, dass übergebene Belege oder Aufzeichnungen unrichtig oder unvollständig oder nicht in ausreichender Zeit zur Verfügung gestellt worden seien. Im Rahmen der Betriebsprüfung aufgedeckte Mängel

seien entweder von der Beklagten zu verantworten oder sie hätte die Schwächen in den vom Kläger selbst gefertigten Unterlagen erkennen und entsprechende Hinweise erteilen müssen. Derartige Hinweise habe es nicht gegeben. So sei zu keinem Zeitpunkt der Hinweis erteilt worden, dass der Kläger ein Kassenbuch führen müsse, in dem er taggleich Einnahmen und Ausgaben als Bargeschäfte zu verzeichnen habe; Aufzeichnungen über Bargeschäfte habe die Beklagte anhand der zur Verfügung gestellten Belege erstellt. Erst durch einen privat erhaltenen Hinweis habe er erstmals im Laufe des Jahres 2013 ein betriebliches Kassenbuch angelegt. Dieses Kassenbuch sei dann von der Beklagten durch ihre Buchhaltungsmitarbeiter geführt worden. Ferner habe die Beklagte bezüglich der Rechtsanwaltskanzlei lediglich seine von ihm unter Anwendung des Programms RA-Micro erstellte rudimentäre Buchführung ohne jegliche Kontrolle und Berichtigung oder Ergänzung übernommen, anstatt, wie ihm gegenüber erklärt, die Buchführung mit eigener Software zu erstellen.

Die fehlerhaften Buchungsvorfälle seien durch die Zwischenfeststellungen der Betriebsprüfung vom 25.10.2017 und vom 03.11.2017 dargelegt. Es komme aber nicht darauf an, welche einzelnen Buchungen von der Beklagten unrichtig vorgenommen worden seien. Entscheidend sei, dass die von der Beklagten zu verantwortende Buchführung in ihrer Gesamtheit ausweislich der Betriebsprüfungsberichte solche erheblichen formellen und materiellen Mängel aufweise, dass die Aufzeichnungen der Besteuerung nicht zugrunde gelegt werden könnten und die Finanzverwaltung für sich die Schätzungsbeurteilung nach § 158 AO in Anspruch genommen habe.

Um nicht strafrechtlich verurteilt zu werden, habe sich der Kläger auf die Zuschätzungen einlassen müssen; dies ist von der Beklagten nicht bestritten worden. Tatsächlich habe er im Umfang der Zuschätzung jedoch keine zu versteuernden Gewinne und Umsätze erzielt. Wie hoch die bei ordnungsgemäßer Buchführung und Abschlusserstellung festzusetzende Steuerbelastung gewesen wäre, sei von ihm nicht mehr zu ermitteln, da die übergebenen Unterlagen bei der Beklagten verblieben seien und er von der Beklagten nicht alle - im Zusammenhang mit der Betriebsprüfung zurückgeforderten - Unterlagen zurückerhalten habe. Aus diesem Grunde habe auch keine Aussicht auf Erfolg bestanden, durch Anfechtung der geänderten Steuerbescheide gegen die festgesetzten Mehrsteuern und Nachzahlungszinsen anzugehen. Für das vorliegende Verfahren sei das jeweilige Ergebnis der von der Beklagten für den Kläger erstellten Jahresabschlüsse als richtig anzusehen.

Die Beklagte hat Pflichtverletzungen in Abrede gestellt. Mit näheren Ausführungen hat sie zu Hinweisen bezüglich der Notwendigkeit der Führung eines Kassenbuchs sowie der Buchführung allgemein vorgetragen. Der Kläger habe ab 2014 über geschulte Mitarbeiter die gesamte Buchführung für die

Einzelfirma und die Rechtsanwaltskanzlei mit Hilfe des Programms RA-Micro selbst erstellt. Die gesamte Belegerfassung sei durch ihn erfolgt. Belege seien nicht mehr übergeben, sondern lediglich Datensätze übernommen und daraus Umsatzsteuervoranmeldungen und Einnahmeüberschussrechnungen abgeleitet worden. Die Beklagte habe von verschiedenen Feststellungen des Finanzamts keine Kenntnis gehabt, insbesondere nicht von Pkw-Verkäufen, Vereinnahmungen auf privaten Konten und der Nutzung eines betrieblichen Pkws durch den Bruder des Klägers sowie sonstige privat veranlasste Motivationen für die Zuordnung von Ausgaben zum betrieblichen Bereich. Insbesondere diese hätten offenbar bei der Finanzverwaltung dazu geführt, die Ordnungsgemäßheit und Aussagefähigkeit der Buchführung des Klägers zu verneinen. Es fehle an Vortrag dazu, dass die vom Finanzamt als fehlend bemängelten Unterlagen tatsächlich an die Beklagte übergeben worden seien. Zur Verfügung gestellte Belege seien nach buchhalterischer Erfassung spätestens beim nächsten Übergabetermin zurückgegeben worden.

Das Landgericht hat im angefochtenen Urteil ein am 28.08.2019 erlassenes Versäumnisurteil aufrechterhalten. Die Klage sei unbegründet. Der Kläger habe einen aus einer Verletzung der Steuerberaterpflichten resultierenden Schaden nicht substantiiert dargelegt. Bezüglich der Einnahmezuschätzungen und Kürzungen von Betriebsausgaben habe der Kläger nicht dargelegt, dass die vorgenommenen Schätzungen sachlich unzutreffend seien und welche Gewinne bzw. Verluste abweichend von den Besteuerungsgrundlagen der Schätzungsveranlagung tatsächlich entstanden seien. Hierfür müsse regelmäßig eine Gewinn- bzw. Verlustermittlung vorgelegt werden. Die Entscheidung des BGH vom 09.06.1982, IVa ZR 9/81, zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast stehe nicht entgegen, weil der BGH diese mit Entscheidung vom 17.10.1991, IX ZR 255/90, explizit aufgegeben habe. Soweit das Oberlandesgericht Köln in einer Entscheidung eine vom beklagten Steuerberater selbst ermittelte Steuerbelastung herangezogen habe, habe dies einen Fall betroffen, in dem dem Steuerberater keine inhaltlichen Fehler vorgeworfen worden seien. Demgegenüber stehe im vorliegenden Fall bereits nach dem Klägervortrag fest, dass die von der Beklagten erarbeitete Steuererklärung objektiv unzutreffend sei. Gegebenenfalls hätte der Kläger gegen die Beklagte auf Herausgabe für die Darlegung nötiger Unterlagen klagen können und müssen; insoweit bezieht sich das Landgericht auf einen Hinweisbeschluss des Senats vom 28.02.2020 (25 U 70/19). Der Kläger habe kein evtl. zu einer abweichenden Beurteilung der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast führendes Verhalten der Beklagten dargelegt, durch welches er unverschuldet in eine Darlegungs- und Beweisnot geraten sein könnte. Vielmehr deuteten die Feststellungen im Betriebsprüfungsbericht eher darauf hin, dass die durch die Steuerprüfung aufgedeckten Steuerverkürzungen ganz überwiegend durch den Kläger

verursacht worden seien. Nachzahlungszinsen begründeten im Hinblick auf die längere Nutzungsmöglichkeit des Kapitals keinen Schaden. Die Kammer schätze den Nutzungsvorteil auf neun Prozentpunkte über dem Basiszinssatz in Anlehnung an die gesetzliche Regelung des § 288 Abs. 2 BGB. Der Kläger habe keine Umstände vorgetragen, die die Annahme eines niedriger zu bewertenden Vorteils rechtfertigten. Die Kosten für die Begleitung der Betriebsprüfung stellten ebenfalls keinen Schaden dar, da nach dem Vortrag des Klägers die möglichen pflichtwidrigen Handlungen der Beklagten nicht Anlass der Betriebsprüfung gewesen seien.

Wegen des weitergehenden Sachverhalts wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen; Selbiges gilt für die erstinstanzlich gestellten Anträge.

Der Kläger verfolgt mit der Berufung seinen zuletzt gestellten Klageantrag weiter.

Die Feststellung, der Kläger habe seinen Schaden nicht substantiiert dargelegt, sei rechtsfehlerhaft.

Bezüglich der Steuermehrbelastungen verkenne das Landgericht womöglich, dass der Kläger ausschließlich den Ersatz solcher Mehrsteuern geltend mache, die ihm durch die materiell unberechtigte Zuschätzung der Finanzverwaltung entstanden seien. Die der Zuschätzung zugrunde liegenden Betriebseinnahmen habe der Kläger tatsächlich nicht erzielt. In der obergerichtlichen und höchstrichterlichen Rechtsprechung sei anerkannt, dass es zum Nachweis der Fehlerhaftigkeit eines Schätzungsbescheides ausreiche, wenn sich der Mandant auf den vom Steuerberater selbst aufgestellten Jahresabschluss stütze, solange nicht der Steuerberater die Richtigkeit dieses Jahresabschlusses substantiiert angreife. Das Landgericht gehe fehlerhaft von einer Aufgabe der Rechtsprechung durch den BGH aus. Die spätere Entscheidung betreffe lediglich die Frage der Haftung eines Steuerberaters bei verspäteter Abgabe einer Steuererklärung bei ungenügender oder unpunktlicher Mitwirkung seines Mandanten.

Zwischen den Parteien sei auch nicht unstrittig, dass die von der Beklagten selbst erstellten Jahresabschlüsse bzw. Gewinnermittlungen objektiv unzutreffend seien. Unstrittig beruhen die Zuschätzungen der Finanzverwaltung vielmehr auf der nicht ordnungsgemäß erfolgten Buchführung der Beklagten, wie im Rahmen der Betriebsprüfung festgestellt. Dass die Buchführung und demnach auch Jahresabschlüsse nicht nach den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Buchführung aufgestellt seien, lasse nicht schon den Schluss zu, dass die Jahresabschlüsse objektiv unrichtig seien. Es sei prozessual nicht Aufgabe des Klägers darzulegen, dass der von der Beklagten ermittelte Gewinn zu niedrig bestimmt worden sei. Vielmehr hätte die Beklagte substantiiert dazu vortragen müssen, wieso

die von ihr erstellten Jahresabschlüsse unrichtig seien und der tatsächliche Gewinn bzw. Überschuss genau dem von dem Finanzamt zugrunde gelegten entspreche. Selbst bei objektiver Unrichtigkeit der Jahresabschlüsse stünden deren Umfang sowie der Umfang der hierauf beruhenden Steuer Mehrbelastung nicht fest. Es wäre nicht interessengerecht, dass die unstreitig mangelhafte Buchführung der Beklagten diese vollumfänglich von der ihr durch die Rechtsprechung auferlegten Darlegungslast befreie.

Das Landgericht überspanne die Anforderungen für die Schadensdarlegung, indem es von dem Kläger die Vorlage einer Gewinn- bzw. Verlustermittlung verlange. Der Sachverhalt in dem herangezogenen Hinweisbeschluss des Senats liege anders. Zwischen den Parteien sei nämlich unstreitig, dass der Kläger die Belege entsprechend der vertraglichen Absprache ausgehändigt habe. Die unsubstantiierte Behauptung, dass die Unterlagen spätestens beim nächsten Übergabetermin zurückgegeben worden seien, bleibe bestritten; die Beklagte sei insoweit beweisfällig geblieben. Dass dem Kläger seine Buchführungsunterlagen nicht mehr zur Verfügung stünden, beruhe anders als im Fall des Senats nicht auf einer vom Kläger versäumten Dokumentation des Übergabezeitpunkts, sondern darauf, dass die Beklagte die Unterlagen vertragswidrig nicht an den Kläger zurückgegeben habe. Das Landgericht wolle ohne jede Begründung einen nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung angenommenen allgemeinen beweisrechtlichen Grundsatz nicht anwenden (BGH, Urteil vom 27.09.2001, IX ZR 281/00, NJW 2002, 825, 827). Die Kammer verkenne die Beweislast, die die Beklagte im Hinblick auf die Rückgabe der Unterlagen treffe.

Die Feststellungen der Finanzverwaltung rechtfertigten auch nicht die Annahme, dass die Steuerverkürzungen ganz überwiegend vom Kläger verursacht worden seien. Vielmehr bezögen sich die Feststellungen ausschließlich auf die erheblichen Mängel in der vom Beklagten vorgenommenen Buchführung und gingen darauf zurück, dass sämtliche Belege bei der Beklagten verblieben seien, sodass bei der Betriebsprüfung die Zahlungsvorgänge, die Eingänge von Einnahmen sowie deren Versteuerung im Feststellungsverfahren nicht mehr hätten nachvollzogen werden können. Selbst wenn die vom Kläger überlassenen Buchführungsunterlagen unvollständig oder unrichtig gewesen sein sollten, hätte die Beklagte hierauf hinweisen müssen, wie sich aus dem Urteil des BGH vom 17.10.1991 (IX ZR 255/90, NJW 1992, 307, 309) ergebe. Der Kläger hätte dann die notwendigen Unterlagen bereitgestellt. Zudem hätte das Landgericht berücksichtigen müssen, dass die Beklagte vorprozessual aufgefordert worden sei, Einwendungen gegen die Feststellungen der Betriebsprüfung vorzubringen.

Bezüglich der Nachzahlungszinsen entspreche die Schätzung

des Landgerichts angesichts des langjährigen Niedrigzinsniveaus nicht annähernd der Realität und sei daher ermessensfehlerhaft, was näher ausgeführt wird.

Die geltend gemachten Steuerberaterkosten seien nur aufgrund der Beanstandungen der Finanzverwaltung erforderlich gewesen, die einzig auf die mangelhafte Buchführung der Beklagten zurückzuführen gewesen seien. Hierzu habe der Kläger Bezug auf das vorgelegte Time Sheet genommen und Zeugenbeweis angetreten.

(Anträge: ...)

II.

Die Berufung ist unbegründet bei gleichzeitigem Vorliegen der Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO.

1.

Unter Zugrundelegung des bisherigen Sach- und Streitstandes ist der Senat nach seiner vorläufigen Rechtsauffassung einstimmig davon überzeugt, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Dies ist nach der Gesetzesbegründung zur Neufassung der Vorschrift nicht nur dann der Fall, wenn die Aussichtslosigkeit „auf der Hand liegt“, sie darf auch das Ergebnis „vorgängiger gründlicher Prüfung“ sein (BTDr 17/6406 Seite 11, zitiert nach Heßler, in: Zöller, 33. Aufl. 2020, § 522 Rn. 36). Danach kommt eine Zurückweisung durch Beschluss mangels Erfolgsaussicht in Betracht, wenn sich aus der Berufungsbegründung keine Gesichtspunkte ergeben, die eine Abänderung des Ersturteils aus rechtlichen oder tatsächlichen Erwägungen rechtfertigen; dabei darf die Begründung weiterhin auch ausgewechselt und materiell oder prozessual von einer anderen rechtlichen Beurteilung ausgegangen werden (Heßler a. a. O. mit weiteren Nachweisen).

2.

Die zulässige Berufung hat keine Aussicht auf Erfolg. Die Berufung ist offensichtlich unbegründet.

Das Landgericht hat das Versäumnisurteil zu Recht aufrechterhalten. Die Klage ist unbegründet. Ein Anspruch auf Schadensersatz aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Steuerberatervertrag i.V.m. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB, der einzigen in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage, besteht nicht. Der Kläger hat bereits eine schuldhaft Pflichtverletzung der Beklagten nicht hinreichend dargetan; ferner mangelt es an der Darlegung eines auf die Pflichtverletzung zurückzuführenden Schadens.

Unzutreffend meint der Kläger, dass es auf die Fehlerhaftigkeit einzelner Buchungen nicht ankomme, weil die Beklagte die vom Finanzamt in ihrer Gesamtheit beanstandete

Buchführung zu verantworten habe. Den Steuerberater trifft insoweit keine Erfolgshaftung. Die Qualität der Buchhaltung ist abhängig von der Mitwirkung des Mandanten, denn der Steuerberater kann nur auf der Grundlage der ihm vom Mandanten im Zeitpunkt der Leistungserbringung erteilten Informationen sowie übergebenen Belege tätig werden. Eine Pflichtverletzung kommt deshalb nur in Betracht, wenn dem Steuerberater bei der Verarbeitung dieser Informationen und Belege ein Fehler unterlaufen ist. **Hieraus ergibt sich, dass für die Darlegung eines vom Steuerberater zu vertretenden Buchführungsfehlers, sofern es sich nicht um im System begründete Buchführungsfehler handelt, die substantiierte Angabe des Mandanten erforderlich ist, welche Buchung der Berater aufgrund welcher Informationen und/oder ihm vorgelegten Belege hätte vornehmen müssen und was er statt dessen gebucht hat; dem Gericht muss die Feststellung der unkorrekten Buchführung möglich sein** (OLG Köln, Urteil vom 14.06.2007, 8 U 60/06, BeckRS 2008, 2865 Rn. 35 m. w. N.; Gräfe, in: Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 6. Aufl. 2017, Rn. 308). **Es muss deutlich werden, dass der Steuerberater in der Lage war, die fehlerhaften Buchungen zu vermeiden; der Mandant ist darlegungs- und beweispflichtig für die Übermittlung aller Unterlagen sowie Informationen und deren Zeitpunkt** (Gräfe, in: Gräfe/Lenzen/Schmeer Rn. 309). Nichts anderes gilt, soweit der Kläger meint, die Beklagte hätte auf Schwächen in den zur Verfügung gestellten Unterlagen hinweisen müssen. Eine Pflichtverletzung liegt erst dann vor, wenn der Steuerberater hätte erkennen müssen, dass die Unterlagen unvollständig oder fehlerhaft sind (Senat, Urteil vom 05.03.2010, 25 U 55/09, unter B. I. 2. b)). **Dabei darf der Steuerberater grundsätzlich auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der ihm gegebenen Auskünfte und Belege vertrauen** (Gräfe, in: Gräfe/Lenzen/Schmeer Rn. 299 Stichw.: Grundaufzeichnungen). **Um eine Pflichtverletzung festzustellen zu können, ist es daher unerlässlich, den Informationsstand des Steuerbersatzers zum Zeitpunkt der Erstellung der Buchführung zu kennen.** Macht der Mandant Ansprüche aufgrund einer vom Finanzamt im Zusammenhang mit Aufzeichnungsmängeln vorgenommenen Schätzung geltend, sind keine geringeren Anforderungen zu stellen. Auch ein solcher Schätzungsschaden kann dem Steuerberater nur insoweit zur Last gelegt werden, als er auf Fehler des Steuerbersatzers im Rahmen seines Mandats zurückzuführen ist.

Der sich nach diesem Maßstab ergebenden Darlegungslast ist der Kläger nicht gerecht geworden. Auch die Bezugnahme auf die Zwischenfeststellungen der Betriebsprüfung genügt insoweit nicht. Die dort festgestellten einzelfallbezogenen Kassen- und Buchführungsmängel begründen auf der Grundlage der soeben dargestellten Ausführungen nicht ohne weiteres Pflichtverletzungen der Beklagten. Es bleibt dabei, dass der Kläger in Bezug auf jeden von der Betriebsprüfung festgestellten Buchführungsfehler im Einzelnen substantiiert zu den

übermittelten Belegen und Informationen vortragen muss. Der pauschale Vortrag, die Beklagte habe alle erforderlichen Unterlagen und Belege zeitnah erhalten, ist vor diesem Hintergrund unzureichend. Auch die durch Schreiben vom 23.11.2017 bzw. E-Mail vom 31.01.2018 seitens des Klägers erfolgten und in der Sache unbeantwortet gebliebenen Anforderungen an die Beklagte, Bedenken bezüglich der Beanstandungen der Betriebsprüfung bzw. Änderungsbescheide mitzuteilen, vermögen keine abweichende Beurteilung zu rechtfertigen, da die Beklagte zu Rückäußerungen nicht verpflichtet war.

Soweit die Beklagte angeblich einen Hinweis auf die Notwendigkeit der Führung eines Kassenbuchs unterlassen hat, vermag der Senat hierin keine Pflichtverletzung zu sehen; in jedem Fall ist eine Schadensursächlichkeit nicht feststellbar. Für den Einnahme-Überschussrechner i.S.v. § 4 Abs. 3 EStG bestand - jedenfalls nach der für die Beurteilung im vorliegenden Fall maßgeblichen Rechtsprechung des BFH zum Auftragszeitpunkt - keine Pflicht zur Führung eines Kassenbuchs, da es bei dieser Gewinnermittlungsart keine Bestandskonten gibt; etwas anderes wurde auch nicht aus § 22 UStG i. V.m. der UStDV abgeleitet (BFH, Beschluss vom 16.02.2006, X B 57/05, BeckRS 2006, 25009602 unter 2.; vgl. auch Rätke, in: Klein, AO, 15. Aufl. 2020, § 146 Rn. 31). Konkrete formelle Anforderungen an die Aufzeichnungen von Bareinnahmen ergaben sich demnach nicht (vgl. auch BFH, Beschluss vom 12.07.2017, XB 16/17, DStRE 2017, 1316 Rn. 62 f.). Dass die gewählte Form der Aufzeichnungen bezüglich der Bareinnahmen und auch im Übrigen grundsätzlich nicht geeignet war, den sich aus dem Steuerrecht ergebenden Anforderungen zu genügen, ist nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich. Soweit im Betriebsprüfungsbericht vom 30.11.2017 zur Einzel-firma unter Ziff. 2.2 fehlende Kassenberichte oder Kassenbücher für 2011 und 2012 moniert wurden, besteht zwar die Möglichkeit einer abweichenden Rechtsauffassung der Betriebsprüferin; diese ist jedoch für die Beurteilung des Senats nicht bindend. Im Übrigen wird dieser Aspekt im Folgenden unter 2.3 nicht als Mangel der Buchhaltung aufgeführt, auf dem die Schätzungsbefugnis des Finanzamts beruht. Das Fehlen von Aufzeichnungen wird dort nicht erwähnt, vielmehr werden nur erhebliche Mängel in der Kassenführung durch Falschbuchungen angeführt. Demnach ist nicht davon auszugehen, dass die unterbliebene Führung eines Kassenbuchs (mit-) ursächlich für die vorgenommene Schätzung war.

Der Vorwurf, die unter Anwendung der Software RA-Micro vom Kläger erstellte Buchführung ungeprüft übernommen zu haben, begründet ebenfalls keine Pflichtverletzung. Insoweit fehlt es bereits an der näheren Darlegung eines auf die Buchführung bezogenen Mandats; die Beklagte hat dies für den Zeitraum ab 2014 bestritten. Im Übrigen ist auch dieser Vorwurf bezüglich der Fehlerhaftigkeit der vom Kläger erstellten

Buchführung und ihrer Erkennbarkeit für die Beklagte in keiner Weise konkretisiert.

Mit den Darlegungsmängeln im Rahmen der Pflichtverletzung geht bereits einher, dass die Ursächlichkeit für den eingetretenen Schaden - auch unter Berücksichtigung der sich aus § 287 ZPO auch für die Darlegungslast ergebenden Erleichterungen - nicht dargetan ist. Denn wenn es bereits an einer konkret dargelegten Pflichtverletzung fehlt, kann auch deren Ursächlichkeit für den geltend gemachten Schaden nicht bestimmt werden.

Schließlich hat das Landgericht zu Recht angenommen, dass ein Schaden des Klägers nicht ausreichend dargelegt ist.

*Spricht grundsätzlich die einvernehmliche Vornahme von Zuschätzungen bei fachkundiger Beratung des Mandanten im Rahmen der Betriebsprüfung bereits gegen einen Schaden (vgl. Gräfe, in: Gräfe/Lenzen/Schmeer Rn. 576), kommt ein solcher ausnahmsweise vor dem unstreitig gebliebenen Vortrag des Klägers in Betracht, er habe sich lediglich wegen des in Aussicht gestellten Abschlusses des Strafverfahrens hierauf eingelassen. **Aber auch unabhängig davon begründet die auf eine Zuschätzung entfallende Steuer grundsätzlich keinen Schaden des Mandanten** (Gräfe, in: Gräfe/Lenzen/Schmeer Rn. 574; vgl. auch Meixner, DStR 2018, 2352, 2354). Ziel der Schätzung gemäß § 162 AO ist es, die Besteuerungsgrundlagen mithilfe von Wahrscheinlichkeitsüberlegungen so zu ermitteln, dass sie der Wirklichkeit möglichst nahe kommen; dabei müssen die Schätzungen in sich schlüssig und ihre Ergebnisse wirtschaftlich vernünftig und möglich sein (BFH BeckRS 1993, 22010568; DStR 2015, 1739; BFH BeckRS 1984, 22007122). Das Finanzamt ist also bei den Schätzungsansätzen nicht frei und darf den Steuerpflichtigen dadurch nicht bestrafen (Gräfe a. a. O. m. w. N.). **Ein Schaden ist nur dann entstanden, wenn der Mandant die zu seinen Lasten bei der Betriebsprüfung geschätzten Betriebseinnahmen tatsächlich nicht erzielt und eine Steuerpflicht in dem durch die Zuschätzung bedingten Umfang nicht bestanden hat** (Meixner a. a. O. m. w. N.; Gräfe, in: Gräfe/Lenzen/Schmeer Rn. 575 m. w. N.). Der Mandant muss deshalb bei einem behaupteten Schätzungsschaden darlegen, welche Betriebseinnahmen abweichend von den Besteuerungsgrundlagen der Schätzungsveranlagung tatsächlich hätten versteuert werden müssen, wozu grundsätzlich eine ordnungsgemäße Gewinnermittlung vorgelegt werden muss, die im Fall des Bestreitens durch einen Sachverständigen zu prüfen ist (Gräfe, in: Gräfe/Lenzen/Schmeer Rn. 577).*

Diesen Anforderungen wird der Vortrag des Klägers nicht gerecht. Neue Gewinnermittlungen sind nicht vorgelegt worden. Die vor der Betriebsprüfung von der Beklagten gefertigten Ge-

winnermittlungen können im vorliegenden Fall nicht herangezogen werden. Soweit es in der Entscheidung des IVa. Zivilsenats des BGH vom 09.06.1982 (IVa ZR 9/81 = NJW 1982, 2238) heißt, solange der Beklagte (Anm.: = der Steuerberater) nichts Gegenteiliges substantiiert behauptet, müsse davon ausgegangen werden, dass die von ihm selbst angefertigten Jahresabschlüsse zutreffend gewesen seien (unter III. 1. = NJW 1982, 2238, 2241), kann dahingestellt bleiben, ob den Ausführungen des IVa. Senats über den konkreten Fall hinaus überhaupt eine grundsätzliche Bedeutung für die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei Schätzungsschäden zugemessen werden sollte. Zwar ist der Berufung zuzugeben, dass diese Rechtsprechung durch den IX. Zivilsenat in seinem Urteil vom 17.10.1991 (IX ZR 255/90, unter II. 2. a) = NJW 1992, 307, 308 f.) nur insoweit aufgegeben worden ist, als es die Frage der Haftung des Steuerberaters bei verspäteter Abgabe der Steuererklärung dem Grunde nach betraf. Dennoch kann der Kläger aus dem Urteil des IVa. Zivilsenats im Ergebnis nichts Günstiges für sich herleiten. Die Richtigkeit der von der Beklagten erstellten Gewinnermittlungen ist nämlich bereits nach dem zur Entscheidung stehenden unstreitigen Sachverhalt in einer Weise in Frage gestellt, dass eine Rechtfertigung dafür, sie der Schadensbetrachtung zugrunde zu legen, fehlt. Denn die Schätzung erfolgte in dem vom BGH entschiedenen Fall ebenso wie in dem Sachverhalt, der dem zitierten Urteil des OLG Köln vom 03.07.2003 - 8 U 79/02 - (BeckRS 2003, 30322526) zugrunde lag, wegen nicht rechtzeitiger Einreichung der Steuererklärung. Demgegenüber stützte das Finanzamt im vorliegenden Fall seine Schätzungsbefugnis auf die mangelnde Beweiskraft der Buchführung nach § 158 AO. Der entscheidende Unterschied liegt darin begründet, dass das Ergebnis der Buchführung die Grundlage der Gewinnermittlung darstellt und mit Mängeln der Buchführung deshalb auch stets Zweifel an der hierauf beruhenden Gewinnermittlung einhergehen, die es jedenfalls im konkreten Fall nicht als sachgerecht erscheinen lassen, diese ohne weiteres der Schadensbetrachtung zugrunde zu legen. Denn nicht nur die Zuschätzungen, sondern auch die von der Betriebsprüfung getroffenen Einzelfeststellungen wirkten sich unmittelbar auf den von der Beklagten ermittelten Gewinn aus mit der Folge, dass dieser erhöht wurde. Diese Einzelfeststellungen werden vom Kläger nicht in Frage gestellt. Hieraus ergibt sich, dass das Vertrauen in die Richtigkeit des von der Beklagten ermittelten Gewinns schon nach dem unstreitigen Sachverhalt in erheblichem Maße erschüttert ist. Einen Grund, die Beklagte hieran - abweichend von den für die Schadensdarlegung allgemein geltenden Darlegungs- und Beweislastregeln - festzuhalten, gibt es nicht, zumal, wie bereits ausgeführt, die Qualität der beanstandeten Buchführung entscheidend von der Mitwirkung des Mandanten abhängt.

Verringerte Anforderungen an die Darlegungslast kommen

auch nicht deswegen in Betracht, weil dem Kläger nach eigenem Vortrag eine neue Gewinnermittlung wegen der behaupteten unterbliebenen Rückgabe von Unterlagen durch die Beklagte nicht möglich ist. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger darauf zu verweisen ist, Herausgabeansprüche in einem gesonderten Verfahren geltend zu machen. Jedenfalls kommt eine Verringerung der Darlegungslast im Hinblick auf etwaige Herausgabeansprüche angesichts der Pauschalität des vom Kläger gehaltenen Vortrags nicht in Betracht. Der Kläger müsste zumindest wie im Herausgabeprozess vortragen, welche Belege er der Beklagten im Rahmen der Fertigung der Buchführung überlassen, aber dann nicht zurückerhalten haben will mit der Folge, dass eine Vorlage in der Betriebsprüfung nicht möglich gewesen sein soll. Dies ist nicht geschehen. Entgegen der Darstellung des Klägers hat die Beklagte ausdrücklich bestritten, dass vom Finanzamt als fehlend gerügte Unterlagen der Beklagten zuvor vom Kläger vorgelegt worden sind.

Auch unter Berücksichtigung des Urteils des BGH vom 27.09.2001 (IX ZR 281/00, NJW 2002, 825, 827) ergibt sich nichts anderes. Danach kommen unter dem Gesichtspunkt der Beweisvereitelung Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweislast in Betracht, wenn jemand einen Gegenstand vernichtet oder vernichten lässt, obwohl für ihn erkennbar ist, dass jenem eine Beweisfunktion zukommen kann, oder er dem Gegner auf sonstige Weise die Beweisführung schuldhaft unmöglich macht; dem in § 444 ZPO enthaltenen Rechtsgedanken hat die höchstrichterliche Rechtsprechung einen allgemeinen beweisrechtlichen Grundsatz entnommen, wonach derjenige, der entgegen einer ihm obliegenden Rechtspflicht dem Gegner die Benutzung von zur Beweisführung benötigten Unterlagen schuldhaft unmöglich macht, im Rechtsstreit aus einem solchen Verhalten keine beweisrechtlichen Vorteile ziehen darf. Für die Anwendung dieses allgemeinen beweisrechtlichen Grundsatzes müsste allerdings zunächst feststehen, dass Unterlagen vertragswidrig vorenthalten werden, was jedoch zwischen den Parteien nach den vorstehenden Ausführungen streitig ist.

Ist bereits nicht feststellbar, dass die auf der Zuschätzung beruhenden Mehrsteuern einen Schaden darstellen, kann auch nicht die Erstattung hierauf festgesetzter Nachzahlungszinsen verlangt werden.

Soweit Steuerberaterkosten geltend gemacht werden, genügt der Vortrag zum Zeitaufwand nicht den Anforderungen der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 04.02.2010, IX ZR 18/09 = NJW 2010, 1364, 1370 ff., Rn. 76 ff.; ihm folgend OLG München, BeckRS 2019, 10655 Rn. 80), die auch für den Steuerberater und auch bei Geltendmachung der Beraterkosten im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs Anwendung finden. Auf die Vorschrift des § 344 ZPO kommt es nicht an, weil sich

die Kostentragungspflicht des säumigen Klägers insgesamt aus § 91 ZPO ergibt.

3.

Die Rechtssache hat darüber hinaus keine grundsätzliche Bedeutung, und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern keine Entscheidung des Berufungsgerichts; auch ist eine mündliche Verhandlung nicht geboten (§ 522 Abs. 2 Nr. 2-4 ZPO).

III.

Dem Kläger wird anheimgestellt, die Berufung zur Vermeidung weiterer Kosten zurückzunehmen. Hierzu und zur eventuellen Stellungnahme zu den Ausführungen des Senats wird eine Frist von drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses gesetzt.

Aus den Gründen:

(...)

Die Ausführungen des Klägers in seinem Schriftsatz vom 31.08.2021 vermögen eine abweichende Beurteilung der Erfolgsaussichten der Berufung nicht zu rechtfertigen.

Dies folgt schon daraus, dass es weiterhin an der erforderlichen Darlegung eines Schadenseintritts auf der Klägerseite infolge der vorgenommenen Zuschätzung fehlt. Insofern sei zunächst klargestellt, dass Gegenstand der vorliegenden Klage ausweislich der vom Kläger vorgelegten Anlagen K27 bis K32 in Verbindung mit den Betriebsprüfungsberichten nicht, wie jetzt angeführt, lediglich Mehrsteuern infolge Zuschätzungen in Gestalt des Sicherheitszuschlages von 2,5% auf den Umsatz sind. Mehrsteuern werden sowohl auf Zuschätzungen aufgrund des Sicherheitszuschlages gestützt, der sich im Übrigen für die Rechtsanwaltskanzlei für das Jahr 2014 lediglich auf 1,25 % beläuft, als auch auf Zuschätzungen aufgrund gewinnerhöhender Schätzungen im Rahmen der Einzelfeststellungen für die Jahre 2013 und 2014 betreffend den Handel mit Autoteilen. Dies war, wie sich den Gründen des Beschlusses vom 19.07.2021, dort Seite 2 oben nebst folgendem Absatz, entnehmen lässt, auch der Ausgangspunkt für die Prüfung des Senats. Es ist nicht nachvollziehbar und wird auch nicht näher dargelegt, wie der Kläger demgegenüber zu der Annahme gelangt, dass der Senat unberücksichtigt gelassen habe, dass die durch die Einzelfeststellungen selbst bedingten Mehrsteuern nicht als Schaden geltend gemacht werden.

In der Sache bleibt es dabei, dass der Kläger die Entstehung eines Schadens nicht in ausreichender Weise dargelegt hat. Der Kläger ist für die Entstehung eines Schadens entsprechend den allgemeinen Regeln in vollem Umfang darlegungs- und beweisbelastet, wobei ggf. - vorausgesetzt, dass das Gericht zu der Überzeugung gelangt, dass ein Schaden eingetreten ist - eine **Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO** vorzunehmen ist.

Dies gilt auch im Fall der Zuschätzung. Die hierauf entfallende Mehrsteuer stellt regelmäßig mit Rücksicht auf die Zielrichtung der Schätzung gemäß § 162 AO, wirklichkeitsnahe Besteuerungsgrundlagen zu ermitteln, keinen Schaden dar; im Einzelnen wird insoweit zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen des Senats im Hinweisbeschluss Bezug genommen. Es ist richtig, dass formale Mängel der Buchführung nicht zwingend inhaltliche Mängel der Gewinnermittlung begründen. Diese Erkenntnis reicht aber angesichts der erheblichen Ungewissheiten, mit denen sie einhergeht, für eine Abmilderung der Darlegungslast nicht aus. Gerade auch im vorliegenden Fall ergeben sich bezüglich der inhaltlichen Richtigkeit der Gewinnermittlung erhebliche Zweifel, da den beiden Betriebsprüfungsberichten i.V.m. den vorläufigen Betriebsprüfungsfeststellungen zu entnehmen ist, dass Rechnungen bzw. Belege nicht vollständig Vorlagen und eine vollständige Prüfung nicht erfolgt ist. Hierzu sei auf die vorläufigen Betriebsprüfungsfeststellungen bezüglich des Handels mit Autoteilen, dort ..., verwiesen. Der Vorwurf, die Argumentation des Senats bevorzuge den möglichst pflichtwidrig handelnden Steuerberater, der sich auf den Standpunkt zurückziehen könne, dass die Gewinnermittlung ohnehin materiell unrichtig sei, verfängt nicht. **Der Mandant ist für jeden Fall der Pflichtverletzung, unabhängig vom konkreten Ausmaß, für den Schadenseintritt in vollem Umfang darlegungs- und beweissbelastet. Es ist auch nicht einsichtig, warum im Fall von Buchführungsmängeln etwas anderes gelten sollte. Sind die Grundaufzeichnungen, die in den Verantwortungsbereich des Mandanten fallen, zutreffend und liegen die Fehler ausschließlich beim buchführenden Steuerberater, dann ist dem Mandanten eine Beweisführung durch Vorlage einer zutreffenden Gewinnermittlung ohne weiteres möglich.** Die Gewinnermittlung i.V.m. den Einzelfeststellungen kann im vorliegenden Fall entgegen der Auffassung des Klägers schon deswegen der Schadensbeurteilung nicht zugrunde gelegt werden, weil, wie soeben ausgeführt, im Rahmen der Betriebsprüfung keine abschließende Prüfung erfolgt ist. **Vielmehr hat mit Rücksicht auf die einvernehmliche Schätzung nur eine eingeschränkte Prüfung der Buchführung stattgefunden, weshalb die Gewinnermittlung auch i.V.m. den Einzelfeststellungen nicht genügend aussagekräftig ist, um als Grundlage für die vom Senat vorzunehmende Prüfung, ob dem Kläger ein Schaden entstanden ist, zu genügen.** Hieraus folgt auch, dass es für den Erfolg der Klage nicht ausreicht, wenn der Inhalt der Ermittlungen und auch die nachfolgenden Steuerberechnungen unstreitig geblieben bzw. von der Beklagten nicht substantiiert angegriffen worden sein sollten, zumal die Beklagte bereits in der Klageerwiderung, dort ..., den Eintritt eines Schadens auf Klägerseite negiert hat.

Bezüglich der ebenfalls als Schaden geltend gemachten Steuerberaterkosten bleibt es beim Hinweis des Senats, dem der Kläger nicht entgegengetreten ist.

Angesichts dessen, dass es in jedem Fall an der notwendigen Darlegung eines Schadenseintritts fehlt, bedarf es keines näheren Eingehens auf die Ausführungen des Klägers zur Pflichtverletzung, insbesondere zu der Frage, ob er mit dem nunmehr unterbreiteten Vortrag zumindest bezüglich der beispielhaft behandelten Fehler seiner Darlegungslast zumindest zunächst genügt. Zur Vermeidung von Missverständnissen weist der Senat jedoch darauf hin, dass für die Darlegung eines Buchführungsfehlers die Vorlage von Belegen nicht zwingend erforderlich ist. Dies hat der Senat auch in seinem Hinweisbeschluss nicht verlangt. Notwendig ist vielmehr grundsätzlich lediglich der Vortrag, welche Informationen bzw. Unterlagen - etwa in Gestalt von Belegen - der Mandant dem Steuerberater übermittelt hat. Es reicht danach im Regelfall aus, zum Inhalt des Belegs vorzutragen, um dem Gericht auf der Grundlage des so vorgetragenen Informationsstandes des Steuerberaters eine Prüfung der Pflichtverletzung zu ermöglichen. Die Notwendigkeit der Vorlage von Belegen richtet sich demgegenüber grundsätzlich nach der Frage der Beweisbedürftigkeit.

D.

Die Rechtssache hat darüber hinaus weiterhin keine grundsätzliche Bedeutung, und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern keine Entscheidung des Berufungsgerichts, § 522 Abs. 2 Nr. 2 und 3 ZPO. (...)

Rechtsanwaltshaftung

- Aufklärung über Erfolgsaussichten einer Rechtsverfolgung
- Rechtsschutzversicherung
- Anscheinsbeweis
- Beratungsgerechtes Verhalten

(BGH, Urt. v. 16.9.2021 – IX ZR 165/19)

Leitsätze

1. Die Pflicht des Rechtsanwalts zur Beratung des Mandanten über die Erfolgsaussichten einer in Aussicht genommenen Rechtsverfolgung besteht unabhängig davon, ob der Mandant rechtsschutzversichert ist oder nicht.
2. Die Pflicht des Rechtsanwalts, den Mandanten über die Erfolgsaussichten einer in Aussicht genommenen Rechtsverfolgung aufzuklären, endet nicht mit deren Einleitung; verändert sich die rechtliche oder tatsächliche Ausgangslage im Laufe des Verfahrens, muss der Rechtsanwalt seinen Mandanten über eine damit verbundene Verschlechterung der Erfolgsaussichten aufklären.
3. Ein bestehender Deckungsanspruch des Mandanten gegen seinen Rechtsschutzversicherer oder eine bereits vorliegende Deckungszusage können den Anscheinsbeweis für ein beratungsgerechtes Verhalten des Mandanten ausschließen; dies gilt nicht, wenn die Rechtsverfolgung objektiv aussichtslos war.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin, ein Rechtsschutzversicherer, nimmt die beklagten Rechtsanwälte aus übergegangenem Recht zweier ihrer Versicherungsnehmer auf Ersatz eines Kostenschadens in Anspruch. Der Schaden soll dadurch verursacht worden sein, dass die Beklagten für die Versicherungsnehmer einen von vornherein aussichtslosen Rechtsstreit geführt haben.

[2] Die Versicherungsnehmer beteiligten sich im Jahr 1997 an einem Fonds, der in Immobilien investierte. Die Wertentwicklung des Fonds verlief nicht wie vorhergesagt und von den Versicherungsnehmern erwartet. Im Frühjahr 2011 wandten sich die Beklagten mit einem Serienbrief an sämtliche Fondsanleger. In der Folge erteilten die Versicherungsnehmer und tausende andere Anleger den Beklagten den Auftrag, Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Im Namen der Versicherungsnehmer wandten sich die Beklagten daraufhin an den Anlagevermittler und forderten Schadensersatz wegen eines angeblichen Beratungsfehlers. Zur Hemmung der Verjährung fertigten die Beklagten nach einem Muster Güteanträge, die sie kurz vor Ablauf der Verjährungshöchstfrist im Dezem-

ber 2011 bei einer staatlich anerkannten Gütestelle einreichten. Es handelte sich um etwa 12.000 Anträge. Diese richteten sich zu ungefähr gleichen Teilen gegen den Anlagevermittler, den Fondsinitiator und eine Treuhandkommanditistin. Die hier interessierenden Güteverfahren gegen den Anlagevermittler scheiterten.

[3] Im Anschluss erhoben die Beklagten im Auftrag ihrer Mandanten etwa 1.750 Klagen gegen die Rechtsnachfolgerin des Anlagevermittlers. Die Klage der Versicherungsnehmer wurde im Juni 2013 erhoben. Das von der hiesigen Klägerin beauftragte Schadensabwicklungsunternehmen erteilte Deckungszusage für den ersten Rechtszug. Das Landgericht wies die Klage wegen Verjährung ab. Am 12. Juni 2015 legten die Beklagten Berufung ein. Das von der hiesigen Klägerin beauftragte Schadensabwicklungsunternehmen erteilte Deckungszusage auch für den zweiten Rechtszug. Sechs Tage nach Einlegung der Berufung - am 18. Juni 2015 - verkündete der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs ein Urteil, das sich zu den Anforderungen an einen die Verjährung hemmenden Güteantrag verhielt (III ZR 198/14). Diesen Anforderungen genügte der von den Beklagten verwendete Mustergüteantrag nicht. Der III. Zivilsenat bestätigte die Anforderungen an einen die Verjährung hemmenden Güteantrag in zahlreichen weiteren Entscheidungen. Spätere Entscheidungen des III. Zivilsenats betrafen auch den hier streitbefangenen Mustergüteantrag (etwa Beschluss vom 28. Januar 2016 - III ZR 116/15; vom 4. Februar 2016 - III ZR 356/14; vom 24. März 2016 - III ZB 75/15).

[4] Mit Beschluss vom 6. September 2016 wies das Berufungsgericht die Beklagten gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO darauf hin, dass die Berufung der Versicherungsnehmer offensichtlich unbegründet sei. Die Beklagten rieten den Versicherungsnehmern nicht zur Rücknahme der Berufung. Mit Beschluss vom 2. November 2016 wurde die Berufung zurückgewiesen. Gegen den die Berufung zurückweisenden Beschluss legten die Streithelfer, beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwälte, im Namen der Versicherungsnehmer Nichtzulassungsbeschwerde ein. Auch für die Durchführung dieses Verfahrens erteilte das von der hiesigen Klägerin beauftragte Schadensabwicklungsunternehmen eine Deckungszusage. Die Nichtzulassungsbeschwerde wurde mit Beschluss vom 11. Mai 2017 zurückgewiesen (III ZR 578/16).

[5] Aus übergegangenem Recht ihrer Versicherungsnehmer hat die Klägerin von den Beklagten Ersatz der von ihr für den ersten bis dritten Rechtszug erstatteten Kosten des Ausgangsverfahrens verlangt. Im Hinblick auf noch offene Honorarrechnungen der Beklagten hat sie die Feststellung begehrt, dass keine weiteren Gebührenansprüche gegen die Versicherungsnehmer bestünden. Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das

Oberlandesgericht die Klage insgesamt abgewiesen. Mit ihrer vom Senat in diesem Umfang zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Leistungsbegehren im Blick auf die von ihr für den zweiten und dritten Rechtszug erstatteten Kosten des Ausgangsverfahrens weiter.

Aus den Gründen:

[6] Die Revision hat zum überwiegenden Teil Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils sowie zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, soweit das Berufungsgericht Ersatzansprüche im Blick auf die von der Klägerin für den zweiten Rechtszug des Ausgangsverfahrens erstatteten Kosten in Höhe von 4.133,83 € sowie hinsichtlich der für den dritten Rechtszug erstatteten Kosten verneint hat. Wegen der übrigen für den zweiten Rechtszug erstatteten Kosten (1.572 €) ist die Revision unbegründet.

I.

[7] Die noch anhängige Klage ist weiterhin zulässig. Der Zulässigkeit steht nicht entgegen, dass die Entscheidung des Berufungsgerichts über das Feststellungsbegehren der Klägerin durch die insoweit erfolgte Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin in Rechtskraft erwachsen ist.

[8] Die Klägerin hat die negative Feststellung begehrt, gegenüber den Versicherungsnehmern bestünden keine weiteren Gebührenansprüche der Beklagten. Hintergrund des auf das Nichtbestehen eines (Dritt-)Rechtsverhältnisses zwischen den Beklagten und den Versicherungsnehmern gerichteten Feststellungsantrags waren offene Honorarrechnungen der Beklagten, die auch den zweiten Rechtszug des Ausgangsverfahrens betreffen. Das Berufungsgericht hat den Feststellungsantrag nicht ausdrücklich beschieden, die Klage jedoch insgesamt abgewiesen, und zwar ersichtlich als unbegründet.

[9] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat ein Urteil, das eine **negative Feststellungsklage** aus sachlichen Gründen abweist, grundsätzlich dieselbe Bedeutung wie ein Urteil, welches das Gegenteil dessen, was mit der negativen Feststellungsklage begehrt wird, positiv feststellt. Dem entspricht die Rechtskraftwirkung eines derartigen Urteils. Mit der rechtskräftigen Abweisung der negativen Feststellungsklage wird deshalb zugleich positiv rechtskräftig ausgesprochen, dass dem Prozessgegner der Anspruch zusteht, dessen Nichtbestehen der Feststellungskläger geltend gemacht hat (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2018 - I ZR 114/17, NJW 2019, 1610 Rn. 27 mwN). Geht es wie hier um ein **Drittrechtsverhältnis**, wirkt die Rechtskraft jedoch nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen nur zwischen den Parteien des Feststellungsrechtsstreits (BGH, Urteil vom 30. März 1953 - IV ZR 241/52, LM Nr. 4 zu § 325 ZPO; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl., § 256

Rn. 127). Eine Geltendmachung des Feststellungsbegehrens in **gewillkürter Prozessstandschaft** der Versicherungsnehmer durch die Klägerin, ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich.

[10] Dass im Verhältnis zur Klägerin vom Bestand weiterer Gebührenansprüche der Beklagten gegen die Versicherungsnehmer auszugehen ist, führt nicht dazu, dass die Klage auf Ersatz von Schäden, die andere Kosten des Ausgangsverfahrens betreffen, wegen entgegenstehender Rechtskraft unzulässig ist. Die vom Feststellungsbegehren umfassten Gebührenansprüche betreffen nur einen Teil des einheitlichen, aber teilbaren Gesamtschadens. Die Klägerin hätte demnach das Feststellungsbegehren von vornherein von der Nichtzulassungsbeschwerde ausnehmen können (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2006 - VI ZR 4/06, NJW 2007, 1466 Rn. 6 ff). Es kommt hinzu, dass die Kosten des Ausgangsverfahrens - auch innerhalb eines Rechtszugs - zu unterschiedlichen Zeitpunkten entstanden sind. Da es für den geltend gemachten Kostenschaden maßgeblich auf die Pflichten der Beklagten im jeweiligen Zeitpunkt ankommt, steht deshalb eine abweisende Entscheidung über einen Teilschaden nicht im Widerspruch zu einer statgebenden Entscheidung, die einen anderen Teil betrifft.

II.

[11] Soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, hat das Berufungsgericht ausgeführt: Die im Ausgangsverfahren verfolgten Schadensersatzansprüche der Versicherungsnehmer gegen den Anlagevermittler seien bereits verjährt gewesen, bevor die Beklagten für die Versicherungsnehmer Klage erhoben hätten. Die Verjährungshöchstfrist nach § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB sei am 2. Januar 2012 abgelaufen. Der von den Beklagten gefertigte Güteantrag habe den Ablauf der Verjährungsfrist nicht hemmen können, weil er nicht den vom III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit Urteil vom 18. Juni 2015 (III ZR 198/14) aufgestellten Individualisierungsanforderungen genügt habe. Noch im Zeitpunkt der Einlegung der Berufung im Ausgangsverfahren hätten die Beklagten allerdings von der die Verjährung hemmenden Wirkung ihres Güteantrags ausgehen dürfen. Die dem Urteil des III. Zivilsenats vom 18. Juni 2015 zu entnehmenden Anforderungen habe es so vorher nicht gegeben. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte sei uneinheitlich gewesen. Die Beklagten seien vor diesem Hintergrund nicht verpflichtet gewesen, von der Einlegung der Berufung abzuraten. Ein Rechtsanwalt müsse von einer Klage oder einem Rechtsmittel nicht abraten, solange die Rechtsverfolgung nicht völlig oder offensichtlich aussichtslos erscheine.

[12] Im Zeitpunkt der Mitteilung des Hinweisbeschlusses des Berufungsgerichts gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO sei die Lage anders gewesen. Aufgrund des zwischenzeitlich veröffentlichten, im Hinweisbeschluss genannten Urteils des III. Zivilsenats

des Bundesgerichtshofs vom 18. Juni 2015 habe es den Beklagten als nahezu sicher erscheinen müssen, dass die Berufung erfolglos bleiben und deshalb die bei Fortsetzung des Verfahrens anfallenden oder nicht ersparten Kosten nutzlos aufgewendet würden.

[13] Ob die Beklagten den Versicherungsnehmern der Klägerin eine Rücknahme der Berufung hätten anraten müssen, könne jedoch dahinstehen. Es sei nicht dargetan oder jedenfalls nicht bewiesen, dass die Versicherungsnehmer einem solchen Rat der Beklagten gefolgt wären. Habe ein Rechtsschutzversicherer - wie hier - eine Deckungszusage für einen Rechtsstreit erteilt, ohne dass diese durch falsche Angaben erlangt worden sei, greife der Anscheinsbeweis für ein beratungsgerechtes Verhalten des Mandanten im Grundsatz nicht. Etwas anderes komme nur dann in Betracht, wenn der Rechtsschutzversicherer berechtigt sei, die Deckungszusage zu widerrufen. Dies sei hier nicht der Fall.

[14] Im Blick auf das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde fehle es schon an einer Pflichtverletzung. Das Absehen von der Nichtzulassungsbeschwerde sei nicht in jedem Fall die einzig interessengerechte Lösung gewesen. Die Nichterhebung der Nichtzulassungsbeschwerde hätte den endgültigen Verlust etwaiger Schadensersatzansprüche der Versicherungsnehmer bedeutet. Mit einer Nichtzulassungsbeschwerde habe hingegen eine, wenn auch nur sehr geringe Chance auf Realisierung der Ansprüche ohne Nachteil wahrgenommen werden können, sofern die Klägerin Deckungszusage erteilte und nicht die Gefahr des Widerrufs einer solchen Zusage bestand. Die Beklagten hätten deshalb eine Deckungsanfrage stellen dürfen, hätten diese aber mit vollständigen und wahrheitsgemäßen Informationen versehen müssen. Dies hätten die Beklagten getan.

III.

[15] Die Ausführungen halten rechtlicher Prüfung für den überwiegenden Teil der von der Klägerin für den zweiten und dritten Rechtszug des Ausgangsverfahrens erstatteten Kosten nicht stand. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen tragen die Abweisung der Klage nur im Blick auf die im zweiten Rechtszug für die Einlegung der Berufung entstandenen Gerichtskosten, die nicht durch eine spätere Rücknahme der Berufung vermindert werden konnten. Im Übrigen lässt sich ein ersatzfähiger, gemäß § 86 VVG auf die Klägerin übergegangener Schadensersatzanspruch nicht verneinen. Das Zahlungsbegehren der Klägerin kann seine rechtliche Grundlage in § 280 Abs. 1, § 675 Abs. 1 BGB finden.

[16] 1. Im Umfang des noch streitgegenständlichen Zahlungsbegehrens sind etwaige, unter dem Gesichtspunkt der Rechts-

anwaltshaftung in Betracht kommende Schadensersatzansprüche der Versicherungsnehmer gegen die Beklagten auf die Klägerin übergegangen (§ 86 Abs. 1 VVG).

[17] Die Rechtsschutzversicherung ist eine Schadensversicherung, für die § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG gilt. **Nach dieser Regelung geht ein dem Versicherungsnehmer gegen einen Dritten zustehender Ersatzanspruch auf den Versicherer über, soweit dieser den Schaden ersetzt. Hierbei handelt es sich um einen gesetzlichen Anspruchsübergang im Sinne von § 412 BGB** (BGH, Urteil vom 23. Juli 2019 - VI ZR 307/18, ZInsO 2019, 1939 Rn. 8; vom 13. Februar 2020 - IX ZR 90/19, ZIP 2020, 561 Rn. 10). Die Voraussetzungen für den Anspruchsübergang sind erfüllt.

[18] a) Die streitgegenständlichen Schadensersatzansprüche gegen die Beklagten sind Ersatzansprüche im Sinne des § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG.

[19] aa) **Der Annahme eines Ersatzanspruchs gemäß § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG steht insbesondere nicht der versicherungsvertragliche Deckungsanspruch entgegen. Entgegen der Ansicht der Beklagten schließt der Deckungsanspruch die Annahme eines (Kosten-)Schadens des Versicherungsnehmers nicht aus.** Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass es den Schädiger nicht entlastet, wenn der Versicherer des Geschädigten den Schaden deckt (vgl. MünchKomm-BGB/Oetker, 8. Aufl., § 249 Rn. 257). Dieser Grundsatz kommt auch in § 86 VVG zum Ausdruck. Die Vorschrift soll zweierlei bewirken: Der Schädiger soll durch die Versicherungsleistung nicht befreit, der Versicherungsnehmer nicht bereichert werden (vgl. Prölss/Martin/Armbrüster, VVG, 31. Aufl., § 86 Rn. 1; Langheid in Langheid/Rixecker, VVG, 6. Aufl., § 86 Rn. 2; vgl. auch BGH, Urteil vom 17. März 1954 - VI ZR 162/52, NJW 1954, 1113, 1115 zu § 67 VVG aF). **Zu einer ungerechtfertigten Entlastung des einen Kostenschaden verursachenden Rechtsanwalts käme es, wenn der Deckungsanspruch des Mandanten gegen seinen Rechtsschutzversicherer den Schaden und damit die Haftung des Rechtsanwalts ausschlösse. Dies liefe dem Zweck des § 86 VVG zuwider.**

[20] bb) Die Beklagten sind Dritte gemäß § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG. Auf die von den Streithelfern aufgeworfene Frage, ob der Repräsentant des Versicherungsnehmers Dritter im Sinne der Vorschrift ist, kommt es nicht an. Die Wahrnehmung rechtlicher Interessen in einem Einzelfall reicht nicht aus, um die Repräsentantenstellung der Beklagten zu begründen (BGH, Urteil vom 14. August 2019 - IV ZR 279/17, BGHZ 223, 57 Rn. 27). Ein darüber hinausgehender Mandatsumfang ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich.

[21] b) Im Umfang ihres Zahlungsbegehrens hat die Klägerin den Versicherungsnehmern den Schaden ersetzt, indem sie

diese von den Kosten des Ausgangsverfahrens freigestellt hat. Die Klägerin hat die Leistungen aufgrund der erteilten Deckungszusagen erbracht. Dass die Deckungszusagen in dem Wissen erteilt wurden, ein Deckungsanspruch bestehe nicht, ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Entgegen der Ansicht der Streithelfer kommt es demnach nicht darauf an, ob „bewusste Liberalität“ (vgl. MünchKommVVG/Möller/Segger, 2. Aufl., § 86 Rn. 114) dem Übergang des Ersatzanspruchs entgegensteht. Die irrtümliche Leistung schließt den Anspruchsübergang nicht aus (vgl. BGH, Urteil vom 23. November 1988 - IVa ZR 143/87, NJW-RR 1989, 922, 923).

[22] 2. Die Geltendmachung der Schadensersatzansprüche durch die Klägerin aus übergegangenem Recht verstößt nicht gegen **Treu und Glauben (§ 242 BGB)**. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Rechtsverfolgung der Klägerin insbesondere nicht deshalb ausgeschlossen, weil das Schadensabwicklungsunternehmen der Klägerin die Deckungsanfragen der Beklagten geprüft und die zur Begründung der Schadensersatzansprüche geltend gemachte Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung selbst hätte erkennen können.

[23] Die Klägerin ist aus dem Versicherungsverhältnis gegenüber den Versicherungsnehmern berechtigt und verpflichtet. Gegenüber den Beklagten treffen sie keine Pflichten. Nach den Versicherungsbedingungen (vgl. etwa § 3a ARB 2010) kann der Rechtsschutzversicherer die Deckung in bestimmten Fällen ablehnen, wenn nach seiner Auffassung die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat (vgl. BGH, Urteil vom 19. März 2003 - IV ZR 139/01, RuS 2003, 363, 364 f). Verpflichtet ist er hierzu nach dem Wortlaut der Bedingungen nicht. Erst recht besteht keine Pflicht zur Ablehnung des Rechtsschutzes gegenüber dem Rechtsanwalt des Versicherungsnehmers. **Auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ist die Klägerin daher nicht gehalten, die Prüfung des bedingungsgemäßen Versicherungsfalls zur Vermeidung einer Haftung des Rechtsanwalts einzusetzen.** Es obliegt allein dem Rechtsanwalt, seine Tätigkeit so auszurichten, dass der Mandant nicht geschädigt wird. Der gesetzliche Forderungsübergang nach § 86 VVG ändert daran nichts. **Allerdings ist die Rechtsanwaltschaft kein Mittel zum Ausgleich der Folgen einer (möglicherweise) unzureichenden Prüfung der Erfolgsaussichten durch den Rechtsschutzversicherer.** Die Haftung des Rechtsanwalts kann auch kein Ausgleich dafür sein, dass die Ablehnung des Rechtsschutzes durch den Versicherer aufgrund der einschlägigen Versicherungsbedingungen hohen formalen Anforderungen unterliegt (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 2016 - IV ZR 245/15, NJW-RR 2016, 1505 Rn. 33) und wegen des bedingungsgemäß vorgesehenen Stichentscheids- oder Schiedsgutachterverfahrens ungewissen Ausgangs ist. **Der danach notwendige Interessenausgleich wird jedoch bereits durch die Anwendung**

der hergebrachten Grundsätze zur Rechtsanwaltschaft, insbesondere der Regeln über den Anscheinsbeweis für ein Beratungsgerechtes Verhalten des Mandanten, bewirkt. Eines Rückgriffs auf § 242 BGB bedarf es nicht.

[24] 3. Für die Beurteilung der Frage, ob die Beklagten der Klägerin aus übergegangenem Recht zur Zahlung von Schadensersatz verpflichtet sind, kommt es darauf an, ob es bei pflichtgemäßem Handeln der Beklagten im Ausgangsverfahren zur Durchführung des Berufungs- und des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens gekommen wäre. Ohne Bedeutung ist, ob das Verfahren zu einem erfolgreichen Abschluss hätte gebracht werden können.

[25] Die Klägerin verlangt Ersatz eines Kostenschadens. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein und derselbe Kostenschaden zwei unterschiedlichen, sich wechselseitig ausschließenden Streitgegenständen unterfallen. Der Mandant kann behaupten, der Vorprozess wäre bei pflichtgemäßem Vorgehen des Anwalts gewonnen und ihm folglich keine Kostenpflicht auferlegt worden. Hier tritt der Kostenschaden neben den Schaden, der im Verlust der Hauptsache liegt. Zum anderen kann der Mandant geltend machen, der Anwalt habe den nicht gewinnbaren Vorprozess gar nicht erst einleiten oder fortführen dürfen (vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 2008 - IX ZR 198/06, WM 2008, 1612 Rn. 34 f; vom 13. März 2008 - IX ZR 136/07, WM 2008, 1560 Rn. 24; Beschluss vom 29. September 2011 - IX ZB 106/11, WM 2011, 2113 Rn. 13). Das macht die Klägerin geltend. Sie wirft den Beklagten vor, einen von Anfang an aussichtslosen Rechtsstreit geführt zu haben.

[26] 4. **Eine mandatsbezogene Pflicht, einen von Anfang an aussichtslosen Rechtsstreit nicht zu führen, gibt es als solche nicht.** Maßgeblich ist, ob der Rechtsanwalt seiner Pflicht zur Beratung des Mandanten über die Erfolgsaussichten des in Aussicht genommenen Rechtsstreits genügt hat. Für den Inhalt dieser Pflicht ist es ohne Bedeutung, ob der Mandant eine Rechtsschutzversicherung unterhält oder nicht. **Verletzt der Rechtsanwalt die ihm obliegende Beratungspflicht, kommt es darauf an, wie sich der Mandant im Falle pflichtgemäßer Unterweisung verhalten hätte. Erst hier kann von Bedeutung sein, ob eine Rechtsschutzversicherung besteht.**

[27] a) Soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf, ist der Rechtsanwalt grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Beratung des Auftraggebers verpflichtet. Unkundige muss er über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren. In den Grenzen des Mandats hat er dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziel zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche

voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist (BGH, Urteil vom 1. März 2007 - IX ZR 261/03, BGHZ 171, 261 Rn. 9; vom 21. Juni 2018 - IX ZR 80/17, WM 2018, 1988 Rn. 8; st. Rspr.).

[28] aa) Ziel der anwaltlichen Rechtsberatung ist es danach, dem Mandanten eigenverantwortliche, sachgerechte (Grund-)Entscheidungen („Weichenstellungen“) in seiner Rechtsangelegenheit zu ermöglichen. Dazu muss sich der Anwalt über die Sach- und Rechtslage klarwerden und diese dem Auftraggeber verständlich darstellen. Der Mandant benötigt, insbesondere wenn er juristischer Laie ist, nicht unbedingt eine vollständige rechtliche Analyse, sondern allein die Hinweise, die ihm im Hinblick auf die aktuelle Situation und sein konkretes Anliegen die notwendige Entscheidungsgrundlage liefern. Erscheint unter mehreren rechtlich möglichen Alternativen die eine deutlich vorteilhafter als die andere, hat der Anwalt darauf hinzuweisen und eine entsprechende Empfehlung zu erteilen (BGH, Urteil vom 1. März 2007, aaO Rn. 10).

[29] Auch im Blick auf die Erfolgsaussichten eines in Aussicht genommenen Rechtsstreits geht es darum, den Mandanten in die Lage zu versetzen, eigenverantwortlich seine Rechte und Interessen zu wahren und eine Fehlentscheidung in seinen rechtlichen Angelegenheiten vermeiden zu können. Aufgrund der Beratung muss der Mandant in der Lage sein, Chancen und Risiken des Rechtsstreits selbst abzuwägen. Hierzu reicht es nicht, die mit der Erhebung einer Klage verbundenen Risiken zu benennen. Der Rechtsanwalt muss auch das ungefähre Ausmaß der Risiken abschätzen und dem Mandanten das Ergebnis mitteilen. Ist danach eine Klage praktisch aussichtslos, muss der Rechtsanwalt dies klar herausstellen. Er darf sich nicht mit dem Hinweis begnügen, die Erfolgsaussichten seien offen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Mai 2012 - IX ZR 125/10, BGHZ 193, 193 Rn. 22 mwN). Vielmehr kann der Rechtsanwalt nach den gegebenen Umständen gehalten sein, von der beabsichtigten Rechtsverfolgung ausdrücklich abzuraten (vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 2004 - IX ZR 30/03, WM 2004, 481, 482 f; Vill in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Pape/Chab, Handbuch der Anwaltschaft, 5. Aufl., § 2 Rn. 184).

[30] In welchem Maße der Rechtsanwalt zu Risikohinweisen verpflichtet ist, richtet sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Beratung, insbesondere auch nach der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Der jeweils aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung kommt für die Erfüllung der dem Rechtsanwalt obliegenden vertraglichen Aufgaben überragende Bedeutung zu. Deshalb hat er seine Hinweise, Belehrungen und Empfehlungen in der Regel danach auszurich-

ten, dies sogar dann, wenn er die Rechtsprechung für unzutreffend hält (BGH, Urteil vom 28. September 2000 - IX ZR 6/99, BGHZ 145, 256, 263 mwN).

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

[32] cc) Die Pflicht des Rechtsanwalts zur Beratung über die Erfolgsaussichten eines in Aussicht genommenen Rechtsstreits gilt gleichermaßen sowohl gegenüber einem nicht rechtsschutzversicherten Mandanten als auch gegenüber einem Mandanten mit Rechtsschutzversicherung.

[33] Das Recht des Mandanten, nach entsprechender Beratung durch den Rechtsanwalt eigenverantwortlich über die Einleitung und Fortführung der Rechtsverfolgung zu entscheiden, wird durch eine bestehende Rechtsschutzversicherung nicht berührt. Ein Rechtsanwalt erfüllt daher seine Pflichten aus dem Mandatsverhältnis nicht dadurch, dass er ohne vorhergehende Beratung des Mandanten und dessen (eigenverantwortliche) Entscheidung eine Deckungszusage des Rechtsschutzversicherers erwirkt. Dass die Deckungszusage mit vollständigen und wahrheitsgemäßen Informationen erlangt worden und der Rechtsschutzversicherer an die Zusage auch sonst gebunden ist, ändert daran nichts.

[34] Der versicherungsvertragliche Anspruch auf Deckungsschutz entsteht mit Eintritt des bedingungsgemäßen Versicherungsfalles. Ab diesem Zeitpunkt befindet sich der Anspruch als eigenständiger Wert im Vermögen des rechtsschutzversicherten Mandanten. Die spätere Deckungszusage des Rechtsschutzversicherers verstärkt lediglich den bereits bestehenden Deckungsanspruch im Sinne eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses (vgl. BGH, Urteil vom 16. Juli 2014 - IV ZR 88/13, BGHZ 202, 122 Rn. 21). **Es obliegt allein dem rechtsschutzversicherten Mandanten, über den Einsatz des Deckungsanspruchs für die beabsichtigte Rechtsverfolgung zu entscheiden.** Es gilt nichts anderes, als für das sonstige Vermögen des

Mandanten, das ebenfalls allein seiner Disposition unterliegt. **Um die Entscheidung über den Einsatz des Deckungsanspruchs eigenverantwortlich und sachgerecht treffen zu können, ist der rechtsschutzversicherte Mandant über die Erfolgsaussichten ebenso zu beraten wie der nicht versicherte. Überdies berührt die Einleitung oder Fortsetzung eines Rechtsstreits nicht nur die Vermögensinteressen des Mandanten.** Trotz anwaltlicher Vertretung erfordert ein Rechtsstreit Zeit und Aufmerksamkeit. Die Beziehungen des Mandanten zum Prozessgegner können negativ beeinflusst werden. Auch deshalb ist es allein Sache des Mandanten, nach entsprechender Beratung durch den Rechtsanwalt über die Einleitung oder Fortsetzung der Rechtsverfolgung zu entscheiden.

[35] b) Fällt dem Rechtsanwalt eine schuldhafte Verletzung der ihm obliegenden Beratungspflicht zur Last, kommt es darauf an, wie sich der Mandant im Falle pflichtgemäßer Unterweisung verhalten hätte. Insoweit kann von Bedeutung sein, ob der Mandant eine Rechtsschutzversicherung unterhält.

[36] aa) Die Frage, wie sich der Mandant bei vertragsgerechter Belehrung durch den rechtlichen Berater verhalten hätte, zählt zur **haftungsausfüllenden Kausalität**, die der Anspruchsteller nach dem Maßstab des § 287 ZPO zu beweisen hat. **Zu Gunsten des Anspruchstellers ist jedoch zu vermuten, der Mandant wäre bei pflichtgemäßer Beratung den Hinweisen des Rechtsanwalts gefolgt, sofern im Falle sachgerechter Aufklärung aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahegelegen hätte.** Eine solche Vermutung kommt hingegen nicht in Betracht, wenn nicht nur eine einzige verständige Entscheidungsmöglichkeit bestanden hätte, sondern nach pflichtgemäßer Beratung verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht gekommen wären, die unterschiedliche Vorteile und Risiken in sich geborgen hätten. Greift die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens ein, so liegt hierin **keine Beweislastumkehr, sondern ein Anscheinsbeweis**, der durch den Nachweis von Tatsachen entkräftet werden kann, die für ein atypisches Verhalten des Mandanten im Falle pflichtgemäßer Beratung sprechen (BGH, Urteil vom 10. Mai 2012 - IX ZR 125/10, BGHZ 193, 193 Rn. 36; Beschluss vom 15. Mai 2014 - IX ZR 267/12, WM 2014, 1379 Rn. 2 ff; st. Rspr.).

[37] bb) Die Beantwortung der Frage, ob im Falle sachgerechter Aufklärung aus der (verobjektivierten) Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahegelegen hätte, obliegt dem Tatrichter. Die revisionsrechtliche Kontrolle beschränkt sich darauf, ob der Tatrichter sich mit dem Prozessstoff umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, seine Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt. Ausgangspunkt für die tatrichterliche Würdigung ist die geschuldete Beratung. Bestanden

im Falle pflichtgemäßer Aufklärung mehrere in vergleichbarer Weise erfolgsversprechende Handlungsmöglichkeiten oder war das Ausmaß der zu erteilenden Risikohinweise gering, kommt die Annahme des Anscheinsbeweises in der Regel nicht in Betracht. Anders liegt der Fall, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung derart risikobehaftet war, dass der pflichtgemäß handelnde Rechtsanwalt von dieser abzuraten hatte.

[38] Der Tatrichter muss in seine Überlegungen auch einbeziehen, ob das Risiko des Mandanten, im Falle einer Niederlage die Kosten des Rechtsstreits tragen zu müssen, durch einen bestehenden Deckungsanspruch aus einer Rechtsschutzversicherung oder eine bereits vorliegende Deckungszusage herabgemindert war. **Es entspricht dem Erfahrungswissen, dass ein Mandant eher bereit ist, sich auf einen Rechtsstreit ungewissen oder zweifelhaften Ausgangs einzulassen, wenn das Kostenrisiko herabgemindert ist. Ist das Kostenrisiko durch eine (versicherungs-)rechtlich einwandfrei herbeigeführte und daher bestandsfeste Deckungszusage sogar weitestgehend ausgeschlossen, können schon ganz geringe Erfolgsaussichten den Mandanten dazu veranlassen, den Rechtsstreit zu führen oder fortzusetzen** (vgl. etwa OLG Hamm, NJW-RR 2005, 134, 137; KG, NJW 2014, 397, 399; OLG Düsseldorf, NJOZ 2017, 99 Rn. 65 ff; vgl. auch Vill in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Pape/Chab, Handbuch der Anwaltschaft, 5. Aufl., § 2 Rn. 181; Vollkommer/Greger/Heinemann, Anwaltschaftsrecht, 5. Aufl., § 25 Rn. 21). **Ob sich der Mandant im konkreten Einzelfall für die Rechtsverfolgung entschieden hätte, ist für die Frage des Eingreifens des Anscheinsbeweises ohne Bedeutung. Maßgeblich ist, dass aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten das Absehen von der Rechtsverfolgung nicht eindeutig nahegelegen hätte.** Dann greift der Anscheinsbeweis nicht ein und ist der Anspruchsteller darauf angewiesen, die nach dem Maßstab des § 287 ZPO notwendige Überzeugung des Tatrichters von einem beratungsgerechten Verhalten des Mandanten auf andere Weise herbeizuführen (vgl. Schultz in Henssler/Gehrlein/Holzinger, Handbuch der Beraterhaftung, Kap. 5 Rn. 91 ff).

[39] Die Wirkungen des versicherungsvertraglichen Kostenschutzes auf die Frage des Eingreifens des Anscheinsbeweises finden jedoch ihre Grenze, wenn die (weitere) Rechtsverfolgung des Mandanten objektiv aussichtslos war (vgl. Schwaiger, AnwBl 2014, 752, 753). Der entscheidende Grund dafür liegt nicht in der versicherungsvertraglichen Beziehung zwischen Rechtsschutzversicherer und Mandant. **Die Bestandskraft einer erteilten Deckungszusage ist notwendige Bedingung für den Ausschluss des Anscheinsbeweises, wenn die Rechtsverfolgung nur ganz geringfügige Erfolgsaussichten hat. Im Falle der Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung reicht auch eine bestandskräftige Deckungszusage nicht aus. Entscheidend dafür ist, dass eine aussichtslose Rechtsverfol-**

gung nicht im Interesse eines vernünftig urteilenden Mandanten liegt, sondern allein dem (Gebühren-)Interesse des Rechtsanwalts dient. Hierzu wird ein vernünftig urteilender Mandant den Deckungsanspruch gegen seine Rechtsschutzversicherung nicht einsetzen.

[40] Auch über die Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung hat der Tatrichter zu befinden. Ausgangspunkt der Beurteilung ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der bei pflichtgemäßem Handeln des Rechtsanwalts zu erteilenden Beratung. War danach die Rechtsverfolgung des Mandanten aussichtslos, kann selbst eine einwandfrei herbeigeführte Deckungszusage den für ein beratungsgerechtes Verhalten des Mandanten sprechenden Anscheinsbeweis nicht hindern. **Die Annahme der Aussichtslosigkeit unterliegt allerdings hohen Anforderungen. Die Rechtsverfolgung muss aus der maßgeblichen Sicht ex ante aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen objektiv aussichtslos gewesen sein.** Dies kommt etwa in Betracht, wenn eine streitentscheidende Rechtsfrage höchststrichterlich abschließend geklärt ist. Regelmäßig ist dies dann der Fall, wenn eine einschlägige Entscheidung ergangen ist. Auch dann können aber im Schrifttum geäußerte Bedenken, mit denen sich die Rechtsprechung noch nicht auseinandergesetzt hat, Veranlassung zu der Annahme geben, die Rechtsprechung werde noch einmal überdacht. Die niemals auszuschließende Möglichkeit einer zugunsten des Mandanten ergehenden Fehlentscheidung vermag die Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung indes nicht auszuschließen.

[41] 5. Den vorstehenden Anforderungen wird die angefochtene Entscheidung zum überwiegenden Teil nicht gerecht.

[42] a) Nicht zu beanstanden ist allerdings aus revisionsrechtlicher Sicht die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, wonach die Beklagten noch im Zeitpunkt der Einlegung der Berufung gegen das die Klage im Ausgangsprozess abweisende Urteil des Landgerichts von einer die Verjährung hemmenden Wirkung ihres Güteantrags ausgehen durften. Die durch die Einlegung der Berufung entstandenen Gerichtskosten können demnach den streitgegenständlichen Kostenschaden nicht begründet haben, soweit sie endgültig angefallen waren, also nicht durch eine spätere Rücknahme der Berufung vermindert werden konnten.

[43] b) Die Abweisung der Klage wegen der übrigen von der Klägerin erstatteten Kosten des Berufungsverfahrens hält rechtlicher Prüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die Beklagten den Versicherungsnehmern zur Rücknahme der Berufung raten mussten. Davon ist für das Revisionsverfahren auszugehen. Warum das Berufungsgericht als Zeitpunkt für einen Rat zur Rücknahme der Berufung nur auf den Erhalt des Hinweisbeschlusses nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO vom 6. September 2016 abgestellt hat, ist nicht

nachvollziehbar. Das Berufungsgericht hat für die Erfolgsaussichten der Berufung im Ausgangsverfahren maßgeblich auf das Urteil des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 18. Juni 2015 (III ZR 198/14) abgestellt. Dann kam eine Pflicht der Beklagten, den Versicherungsnehmern zur Rücknahme der Berufung zu raten, schon deutlich früher in Betracht.

[44] Die Annahme des Berufungsgerichts, es fehle im Blick auf die Kosten des Berufungsverfahrens jedenfalls an einem kausalen Schaden, trägt nicht. Das Berufungsgericht hat hier nicht in Erwägung gezogen, dass die weitere Rechtsverfolgung aussichtslos gewesen sein könnte. War das so, konnte die vorliegende Deckungszusage dem Anscheinsbeweis dafür, dass die Versicherungsnehmer dem Rat zur Rücknahme der Berufung gefolgt wären, nicht entgegenstehen.

[45] Wäre die Berufung in der Zeit nach Veröffentlichung des Urteils des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 18. Juni 2015 zurückgenommen worden, hätten sich die Gerichtskosten gemäß Nr. 1220 KV GKG um eine 2,0 Gebühr vermindert (Nr. 1222 KV GKG), also um 1.572 €. Ob in dem noch zu bestimmenden Zeitpunkt der (hypothetischen) Rücknahme der Berufung die Kosten des Rechtsanwalts der Rechtsnachfolgerin des Anlagevermittlers (2.561,83 €) schon (in voller Höhe) entstanden und erstattungsfähig waren, lässt sich den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht entnehmen. Wegen der vom Leistungsbegehren der Klägerin erfassten Kosten des Berufungsverfahrens hat die Revision demnach in Höhe von 4.133,83 € (1.572 € zzgl. 2.561,83 €) Erfolg.

[46] c) Im Blick auf die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens von 6.944,48 € (4.148,10 € zzgl. 2.796,38 €) tragen die Erwägungen des Berufungsgerichts die Ablehnung einer Beratungspflichtverletzung der Beklagten nicht. Die Annahme einer Beratungspflichtverletzung liegt vielmehr nahe. Das Berufungsgericht hat schon dem Berufungsverfahren keine Erfolgsaussicht mehr beigemessen. Feststellungen, die im Zeitpunkt der Beratung über die Erfolgsaussichten der Nichtzulassungsbeschwerde eine andere Bewertung rechtfertigen könnten, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Gelangt das Berufungsgericht zur Annahme einer Pflichtverletzung der Beklagten, wird es sich auch insoweit mit der Frage des beratungsgerechten Verhaltens der Versicherungsnehmer zu befassen haben. **Der Umstand, dass auch die Streithelfer nicht von einer Durchführung des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde abgeraten haben, unterbricht den Zurechnungszusammenhang nicht. Eine Unterbrechung kommt nur dann in Betracht, wenn ein Dritter in völlig ungewöhnlicher und unsachgemäßer Weise in den schadensträchtigen Geschehensablauf eingreift und eine weitere Ursache setzt, die den Schaden erst endgültig herbeiführt. Davon kann hier nicht ausgegangen werden. Vielmehr haben die Streithelfer allenfalls**

den gleichen Fehler gemacht wie die Beklagten (vgl. BGH, Urteil vom 18. März 1993 - IX ZR 120/92, NJW 1993, 1779, 1780).

IV.

[47] Das Urteil ist danach aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO). Eine eigene Sachentscheidung kann der Senat nicht treffen, weil die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Steuerberaterhaftung

- Insolvenzverschleppung
- Mitverschulden der Geschäftsführung
(*OLG Koblenz, Urf. v. 30.10.2020 – 3 U 47/20; Revision anhängig BGH IX ZR 212/20*)

Leitsätze

1. Eine Haftung eines Steuerberaters der Insolvenzschriftnerin wegen Insolvenzverschleppung kann wegen eines anspruchsausschließenden Mitverschuldens der Geschäftsführung ausgeschlossen sein, das sich die Insolvenzschriftnerin nach § 31 BGB analog zurechnen lassen muss.
2. Es ist originäre Aufgabe der Geschäftsführung, nicht nur die Zahlungsunfähigkeit und eine etwaige Überschuldung des von ihr geleiteten Unternehmens im Auge zu behalten, sondern auch auf eventuelle Anzeichen für eine Insolvenzschriftreife zu reagieren. Dies gilt auch dann, wenn sich die Geschäftsführung für die Finanzbuchhaltung und die Jahresabschlüsse der Unterstützung eines Steuerberaters bedient.

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger begehrt die Feststellung einer Schadensersatzverpflichtung der Beklagten für Insolvenzverschleppungsschäden und macht Zahlungsansprüche gegen sie aus Insolvenzanfechtung geltend.

[2] Mit Beschluss des Amtsgerichts - Insolvenzgericht – ... vom 11.11.2015 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Firma ...[D] GmbH auf den am 24.09.2015 eingegangenen Antrag einer Gläubigerin eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt.

[3] Die Beklagte ist Steuerberaterin. Sie war jedenfalls in den Jahren 2012 bis 2015 mit der Finanzbuchführung für die

Schriftnerin beauftragt und erstellte den Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2011. Anfang 2015 wurde sie auch mit dem Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2012 beauftragt. Sie erstellte diesen am 02.03.2015 unter Zugrundelegung von Fortführungswerten. Der Jahresabschluss wies zum Stichtag 31.12.2012 einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 21.073,56 € aus, während sich aus dem Jahresabschluss für 2011 noch ein Überschuss ergeben hatte.

[4] Die Schriftnerin überwies auf Honoraransprüche der Beklagten in der Zeit von 2013 bis 2015 in Teilzahlungen insgesamt 2.900,00 €.

[5] Der Kläger hat vorgetragen, die Beklagte hätte den Jahresabschluss für 2012 zu Zerschlagungswerten erstellen müssen, da er einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag ausweise. Stille Reserven seien nicht vorhanden gewesen, so dass schon zum Stichtag Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinn vorgelegen habe. Die Beklagte hätte schon wegen des Fehlbetrags die Schriftnerin um Vorlage einer positiven Fortführungsprognose ersuchen müssen, um den Jahresabschluss zu Fortführungswerten erstellen zu können.

[6] Selbst wenn der Jahresabschluss mangelfrei gewesen wäre, hätte die Beklagte die Schriftnerin zumindest auf ernsthafte Anhaltspunkte für einen Insolvenzgrund hinweisen müssen und darauf, dass die verspätete Erstellung des Jahresabschlusses strafrechtlich relevant sei, ebenso auf die Antragspflicht nach § 15a InsO und die zivil- und strafrechtlichen Gefahren einer Insolvenzverschleppung. Die Geschäftsführerin hätte dann einen Insolvenzantrag gestellt und wäre keine weiteren Verbindlichkeiten eingegangen.

[7] Im Zeitpunkt der Überweisungen an die Beklagte sei die Schriftnerin zahlungsunfähig, zumindest aber drohend zahlungsunfähig gewesen. Sie habe jederzeit mit der Kündigung ihrer Kredite rechnen müssen. Sie sei mit Beiträgen gegenüber der ...[A] für die Zeit vom 01.06.2013 bis 31.10.2013 in Verzug geraten, wobei ihr mit Schreiben vom 25.10.2013 Stundung und Ratenzahlung bewilligt worden seien. Die Schriftnerin habe indessen die Ratenzahlungsvereinbarung nicht eingehalten. Des Weiteren habe die ...[B] Forderungen zur Insolvenztabelle angemeldet, deren Fälligkeiten bis März 2014 zurückreichten. Rückstände hätten auch auf Forderungen der ...[C] für die Zeit vom 01.04.2014 bis 31.07.2015 bestanden.

[8] Die Vermieter der Schriftnerin hätten die Miete für Mai 2013 erst unter dem 24.06.2013 erhalten, die Miete für Juni 2013 erst am 04.07.2013. Offene Mietforderungen seit Februar 2014 seien zur Tabelle angemeldet worden.

[9] Weitere Anmeldungen fälliger Forderungen seien wie aus der Auswertung S. 15 ff. der Klageschrift (Blatt 18 ff. d. A.)

ersichtlich erfolgt. Am 02.03.2015 hätten sich die fälligen, bis zur Verfahrenseröffnung unbeglichenen Verbindlichkeiten auf mindestens 66.149,79 € belaufen. Danach seien noch vom Kläger festgestellte Forderungen in Höhe von insgesamt 110.768,48 € zur Insolvenztabelle angemeldet worden (s. dazu im Einzelnen Aufstellung im Schriftsatz vom 30.04.2019, S. 19 f., Blatt 183 f. d. A.).

[10] Die Geschäftsführerin der Schuldnerin habe mit Vorsatz gemäß § 15a InsO, der deckungsgleich mit dem Vorsatz gemäß § 133 Abs. 1 InsO a. F. sei, gehandelt, da sie trotz Anzeichen einer Krise keine Informationen über die wirtschaftliche Lage der Schuldnerin eingeholt und die Pflicht zur ständigen Prüfung der Insolvenzreife verletzt habe. Mindestens zum Ende des Jahres 2012 sei ihr bewusst gewesen, dass aufgrund der bereits seit 2011 bestehenden Verlustsituation bei der Schuldnerin das Stammkapital vollständig aufgezehrt sein werde. Sie habe im Zeitpunkt der Überweisungen Kenntnis von der Überschuldung der Schuldnerin gehabt.

[11] Da die Beklagte die Buchführung erledigt habe, seien ihr sämtliche Verbindlichkeiten der Schuldnerin und deren Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bei den á-conto-Zahlungen von 200,00 € am 10.09.2013 und von 250,00 € am 01.10.2013, den Teilzahlungen von je 500,00 € am 08.04.2014 und 02.09.2014 und von 450,00 € am 23.10.2014 sowie der Zahlung von 1.000,00 € am 20.01.2015 bekannt gewesen.

[12-14] Der Kläger hat beantragt, (...)

[15-16] Die Beklagte hat beantragt, (...)

[17] Der Jahresabschluss für 2012 sei zutreffend zu Fortführungswerten erstellt worden. Die mit Urteil des BGH vom 26.01.2017, Az.: IX ZR 285/14, aufgestellten Anforderungen an den Pflichtenkreis des Steuerberaters hätten zur Zeit der Erstellung des Jahresabschlusses für 2012 noch nicht gegolten. Vielmehr sei die Rechtsprechung gemäß Urteil vom 07.03.2013, Az.: IX ZR 64/12, maßgebend gewesen. Die Geschäftsführerin der Schuldnerin sei sich im Übrigen einer möglichen Insolvenzreife bewusst gewesen, zumal sie diese im Zusammenhang mit der Fertigstellung des Abschlusses auf den Bilanzverlust und darauf, dass möglicherweise insolvenzrechtliche Konsequenzen zu prüfen seien, hingewiesen habe. Zudem habe die Schuldnerin vor der Jahresabschlusserstellung für 2012 einen Unternehmensberater eingeschaltet. Abgesehen davon könne der Kläger als Insolvenzverwalter keinen Neugläubigerschaden als Schaden der Gesellschaft geltend machen, da nur die Neugläubiger Anspruch auf Ausgleich ihres negativen Interesses gegenüber dem Geschäftsführer der Schuldnerin hätten.

[18] Ihr, der Beklagten, seien nach der Sitzverlegung der Schuldnerin nach ... am 21.01.2013 Unterlagen nur noch auf dem Postweg und dies häufig verspätet übermittelt worden. Die Buchhaltung sei nicht von ihr persönlich, sondern von einer in ihrem Büro beschäftigten Finanzbuchhalterin erledigt worden.

[19] Hilfsweise mache sie sich den Vortrag des Klägers zu den behaupteten offenen Verbindlichkeiten der Schuldnerin und zu deren Kenntnisstand über die Vermögenssituation der Schuldnerin sowie ihrem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz jedenfalls ab 10.09.2013 zu eigen. Die Geschäftsführerin der Schuldnerin treffe daher ein anspruchsausschließendes Mitverschulden.

[20] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Feststellungsklage hat es ausgeführt, der Beklagten sei keine schuldhaftige Pflichtverletzung gemäß §§ 280 Abs. 1 BGB, 675 BGB vorzuwerfen. Grundsätzlich gelte bei der Erstellung des Jahresabschlusses die Fortführungsvermutung gemäß 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB. Angesichts des erstmals 2012 aufgetretenen, nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrags gebe es keine Anhaltspunkte, dass nicht zu Fortführungswerten hätte bilanziert werden dürfen, weil die Einstellung der Unternehmenstätigkeit unvermeidbar gewesen wäre. Vielmehr sei das Unternehmen noch bis 2015 fortgeführt worden. Insbesondere sei auch keine Überschuldung gemäß § 19 InsO zum 31.12.2012 feststellbar. Unterdeckung in der Bilanz könne zwar Hinweis auf eine drohende oder eingetretene Überschuldung sein, weise sie aber nicht aus. Der Kläger habe keine Überschuldungsbilanz vorgelegt und zur Überschuldung nicht hinreichend vortragen.

[21] Die Beklagte hafte auch nicht wegen der Verletzung von Hinweis- und Warnpflichten. Diese könnten bei sich aufdrängendem möglichem Insolvenzgrund zwar auch bei inhaltlich richtiger Bilanzierung bestehen. Hier habe es aber weder in aufeinanderfolgenden Jahren einen nicht gedeckten Fehlbetrag gegeben noch aus den für den Jahresabschluss zu prüfenden Umständen für die Beklagte offenkundig keine stillen Reserven. Die Beklagte habe nicht ohne Mandat die insolvenzrechtliche Überschuldung prüfen müssen.

[22] Dessen ungeachtet treffe die Geschäftsführerin der Schuldnerin auch ein weit überwiegendes Mitverschulden gemäß §§ 254 Abs. 1, 31 BGB. Ihr sei die finanzielle Lage bewusst gewesen, da sie die Insolvenzantragspflicht in ureigener Aufgabe prüfen müsse. Auch der Kläger nehme positive Kenntnis an, da er Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bejahe.

[23] Der Kläger habe auch keinen Anspruch gemäß §§ 143 Abs. 1, 133 Abs. 1 InsO a.F. Vortrag zum Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin fehle. Es sei widersprüchlich, für den

Schadensersatzanspruch keine Kenntnis der Geschäftsführerin anzunehmen, für die Insolvenzanfechtung indessen schon. Zudem fehle der Nachweis, dass die Beklagte vom Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin Kenntnis hatte. Die Buchführung genüge nicht, um die Rechtsfrage der Überschuldung zu beurteilen, vielmehr sei die Vorlage einer Überschuldungsbilanz nötig.

[24] Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er sein erstinstanzliches Ziel mit im Wesentlichen entsprechender Argumentation weiterverfolgt. Er macht geltend, bereits der erste ungedeckte Fehlbetrag sei eine entgegenstehende Gegebenheit i. S. d. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB. Die Schuldnerin habe mit dem Jahresfehlbetrag von 117.000,00 € ungünstige Schlüsselfinanzkennzahlen gehabt, das 4,68-Fache des Stammkapitals "verbrannt" und sei deswegen kreditunwürdig gewesen, zumal sie den Abschluss nicht rechtzeitig zum Bilanzstichtag erstellt habe. Hätte die Beklagte den Jahresabschluss wie geboten zu Zerschlagungswerten erstellt, hätte die Schuldnerin Insolvenzantrag gestellt.

[25] Soweit das Landgericht keine Überschuldung zum 31.12.2012 habe feststellen können, hätte es einen Hinweis erteilen und den angebotenen Beweis durch Sachverständigengutachten erheben müssen. Auch dem Beweisangebot des Klägers zum Fehlen stiller Reserven hätte es nachgehen müssen.

[26] Die Beklagte habe zudem auf die drohende Insolvenz, die Insolvenzantragspflicht und die Strafbarkeit wegen eines Bankrottdelikts hinweisen müssen sowie mit Blick auf § 227, 240 AO darauf, dass Säumniszuschläge bei Insolvenzreife zu erlassen seien.

[27] Auch der Zahlungsanspruch aus Insolvenzanfechtung sei begründet. Die Schuldnerin habe aus den bereits erstinstanzlich dargelegten Gründen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz im Zeitpunkt der Überweisungen gehabt. Das Landgericht habe den Vortrag des Klägers zu Indizien für die (drohende) Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin übergangen. Die Beklagte habe aufgrund des ungedeckten Fehlbetrags im Jahresabschluss und der Finanzbuchführung vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz Kenntnis gehabt. Mindestens ab dem Jahr 2012 habe die Schuldnerin die Rechnungen der Beklagten, ihrer zum Stichtag 31.12.2012 zweitgrößten Gläubigerin, nicht bei Fälligkeit beglichen.

[28-30] Der Kläger hat ursprünglich seinen Antrag wie aus der Berufungsbegründungsschrift vom 02.03.2020 (S. 1 f., Blatt 22 f. eAkte) ersichtlich gefasst und beantragt nach Klageänderung zuletzt, (...)

[31-32] Die Beklagte beantragt, (...)

[33] Sie verteidigt das Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags.

[34] Der Senat hat mit Beschluss vom 27.05.2020 Hinweise erteilt. Auf Blatt 99 ff. eAkte wird verwiesen. Der Kläger hat dazu nach Maßgabe des Schriftsatzes vom 23.06.2020 (Blatt 162 ff. eAkte) und die Beklagte gemäß Schriftsatz vom 25.06.2020 (Blatt 200 ff. eAkte) ausgeführt. Darin hat sie erstmals abweichend zu Datum und Höhe der Überweisungen der Schuldnerin an sie vorgetragen. Wegen der Einzelheiten wird auf Blatt 200 f. eAkte Bezug genommen.

[35] Mit Beschluss vom 08.09.2020 hat der Senat dem Kläger Schriftsatznachlass zu der Frage der Erstellung betriebswirtschaftlicher Auswertungen durch die Beklagte gewährt und der Kläger daraufhin gemäß Schriftsatz vom 29.09.2020 unter anderem vorgetragen, dass die Geschäftsführerin der Schuldnerin aus persönlichen Gründen in der Wahrnehmung ihrer Aufgaben eingeschränkt gewesen sei, sowie einen Insolvenzantrag der Geschäftsführerin Anlage K18 vorgelegt.

Aus den Gründen:

[36] Die gemäß §§ 511, 517 ff. ZPO zulässige Berufung des Klägers ist überwiegend unbegründet.

[37] Sie hat betreffend die abgewiesene Feststellungsklage keine Aussicht auf Erfolg (A.). Zwar ist die Feststellungsklage zulässig, nachdem der Kläger seinen Antrag gemäß § 533 ZPO zulässigerweise geändert hat. Sie ist jedoch unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Beklagte wegen falscher Erstellung des Jahresabschlusses für das Jahr 2012 unter Zugrundelegung von Fortführungswerten, da einem Anspruch jedenfalls ein anspruchsausschließendes Mitverschulden der Geschäftsführerin der Schuldnerin entgegensteht (1.). Ansprüche ergeben sich deshalb auch nicht wegen einer etwaig in sonstiger Weise fehlerhaften Erstellung des Jahresabschlusses (2.) und wegen Hinweispflichtverletzungen der Beklagten (3.).

[38] Jedoch ist die Berufung wegen der abgewiesenen Klage auf Zahlung von 2.900,00 € aus Insolvenzanfechtung (B.) teilweise begründet (1.), auch hinsichtlich der Zinsforderung (2.).

[39] Im Einzelnen:

[40] A. Die Klage ist im Feststellungsantrag unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Ersatz eines Insolvenzverschleppungsschadens gemäß §§ 280 Abs. 1, 634 Nr. 4, 675 Abs. 1 BGB oder gemäß §§ 280 Abs. 1, 675 Abs. 1 BGB.

[41] 1. a) Aus den Gründen des Hinweisbeschlusses vom 27.05.2020 (Blatt 99 ff. eAkte) ist bereits zweifelhaft, ob der

Beklagten eine schuldhafte Pflichtverletzung in Form einer mangelhaften Erstellung des Jahresabschlusses für das Jahr 2012 zu Fortführungswerten vorgeworfen werden kann oder ob sie infolge der früheren höchstrichterlichen Rechtsprechung, insbesondere des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 07.03.2013, Az.: IX ZR 64/12, darauf vertrauen konnte und durfte, dass sie eine Fortführungsprognose ohne gesonderten Auftrag zur Insolvenzreifepfung weder erstellen noch beim Geschäftsführer anfordern müsse, sondern nach den Umständen des Einzelfalls vom gesetzlichen Regelfall der Unternehmensfortführung ausgehen dürfe.

[42] b) Diese Frage bedarf indessen ebenso wenig einer abschließenden Entscheidung wie die Frage nach einer Kausalität der unterstellten schuldhaften Pflichtverletzung für einen Insolvenzverschleppungsschaden. Nur am Rande sei angemerkt, dass daran bereits erhebliche Zweifel bestehen, weil die nachfolgend näher darzulegenden Umstände dafür sprechen, dass die Geschäftsführerin der Insolvenzschuldnerin selbst dann nicht unverzüglich Insolvenzantrag gestellt hätte, wenn die Beklagte den Jahresabschluss am 02.03.2015 zu Zerschlagungswerten erstellt hätte.

[43] Auch die zeitnahe Insolvenzantragstellung durch die Geschäftsführerin nach Vorlage eines zu Zerschlagungswerten erstellten Jahresabschlusses kann unterstellt werden, ohne dass sich daraus eine Haftung der Beklagten für einen Insolvenzverschleppungsschaden dem Grunde nach ergäbe.

[44] c) **Denn jedenfalls scheitert ein solcher Schadensersatzanspruch an einem anspruchsausschließenden Mitverschulden der Geschäftsführerin der Schuldnerin gemäß § 254 Abs. 1 BGB, welches sich die Schuldnerin gemäß § 31 BGB analog zurechnen lassen muss** (s. dazu BGH, Urteil vom 26.01.2017, IX ZR 285/14, juris Rn. 53).

[45] § 254 BGB regelt ein "Verschulden gegen sich selbst", d. h. den vorwerfbaren Verstoß gegen Gebote des eigenen Interesses bzw. die Verletzung einer sich selbst gegenüber bestehenden Obliegenheit. Die Vorschrift beruht auf dem Rechtsgedanken, dass derjenige, **der die Sorgfalt außer Acht lässt, die nach Lage der Sache erforderlich erscheint, um sich selbst vor Schaden zu bewahren, den Verlust oder die Kürzung seines Schadensersatzanspruchs hinnehmen muss** (Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Aufl., § 254 Rn. 1). Das Mitverschulden und sein Gewicht sind nach den Umständen des konkreten Einzelfalls zu bewerten (vgl. BGH, Urteil vom 06.06.2013, Az.: IX ZR 204/12, juris Rn. 29).

[46] Hier hat die Schuldnerin nach dem eigenen Vortrag des Klägers nicht etwa fahrlässig ihre Insolvenzreife verkannt. Der Kläger trägt vielmehr selbst vor, **der Schuldnerin sei mindes-**

tens zum Ende des Jahres 2012 **bewusst gewesen, dass aufgrund der bereits seit 2011 bestehenden Verlustsituation bei der Schuldnerin das Stammkapital vollständig aufgezehrt sein werde**. Ein Mangel an Eigenkapital verweise auf die Insolvenzreife (Schriftsatz vom 30.04.2019, S. 5, Blatt 169). Des Weiteren behauptet er, dass die Schuldnerin bereits im Zeitpunkt der ersten streitgegenständlichen Zahlung an die Beklagte am 10.09.2013 mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gehandelt habe, da sie insolvenzreif, nämlich überschuldet i. S. d. § 19 InsO und zahlungsunfähig, gewesen sei (Klageschrift vom 14.12.2018, S. 8, Blatt 11 d. A.; Schriftsatz vom 30.04.2019, S. 8, Blatt 172; Schriftsatz vom 10.10.2019, S. 3, Blatt 216 d. A.; Berufungsbegründung vom 02.03.2020, S. 20 f., Blatt 41 f. eAkte). Die Behauptung der vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung der Schuldnerin untermauert er mit einer Reihe einschlägiger, sich insbesondere im Laufe des Jahres 2014 verdichtender Indizien, wie verspätete oder ausgebliebene Zahlungen von Sozialversicherungsbeiträgen, Mieten für Geschäftsräume, Nichteinhaltung von Ratenzahlungsvereinbarungen, bis zur Insolvenzeröffnung offen gebliebenen, fälligen Forderungen diverser Gläubiger und Honorarrechnungen der Beklagten, aus denen nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf eine der Schuldnerin bekannte Zahlungsunfähigkeit zu schließen ist (vgl. z. B. BGH, Urteil vom 07.05.2015, Az.: IX ZR 95/14, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 14.07.2016 – IX ZR 188/15 –, juris Rn. 21; BGH, Urteil vom 08.01.2015, Az.: IX ZR 203/12, juris Rn. 18; BGH, Urteil vom 30.06.2011, Az.: IX ZR 134/10, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 12.10.2006, Az. IX ZR 228/03, juris Rn. 28) und auf die unter Lit. B. 1. noch näher eingegangen wird. Aus der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit ergibt sich wiederum in aller Regel der Benachteiligungsvorsatz des Schuldners, weil er weiß, dass sein Vermögen nicht ausreicht, um sämtliche Gläubiger zu befriedigen (vgl. z. B. BGH, Urteil vom 07.05.2015, Az.: IX ZR 95/14, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 12.02.2015, Az.: IX ZR 180/12, juris Rn. 16 m. w. N.).

[47] Dementsprechend kannte die Geschäftsführerin der Schuldnerin ausgehend vom eigenen Vortrag des Klägers im März 2015 schon seit geraumer Zeit nicht nur die Überschuldung der Schuldnerin, sondern auch deren Zahlungsunfähigkeit. **Dies hätte sie folglich längst gemäß § 15a InsO zu einer Insolvenzantragstellung veranlassen müssen, wenn sie dem Vorwurf der vorsätzlichen Insolvenzverschleppung entgegen will** (vgl. BGH, Urteil vom 23.08.2017, Az.: 2 StR 456/16, juris Rn. 35).

[48] Der Kläger hat mehrfach selbst ausgeführt, dass der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz i. S. d. § 133 Abs. 1 InsO identisch sei mit dem Vorsatz gemäß § 15a InsO (z. B. Schriftsatz vom 30.04.2019, S. 3 f., Blatt 167 f. d. A.; Berufungsbegründungsschrift vom 02.03.2020, S. 20 f., Blatt 41 f. eAkte). Wenn sich aber der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz i. S. d.

§ 133 Abs. 1 InsO aus der Kenntnis der Geschäftsführerin von den tatsächlichen Umständen ableitet, aus denen sich die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin ergibt (vgl. BGH, Urteil vom 07.05.2015, Az.: IX ZR 95/14, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 12.02.2015, Az.: IX ZR 180/12, juris Rn. 16 m. w. N.) und der Vorsatz nach § 133 Abs. 1 InsO identisch mit dem Vorsatz nach § 15a InsO ist, kann aus der Kenntnis der Geschäftsführerin von der Zahlungsunfähigkeit auch der Vorsatz, gegen ihre Insolvenzantragspflicht zu verstoßen, gefolgert werden.

[49] Der Kläger behauptet nicht, dass sich die Geschäftsführerin der Schuldnerin über ihre Insolvenzantragspflicht bei Insolvenzreife in einem Irrtum befunden habe. Das wurde vom Senat in der mündlichen Verhandlung angesprochen und der Kläger hat daraufhin lediglich zum Mitverschulden nochmals allgemein ausgeführt, dass die Kenntnis der Geschäftsführerin von den tatsächlichen Umständen nicht reiche, weswegen von der Steuerberaterin auf die Antragspflicht, d. h. die rechtliche Konsequenz hieraus, hinzuweisen sei. **Richtig ist, dass ein Steuerberater nicht ohne weiteres davon ausgehen kann, dass ein Geschäftsführer bei Anhaltspunkten für die Insolvenzreife seine Insolvenzantragspflicht kennt und dass er deshalb nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom 26.01.2017 (Az.: IX ZR 285/14) dazu Hinweise erteilen muss.** Das sagt indessen nichts darüber aus, ob der Geschäftsführer tatsächlich von der Antragspflicht wusste oder nicht.

[50] Das Verschulden der Geschäftsführerin wiegt schwer. Es ist originäre Aufgabe der Geschäftsführung, nicht nur die Zahlungsunfähigkeit und eine etwaige Überschuldung des von ihr geleiteten Unternehmens im Auge zu behalten, sondern auch auf eventuelle Anzeichen für eine Insolvenzreife zu reagieren (BGH, Urteil vom 26.01.2017, Az.: IX ZR 285/14, juris Rn. 47). Das gilt selbstverständlich auch dann, wenn sich die Geschäftsführung für die Finanzbuchhaltung und die Jahresabschlüsse der Unterstützung eines Steuerberaters bedient. Ihr Verschulden mag sich relativieren oder im Einzelfall gar entfallen, wenn sie **ihre wirtschaftliche Situation zwar kennen müsste, aber nicht überblickt, insbesondere wenn sie eine bereits eingetretene Überschuldung i. S. d. § 19 InsO nicht erkennt, weil sie sich auf die überlegene Sachkunde des Steuerberaters bei der Erstellung des Jahresabschlusses im Rahmen eines "Rundum-Sorglos-Pakets" verlässt und dieser ein falsch positives Bild von der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft zeichnet.** Versäumt sie indessen – wie hier ausgehend vom Klägervortrag – in voller Kenntnis eines schon seit längerem bestehenden Insolvenzgrundes, vorliegend insbesondere der Zahlungsunfähigkeit i. S. d. § 17 InsO, die Insolvenzantragstellung, liegt der Fall anders. Sie hat dann bereits vorsätzlich die Insolvenzverfahrenseröffnung verschleppt.

[51] Hier ist auch zu berücksichtigen, dass die Pflichtwidrigkeit der Beklagten gegebenenfalls die wirtschaftliche Situation

der Schuldnerin zum Stichtag 31.12.2012, also zu einem im Zeitpunkt der Erstellung des Jahresabschlusses am 05.03.2015 mehr als zwei Jahre zurückliegenden Zeitpunkt betrifft. **Der Jahresabschluss für 2012 sagte nichts über die aktuelle wirtschaftliche Situation in 2015 aus, die sich theoretisch inzwischen grundlegend hätte geändert haben können.** Die Beklagte hatte gegebenenfalls lediglich der Schuldnerin falsch suggeriert, dass mehr als zwei Jahre zuvor noch keine Insolvenzreife eingetreten war, während die Geschäftsführerin der Schuldnerin sehr wohl wusste, dass jedenfalls inzwischen seit längerem Insolvenzreife bestand, und trotzdem keinen Insolvenzantrag gestellt hatte. Sie hatte sich damit längst einem Strafverfolgungsrisiko wegen Insolvenzverschleppung ausgesetzt.

[52] Soweit der Kläger der Beklagten Vorsatz unterstellt (Schriftsatz vom 30.04.2019, S. 17, Blatt 181 d. A.), gibt es dafür keine Anhaltspunkte. Allein aus der gegebenenfalls pflichtwidrig falschen Bilanzierung zu Fortführungswerten kann nicht auf Vorsatz geschlossen werden. Allenfalls wäre ein Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt.

[53] Der Beitrag der Geschäftsführerin zur Schadensverursachung (auch für etwaige Schäden ab März 2015) und ihr Verstoß gegen ihre Obliegenheiten wiegen so schwer, dass ein etwaiges Verschulden der Beklagten wegen der – zugunsten des Klägers unterstellt – pflichtwidrig fehlerhaften Erstellung des Jahresabschlusses für 2012 im März 2015, die zu einer weiteren, demgegenüber geringfügigen Verzögerung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beigetragen haben mag, dahinter zurücktritt.

[54] Erstmals nach Schluss der mündlichen Verhandlung hat der Kläger mit Schriftsatz vom 29.09.2020 gegen ein Mitverschulden der Schuldnerin unter Vorlage des Eigenantrags von deren Geschäftsführerin auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Anlage K18), eingegangen beim Amtsgericht – Insolvenzgericht – ... am 16.09.2015, eingewandt, die Geschäftsführerin sei in der Wahrnehmung ihrer Aufgaben aus persönlichen Gründen eingeschränkt gewesen und habe sich auf die Beklagte verlassen. Dieser Vortrag ist gemäß §§ 525, 296a ZPO zurückzuweisen. Der gewährte Schriftsatznachlass bezog sich nicht auf Vorbringen zum Mitverschulden der Schuldnerin. Hinweise zu seiner diesbezüglichen Rechtsauffassung hatte der Senat bereits unter dem 27.05.2020 erteilt und es bestand vorterminalich hinreichend Gelegenheit zur Stellungnahme hierzu.

[55] Ohne dass die Entscheidung darauf gestützt würde, sei bemerkt, dass das Schreiben Anlage K18 nicht nur darauf schließen lässt, dass sich die Geschäftsführerin ihrer Pflichten bewusst war. Es spricht auch klar dagegen, dass sie den Insol-

venzantrag bei – unterstellt zutreffender – Erstellung des Jahresabschlusses für 2012 zu Zerschlagungswerten zeitnah nach dem 05.03.2015 gestellt hätte, mithin gegen die Kausalität einer etwaigen Pflichtverletzung der Beklagten für einen Insolvenzverschleppungsschaden.

[56] Die Entscheidung des **Bundesgerichtshofs vom 23.10.1997, Az.: III ZR 275/97**, steht der Annahme eines haftungsausschließenden Mitverschuldens nicht entgegen. Der zugrundeliegende Sachverhalt ist dem vorliegenden nicht vergleichbar, **da es dort um fahrlässige "Bilanzierungsfehler" eines bewusst irregeführten Abschlussprüfers ging. Der Bundesgerichtshof sieht für diesen Fall bei einer Anwendung des § 254 BGB im Rahmen der Haftung aus § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB mehr Zurückhaltung als sonst üblich geboten, weil es gerade Aufgabe des Abschlussprüfers sei, Fehler in der Rechnungslegung einer Kapitalgesellschaft aufzudecken und den daraus drohenden Schaden von dieser abzuwenden** (juris Rn. 8). Hier war die Beklagte indessen keine Abschlussprüferin und die Kenntnis der Geschäftsführerin der Schuldnerin von einem am 05.03.2015 bereits längst bestehenden Insolvenzgrund gemäß § 17 InsO sowie ihr Vorsatz zur Insolvenzverschleppung bestanden unabhängig von der Frage, wie der Jahresabschluss zum Stichtag 31.12.2012 richtigerweise hätte erstellt werden müssen. Abgesehen davon hat der Bundesgerichtshof auch in dem zitierten Fall die Möglichkeit offengehalten, dass der Tatrichter im Einzelfall doch über § 254 BGB zu einem vollständigen Haftungsausschluss gelangen kann (juris Rn. 8).

[57] 2. Nichts anders gilt, soweit der Kläger der Beklagten im Berufungsverfahren weitere Fehler bei der Erstellung des Jahresabschlusses vorgeworfen hat. Namentlich sind dies die Behauptung, es habe ein noch höherer Fehlbetrag als 21.073,56 €, nämlich 92.458,30 €, ausgewiesen werden müssen, die Beklagte habe berufsrechtliche Vorgaben und das BilMoG vom 25. Mai 2009 (BGBl. 1 S. 1102) nicht beachtet, sie habe einen - zudem falsch berechneten - Posten "Vortrag auf neue Rechnung" unter Verstoß gegen § 252 Abs. 1 Nr. 1 HGB und § 266 Abs. 3 HGB eingeführt, entgegen § 265 Abs. 2 HGB keine Vorjahreszahlen in dem Jahresabschluss benannt, den handelsbilanziellen Gewinnvortrag durch die Verrechnungen mit steuerlichen Verlusten unzutreffend ausgewiesen, die Grundsätze von Bilanzwahrheit und -klarheit nicht beachtet und in der Sache falsch die Erstellung des Jahresabschlusses nach handelsrechtlichen Grundsätzen bescheinigt.

[58] Zwecks Meidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen unter Ziff. 1. c) verwiesen. Ob und inwieweit der Vortrag zu den weiteren Mängeln ohnehin bereits gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO präkludiert ist und sämtliche im Schriftsatz vom 29.09.2020 aufgestellten Behauptungen zu Pflichtverletzungen jedenfalls gemäß §§ 525, 296a ZPO zurückzuweisen sind, kann folglich dahinstehen.

[59] 3. Die Beklagte **haftet schließlich auch nicht** gemäß §§ 280 Abs. 1, 675 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB **wegen etwaiger Hinweispflichtverletzungen**.

[60] a) Soweit der Kläger der Beklagten vorwirft, dass sie entgegen ihrer Behauptung die Geschäftsführung auf einen möglichen Insolvenzgrund und die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO nicht hingewiesen habe, erscheint bereits eine schuldhafte Pflichtverletzung der Beklagten fraglich, **weil der Bundesgerichtshof nach der im Zeitpunkt der Erstellung des Jahresabschlusses für 2012 maßgebenden Rechtsprechung eine Pflicht zur Erteilung insolvenzrechtlicher Hinweise im Rahmen eines allgemeinen steuerlichen Mandats noch ausdrücklich verneint hat** (z. B. Urteil vom 07.03.2012, Az.: IX ZR 64/12, juris Rn. 15). Hätte die Beklagte 2015 die Schuldnerin wie von ihr behauptet hingewiesen, wäre dies gemessen an der damals gültigen höchstrichterlichen Rechtsprechung überobligatorisch gewesen.

[61] Der Senat hat außerdem **erhebliche Zweifel, dass eine etwaige Hinweispflichtverletzung der Beklagten kausal für einen Insolvenzverschleppungsschaden ab März 2015 gewesen wäre**. Denn Voraussetzung hierfür wäre, dass sich die Geschäftsführerin bei entsprechendem Hinweis zur Insolvenzantragstellung veranlasst gesehen hätte. Dagegen streitet allerdings aus den unter Ziff. 1. c) dargelegten Gründen eine tatsächliche Vermutung. Wer als Geschäftsführer einer GmbH in Kenntnis einer bereits seit längerem eingetretenen Insolvenzreife keinen Insolvenzantrag stellt, wird sich regelmäßig auch auf einen entsprechenden Hinweis des Steuerberaters zu einem mehr als zwei Jahre zurückliegenden Insolvenzgrund nicht zur Insolvenzantragstellung veranlasst sehen. Für diese Sichtweise spricht auch, dass der BGH Hinweise des Steuerberaters zu einem möglichen Insolvenzgrund selbst gemäß der Entscheidung vom 26.01.2017 (Az.: IX ZR 285/14) nur verlangt, wenn jener annehmen muss, dass dem Mandanten die mögliche Insolvenzreife nicht bewusst ist (juris Rn. 45). Daraus ergibt sich die Wertung, dass keiner Aufklärung bedarf, wer die Insolvenzreife schon kennt und dass ein unterlassener Hinweis an den entsprechend Informierten nicht schadenskausal wirken kann.

[62] Hinweispflichtverletzung, Verschulden und Kausalität für einen Insolvenzverschleppungsschaden bedürfen indessen keiner abschließenden Entscheidung. Der Anspruch scheitert – alles wiederum zugunsten des Klägers unterstellt – jedenfalls erneut an dem anspruchsausschließenden Mitverschulden der Geschäftsführerin der Schuldnerin (s. dazu bereits Ziff. 1. c)). Die – unterstellte – Hinweispflichtverletzung und die etwaig dadurch bedingte geringfügige weitere Verzögerung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens treten hinter dem weit überwie-

genden Verschulden der vorsätzlich handelnden Geschäftsführerin der Schuldnerin hinsichtlich der verschleppten Insolvenzantragstellung zurück.

[63] b) Aus eben diesem Grund ergibt sich auch **kein Anspruch des Klägers wegen eines unterlassenen Hinweises auf die strafrechtlichen Risiken für die Geschäftsführung** durch eine verspätete Erstellung des Jahresabschlusses oder die Verschleppung des Insolvenzantrags.

[64] Daher kann die Frage dahinstehen, ob ein Steuerberater überhaupt qualifiziert und verpflichtet ist, auf strafrechtliche Aspekte hinzuweisen und ob sich aus einem Mandat der Schuldnerin eine solche Hinweispflicht gegenüber ihrer Geschäftsführerin als Dritter ergeben kann. Eine schuldhaftes Pflichtverletzung insofern erscheint jedenfalls fraglich, zumal der Bundesgerichtshof im maßgebenden Zeitpunkt ohne besonderen Auftrag nicht einmal eine Pflicht des Steuerberaters gegenüber der Gesellschaft als seiner Mandantin zu insolvenz- oder gesellschaftsrechtlichen Hinweisen angenommen hat und erst recht nicht gegenüber dem Geschäftsführer der Schuldnerin als Drittem (Urteil vom 07.03.2012, Az.: IX ZR 64/12, Rn. 15, 26 f.). Entsprechendes gilt hinsichtlich des postulierten Hinweises darauf, dass die Geschäftsführerin als Reflex des § 64 GmbHG gehindert sei, das Unternehmen fortzuführen.

[65] Es ist im Übrigen nicht ersichtlich, aus welchem Rechtsverhältnis zur Beklagten sich eine Hinweispflicht hinsichtlich der Verspätung der Erstellung des Jahresabschlusses bzw. der einschlägigen Fristen hierfür ergeben sollte. Die Beklagte wurde erst Anfang 2015 mit der Erstellung des Jahresabschlusses beauftragt, als die Frist längst abgelaufen war. Auch eine Kausalität für den konkreten Insolvenzverschleppungsschaden ist nicht erkennbar.

[66] c) Soweit der Kläger erstmals in der Berufungsbegründung auf weitere Hinweispflichtverletzungen abstellt, kann dahinstehen, ob der neue Vortrag gemäß §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO überhaupt zuzulassen wäre. Das anspruchsausschließende Mitverschulden greift jedenfalls auch hinsichtlich dieser Hinweispflichten ein, wobei auch weitere Gründe einer Haftung entgegenstehen:

[67] Es ist nicht schlüssig dargetan, wie eine – unterstellte – Hinweispflichtverletzung nach §§ 227, 240 AO, dass Säumniszuschläge bei Insolvenzreife zu erlassen seien, zu dem klagegegenständlichen Insolvenzverschleppungsschaden geführt haben sollte. Abgesehen davon ist auch nicht ersichtlich, welche Säumniszuschläge im konkreten Fall hätten erlassen werden können.

[68] Ein gesonderter Hinweis auf einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag war nicht ohne weiteres geboten, da sich dieser bereits aus dem Jahresabschluss unschwer entnehmen lässt. Auch eine Grundlage für eine Hinweispflicht, dass die Beklagte selbst Insolvenzantrag stellen könnte, sieht der Senat nicht.

[69] Ein Hinweis, dass ohne substantielle positive Fortführungsprognose zu Zerschlagungswerten zu bilanzieren ist, ist allenfalls im Zusammenhang mit der Frage nach einer vorwerfbaren Mangelhaftigkeit des Jahresabschlusses relevant. Gleiches gilt für einen etwaigen Hinweis auf die Gefahr, dass die Gläubiger bei Jahresabschluss zu Zerschlagungswerten einen Insolvenzantrag wegen Überschuldung stellen werden, abgesehen davon, dass nicht erkennbar ist, woraus sich eine derartige Hinweispflicht ergeben sollte.

[70] 4. Da der Kläger bereits aus den genannten Gründen keinen Anspruch auf Ersatz eines Insolvenzverschleppungsschadens gegen die Beklagte hat, bedarf auch die Frage keiner Erörterung, ob die Beklagte ihm bzw. der Schuldnerin gegenüber überhaupt für einen Neugläubigerschaden haftet.

[71] B. Die Berufung ist hinsichtlich der **Zahlungsklage aus Insolvenzanfechtung** teilweise begründet.

[72] 1. Der Kläger hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Rückzahlung von insgesamt 2.450,00 € gemäß §§ 133 Abs. 1, 143 Abs. 1 S. 1 InsO in der Fassung vom 05.10.1994 für die Überweisungen der Schuldnerin auf Honoraransprüche der Beklagten ab 08.04.2014.

[73] a) Soweit die Beklagte erstmals mit Schriftsatz vom 25.06.2020 abweichend zu den erfolgten Zahlungen vorgetragen hat, ist bereits aufgrund des Tatbestands des angefochtenen Urteils gemäß § 314 ZPO anzunehmen, dass in der Zeit von 2013 bis 2015 Zahlungen in Höhe von insgesamt 2.900,00 € und nicht nur 2.450,00 € an die Beklagte geleistet wurden. Im Übrigen ist jeglicher Vortrag hierzu gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO präkludiert, da schon erstinstanzlich Veranlassung zu entsprechender Prüfung und Bestreiten bestanden hätte. Davon abgesehen hat jedoch der Kläger auch mit Schriftsatz vom 09.07.2020 Kontoauszüge vorgelegt, aus denen sich die von ihm behaupteten Überweisungen am 10.09.2013, 01.10.2013, 08.04.2014, 02.09.2014, 23.10.2014 und 20.01.2015 ergeben.

[74] b) Für die demnach der Entscheidung zugrunde zu legenden Zahlungen am 10.09.2013 zu 200,00 € und 01.10.2013 zu 250,00 € fehlt es jedenfalls an einer nachweislichen Kenntnis der Beklagten vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin i. S. d. § 133 Abs. 1 S. 1 InsO.

[75] aa) Ihre Kenntnis ergibt sich nicht bereits aus der Kenntnis einer Überschuldung i. S. d. § 19 InsO im Zeitpunkt der Zahlungen, wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat. **Nur wenn rechnerische Überschuldung und negative Fortführungsprognose kumulativ vorliegen, ist eine Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinn gegeben** (vgl. Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, Stand: Juni 2018, § 19 Rn. 42). **Aus der laufenden Buchhaltung waren diese Voraussetzungen im jeweiligen Überweisungszeitpunkt jedenfalls nicht zu ersehen**, selbst wenn die Beklagte regelmäßig auch betriebswirtschaftliche Auswertungen erstellt haben sollte.

[76] bb) § 133 Abs. 2 InsO i. V. m. § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO ist nicht einschlägig. Danach ist ein vom Schuldner mit einer **nahestehenden Person i. S. d. § 138 InsO geschlossener entgeltlicher Vertrag anfechtbar, durch den die Insolvenzgläubiger unmittelbar benachteiligt werden**. Es kann dahinstehen, ob die Beklagte nach den Umständen des Falles vorliegend eine nahestehende Person gemäß § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO ist, da es jedenfalls an der erforderlichen unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung durch das Erfüllungsgeschäft mangelt.

[77] Dafür genügt nicht, dass sich durch die Überweisungen die Aktivmasse verkürzt hat, so dass sich die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger ohne die Überweisungen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger gestaltet hätten (vgl. BGH, Urteil vom 22.10.2015, Az.: IX ZR 248/14, juris Rn. 14). Eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung setzt voraus, dass ohne Hinzutreten weiterer Umstände die Befriedigungsmöglichkeiten aus dem Schuldnervermögen bereits durch die angefochtene Rechtshandlung beeinträchtigt wurden. Reine Erfüllungshandlungen des Schuldners wie hier die Überweisungen benachteiligen die Insolvenzgläubiger lediglich dann unmittelbar, wenn der erfüllte (entgeltliche) Anspruch rechtlich nicht (mehr) durchsetzbar war, worunter z. B. fällt, dass der Schuldner keine gleichwertige Gegenleistung erhalten hat. Bezieht der Schuldner Waren oder Dienstleistungen, so gefährdet die von ihm erbrachte Bezahlung die Gläubiger nur insoweit unmittelbar, als der Preis den objektiven Wert des Erlangten bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses übersteigt (vgl. MüKo-Kayser/Freudenberg, InsO, 4. Aufl., § 133 Rn. 44; BGH, Urteil vom 06. April 1995 – IX ZR 61/94 –, juris Rn. 12). Das ist hier weder vorgetragen noch ersichtlich.

[78] cc) Auch die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO lagen am 10.09.2013 und 01.10.2013 noch nicht zur Überzeugung des Senats vor. Danach wird die Kenntnis des Anfechtungsgegners vermutet, wenn er wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligt.

[79] Der Kläger hat unabhängig von der Frage, inwieweit sich die Beklagte Kenntnisse ihrer Finanzbuchhalterin zurechnen

lassen muss, keine ausreichenden Indizien nachgewiesen bzw. unter Beweis gestellt, aus denen sich für die Beklagtenseite aufgrund der Buchhaltung eine (drohende) Zahlungsunfähigkeit bereits im Zeitpunkt der ersten Zahlungen am 10.09.2013 und 01.10.2013 ergeben haben müsste.

[80] (1) **Zahlungseinstellung** begründet gemäß § 17 Abs. 2 S. 2 InsO die gesetzliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit. Sie ist dasjenige nach außen hervortretende Verhalten des Schuldners, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Sie kann aus einem einzelnen, aber auch aus einer Gesamtschau mehrerer darauf hindeutender, in der Rechtsprechung entwickelter Beweiszeichen gefolgert werden (vgl. BGH, Urteil vom 06.12.2012, Az. IX ZR 3/12, juris Rn. 20). Lässt ein gewerblich tätiger Schuldner monatelang einen Rückstand von erheblicher Höhe mit betriebsnotwendigen fortlaufenden Verbindlichkeiten – insbesondere Steuern und Sozialabgaben, aber auch Löhnen und Mieten – aufkommen, wobei sich die Gesamtschuld immer weiter erhöht, so deuten diese Tatsachen auf eine Zahlungsunfähigkeit hin (vgl. BGH, Urteil vom 14.07.2016, Az.: IX ZR 188/15, juris Rn. 21). Nicht zuletzt wegen der Strafvorschrift des § 266a StGB können gerade mehrmonatige Zahlungsrückstände bei Sozialversicherungsträgern ein starkes Anzeichen für eine Zahlungseinstellung sein (BGH, Urteil vom 20.11.2001, Az.: IX ZR 48/01, juris Rn. 32).

[81] (2) Für die Beklagte waren solche **Anzeichen im Jahr 2013 noch nicht in ausreichendem Umfang nachweislich ersichtlich**.

[82] Sie hat zwar nicht wirksam bestritten, dass am 10.09.2013 ihre älteste Rechnung vom 07.05.2013 über 428,40 € noch offen war, so dass die á-conto-Zahlung vom 10.09.2013 darauf verrechnet wurde (Klageschrift vom 14.12.2018, S. 14, Blatt 17 d. A.; Schriftsatz vom 30.04.2019, S. 9, Blatt 173 d. A.). Es obliegt ihr darzulegen, dass die Forderung vom 07.05.2013 nicht mehr offen war bzw. auf welche Forderung sonst gezahlt worden sein soll. Dieser Außenstand allein genügt aber nicht, um einen zuverlässigen Rückschluss auf Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin zu ziehen.

[83] Hinzu kommt die mit Schreiben der ...[A] an die Schuldnerin vom 25.10.2013 belegte Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen an die ...[A] vom 01.06.2013 bis zur Stundung am 25.10.2013. Am 10.09.2013 oder 01.10.2013 kann der Beklagten jedoch noch kein über fünf Monate aufgelaufener Rückstand ersichtlich gewesen sein. Wie sich dieser Rückstand zusammensetzt, ist zudem aus dem Schreiben nicht ersichtlich, insbesondere nicht, ob bis September jeweils volle Monatsbeiträge offenstanden oder nur Teile davon. Daher genügt zu diesem Zeitpunkt der Rückstand mit Sozialversicherungsbeiträgen weder allein noch in Verbindung mit der offenen Rechnung der Beklagten, um deren Kenntnis von einer

Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin anzunehmen (vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2001, Az.: IX ZR 48/01, juris Rn. 32).

[84] Einen Beweis für schon vor September/Okttober 2013 verspätete Mietzahlungen hat der Kläger nicht angeboten.

[85] Soweit er bereits seit Ende 2011 fällige Forderungen aufgelistet hat, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beglichen worden seien (Klageschrift vom 14.12.2018, S. 15, Blatt 18 d. A.), mag damit zwar eine bereits 2011 eingetretene Zahlungsunfähigkeit schlüssig dargetan sein (vgl. BGH, Urteil vom 30.06.2011, Az.: IX ZR 134/10, juris Rn. 12). Jedoch hat die Beklagte sowohl die Begründetheit der Forderungen als auch die behaupteten Fälligkeiten bestritten und der Kläger hierfür ebenfalls keinen Beweis angeboten. Aus der Insolvenztabelle Anlage K9 ergibt sich weder das eine noch das andere. Im Übrigen musste die Beklagtenseite allein aus dem Umstand, dass Forderungen von Geschäftspartnern der Schuldnerin aus dem Jahr 2011 offenstehen, noch nicht auf Zahlungsunfähigkeit schließen. Die Gründe für eine Nichtzahlung können grundsätzlich vielfältig sein, z. B. ein Einbehalt des Kaufpreises wegen Mängeln von Warenlieferungen.

[86] c) Anderes gilt bereits für die Zahlung am 08.04.2014 von 500,00 €. Der Senat ist überzeugt, dass nicht nur nach den unter Ziff. A. 1. c) und B. 1. b) cc) dargestellten Kriterien eine der Schuldnerin bekannte Zahlungsunfähigkeit und damit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz vorlagen, sondern dass auch die Finanzbuchhalterin der Beklagten aus den für die Finanzbuchhaltung erforderlichen Geschäftsunterlagen und Buchungsvorgängen hiervon wusste.

[87] aa) Die behauptete, häufig verspätete Übermittlung der Geschäftsunterlagen steht dem nicht entgegen.

[88] Richtig ist, dass grundsätzlich den Kläger die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Umstände trifft, aus denen sich eine Kenntnis der Beklagtenseite vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin ergibt. Richtig mag auch sein, dass es keinen Erfahrungssatz dahingehend gibt, dass dem Steuerberater Geschäftsunterlagen immer so rechtzeitig übermittelt werden, dass die Umsatzsteuervoranmeldung gemäß § 18 Abs. 1 UStG bis zum 10. des Folgemonats erfolgen kann. Jedoch war die Beklagte hier unstreitig fortlaufend mit der Buchhaltung beauftragt. Will sie daher nicht gesetzeskonforme Verspätungen in der Übermittlung der Unterlagen behaupten, muss sie dies zunächst einmal substantiiert darlegen, bevor sich infolge eines Bestreitens des Klägers Beweis(last)fragen und Fragen nach Beweiserleichterungen stellen. Der Vortrag, dass die Buchhaltungsunterlagen "häufig verspätet" vorgelegen hätten, genügt den Anforderungen ebenso wenig wie der Vortrag der Beklagten gemäß Schriftsatz vom 25.09.2020 (S. 2, Blatt 201 eAkte). Sie bezieht sich

dabei auf die Datenübermittlungsprotokolle für die Umsatzsteuervoranmeldungen, die teilweise mehrere Monate nach dem Buchungszeitraum an das Finanzamt übersandt wurden. Grund sei die nicht fristgerechte Übermittlung der Buchhaltungsunterlagen gewesen. Wann ihr die Buchhaltungsunterlagen für den jeweiligen Buchhaltungszeitraum übersandt worden sein sollen, ergibt sich daraus nicht, zumal zu berücksichtigen ist, dass auch die interne Bearbeitung der Unterlagen auf Beklagtenseite Zeit in Anspruch genommen hat.

[89] bb) Es ist daher davon auszugehen, dass am 08.04.2014 für die Finanzbuchhalterin bereits folgende Indizien ersichtlich waren, die in der Gesamtschau eine Zahlungseinstellung erkennen lassen:

[90] Es bestanden Mietrückstände jedenfalls für Januar 2014 und Februar 2014 (Blatt 112 d. A.), die im Lichte der nachfolgenden weiteren Indizien nicht als Ausfluss einer etwaigen Mietminderung gewertet werden konnten. Hinzu kamen die mehrmonatig verspätete Teilzahlung auf die noch offene älteste Rechnung der Beklagten vom 07.05.2013 sowie sämtliche vom 01.06.2013 bis 25.10.2013 bei der ...[A] entstandenen Rückstände von 2.721,55 € und ein Außenstand auf eine weitere eigene Rechnung vom 20.02.2014. Die unregelmäßige Zahlung auf die infolge des Schreibens der ...[A] vom 25.10.2013 getroffene Ratenzahlungsvereinbarung ist ein weiteres Indiz für die Zahlungsunfähigkeit. Sie ergibt sich zwanglos aus der Insolvenztabelle und muss auch aus den Buchhaltungsunterlagen ersichtlich gewesen sein. Die ...[A] hat Sozialversicherungsbeitragsforderungen für die Zeit von Juli 2013 bis Oktober 2013 nebst Säumniszuschlägen und Kosten in Höhe von 1.778,02 € zur Insolvenztabelle angemeldet (Ifd. Nr. 22). Selbst wenn der Beklagtenseite aber die Ratenvereinbarung über die Rückstände bekannt gewesen und fristgerechte Ratenzahlung erfolgt sein sollte, würde dies allein die Indizwirkung der mehrmonatigen Säumnis mit Sozialversicherungsbeiträgen für eine bereits eingetretene Zahlungseinstellung nicht beseitigen (vgl. BGH, Urteil vom 06.12.2012 – IX ZR 3/12 –, juris Rn. 38 ff.). Außerdem übermittelte die Schuldnerin der Beklagten nach deren Vortrag schon seit Anfang 2013 die Geschäftsunterlagen nicht fristgerecht, was darauf hindeutete, dass der Betrieb nicht zuverlässig geführt wird und in der Gesamtschau mit den Zahlungsrückständen als Indiz dafür zu werten war, dass sich dies inzwischen wirtschaftlich ausgewirkt hatte.

[91] In der Gesamtschau reichen die genannten Umstände bereits aus, um eine Kenntnis der Finanzbuchhalterin von einer zumindest drohenden Zahlungsunfähigkeit und Gläubigerbenachteiligung und damit gemäß § 133 Abs. 1 S. 2 InsO vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin zweifelsfrei festzustellen.

[92] Selbst wenn man eine durchschnittliche ca. dreimonatige Verzögerung bei der Übermittlung der Geschäftsunterlagen zugrunde legt, wären zwar die Mietrückstände von Januar und Februar 2014 noch nicht bekannt gewesen, aber die weiteren genannten Umstände, die immer noch ausreichen würden, um eine Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz anzunehmen.

[93] bb) Die Beklagte muss sich die Kenntnis ihrer Finanzbuchhalterin gemäß § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen.

[94] Es kann dahinstehen, inwiefern eine **Wissenszurechnung** schon aus einer Pflicht zur Organisation eines Informationsaustauschs über typischerweise in Akten oder Computern gespeichertes Wissen folgt (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl., § 166 Rn. 8). Jedenfalls ergibt sich aus dem Beklagtenvortrag selbst, dass ihre Finanzbuchhalterin ihre Wissensvertreterin war.

[95] Wissensvertreter ist jeder, der ohne Vertretungsmacht eigenverantwortlich für den Geschäftsherrn handelt und nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen war, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei anfallende Info zur Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls weiterzugeben (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl., § 166 Rn. 6).

[96] Nach der innerbetrieblichen Organisation ist die Mitarbeiterin der Beklagten **bei der Erledigung der Finanzbuchhaltung als ihre Repräsentantin aufgetreten**. Das lässt sich zwanglos aus dem Vortrag der Beklagten schließen, dass sie keine Kontrollpflichten gegenüber der Finanzbuchhalterin gehabt habe, weil es nur darum gegangen sei, Belege zu verbuchen bzw. nichts ohne Beleg zu buchen. Erst bei der Erstellung des Jahresabschlusses habe die Beklagte sich näher mit dem Ergebnis der Buchhaltung befassen müssen. Die Finanzbuchhalterin hat demnach eigenverantwortlich und selbständig die Buchhaltung betreut. Da es sich nicht nur um einen rein innerbetrieblichen Vorgang handelte, sondern die Ergebnisse der Buchhaltung der Schuldnerin und dem Finanzamt übermittelt wurden, erfüllt die Finanzbuchhalterin alle Kriterien für eine Wissensvertreterin.

[97] d) Erst recht hatte die Finanzbuchhalterin bei den Zahlungen am 02.09.2014 von 500,00 €, am 23.10.2014 von 450,00 € und am 20.01.2015 von 1.000,00 € Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin.

[98] Außer den Rückständen bei der ...[A] seit 01.06.2013, der verspätet mit Teilzahlungen beglichenen Honorarforderungen vom 07.05.2013 und 20.02.2014 sowie Mietrückständen für Januar und Februar 2014 (s. dazu Ziff. 2. a) und b)) waren ein

weiterer Mietrückstand für März und April 2014 (Blatt 112 d. A.), desgleichen stetig anwachsende, rückständige Sozialversicherungsbeiträge bei der ...[B] seit 27.03.2014 und bei der ...[C] seit April 2014 bekannt. Aufgrund nicht wirksamen Bestreitens des Klägervortrags (s. dazu Ziff. 2. a)) ist weiter davon auszugehen, dass zu diesem Zeitpunkt außerdem noch eine weitere Rechnung der Beklagten vom 02.06.2014 offenstand.

[99] Demnach wusste die Finanzbuchhalterin und damit die Beklagte, dass die Schuldnerin infolge der ständigen verspäteten Begleichung insbesondere ihrer betriebswesentlichen Verbindlichkeiten einen Forderungsrückstand vor sich herschob und ersichtlich am Rande des finanzwirtschaftlichen Abgrunds operierte (vgl. BGH, Urteil vom 07.05.2015, Az.: IX ZR 95/14, juris Rn. 15).

[100] Dem Kläger steht folglich ein Anspruch auf Rückzahlung von 2.450,00 € zu.

[101-108] (...)

Rechtsanwaltshaftung

- Anwaltliche Belehrungspflicht
- Rechtsschutzversicherter Mandant
- Rückgriff des Rechtsschutzversicherers

(OLG München, Urt. v. 25.11.2020 – 15 U 2415/20)

Leitsätze

1. Zwar sind an die anwaltliche Belehrungspflicht gegenüber einem rechtsschutzversicherten Mandanten grundsätzlich keine geringeren Anforderungen zu stellen als gegenüber einem nicht rechtsschutzversicherten Mandanten, aber gerade in Fällen, in denen die Abgrenzung zwischen einer völlig erfolglosen Klage und einer Klage, die (äußerst geringe) Erfolgsaussichten hat, schwierig ist, erscheint es zulässig, die Klageerhebung von der Deckungszusage des Rechtsschutzversicherers abhängig zu machen.
2. Solange der Rechtsanwalt der Obliegenheit des Mandanten gegenüber der Rechtsschutzversicherung über die zutreffende Information hinsichtlich der tatsächlichen Gegebenheiten des Falls nachkommt, bewegt er sich im Rahmen der zu wahrenden Mandanteninteressen. Im Hinblick darauf, dass der Mandant gegenüber dem Rechtsschutzversicherer keine Aufklärungspflicht in rechtlicher Sicht hat, muss der Anwalt aus den Mandanteninteressen nicht ableiten, dass er von einer Klage ohne Erfolgsaussichten auszugehen hatte und daher auch keine Deckungsanfrage hätte stellen dürfen. Im Rahmen der erteilten Deckungszusage oblag die Beurteilung der rechtlichen Erfolgsaussicht des betreffenden Sachverhalts ausschließlich dem Rechtsschutzversicherer.
3. In Fällen, in denen eine Abgrenzung zwischen erfolgloser Klage und Klage mit geringer Erfolgsaussicht schwierig ist, kommt ein Rückgriff des Rechtsschutzversicherers gegen den Rechtsanwalt nach erteilter Deckungszusage nicht in Betracht, sofern eine zutreffende Information über den zu beurteilenden Sachverhalt erfolgt ist.
4. Die Deckungsanfrage eines Rechtsanwalts ist auch dann nicht als zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten zu qualifizieren, wenn die Erfolgsaussichten objektiv extrem risikobehaftet oder nicht gegeben sind, sofern eine zutreffende Aufklärung über den betreffenden Sachverhalt erfolgt ist.
5. Beauftragt der Versicherungsnehmer den Rechtsanwalt unter der Bedingung, dass der Rechtsschutzversicherer eine Deckungszusage erteilt, wird er im Moment des Bedingungseintritts formal zum Kostenschuldner. Innerhalb der gleichen juristischen Sekunde erwirbt er jedoch einen

Befreiungsanspruch gegen seinen Rechtsschutzversicherer, so dass ihm aus einer Schlechterfüllung des Anwaltsvertrags kein Vermögensschaden entsteht.

6. Ein Rechtsanwalt, der die Korrespondenz mit dem Versicherer führt, ist nicht Repräsentant des Mandanten, da sein Aufgabenbereich auf die Interessenwahrnehmung im Einzelfall beschränkt ist. Weiterhin ist er hinsichtlich der Obliegenheit zur Geringhaltung der Kosten auch kein Wissenserklärungsvertreter.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin, ein Rechtsschutzversicherer, macht gegen den Beklagten nach § 86 VVG übergegangene Schadensersatzansprüche wegen Schlechterfüllung eines Anwaltsvertrags geltend.

[2] Der Beklagte vertrat den Zeugen ..., einen Versicherungsnehmer der Klägerin, in einer zivilrechtlichen Angelegenheit. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

[3] Der Zeuge ..., wie der Beklagte Rechtsanwalt, vertrat seinerseits ein Ehepaar in einer gerichtlichen Auseinandersetzung wegen eines Kaufes über die Internetplattform eBay. Der Anwalt der Gegenseite erstattete im Laufe der gerichtlichen Auseinandersetzung gegen den Zeugen ... Strafanzeige wegen falscher Verdächtigung. Der bei der Staatsanwaltschaft München I zuständige Staatsanwalt ... leitete daraufhin ein Ermittlungsverfahren gegen den Zeugen ... ein und ließ die beiden Mandanten des Zeugen ... über die Polizei ihrerseits als Zeugen vernehmen. Im Anschluss hieran wurde das Ermittlungsverfahren gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Eine seitens des Zeugen ... gegen den gegnerischen Anwalt erstattete Strafanzeige wurde durch den zuständigen Staatsanwalt ... gemäß § 152 Abs. 2 StPO eingestellt.

[4] Der Zeuge ... beauftragte im Folgenden den Beklagten, um zivilrechtliche Ansprüche gegen Herrn Staatsanwalt ... persönlich durchzusetzen.

[5] Die Klägerin erteilte auf Antrag des Beklagten dem Zeugen ... Deckungszusage für das außergerichtliche Tätigwerden und für das gerichtliche Verfahren 1. Instanz.

[6] Sowohl vorgerichtlich als auch gerichtlich (Landgericht München I, Az.: 15 O 19170/16) machte der Beklagte für den Zeugen ... Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche geltend. Die Klage wurde abgewiesen. Zur Begründung führte das mit der Klage befasste Gericht aus, dass der beklagte Staatsanwalt ... nicht passiv legitimiert sei und nicht neben seiner Amtstätigkeit als Privatperson tätig geworden sei oder zukünftig

tig tätig werden könne, da der Kläger dem beklagten Staatsanwalt gerade die Verletzung einer Pflicht im Rahmen der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen vorwerfe.

[7] Für das Berufungsverfahren verweigerte die Klägerin die Deckungszusage; das Urteil im vorgenannten Verfahren wurde rechtskräftig.

[8] Anschließend machte die Klägerin gegenüber dem Beklagten mit Anwaltsschreiben vom 20.11.2018 einen Anspruch in Höhe von 6.044,87 € geltend.

[9] Die Klägerin hat vorgetragen, dass der Zeuge ... bei einer Aufklärung durch den Beklagten, dass ein Vorgehen gegen Herrn Staatsanwalt ... persönlich ohne Erfolgsaussichten sei, keinen Auftrag zum außergerichtlichen und gerichtlichen Tätigwerden gegen Herrn ... erteilt hätte.

[10] Der Beklagte hat ausgeführt, dass er den Zeugen ... darüber aufgeklärt habe, dass die persönliche Haftung des Beamten grundsätzlich nach dem § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 Grundgesetz ausgeschlossen sei und daher nicht damit zu rechnen sein dürfte, dass die Ansprüche des Zeugen außergerichtlich durch den Staatsanwalt ... ganz oder teilweise erfüllt werden würden. Er habe jedoch weiter darauf hingewiesen, dass ein Einfallstor durch das Tatbestandsmerkmal "in Ausübung einer hoheitlichen Tätigkeit" bestehen könnte, wenn man dem Beamten ein "schikanöses Verhalten" bzw. ein diskriminierendes Verhalten – die polnische Abstammung des Zeugen ... sei wegen seines Akzentes wahrnehmbar – nachweisen könne; die Haftungsprivilegierung bestünde ja auch nur grundsätzlich. Der Zeuge ... habe sich explizit dafür ausgesprochen, dass nicht gegen den Freistaat Bayern, sondern gegen Staatsanwalt ... persönlich vorgegangen werde. Er habe dem Zeugen ... auch von einer Einholung einer Kostendeckungszusage bei der Klägerin abgeraten. Ohne eine Kostendeckungszusage hätte der Zeuge ... keinen Auftrag erteilt. Dennoch habe der Zeuge auf einer Einholung einer Deckungszusage und einem Tätigwerden bestanden. Nachdem eine Reaktion auf das außergerichtliche Anspruchsschreiben seitens des Gegners nicht erfolgt sei, habe der Zeuge – nach neuerlicher Belehrung – den Beklagten gebeten, eine zivilrechtliche Klage einzureichen, um Ansprüche auf Unterlassung und Entschädigung gerichtlich zu verfolgen.

[11] Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung in Höhe von 6.044,87 € nebst Zinsen verurteilt und zur Begründung ausgeführt:

[12-14] (...)

[15-22] Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung (...)

[23-26] (Anträge: ...)

[27-29] (...)

Aus den Gründen:

[30] Die Berufung des Beklagten hat Erfolg.

A)

[31] 1. Vorliegen einer Pflichtverletzung:

[32] Das Landgericht differenziert im Ausgangspunkt zutreffend zwischen einer Klage ohne (jegliche) Erfolgsaussicht und einer Klage mit (äußerst) geringer Erfolgsaussicht. Aus seiner Sicht ist es insoweit konsequent zu dem Ergebnis gekommen, dass der Beklagte – nachdem er nicht über die fehlende Erfolgsaussicht belehrt habe, sondern nur über die geringen Erfolgsaussichten – eine Pflichtverletzung begangen habe.

[33] In der vorliegenden Konstellation kann der Senat diese Bewertung im Ergebnis nicht teilen:

[34] Im Ausgangspunkt ist zunächst festzustellen, dass die Abgrenzung zwischen einer Klage, der die Erfolgsaussicht völlig fehlt und einer Klage, die (wenn auch nur) geringe Erfolgsaussichten hat, im Einzelfall äußerst schwierig zu treffen sein kann; dennoch ist dem Rechtsanwalt grundsätzlich zuzumuten, diese Abgrenzung vorzunehmen und seinen Mandanten entsprechend zu beraten. Auf der anderen Seite hat der Rechtsanwalt – als ausschließlicher Interessenvertreter seines Mandanten – aber auch dessen Wunsch nach Rechtsverfolgung zu berücksichtigen und soweit möglich umzusetzen. Der Mandant des Beklagten, der Zeuge ..., hatte – nachdem er das Vorgehen des Staatsanwaltes als diskriminierend empfunden hatte – den Wunsch, diesen persönlich zu verklagen. Ausweislich der Angaben des Zeugen ... sei man in der Beratung zu dem Ergebnis gekommen, dass der Freistaat Bayern bei einem vorsätzlichen Handeln des Beamten nicht haften würde und der Beklagte geäußert habe, es sei schwierig gegen den Staatsanwalt vorzugehen. Man habe dann vereinbart, dass die Versicherung die Erfolgsaussichten prüfen sollte und für den Fall, dass eine Kostendeckungszusage erreicht werde, die Klage eingereicht werden solle. Für diesen Fall habe er einen Klageauftrag erteilt.

[35] Dieses Vorgehen stellt aus Sicht des Senats keine Pflichtverletzung des Beklagten dar, da dem Mandanten von vornherein kein Schaden entstehen konnte (hierzu auch nachfolgend Ziffer 3). Zwar sind grundsätzlich an die Belehrungspflicht eines Anwalts gegenüber einem rechtsschutzversicherten Mandanten keine geringeren Anforderun-

gen zu stellen als gegenüber einem nicht rechtsschutzversicherten Mandanten. **Gerade aber in Konstellationen, in denen die Abgrenzung zwischen einer Klage, der völlig die Erfolgsaussicht fehlt und einer Klage, die (äußerst geringe) Erfolgsaussichten hat, schwierig ist, erscheint es dem Senat zulässig, in ausdrücklicher Abstimmung mit dem rechtsschutzversicherten Mandanten die Frage der Klageerhebung von einer Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung abhängig zu machen.** Die Schwierigkeit der Abgrenzung vorliegend zeigt sich im Übrigen auch aus den Ausführungen des Landgerichts, wenn es in den Entscheidungsgründen auf Seite 4 zunächst davon spricht, dass von vornherein keinerlei Erfolgsaussichten für ein Vorgehen gegen den Staatsanwalt bestanden hätten, auf Seite 5 dem Beklagten dann aber vorwirft, nur in unschlüssiger Art und Weise eine Diskriminierung des Zeugen ... in seiner Klage in den Raum gestellt zu haben. So habe der Beklagte nicht vorgetragen, dass die polnische Abstammung des Zeugen ... dem Staatsanwalt kraft eines direkten Kontaktes bekannt geworden sei und diesen damit in seinen Handlungen beeinflusst haben könnte. Letzteres betrifft dann nicht mehr die Frage, dass der Beklagte die Klage überhaupt nicht hätte erheben dürfen, sondern dass er sie nicht erfolgversprechend begründet hatte.

[36] Der entscheidende Gesichtspunkt in der vorliegenden Konstellation für den Senat ist, dass der Anwalt alleiniger Interessenvertreter seines Mandanten ist und insoweit insbesondere kostenwahrende Gesichtspunkte der alleinigen Beurteilung der Rechtsschutzversicherung im Rahmen der Prüfung der Deckungszusage überlassen darf. Solange er der Obliegenheit des Mandanten gegenüber der Rechtsschutzversicherung nachkommt, über die tatsächlichen Gegebenheiten des Falles zutreffend zu informieren, hält er sich weiterhin im Rahmen des zu wahrenden Mandanteninteresses. **Nachdem der Mandant aber gegenüber der Rechtsschutzversicherung keine Aufklärungspflicht in rechtlicher Hinsicht hat, musste auch der Beklagte jedenfalls im vorliegenden Fall nicht aus dem Mandanteninteresse ableiten, dass er von einer Klage ohne Erfolgsaussichten auszugehen hatte und daher gar keine Deckungsanfrage hätte stellen dürfen. Die Beurteilung der rechtlichen Erfolgsaussicht des unterbreiteten Sachverhalts oblag im Rahmen der Erteilung der Deckungszusage alleine der Rechtsschutzversicherung.**

[37] 2. Hypothetische Kausalität

[38] Auch fehlt es an der hypothetischen Kausalität.

[39] Das Landgericht hat im Rahmen der Beurteilung gemäß § 287 BGB angenommen, dass der Zeuge ... bei einer ordnungsgemäßen Belehrung von einem außergerichtlichen und gerichtlichen Vorgehen gegen den Staatsanwalt Abstand genommen hätte und keinen Auftrag für ein Tätigwerden erteilt

hätte. Zwar streite zugunsten der Klägerin nicht der Anscheinsbeweis der Vermutung des beratungsgerechten Verhaltens, allerdings ergebe sich aus dem persönlichen Eindruck des Gerichts, den es vom Zeugen ... in der Verhandlung gewonnen habe, dass dieser bei entsprechender Belehrung von einem Vorgehen insgesamt Abstand genommen hätte.

[40] Der Senat entnimmt den Angaben des Zeugen, dass es für ihn schlimm gewesen sei, dass seine Mandantschaft (in dem gegen ihn eingeleiteten Ermittlungsverfahren) vernommen worden sei. Trotz der Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO hätte es eine Eintragung in das polizeiliche Register mit negativen Folgen gegeben. Der Beklagte habe gesagt, es sei schwierig gegen den Staatsanwalt vorzugehen und er habe schließlich einen Klageauftrag, bedingt durch die Deckungszusage, erteilt. Aus seiner Sicht sei das Verfahren gegen ihn eine Schikane gewesen. Er habe es als Missstand empfunden, dass ein Staatsanwalt nicht zur Verantwortung gezogen werden könne. Es sei offensichtlich gewesen, dass der Staatsanwalt sich nicht im Rahmen des Zulässigen bewegt habe. Auch halte er es für nicht korrekt, dass jetzt gegen den Beklagten seitens der Klägerin vorgegangen werde.

[41] Der aus diesen Angaben gezogene Eindruck des Landgerichts, der Zeuge ... hätte bei entsprechender Belehrung (über die fehlende Erfolgsaussicht) von einem Vorgehen insgesamt Abstand genommen, erscheint dem Senat nicht nachvollziehbar. An keiner Stelle seiner Aussage hat der Zeuge ... konkret angegeben, wie er sich bei einer Belehrung über die fehlende Erfolgsaussicht verhalten hätte; ohne eine entsprechende konkrete Angabe des Zeugen ist für den Senat der Schluss darauf, dass er bei entsprechender Belehrung von der Einholung einer Deckungszusage abgesehen hätte, nicht zulässig. Vielmehr sprechen die zitierten Angaben aus der Aussage des Zeugen ... eher dafür, dass dem Zeugen ... ein Vorgehen gegen den Staatsanwalt bzw. den Freistaat ...n von äußerster Wichtigkeit war und er die Deckungszusage auch dann gestellt hätte, wenn ihm der Beklagte mitgeteilt hätte, dass die Klage ohne Erfolgsaussicht sei.

[42] Insoweit ergeben sich gerade auf der hypothetischen Ebene Beurteilungsunterschiede zum nicht rechtsschutzversicherten Mandanten: Der Senat kann nicht erkennen, warum vorliegend der Zeuge ... von der Einholung einer Deckungszusage hätte absehen sollen, wenn ihm – jedenfalls was die Gerichtskosten und die eigenen Anwaltskosten anbelangte – keine Kosten im Fall der Erteilung einer Deckungszusage entstehen würden. Der Senat kann insbesondere auch nicht erkennen, dass dieses Verhalten nicht mehr "redlich" wäre (so wohl aber die Annahme des OLG Düsseldorf, Urteil vom 03.06.2013 – I-9 U 147/12, bei juris Rn. 25 zum hypothetischen Verhalten eines rechtsschutzversicherten Mandanten).

[43] 3. In der streitgegenständlichen Konstellation fehlt es im Übrigen auch an einem Schaden:

[44] Vorliegend hatte der Zeuge ... den Beklagten unter der Bedingung der Rechtsschutzgewährung/Deckungszusage zum außergerichtlichen und gerichtlichen Tätigwerden beauftragt. Der Zeuge ... hatte weder vor der Deckungszusage Zahlungen erbracht, noch einen unbedingten Anwaltsauftrag erteilt. In solchen Fällen einer bedingten Beauftragung wird der Versicherungsnehmer im Moment des Bedingungseintritts zwar formal zum Kostenschuldner; dem steht aber innerhalb der gleichen juristischen Sekunde der Befreiungsanspruch gegen den Rechtsschutzversicherer gegenüber, so dass die Vermögensbilanz von Anfang an ausgeglichen ist bzw. es von Anfang an zu keinem Zeitpunkt beim Mandanten/Versicherungsnehmer zu einem Vermögensschaden gekommen ist (so zutreffend Cornelius-Winkler, r+s 2020, 432).

B)

[45] Unabhängig davon, dass vorliegend schon aufgrund der konkreten Beurteilung weder eine Pflichtverletzung noch eine hypothetische Kausalität und ein Schaden zu bejahen war, ist der Senat der Ansicht, dass in solchen Fällen, in denen eine Grenzziehung zwischen erfolgloser Klage und Klage mit geringen Erfolgsaussichten schwer zu treffen ist, ein Rückgriff des Rechtsschutzversicherers nach erteilter Deckungszusage abzulehnen ist, wenn eine zutreffende Aufklärung über den tatsächlichen Sachverhalt erfolgt ist:

[46] 1. In der Rechtsprechung wird (wohl überwiegend) vertreten, dass der Rechtsanwalt seinem Mandanten auch bei Vorliegen einer Kostendeckungszusage des Rechtsschutzversicherers von der Erhebung einer objektiv aussichtslosen Klage oder Einlegung eines aussichtslosen Rechtsmittels abraten muss und daher grundsätzlich Regressansprüche gegen den Anwalt in Betracht kommen. Ein Rechtsanwalt habe die Pflicht, keine Kosten auslösenden rechtlichen Schritte zu ergreifen, die nicht geeignet seien, den Rechten des Mandanten zur Durchsetzung zu verhelfen (OLG Celle, Urteil vom 9. 11.2005, 3 U 83/05 bezüglich eines verjährten Anspruchs, allerdings ohne Thematisierung der Deckungszusage); OLG Hamm, Urte. vom 18.02.2017 – 28 U 73/15 (mit Anm. Grams BRAK-Mitt. 2016, 276): Der Rechtsanwalt sei sogar gehalten, bei fehlender Erfolgsaussicht von der Deckungsanfrage bei der Rechtsschutzversicherung abzuraten; so auch schon OLG Düsseldorf, Urte. vom 04.07.2016 – I -9 U 102/14 = MDR 2016, 1176; OLG Hamburg, Urteil vom 27.09.2018 – 1 U 2/18; bei Juris Rn. 30 insbesondere zur Risikoverteilung zwischen Rechtsschutzversicherung und Anwalt; OLG Bamberg, Urteil vom 20.11.2018 – 6 U 19/18, bei Juris insb. Rn. 31 und 39; OLG Köln, Urteil vom 23. Mai 2019 – 24 U 124/18: die Deckungszusage des Rechtsschutzversicherers entfalte keine

Schutzwirkung gegenüber dem Rechtsanwalt und schließe den Rechtsschutzversicherer nicht von der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Anwalt aus); zurückhaltender OLG Jena, Urteil vom 05.07.2019 – 4 U 359/18: Ein Rechtsanwalt muss nicht von einer Klage oder einem Rechtsmittel abraten, solange die Rechtsverfolgung nicht als völlig oder offensichtlich aussichtslos erscheint. Es ist einem Anwalt zuzubilligen, dass er bei einer nicht ganz eindeutigen Sach- und/oder Rechtslage zugunsten seines Mandanten versucht, mit einer für diesen günstigen Rechtsauffassung durchzudringen, sofern diese zumindest als vertretbar erscheint (bei juris Rn. 76 f.); einen Rückgriffsanspruch der Rechtsschutzversicherung ablehnend LG Würzburg, Urteil vom 11.06.2018 – 92 O 2251/16; LG Dortmund, Urteil vom 23.03.2017, 2 S 21/16 (mit Anm. Grams BRAK-Mitt. 2017, 121) insbesondere zur hypothetischen Kausalität/Entscheidung des Mandanten. Vergleiche weitere die ausführlichen Darstellungen von Weinbeer in AnwBl 2020, 26 – 33 "Wie die Rechtsschutzversicherer ihr Risiko auf die Berufshaftpflichtversicherung der Anwälte verlagern" und Dallwig in r + s 2020, 181 ff. "Der Anwaltsregress des Rechtsschutzversicherers").

[47] 2. Gegen die einen Rückgriff des Versicherers befürwortende Rechtsprechung bestehen nach Ansicht des Senats aus nachfolgenden Gründen erhebliche Bedenken:

[48] 2.1. Zwischen dem Mandanten als Versicherungsnehmer und seinem Rechtsschutzversicherer besteht der Rechtsschutzversicherungsvertrag. Davon zu trennen ist der Mandatsvertrag zwischen Mandant und Anwalt. **Zwischen dem Anwalt und der Rechtsschutzversicherung besteht kein Rechtsverhältnis, der Mandatsvertrag besteht ausschließlich zwischen dem Mandanten und dem Anwalt** (hierzu Cornelius-Winkler, r+s 2020, 431). **Der Mandatsvertrag entfaltet auch keine Schutzwirkung zugunsten des Rechtsschutzversicherers** (zutreffend OLG Koblenz, Urteil vom 16. Februar 2011 – 1 U 358/10; bei Juris Rn. 31f). **Ebenso wenig kann sich der Anwalt, wenn er vom Rechtsschutzversicherer des Mandanten in Regress genommen werden sollte, darauf berufen, dass die vom Versicherer erteilte Deckungszusage eine Schutzwirkung zu seinen Gunsten entfalte; die Deckungszusage wurde ausschließlich dem Mandanten/Versicherungsnehmer erteilt. Der Rechtsschutzversicherungsvertrag ist kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Anwalts** (vergleiche OLG Koblenz, Urteil vom 16. Februar 2011 – 1 U 358/10).

[49] 2.2. Zwar findet im rechtsschutzversicherten Mandat keine Reduzierung der anwaltlichen Pflichten gegenüber dem Mandanten statt, so dass insbesondere die Pflicht zur Belehrung über die Erfolgsaussichten der beabsichtigten Rechtsverfolgung besteht und bei objektiver Aussichtslosigkeit eine Ab-ratepflicht (vergleiche hierzu die Darstellung bei Dallwig, aaO,

Ziffer 2, Seite 182). Der Rechtsanwalt bleibt jedoch ausschließlicher Vertreter der Interessen des Mandanten und darf keine widerstreitenden Interessen vertreten (§ 43 a Abs. 4 BRAO).

[50] 2.3. Im Verhältnis zur Rechtsschutzversicherung hat der Anwalt die Obliegenheiten des Mandanten/Versicherungsnehmers zu beachten, insbesondere die vollständige und wahrheitsgemäße Unterrichtung des Versicherers über sämtliche tatsächlichen Umstände des Rechtsschutzfalls und die Angabe von Beweismitteln; ggfls. hat er Unterlagen zur Verfügung zu stellen (vergleiche etwa § 17 Abs. 1 b ARB 2010). Die Unterrichtungspflicht erstreckt sich dabei auch auf ungünstige Umstände, etwa vom Gegner bereits erhobene Einwendungen (BGH, Urteil vom 16. September 1987 – IVa ZR 76/86, bei Juris Rn 11).

[51] Der Versicherer muss in der Lage sein, seine Eintrittspflicht prüfen zu können, insbesondere die Erfolgsaussichten (BGH, Urteil vom 05. Mai 2004 – IV ZR 90/03; bei Juris ab Rn 9 ff). Insofern ist der Anwalt Wissenserklärungsvertreter des Mandanten, § 166 BGB. Verstöße des Anwalts hierbei werden dem Mandanten/Versicherungsnehmer gemäß § 166 BGB zugerechnet.

[52] 2.4. Die Unterrichtungspflicht bezieht sich allerdings nur auf tatsächliche Gegebenheiten (Langheid/Rixecker, VVG 6. Aufl. 2019, § 125 Rn. 10, Harbauer, RSV 8. Aufl., § 17 Rn. 38). Daher muss der Versicherungsnehmer keine eigene rechtliche Bewertung abgeben, insbesondere nicht zu seinen Ungunsten.

[53] Daraus folgt, dass der Rechtsanwalt die Rechtsschutzversicherung entgegen dem Mandanteninteresse auf die (eventuelle) Aussichtslosigkeit nicht hinweisen darf bzw. muss. Er darf nur keine unzutreffenden tatsächlichen Angaben machen.

[54] Zwar hat nach der gesetzlichen Regelung des § 82 Abs. 1 VVG der Versicherungsnehmer bei Eintritt des Versicherungsfalles nach Möglichkeit für die Abwendung und Minderung des Schadens zu sorgen. Dies führt jedoch nicht dazu, dass der Rechtsanwalt als alleiniger Interessenvertreter seines Mandanten verpflichtet wäre, in rechtlicher Hinsicht kostenwahrende Belange des Rechtsschutzversicherers bei der Beratung seines Mandanten berücksichtigen zu müssen. Denn die Abwendungs- bzw. Minderungspflicht bezüglich des Schadens, die den Versicherungsnehmer nach § 82 Abs. 1 VVG trifft, bezieht sich insbesondere nicht auf Rechtsfragen; diese muss der Versicherungsnehmer nicht beurteilen.

[55] Vielmehr ist die Prüfung der Erfolgsaussichten einer Klage eine eigene Aufgabe der Rechtsschutzversicherung im Rahmen ihres Tätigkeitfeldes und es besteht grundsätzlich die Möglichkeit der Ablehnung von Kostendeckung bei fehlender

Erfolgsaussicht oder Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung (§ 128 VVG).

[56] 2.5. Dem Rechtsschutzversicherungsnehmer kann hinsichtlich der Frage, ob er seine versicherungsvertraglichen Obliegenheiten verletzt hat, auch nicht die Rechtskenntnis und/oder das Verhalten seines Rechtsanwalts, der die Korrespondenz mit dem Rechtsschutzversicherer übernommen hat, zugerechnet werden.

[57] 2.5.1. Die allgemeine zivilrechtliche Zurechnungsnorm des § 278 BGB gilt insofern bei versicherungsrechtlichen Obliegenheiten nicht (vergleiche BGH, Urteil vom 14. 5. 2003 – IV ZR 166/02 = r+s 2003, 367).

[58] 2.5.2. Der Rechtsanwalt, der im Rechtsschutzfall die Korrespondenz mit dem Versicherer führt, ist im Verhältnis zwischen Mandant/Versicherungsnehmer und Rechtsschutzversicherer nach richtiger Ansicht auch nicht "Repräsentant" des Versicherungsnehmers. Sein Aufgabenbereich beschränkt sich vielmehr allein auf die Interessenswahrnehmung im Einzelfall und umfasst nicht die Risikoverwaltung im engeren Sinn – wie etwa bei der Sachversicherung – oder eine Vertragsverwaltung.

[59] 2.5.3. Eine Zurechnung gemäß § 17 Abs. 7 ARB 2010 scheidet ebenfalls aus, nachdem diese Regelung unwirksam ist (vergleiche BGH, Urteil vom 14. August 2019 – IV ZR 279/17, bei Juris Rn. 29 = NJW 2019, 3582 ff mit Anmerkungen von Grams).

[60] 2.5.4. Der Anwalt ist hinsichtlich der Kostengeringschuldungsobliegenheit nach richtiger Ansicht auch nicht als Wissenserklärungsvertreter des Versicherungsnehmers damit beauftragt, dem Versicherer gegenüber Erklärungen über Tatsachen abzugeben (hierzu Wendt, r+s 2010, 221 (230); der Anwalt ist vom Versicherungsnehmer insbesondere nicht beauftragt, anstelle des Versicherungsnehmers für das Versicherungsverhältnis rechtserhebliche Tatsachen zur Kenntnis zu nehmen (Wendt, aaO). Nicht erheblich ist auch, dass der Anwalt aufgrund seiner Rechtskenntnisse beurteilen kann, was der kostengünstigste Weg ist.

[61] 2.5.5. Selbst wenn man aber eine Haftung des Mandanten/Rechtsschutzversicherungsnehmers für seinen Anwalt als Repräsentant des Versicherungsnehmers bejahen wollte, wäre ein Schadensersatzanspruch des Versicherers gegen den Anwalt zu verneinen, weil der Versicherungsnehmer aufgrund der Deckungszusage des Versicherers (deklaratorisches Schuldanerkenntnis) "Bestandsschutz" hätte, ihm der Versicherungsschutz also wegen einer Obliegenheitsverletzung, die der Versicherer zum Zeitpunkt der Erteilung der Deckungszusage erkennen konnte, nicht rückwirkend entzogen werden

kann und damit auch kein Schaden hat, der auf den Rechtsschutzversicherer übergehen könnte (vgl. hierzu auch Cornelius-Winkler, r+s 2020, 431, der mit dem Einwand der Treuwidrigkeit argumentiert und weiter zutreffend darauf hinweist, dass der Rechtsschutzversicherer den Versicherungsschutz nach § 3a ARB 2000 ff. wegen fehlender Erfolgsaussicht ablehnen kann).

[62] Ein weiteres Argument lässt sich an dieser Stelle auch aus einem Urteil des BGH (vom 17.11.2009 - VI ZR 58/08; es ging um den gesetzlichen Forderungsübergang gemäß § 35 BeamtenVG) entnehmen, der ausgeführt hat, dass im Fall des gesetzlichen Forderungsübergangs die Obliegenheit zur Schadensminderung in entsprechender Anwendung des § 254 Abs. 2 BGB ausnahmsweise den Zessionar treffen kann, wenn er den rechtlichen und tatsächlichen Einfluss auf die Schadensentwicklung in der Weise erlangt hat, dass die Zuständigkeit für die Schadensminderung weitgehend auf ihn verlagert ist und die Eigenverantwortung des Geschädigten entsprechend gemindert erscheint (vgl. insoweit den Hinweis von Cornelius-Winkler, r+s 2020, 433).

[63] Der Rechtsschutzversicherer kann nicht nur erheblichen Einfluss auf die Schadensminderung nehmen, sondern das Entstehen des Schadens durch den Einwand fehlender Erfolgsaussichten und/oder der Mutwilligkeit vollständig verhindern, wogegen eine Eigenverantwortlichkeit des Geschädigten, also des Versicherungsnehmers vollständig entfallen ist.

[64] 2.6. Insoweit kann man in einer Deckungsanfrage eines Anwalts auch dann kein zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten des Rechtsanwaltes sehen, wenn objektiv die Erfolgsaussichten extrem risikobehaftet oder nicht gegeben sind, solange über die zugrundeliegenden Tatsachen des Falles zutreffend informiert wurde.

[65] Der Senat erachtet die Rechtsansicht des OLG Celle (Beschluss vom 5.7.2010 – 3 U 83/10) für zutreffend, das folgendes ausgeführt hat: "Erteilt ein Rechtsschutzversicherer in Kenntnis der erstinstanzlichen Entscheidung sowie der Rechtsmittelbegründung eine Deckungszusage für die Durchführung des Rechtsmittelverfahrens, kann er, wenn das Rechtsmittel auf unveränderter Tatsachengrundlage zurückgewiesen wird, den Prozessbevollmächtigten nicht mit der Begründung, dieser hätte von der Durchführung des Rechtsmittelverfahrens wegen erkennbarer Aussichtslosigkeit abraten müssen, auf Erstattung der entstandenen Gerichts- und Anwaltskosten in Anspruch nehmen".

[66] Diese Ansicht gilt auch für die zeitlich vorausgehende Konstellation, in der der Anwalt für den Mandanten eine Klage ohne Erfolgsaussicht bzw. mit nur geringer Erfolgsaussicht erhoben hat, für die er – nach zutreffender Unterrichtung der

Rechtsschutzversicherung über die zugrundeliegenden Tatsachen – von dieser eine Deckungszusage erhalten hat.

[67] Eine Rechtsgrundlage für eine Inanspruchnahme des Anwalts ist nach Ansicht des Senats nicht erkennbar, sodass ein Regress der Rechtsschutzversicherung ausscheidet.

(...)

Rechtsanwaltshaftung

- Wiedereinsetzung
- Erregung eines Missverständnisses bei Kanzleiangestellten

(BGH, Beschl. v. 22.6.2021 – VI ZB 15/20)

Leitsatz

Der Rechtsanwalt hat durch organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig gefertigt wird und innerhalb der laufenden Frist beim zuständigen Gericht eingeht. In der Wahl des Verfahrens, mit dem er dies gewährleistet, ist er dabei grundsätzlich frei. Er hat aber sein Möglichstes zu tun, um Fehlerquellen bei der Eintragung und Behandlung von Rechtsmittelfristen auszuschließen.

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Der Kläger hat gegen das ihm am 8. August 2019 zugestellte Urteil des Amtsgerichts Berufung eingelegt. Die Berufungsbegründungsfrist ist am 8. Oktober 2019 abgelaufen. Am 9. Oktober 2019 ist die Berufungsbegründung beim Landgericht eingegangen. Das Landgericht hat die Berufung des Klägers als unzulässig verworfen und in den Gründen ausgeführt, die Voraussetzungen für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand lägen nicht vor. Mit der Rechtsbeschwerde begehrt der Kläger die Aufhebung dieses Beschlusses und Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsbegründungsfrist, hilfsweise Zurückverweisung.

II.

[2] Nach Auffassung des Berufungsgerichts beruht die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist auf einem Verschulden der Prozessbevollmächtigten des Klägers, welches ihm nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen sei. Die Prozessbevollmächtigte habe nicht ihr Möglichstes getan, um Fehlerquellen bei der Eintragung und Behandlung von Fristen auszuschließen. Die Verfügung vom 4. Oktober 2019 "Verlängerung 1 Monat - wenn Parallelurteil noch nicht da" sei missverständlich und genüge nicht den Voraussetzungen einer präzisen anwaltlichen Einzelanweisung. Aus ihr gehe nicht hervor, dass die Akte zum Fristablauf wieder vorgelegt werden müsse. Sie erwecke

zudem den Eindruck, dass die Berufungsbegründungsfrist bereits verlängert worden sei. Daran ändere das Vorbringen des Klägers im Schriftsatz vom 4. November 2019 nichts, es habe sich nicht um eine Einzelanweisung, sondern um eine Notiz bzw. einen Bearbeitungsvermerk der Prozessbevollmächtigten an sich selbst gehandelt. Entscheidend sei, dass die Angestellte die Notiz als Weisung in dem Sinne habe missverstanden können und auch tatsächlich missverstanden habe, dass sie zur Löschung der Begründungsfrist berechtigt sei, ohne dass es einer Rückversicherung bei der Prozessbevollmächtigten in Befolgung der allgemeinen Organisationsanweisung bedurft habe. Der Vortrag des Klägers, Einzelanweisungen würden per Diktat, persönlicher Ansprache oder digital erteilt, sei unerheblich, da an der Möglichkeit der Weisungserteilung durch Aktenvermerk im Grundsatz kein Zweifel bestehe. Eine Notiz, die geeignet sei, das Missverständnis hervorzurufen, es liege eine Einzelanweisung vor, sei sorgfaltspflichtwidrig.

Aus den Gründen:

III.

[3] Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO). Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

[4] 1. Dies ist allerdings nicht schon deshalb der Fall, weil der angefochtene Beschluss keine Darstellung des Sachverhalts enthält. Zwar müssen Beschlüsse, die der Rechtsbeschwerde unterliegen, den maßgeblichen Sachverhalt, über den entschieden wird, wiedergeben, denn das Rechtsbeschwerdegericht hat grundsätzlich von demjenigen Sachverhalt auszugehen, den das Berufungs- oder Beschwerdegericht festgestellt hat (§ 577 Abs. 2 Satz 4, § 559 ZPO; st. Rspr., vgl. Senatsbeschluss vom 20. Dezember 2011 - VI ZB 28/11, juris Rn. 3; BGH, Beschlüsse vom 7. Juli 2010 - XII ZB 59/10, NJW-RR 2010, 1648, Rn. 6; vom 2. Dezember 2020 - XII ZB 303/20, FamRZ 2021, 447 Rn. 6; vom 30. März 2021 - VIII ZB 37/19, z.V.b., Rn. 22 f., 32 mwN). Enthält der angefochtene Beschluss keine ausreichenden tatsächlichen Feststellungen, ist das Rechtsbeschwerdegericht zu einer rechtlichen Überprüfung nicht in der Lage und der Beschluss bereits deshalb wegen eines von Amts wegen zu berücksichtigenden Verfahrensmangels aufzuheben (st. Rspr., vgl. Senatsbeschlüsse vom 20. Dezember 2011 - VI ZB 28/11, juris Rn. 3; vom 19. Januar 2021 - VI ZB 41/20, NJW-RR 2021, 317 Rn. 4; BGH, Beschlüsse vom 3. Dezember 2009 - IX ZB 238/08, juris Rn. 4; vom 22. Februar 2018 - V ZB 157/17, juris Rn. 5, jeweils mwN). Das Fehlen einer Sachdarstellung bleibt hier jedoch folgenlos, weil sich der für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Beschlusses erforderliche (hier: prozessuale) Sachverhalt mit hinreichender

Deutlichkeit aus den Beschlussgründen und den dort in Bezug genommenen Akteilen ergibt (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Januar 2009 - II ZB 6/08, NJW 2009, 1083, juris Rn. 10).

[5] 2. Der angefochtene Beschluss verletzt den Kläger in seinem verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz. Dieser gebietet es, einer Partei die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht aufgrund von Anforderungen an die Sorgfaltspflicht ihres Prozessbevollmächtigten zu versagen, die nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht verlangt werden und die der Partei den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren (st. Rspr., vgl. nur Senatsbeschluss vom 17. Dezember 2019 - VI ZB 19/19, NJW-RR 2020, 311 Rn. 6 mwN). Mit der Begründung des Berufungsgerichts kann dem Kläger die beantragte Wiedereinsetzung nicht versagt werden.

[6] a) Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass ein Rechtsanwalt alles ihm Zumutbare tun muss, um die Wahrung von Rechtsmittelfristen zu gewährleisten. **Er hat durch organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig gefertigt wird und innerhalb der laufenden Frist beim zuständigen Gericht eingeht. In der Wahl des Verfahrens, mit dem er dies gewährleistet, ist er dabei grundsätzlich frei. Er hat aber sein Möglichstes zu tun, um Fehlerquellen bei der Eintragung und Behandlung von Rechtsmittelfristen auszuschließen** (vgl. Senatsbeschlüsse vom 16. Oktober 2018 - VI ZB 68/16, NJW-RR 2019, 502 Rn. 10; vom 28. Mai 2013 - VI ZB 6/13, NJW 2013, 2821 Rn. 9; BGH, Beschluss vom 29. Oktober 2019 - VIII ZB 103/18, NJW-RR 2020, 52, Rn. 11, jeweils mwN).

[7] b) **Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht angenommen, die Prozessbevollmächtigte des Klägers habe dadurch Fehlerquellen in das Geschehen hineingetragen, dass sie eine Notiz in die Akte aufgenommen habe, die geeignet gewesen sei, bei ihrer Kanzleiangestellten das Missverständnis hervorzurufen, darin liege die von der allgemeinen Organisationsregelung abweichende Einzelanweisung, die eingetragene Frist zur Berufungsbegründung ohne weitere Rückversicherung bei der Prozessbevollmächtigten zu löschen. Das Berufungsgericht hat übersehen, dass die Frage, ob eine Aktennotiz als Einzelanweisung missverstanden werden kann, nicht abstrakt, sondern anhand der konkreten Umstände der jeweiligen Büroorganisation zu beurteilen ist.**

[8] Ausweislich der dem Schriftsatz des Klägers vom 4. November 2019 beigefügten eidesstattlichen Versicherung der Angestellten seiner Prozessbevollmächtigten erfolgten "alle" Arbeitsanweisungen der Prozessbevollmächtigten per Diktat, persönlicher Ansprache oder digitaler Anweisung in einen auf die Angestellte lautenden Postkorb, nicht hingegen über

(handschriftliche) Vermerke in oder auf der Akte. Dementsprechend habe sie solche Vermerke in all den Jahren nie als Arbeitsanweisung aufgefasst. Derartige Vermerke seien als Gedankensstütze und Bearbeitungsvermerk ausschließlich für die Rechtsanwältin gedacht.

[9] Legt man der rechtlichen Beurteilung diese - mangels abweichender Feststellungen als glaubhaft zu unterstellenden - Ausführungen zur konkreten Büroorganisation zugrunde, kann der Prozessbevollmächtigte des Klägers eine Sorgfaltspflichtverletzung nicht vorgeworfen werden. Sie musste nicht damit rechnen, dass der nur für sie gedachte Bearbeitungsvermerk "Verlängerung 1 Monat - wenn Parallelurteil noch nicht da" von ihrer Angestellten als Anweisung fehlgedeutet werden würde, die Berufungsbegründungsfrist entgegen der allgemeinen Organisationsregelung ohne Rückversicherung bei ihr zu löschen.

IV.

[10] Der angefochtene Beschluss war aufzuheben und die Sache zur erneuten Entscheidung über das Wiedereinsetzungsgesuch des Klägers an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Mangels ausreichender tatsächlicher Feststellungen kann nicht beurteilt werden, ob sich der angefochtene Beschluss aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 577 Abs. 3, 5 ZPO). Bei der erneuten Entscheidung wird sich das Berufungsgericht mit den Einwänden der Parteien in den Rechtsmittelschriften auseinanderzusetzen haben.

GI Literaturhinweis

Streck: Körperschaftsteuergesetz (KStG)

Der "Streck" kommentiert auch in seiner 10. Jubiläumsausgabe in prägnanter und präziser Form das Körperschaftsteuergesetz sowie als Anhang das KapErhStG.

Er ist ein steueranwaltlicher Kommentar, der das sichere Recht für Steuererklärungen, Steuerveranlagungen und Steuergergestaltung aufbereitet, zudem das Augenmerk auf Steuerrechtsargumente lenken will, die für die steuerrechtliche und streitige Auseinandersetzung wichtig sind.

Dabei stellt das **ABC der verdeckten Gewinnausschüttungen** (vGa) und **verdeckten Einlagen** mit mehr als 110 Seiten und rund 370 Stichwörtern ein ganz besonderes Qualitätsmerkmal und weiterhin einen Schwerpunkt dieses Werks dar.

Wertvolle Beratungs- und Gestaltungshilfen bietet außerdem das rund 130 Seiten umfassende Beratungs-ABC mit Praxis-Hilfen für die Beratung und themenübergreifender Information.

Vorteile auf einen Blick

- KStG und KapErhStG mit Stand Januar 2021
- Konzentration auf das Wesentliche
- ABC-Darstellungen an wichtigen Stellen
- Beratungs- und Gestaltungshilfe

Die vollständig überarbeitete Neuauflage führt den Leser durch detailliertere Untergliederungen der Kommentierungen besser durch die Lektüre. Das Beratungs-ABC wurde weiter ausgebaut und ist die tragende Säule der Neuauflage.

Buch. Hardcover (In Leinen)
10., neubearbeitete Auflage. 2022
XXIX, 976 S.
C.H.BECK. ISBN 978-3-406-76348-9

Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht

Das 1978 erstmals aufgelegte Standardwerk zur Vertragsgestaltung bietet auch in der 14. Auflage dem Rechtsanwalt, Notar, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer eine umfassende Anleitung und Absicherung bei der Anfertigung und Prüfung von zivil-, handels- und gesellschaftsrechtlichen Verträgen und Willenserklärungen. Ausführliche Anmerkungen erschließen und fundieren jedes Formular. Sie gehen auf Gestaltungsvarianten ein. Sie geben auch weiterführende Hinweise auf Rechtsprechung und Literatur und zeigen die Grenzen auf.

Die Neuauflage spiegelt den aktuellen Stand der Gesetzgebung und Rechtsprechung wieder. Hierzu zählen das neue Stiftungsrecht, die gesetzlichen Vorgaben für den Bereich der Digitalwirtschaft, das veränderte WEG-Recht und die 8. HOAI-Novelle und das neue Personengesellschaftsrecht.

Als neues Formular wurde der Kaufvertrag über eine grundbesitzende GmbH und die Testamentserrichtung durch Übergabe einer offenen Schrift aufgenommen.

Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, C.H. Beck, 14. Auflage, 2022, XLVII, 3026 S., Leinen 149 EUR, ISBN 978-3-406-76308-3

GI Literatur-Ecke

Brügge: Haftung des Rechtsanwalts bei Deckungszusage, NJW aktuell 50/2021, 17

Cranshaw: Voraussetzungen grob fahrlässiger Verletzung von Sorgfaltspflichten des Insolvenzverwalters bei Verjährung anfechtungsrechtlicher Rückgewähransprüche | OLG Brandenburg v. 21.07.2021 – 7 U 134/19, jurisPR-InsR 22/2021 Anm. 2

Dahns: Beratungspflichten hinsichtlich der Erfolgsaussichten, Praxishinweis zu BGH, Urt. v. 16.9.2021 – IX ZR 165/19, NJW Spezial 1/2022, 30

Dahns: Anwaltsvertrag als Fixgeschäft, Praxishinweis zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.10.2021 – 24 U 265/29, NJW Spezial 1/2022, 31

Embser/Embser: Anwaltshaftung: Das neue StaRUG: Über 100 neue Paragraphen und ein sperriger Name, AK 2021, 203-205

Endert: Möglichkeiten und Grenzen der Übertragung steuerlicher Risiken auf Dritte, StuW 2014, 106-115

Fortmann: Anmerkung zu einer Entscheidung des OLG Köln, Urteil vom 11.05.2021 (9 U 145/20) – Zu den Voraussetzungen eines Direktanspruchs gegen den Haftpflichtversicherer nach § 115 Abs. 1 Nr. 2 VVG, RuS 2021, 513

Gehm: Steuerberaterhaftung: Unzutreffende sozialversicherungsrechtliche Behandlung von Gesellschafter-Geschäftsführern, KP 2022, 14-15

Hömig/Matz: Zum Schätzungsschaden des Mandanten, Anmerkung zu OLG Hamm, Beschl. v. 17.9.2021 – I-25 U 58/20, DStR 2022, 117

Jungk: Die Rechtsprechung des BGH zum Anwaltshaftungsrecht, NJW 2021, 2630

IWW Institut Anwaltshaftung: Was aussichtslos wird, darf nicht fortgeführt werden | FMP 2021, 207

Karwatzki: Inanspruchnahme der Anwaltschaft durch die Rechtsschutzversicherer, VersR 2021, 1412

Leibner/Brete/Koobs: Krisenfrüherkennung und Haftung nach StaRUG in der Beratungspraxis, NWB Nr. 47 vom 26.11.2021 Seite 3470

Mayer: Entwicklungen zur Rechtsanwaltsvergütung, NJW 2021, 3432

Meixner/Schröder: Zur Rechtsanwaltshaftung bei einem rechtskundigen Mandanten, Anmerkung zu OLG Brandenburg, Urt. v. 18.2.2021 – 4 U 129/20, DStR 2021, 2710

Meixner/Schröder: Grenzen der anwaltlichen Dritthaftung bei Insolvenzverschleppung, Anmerkung zu OLG Köln, Urt. v. 12.8.2021 – 18 U 197/20, DStR 2022, 61

Morschhäuser: Verträge aus dem Baukasten – Jetzt auch legal, CR 2021, 808-811

Nolting: Die Umwandlung anwaltlicher Berufsausübungsgesellschaften nach MoPeG und BRAO-Reform, BB 2021, 1795

Offermann-Burckart: Die kleine BRAO-Reform, NJW 2021, 3560

Prelinger: Zurechnung medizinischen Fachwissens innerhalb einer Anwaltskanzlei?, Anmerkung zu BGH 6. Zivilsenat, Urteil vom 26.05.2020 – VI ZR 186/17, jurisPR-MedizinR 11/2021 Anm. 1

Wessing: Eine Entscheidung mit Folgen: Der BGH zur Entbindung von der Schweigepflicht im Fall Wirecard, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 27.01.2021 – StB 44/20, StV 2021, 392

Willems: Zwischen Rechtsberatung und Weisungstreue, Haftungsseite, NJW-aktuell 3/2022, 17

GI service

Wichtige Info zur GI!

Nichts verpassen und GI als Newsletter abonnieren!

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

Service-Fax

(0511) 645 111 3661

Bitte senden Sie Ihre Anfragen zu folgenden Themen an die oben stehende Fax-Nummer:

- Adressänderungen
 - Nachbestellung von einzelnen GI-Heften
 - Anforderung einzelner GI-Urteile (bitte Jahrgang und Seitenzahl angeben).
-

Worauf Sie sich verlassen können:

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

Impressum

GI Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

Herausgeber

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

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

Redaktion

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

Erscheinungsweise

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

Abonnementservice

Telefax: 0511-6451113661