

# GI aktuell

> Ausgabe 5 / 10.2022 / 42. Jahrgang  
 > Informationen für wirtschaftsprüfende,  
 rechts- und steuerberatende Berufe

## Inhalt

Editorial.....	210
GI Entscheidungen .....	211
GI Literatur-Ecke .....	262

<b>Rechtsanwaltshaftung.....</b>	<b>211</b>
Belehrungspflicht / Formbedürftigkeit / Beurkundung von Annexverträgen / Abgrenzung zur Notarhaftung (LG Bremen, Urt. v. 25.2.2022 – 4 O 2013/20)	

<b>Wiedereinsetzung .....</b>	<b>216</b>
Wiedereinsetzung / Computerfax / Vortrag zum Wiedereinsetzungsantrag (BGH, Urt. v. 26.1.2021 – VI ZB 46/20)	

<b>Rechtsanwaltshaftung.....</b>	<b>218</b>
Rechtsschutzversicherter Mandant / Risikohinweis / Erteilung einer Deckungszusage / Mitverschulden (LG Köln, Urt. v. 28.7.2020 – 22 O 432/19)	

<b>Versicherungsrecht.....</b>	<b>224</b>
Vertraglich begründete Treuhändertätigkeit / Einrichtung eines Kontos für Mandanten / Versicherte Berufstätigkeit? / Bereicherungsanspruch nach Insolvenzanfechtung (OLG Köln, Urt. v. 24.5.2022 – 9 U 173/20)	

<b>Steuerberaterhaftung .....</b>	<b>230</b>
Beschränktes Mandat / Umsatzsteuerjahreerklärung / Innergemeinschaftliche Lieferung (OLG Nürnberg, Beschl. v. 8.12.2021 – 3 U 3060/21)	

<b>Steuerberaterhaftung .....</b>	<b>234</b>
Buchhaltungsfehler: Leistungen ohne Rechnung / Darlegungs- und Beweislast / Kausalität: Anscheinsbeweis / Ermittlungsverfahren gegen Mandanten / Auflagenzahlung, § 153a StPO (OLG Karlsruhe, Urt. v. 30.3.2022 – 3 U 11/20)	

<b>Prospekthaftung.....</b>	<b>247</b>
Prospekthaftung im weiteren Sinne / Ansprüche aus spezialgesetzlicher Prospekthaftung / Vorrang der spezialgesetzlichen Prospekthaftung (BGH, Beschl. v. 14.6.2022 – XI ZR 395/21)	

<b>Steuerberaterhaftung .....</b>	<b>254</b>
Lohnbuchführungsmandat / Gesellschafter-Geschäftsführer / Sozialversicherung (OLG Hamm, Urt. v. 8.4.2022 – 25 U 42/20)	

## Reale Sicherheit in der digitalen Welt.

Starke Lösungen  
und Expertise:  
von Spezialisten  
für Spezialisten.

- > Firmen und Freie Berufe
- > Cyberversicherung

**HDI**

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.



Rafael Meixner  
Rechtsanwalt



## Editorial

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

Das **LG Bremen** hat den **Pflichtenkreis** des **Rechtsanwalts** vom Pflichtenkreis des **Notars** klar abgegrenzt: Der Anwalt hat über die Formbedürftigkeit eines Vertrages – das „Ob“ der Beurkundungsbedürftigkeit – zu belehren. Das „Wie“ der Beurkundung fällt allein in den Pflichtenkreis des Notars.

Nach einer Entscheidung des **OLG Köln** ist die **Treuhänderfähigkeit eines Rechtsanwalts** nur dann eine versicherte Anwaltsstätigkeit, wenn es zu seinen Aufgaben gehört, den Treugeber auch in **Rechtsfragen zu beraten**. Offen blieb, ob Ansprüche aus einer **Insolvenzanfechtung** überhaupt versicherte gesetzliche Haftpflichtansprüche darstellen.

Eine nach § 153a StPO vom Mandanten zu zahlende **Geldauflage** kann grundsätzlich eine vom Steuerberater zu erstattende Schadenposition darstellen. Zu prüfen ist aber ein **Mitverschulden** des Mandanten, wenn dieser im Strafverfahren nicht einen Freispruch zu erwirken versucht hat. Nach Ansicht des **OLG Karlsruhe** liegt kein Mitverschulden vor, wenn der Mandant Betriebsausgaben zum Teil nicht belegen kann, Auswirkungen eines Strafverfahrens auf seinen Ruf als Arzt fürchtet und eine öffentliche Diskussion des Sachverhalts im Interesse seiner Familie abwenden will.

**Sozialversicherungsrechtliche Nachzahlungsbeträge** der GmbH für die Gesellschafter-Geschäftsführer kommen nach einer Entscheidung des **OLG Hamm** als Schaden der Gesellschaft in Betracht. Etwaige Vorteile der Gesellschafter-Geschäftsführer sind für den im Rahmen der Schadensermittlung anzustellenden Gesamtvermögensvergleich nicht im Wege einer **konsolidierten Schadensbetrachtung** einzubeziehen.

Ihr Rafael Meixner

## Rechtsanwaltshaftung

- Belehrungspflicht
- Formbedürftigkeit
- Beurkundung von Annexverträgen
- Abgrenzung zur Notarhaftung

(LG Bremen, Urt. v. 25.2.2022 – 4 O 2013/20)

### Leitsatz

Der Anwalt hat den Mandanten über die Formbedürftigkeit eines Vertrages zu belehren. Ihn trifft die Pflicht über das „ob“ der Beurkundungsbedürftigkeit hinzuweisen, nicht aber in allen Einzelheiten hinzuweisen, wie die Beurkundung zu erfolgen hat. Das „wie“ der Beurkundung fällt in den Pflichtenkreis des Notars.

### Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin begehrt von der Beklagten Schadensersatz wegen des Vorwurfs einer anwaltlichen Pflichtverletzung.

[2] Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

[3] Die Klägerin einigte sich mit der H GmbH und der G GmbH über den Kauf und die anschließende Vermietung eines Grundstücks in Stadt1 (Straße1). Hierzu sollte ein Grundstückskauf-, ein Miet-, und ein Bürgschaftsvertrag abgeschlossen werden.

[4] Am 26.03.2019, drei Tage vor der geplanten Beurkundung, fand ein persönliches Gespräch zwischen dem Sachbearbeiter der Beklagten, Rechtsanwalt A, und dem Geschäftsführer der Klägerin statt. Gegenstand dieser Besprechung war der von der Klägerin vorgelegte Kaufvertragsentwurf.

[5] Im Anschluss an dieses Gespräch übersendete die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 27.03.2019 den von ihr geänderten Kaufvertragsentwurf.

[6] Die Beklagte wies in diesem Schreiben darauf hin, dass dem Kaufvertrag als wesentliche Änderung der noch abzuschließende Mietvertrag und die Bürgschaftserklärung des Herrn G persönlich, beigelegt werden.

[7] Auf Seite 18 des Kaufvertragsentwurfs wurde durch die Beklagte entsprechend folgende Änderung vorgenommen:

[8] *„Dem Kaufvertrag werden zu Nachweiszwecken als Anlagen beigelegt.“*

*a) der Mietvertrag zwischen der Käuferin und der Firma G GmbH vom ...*

*b) die Bürgschaftsurkunde des Erschienenen zu 1. Herrn G persönlich vom ...*

*Herr G persönlich bestätigt die durch ihn übernommene Bürgschaft.*

*Beide Urkunden sind wesentlicher Bestandteil des Kaufvertrages.“*

[9] In dem letztlich am 29.03.2019 von dem Nebenintervenienten beurkundeten Kaufvertrag wurde diese Änderung nahezu identisch übernommen. Dort heißt es auf Seite 17/18 wie folgt:

[10] *„Dem Kaufvertrag werden zu Nachweiszwecken als Anlagen beigelegt:*

*a) der Mietvertrag zwischen der Käuferin und der Firma G GmbH vom 29.3.2019 – 11 Seiten -*

*b) die Bürgschaftsurkunde des Erschienenen zu 1., Herrn G persönlich vom 29.3.2019 – 3 Seiten -*

*Hierzu erklären die Erschienenen:*

*Die vorstehend näher beschriebenen Anlagen sind wesentlicher Bestandteil dieses Kaufvertrages.“*

[11] Weiter sah der von der Beklagten geänderte Kaufvertragsentwurf folgenden Schlusssatz vor:

[12] *„Das Protokoll ist den Erschienenen von dem Notar vorgelesen, von ihnen genehmigt und von ihnen und dem Notar eigenhändig wie folgt unterschrieben worden.“*

[13] In dem endgültigen Vertragstext vom 29.03.2019 wurde folgender Schlusssatz durch den Nebenintervenienten beigelegt:

[14] *„Das Protokoll ist den Erschienenen von dem Notar vorgelesen, die Anlagen zur Durchsicht vorgelegt, von ihnen genehmigt und von ihnen und dem Notar eigenhändig, wie folgt, unterschrieben worden.“*

[15] Hinsichtlich des Inhalts des geänderten Kaufvertragsentwurfs wird auf Anlage K4 und hinsichtlich des am 29.03.2019 beurkundeten Kaufvertrags auf Anlage K 1 Bezug genommen.

[16] Im Juli 2020 stellte die Verkäuferin des Grundstücks einen Antrag im einstweiligen Verfügungsverfahren mit dem Ziel, die Eigentumsübertragung des Grundstücks zu verhindern.

[17] Durch Urteil des Hans. Oberlandesgerichts Bremen vom 15.10.2020 (Az. 3 W 24/20) wurde der Klägerin untersagt, die Eigentumsübertragung weiterzuverfolgen, einen Eintragungsantrag zu stellen oder einen eventuell gestellten Eintragungsantrag weiter zu betreiben. Zur Begründung führte das Hans. Oberlandesgericht im Wesentlichen aus, dass der Kaufvertrag gemäß § 125 BGB nichtig sei, weil es auch der Beurkundung der beigefügten Anlagen bedurft hätte.

[18] In den Entscheidungsgründen heißt es auszugsweise:

[19] *„Der Kaufvertrag der Parteien vom 29.03.2019 ist gemäß § 125 BGB nichtig, da die gesetzlich vorgeschriebene Form des § 311b Abs. 1 S.1 BGB nicht gewahrt ist. Hiernach bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Diese Form ist nicht eingehalten, wenn Erklärungen überhaupt nicht beurkundet wurden oder als nach dem Beurkundungsverfahren recht unwirksam sind. Gemäß § 13 Abs. 1 BeurkG muss die Niederschrift in Gegenwart des Notars den Beteiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben werden; soweit die Niederschrift auf Karten, Zeichnungen oder Abbildungen verweist, müssen diese den Beteiligten anstelle des Vorlesens zur Durchsicht vorgelegt werden. Da Erklärungen in einem Schriftstück, auf das in der Niederschrift verwiesen und das dieser beigefügt wird, gem. § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG als in der Niederschrift selbst enthalten gelten, müssen auch die in einer Anlage zur Niederschrift enthaltenen Willenserklärungen der Beteiligten in vollem Umfang vorgelesen werden (...).*

[20] *Dass der Kaufvertrag und der Bürgschaftsvertrag nicht vorgelesen wurden, sondern lediglich im Notartermin vorlagen und von den Beteiligten paraphiert wurden, ergibt sich aus der notariellen Urkunde selbst (...).*

[21] *Hinzu kommt schließlich, dass die am Mietvertrag beteiligte G GmbH beim Notartermin gar nicht anwesend bzw. vertreten war. Herr G hat an der Beurkundung ausweislich der Urkunde nur handelnd für sich selbst im eigenen Namen und in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Verfügungsklägerin teilgenommen. Auch insoweit ist das Beurkundungserfordernis hinsichtlich des Mietvertrages nicht erfüllt.“*

[22] Im Anschluss an das Urteil des Hans. Oberlandesgerichts wurden die zwischen der Klägerin und der Verkäuferin und Mieterin geschlossenen Verträge rückabgewickelt.

[23] Die Klägerin ist der Ansicht, der Beklagten sei eine anwaltliche Pflichtverletzung zur Last zu legen, weil sie die Klägerin nicht darauf hingewiesen habe, dass für die Wirksamkeit der Verträge auch die Beurkundung des Miet- und Bürgschaftsvertrages erforderlich sei.

[24] Da die Beklagte den Vertrag dahingehend ergänzt habe, dass der Miet- und Bürgschaftsvertrag dem Kaufvertrag zu Nachweiszwecken beigefügt werden, hätte die Beklagte ausdrücklich darauf hinweisen müssen, dass es notwendig sei, auch den Miet- und Bürgschaftsvertrag zu verlesen.

[25] Hätte die Beklagte einen entsprechenden Hinweis erteilt, dann hätte die Klägerin den Nebenintervenient auf das Erfordernis der Beurkundung sämtlicher Vereinbarungen hingewiesen und dieser wäre dem Hinweis gefolgt.

[26] Da der Notar nach § 19 BNotO nur subsidiär hafte, müsse die Beklagte für die der Klägerin entstandenen Schäden einstehen.

[27] Insgesamt sei der Klägerin aufgrund der Formnichtigkeit der Verträge ein Schaden in Höhe von 1.142.181,12 € entstanden.

[28] Dieser Schaden setze sich aus den nachfolgenden Positionen zusammen:

[29] - entgangene Mieterträge in Höhe von 1.027.122,29 € zuzüglich der erstatteten Miete für November 2019 in Höhe von 20.000,00 €,

[30] - Gerichts- und Anwaltskosten in Höhe von 50.469,10 €,

[31] - Notar- und Anwaltskosten, die zur Rückabwicklung der Verträge angefallen sind, in Höhe von insgesamt 12.547,45 €,

[32] - Umlagefähige Kosten in Höhe von 29.465,10 €,

[33] - Kosten für die Löschungsbewilligung der Pfandfreimachung in Höhe von 114,24 €,

[34] - Grundbuchkosten in Höhe von 2.982,50 €.

[35] Durch Klageschriftsatz vom 24.11.2020 hat die Klägerin dem Notar B den Streit verkündet. Durch Schriftsatz vom 23.02.2021 ist dieser dem Rechtsstreit auf Klägerseite beigetreten.

[36] Nachdem die Klägerin den Schaden ursprünglich auf 1.081.630,36 € und durch Schriftsatz vom 22.04.2021 auf 1.139.603,94 € beziffert hat, beantragt sie nunmehr,

[37-38] (...)

[39] Der Nebenintervenient hat sich der Klage angeschlossen.

[40] Die Beklagte beantragt,

[41] (...)

[42] Die Beklagte ist der Ansicht, dass die Beachtung von Formvorschriften und die Gestaltung und Durchführung der Beurkundung ausschließlich die Aufgabe des beurkundenden Nebenintervenienten gewesen sei.

[43] Der letztlich beurkundete Vertrag sei ferner überhaupt nicht Gegenstand der Prüfung des bearbeitenden Rechtsanwalts gewesen. Lediglich die diesem Vertrag vorausgehenden Entwürfe seien inhaltlich überprüft worden. Der geschlossene Kaufvertrag sei sowohl noch in wesentlichen Punkten geändert, als auch ohne Übernahme aller Änderungen der Beklagten beurkundet worden.

[44] Dass der Miet- und Bürgschaftsvertrag tatsächlich nicht beurkundet worden seien, bestreitet die Beklagte mit Nichtwissen.

[45] Im Übrigen sei der Mietvertrag wirtschaftlich nichts wert, da die Mieterin nicht in der Lage gewesen sei, die Miete zu bezahlen. Das Ausfallrisiko sei bei der Berechnung der entgangenen Mieteinnahmen nicht berücksichtigt worden.

[46] Die eingeforderten Notarkosten zur Rückabwicklung der Verträge seien schon nicht erstattungsfähig, weil die Rückabwicklung keiner gesonderten und mit zusätzlichen Kosten versehenen Beurkundung bedürft hätte. Daneben müsse sich die Klägerin die aus der Rückabwicklungsvereinbarung folgende Zahlung der Verkäuferin in Höhe von 150.000,00 € im Rahmen der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen.

[47] (...)

#### Aus den Gründen:

[48] Die Klage ist hinsichtlich des Klageantrags 2) unzulässig und im Übrigen unbegründet.

I.

[49] Der Klageantrag zu 2) ist im Lauf des Rechtsstreits unzulässig geworden.

[50] Das erforderliche Feststellungsinteresse (§ 256 ZPO) für den Klageantrag zu 2) war im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung nicht mehr gegeben.

[51] Das **Feststellungsinteresse** als besondere Ausformung des Rechtsschutzinteresses ist das schutzwürdige Interesse des Klägers an baldiger Feststellung. Soweit dem Kläger ein einfacherer oder zumindest gleich effektiver Weg zur Erreichung seines Rechtsschutzziels zur Verfügung steht, entfällt das Feststellungsinteresse. Dies ist insbesondere der Fall, wenn es dem

Kläger möglich und zumutbar ist, eine sein Rechtsschutzziel erschöpfende Klage auf Leistung zu erheben. Denn durch diese könnte er im Sinn einer besseren Rechtsschutzmöglichkeit den Streitstoff in einem Prozess klären. Die auf Feststellung des Anspruchs gerichtete Klage ist dann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unzulässig (vgl. nur BGH, Versäumnisurteil vom 21. Februar 2017 – XI ZR 467/15 –, juris Rn. 14 mwN; Versäumnisurteil vom 2. März 2012 – V ZR 159/11 –, juris Rn. 14 mwN).

[52] Allerdings ist ein Kläger grundsätzlich nicht gehalten, **seine Klage in eine Leistungs- und in eine Feststellungsklage aufzuspalten**, wenn bei Klageerhebung ein Teil des Schadens schon entstanden, die Entstehung weiteren Schadens aber noch zu erwarten ist. Denn es besteht keine allgemeine Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber der Leistungsklage. Vielmehr ist eine Feststellungsklage trotz der Möglichkeit, Leistungsklage zu erheben, zulässig, wenn die Durchführung des Feststellungsverfahrens unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit zu einer sinnvollen und sachgemäßen Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte führt. Dementsprechend kann der Kläger nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann, wenn eine Schadensentwicklung noch nicht abgeschlossen ist, in vollem Umfang Feststellung der Ersatzpflicht begehren (vgl. nur BGH, Urteil vom 30. März 1983 – VIII ZR 3/82 –, juris Rn. 27 mwN; Urteil vom 19. April 2016 – VI ZR 506/14 –, juris Rn. 6 mwN).

[53] Ursprünglich – bei Klageerhebung – bestand ein Feststellungsinteresse, da die Klägerin zu diesem Zeitpunkt (noch) nicht in der Lage war, ihren Schaden abschließend zu beziffern. Als Prozessvoraussetzung muss das Feststellungsinteresse grundsätzlich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorliegen (Zöller/Greger, Zivilprozessordnung, 34. Aufl. 2022, § 256 ZPO, Rn. 7c). Der Vortrag der Klägerin zu einem angeblich noch zu erwartenden (weiteren) Schaden rechtfertigt nicht die Annahme des notwendigen Feststellungsinteresses nach § 256 Abs. 1 ZPO im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung. Durch Schriftsatz vom 22.04.2021 teilte die Klägerin mit, dass die Verkäuferin den Kaufpreis erstattet und die gerichtlichen Verfahren abgerechnet worden sind, sodass der Schaden abschließend beziffert werden könne. Weitere mögliche Folgeschäden werden seitens der Klägerin nicht dann nicht mehr dargetan. Fällt das Feststellungsinteresse im Lauf des Rechtsstreits weg, wird die Klage ex nunc unzulässig (Zöller/Greger, Zivilprozessordnung, 34. Aufl. 2022, § 256 ZPO, Rn. 7c).

II.

[54] Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz wegen der Verletzung von Pflichten aus dem Anwaltsvertrag gemäß §§ 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit §§ 611, 675 BGB.

1.

[55] Zwischen den Parteien ist ein Anwaltsvertrag nach Maßgabe der §§ 611 ff., 675 ff. BGB zustande gekommen. Es steht nicht im Streit, dass die Beklagte damit beauftragt worden ist, den streitgegenständlichen Grundstückskaufvertrag vor dessen Beurkundung inhaltlich zu prüfen und zu ergänzen.

2.

[56] Die Beklagte hat die sie aus dem Vertragsverhältnis obliegenden Pflichten bereits objektiv im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB nicht verletzt.

2.1

[57] Der Maßstab für die Bewertung der Pflichten eines Rechtsanwalts richtet sich nach Inhalt und Umfang des erteilten Mandats. Der Rechtsanwalt muss im Rahmen des erteilten Auftrags die rechtlichen Interessen des Mandanten nach jeder Richtung umfassend wahrnehmen.

[58] Ein um eine Beratung ersuchter Rechtsanwalt ist zu einer umfassenden und möglichst erschöpfenden Beratung seines Mandanten verpflichtet. Unkundige muss er über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren. Er hat 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 relativ sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist. Zweifel und Bedenken, zu denen die Sachlage Anlass gibt, muss der Anwalt darlegen und mit seinem Mandanten erörtern (st. Rspr., BGH, Urteile vom 20. Oktober 1994 - IX ZR 116/93 - NJW 1995, 449, 450 unter I. 2. a); vom 20. Juni 1996 - IX ZR 106/95 - NJW 1996, 2929, 2931 unter II. 1.; vom 19. Januar 2006 - IX ZR 232/01 - NJW-RR 2006, 923, 924 Rn. 14; vom 23. November 2006 - IX ZR 21/03 - NJW-RR 2007, 569, 570 Rn. 10; jew. m.w.N.).

[59] Berät ein Rechtsanwalt seinen Mandanten über Rechtsgeschäfte, die nur unter Einhaltung einer bestimmten Form rechtswirksam abgeschlossen werden können, genügt er im Allgemeinen seiner Verpflichtung aus dem Anwaltsvertrag nicht mit dem bloßen Hinweis auf die Formbedürftigkeit. Er muss dem Mandanten vielmehr auch das besondere Risiko deutlich machen, das dieser eingeht, wenn er ohne Beachtung der Form das Rechtsgeschäft abschließt oder die Formwahrung auf einen späteren Zeitpunkt verschiebt (vgl. Fischer, Handbuch der Anwaltschaftung, 4. Auflage, § 2 Rn. 312).

[60] Dass die Beklagte in diesem Pflichtenkreis einen Anwaltsfehler begangen hat, ist weder dargetan noch sonst wie ersichtlich.

2.2

[61] Entsprechend der genannten Grundsätze kann von einem Rechtsanwalt erwartet werden, dass dieser seinen Mandanten im Falle der Formbedürftigkeit eines Vertrages darauf hinweist, dass dieser Vertrag für dessen Wirksamkeit von einem Notar beurkundet werden muss.

[62] Im hiesigen Rechtsstreit ist allerdings unstreitig, dass die Beurkundung des streitgegenständlichen Kaufvertrages zum Zeitpunkt der inhaltlichen Überprüfung seitens der Beklagten kurz bevorstand. **Unstreitig wusste die Klägerin, dass der Kaufvertrag formbedürftig ist** und von einem Notar beurkundet werden muss.

[63] Eines gesonderten Hinweises der Beklagten darauf, dass neben dem Kaufvertrag auch die diesem Vertrag als Anlagen beigefügten Verträge beurkundet werden müssen, bedurfte es dagegen nicht.

2.2.1

[64] Sowohl die dem streitgegenständlichen Kaufvertrag beigefügte **Bürgschaft** als auch der **Mietvertrag** waren ebenso wie der **Kaufvertrag** nach § 311b BGB beurkundungspflichtig.

[65] Zwar bedürften sowohl Bürgschaft- als auch der Mietvertrag isoliert betrachtet nicht der notariellen Form, jedoch teilen sie hier die Formbedürftigkeit des Kaufvertrages.

[66] Werden im Zusammenhang mit einem Grundstückskaufvertrag weitere, an sich nicht formbedürftige Vereinbarungen getroffen, so unterliegen diese dem Formzwang des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB, wenn und soweit die Abreden nach dem Willen der Beteiligten **rechtlich untrennbar zu einer Einheit verbunden** sind, das heißt miteinander stehen und fallen sollen (vgl. Grziwotz in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 311b BGB, Rn. 51).

[67] Dass der Grundstücksvertrag einerseits und Mietvertrag sowie Bürgschaft andererseits miteinander stehen und fallen sollen, wird von den Parteien nicht in Abrede gestellt.

[68] Ob die Verträge tatsächlich nicht beurkundet worden sind, kann im hiesigen Verfahren dahinstehen, denn selbst unterstellt die Verträge wären durch den Nebenintervenient nicht verlesen worden, begründet dies keine Pflichtverletzung der Beklagten.

### 2.2.2

**[69] Die Hinweispflicht eines Rechtsanwalts betrifft nur das „Ob“ einer erforderlichen Beurkundung und der Rechtsfolgen bei dessen Nichtbeachtung, gerade aber nicht das „Wie“ der Beurkundung.**

**[70]** Weiß der Rechtsanwalt, dass der Mandant sich zur Beurkundung des Vertrages in die Hände eines Notars begibt, darf er darauf vertrauen, dass der Notar die Regelungen des Beurkundungsgesetzes kennt, beachtet und einhält. **Von einem Rechtsanwalt kann nicht erwartet werden, dass er seinen Mandanten zusätzlich darüber belehrt, welche Einzelheiten der Notar im Rahmen der Beurkundung zu beachten und wie die Beurkundung zu erfolgen hat,** denn ansonsten würden den Rechtsanwalt faktisch die Pflichten treffen, die durch die Rechtsordnung ausdrücklich dem Notar auferlegt worden sind.

**[71]** Aus diesem Grund durfte die Beklagte hier darauf vertrauen, dass der Nebenintervenient den streitgegenständlichen Kaufvertrag einschließlich der Anlagen ordnungsgemäß beurkunden wird.

### 2.2.3

**[72]** Auch die Tatsache, dass die Beklagte den Miet- und Bürgschaftsvertrag erst kurz vor der Beurkundung dem Kaufvertrag beigefügt und den Vertrag entsprechend ergänzt hat, rechtfertigt keine andere rechtliche Bewertung.

**[73]** Der durch die Beklagte geänderte Kaufvertragsentwurf enthielt den ausdrücklichen Hinweis auf die als Anlagen beigefügten Verträge. Die Formulierung „Die vorstehend näher beschriebenen Anlagen sind wesentlicher Bestandteil des Kaufvertrages“ ist unmissverständlich.

**[74]** Auch entspricht die Beurkundung der Anlagen gerade den Anforderungen des Beurkundungsgesetzes, dessen Einhaltung im Pflichtenkreis des Nebenintervenienten lag. Das Vorlesen der Niederschrift einschließlich der als Anlage beigefügten Schriftstücke ist das Essentielle einer Beurkundung durch den Notar, eben gerade weil die Nichtbeachtung der Formvorschriften die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge hat.

**[75]** Gemäß § 13 Abs. 1 BeurkG muss die Niederschrift in Gegenwart des Notars den Beteiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben werden; soweit die Niederschrift auf Karten, Zeichnungen oder Abbildungen verweist, müssen diese den Beteiligten anstelle des Vorlesens zur Durchsicht vorgelegt werden. In der Niederschrift soll festgestellt werden, dass dies geschehen ist.

**[76]** Gemäß § 9 Abs. 1 BeurkG muss die Niederschrift die Bezeichnung des Notars und der Beteiligten sowie die Erklärungen der Beteiligten enthalten. Erklärungen in einem Schriftstück, auf das in der Niederschrift verwiesen und dass dieser beigefügt wird, geltend als in der Niederschrift selbst enthalten.

**[77]** Dass der Notar die Anforderungen die das Beurkundungsgesetz an die Beurkundung von Anlagen stellt kennt, durfte die Beklagte deshalb zweifelsfrei unterstellen.

**[78]** Der zur Unwirksamkeit des Vertrages führende „Mangel“ folgt damit gerade nicht aus dem Vertrag selbst. Nicht die von der Beklagten verwendete Formulierung oder das Einfügen des Miet- und Bürgschaftsvertrages ist Ursache für die Formunwirksamkeit der Verträge, sondern die unterbliebene, ordnungsgemäße Beurkundung seitens des Nebenintervenienten.

### 2.2.4

**[79]** Ebenso durfte die Beklagte darauf vertrauen, dass Nebenintervenient neben der Beurkundung der Anlagen auch die an der Beurkundung Beteiligten feststellt und in der Niederschrift bezeichnet.

**[80]** Die Pflicht des Notars zur Feststellung der Beteiligten folgt aus § 10 BeurkG. Danach soll die Person der Beteiligten in Niederschrift so genau bezeichnet werden, dass Zweifel und Verwechslungen ausgeschlossen sind.

**[81]** Folgerichtig hätte der Nebenintervenient im Zuge der Beurkundung der Anlagen und damit des Mietvertrages auch die Mieterin, die G GmbH vertreten durch den alleinvertretungsberechtigten G, als Beteiligten feststellen und in der Niederschrift bezeichnen müssen oder sich bei Zweifeln an der Vertretungsberechtigung jedenfalls erkundigen und die Beurkundung ggf. zu einem anderen Zeitpunkt durchführen müssen.

### 2.2.5

**[82]** Eine Haftung der Beklagten ist auch nicht im Lichte der Regelung des § 19 BNotO begründbar.

**[83]** Verletzt der Notar vorsätzlich oder fahrlässig die ihm anderen gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er diesen den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen. Fällt dem Notar nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn die Verletzten nicht auf andere Weise Ersatz verlangen mögen, § 19 Abs.1 BNotO.

**[84]** Hat der Geschädigte einen Rechtsanwalt mit der Wahrung seiner Interessen beauftragt ist dieser nur dann vorrangig in

Anspruch zu nehmen, soweit diesem ebenfalls eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann. Eine anderweitige Ersatzmöglichkeit im Sinne dieser Vorschrift scheidet deshalb schon im Hinblick auf das Fehlen einer Pflichtverletzung der Beklagten aus.

**[85] Die Haftungsprivilegierung zu Gunsten des Notars entspricht der allgemeinen Regelung bei Ansprüchen aus Amtspflichtverletzungen, § 839 Abs.1 S. 2 BGB.** Sie ist im Hinblick auf die besondere Art der notariellen Amtstätigkeit gerechtfertigt. Denn zunächst besteht Beurkundungszwang; spiegelbildlich dazu ist der Notar zur Amtstätigkeit verpflichtet, so dass er sich im Gegensatz zu anderen beratenden Berufen für ihn risikoreichen Tätigkeiten nicht entziehen kann. Es sollen die Haftungsrisiken gemildert werden, die sich darauf ergeben, dass der Notar die Vornahme von Amtsgeschäften gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO grundsätzlich nicht verweigern darf.

**[86] Ein solches Schutzbedürfnis besteht im Verhältnis zu Rechtsanwälten insbesondere dann, wenn der Rechtsanwalt an der Vertragsgestaltung mitgewirkt und über entsprechende aus dem Vertrag resultierende Risiken nicht aufgeklärt/hinreichend belehrt hat.**

**[87]** Da gerade risikoreiche Geschäfte eben auch aufgrund der Warn- und Beweisfunktion notariell beurkundet werden müssen, liegt hier oftmals eine Kollision mit § 17 BeurkG vor. Nach dieser Vorschrift obliegt auch dem Notar die Verpflichtung, den Willen der Beteiligten zu erforschen, den Sachverhalt zu klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiederzugeben. Dabei muss auch der Notar darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden.

**[88]** Ist dem Rechtsanwalt etwa eine Pflichtverletzung im Hinblick auf die Gestaltung des Vertrages vorzuwerfen, welche erhebliche Risiken für seinen Mandanten zur Folge hat, so trifft ggf. auch den Notar die Pflicht auf solche Risiken hinzuweisen. So liegt der Fall hier aber gerade nicht. Der „Fehler“/das „Risiko“ liegt nicht in der Vertragsgestaltung, sondern nur darin, dass der Nebenintervenient die Anlagen des Vertrages nicht vorgelesen hat (oder das – streitige - Vorlesen nicht zutreffend beurkundet hat). **Die Verträge an sich begründen hier gerade keine Pflichtverletzung, sondern schlicht die unterbliebene Beurkundung.** Die ordnungsgemäße Beurkundung lag – wie bereits ausgeführt – allein im Pflichtenkreis des Nebenintervenienten.

**[89]** Eine – wie von der Klägerin angenommene – Hinweisverpflichtung des Rechtsanwaltes auf die Durchführung der Beur-

kundung wäre nach Auffassung der Kammer allenfalls in atypischen Vertragsgestaltungen zu erwarten, bei denen auch für den geschulten und kundigen Notar eine Beurkundungsfrage „versteckt/kompliziert“ wäre und damit die Vertragsgestaltung selbst eine „Gefahr“ für die ordnungsgemäße Beurkundung geschaffen hat. Dies ist aber vorliegend gerade nicht der Fall. **Die vorliegende Frage der Mitbeurkundung von Annex-Verträgen, insbesondere Miet- und Bürgschaftsverträgen, gehört zum Standardwissen und ist in gängigen Kommentierungen ohne Weiteres nachzulesen** (vgl. Eylmann/Vaasen, 4. Aufl., § 9 BeurkG, Rn. 15).

3. (...)

## Wiedereinsetzung

- Wiedereinsetzung
- Vortrag zum Wiedereinsetzungsantrag
- Computerfax

(BGH, Urt. v. 26.1.2021 – VI ZB 46/20)

## Leitsätze

1. Macht der Berufungskläger geltend, dass die Unterschrift seines Prozessbevollmächtigten eingescannt und in dieser Form unter die als Computerfax übermittelte Berufungsschrift gesetzt worden sei, muss er im Rahmen der ihm nach § 236 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 ZPO obliegenden geschlossenen, aus sich heraus verständlichen Schilderung der tatsächlichen Abläufe jedenfalls darlegen, wer zu welchem Zeitpunkt die Berufungsschrift mit der eingescannten Unterschrift versehen hat.
2. Für den Fall, dass das Büropersonal dies erledigt hat, muss er zudem Vortrag zum Ausbildungsstand und zur Zuverlässigkeit der eingesetzten Bürokräften und zu deren Kontrolle halten und diesen glaubhaft machen (§ 236 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 ZPO).

## Zum Sachverhalt:

**[1]** Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Schadensersatz in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Urteil wurde der Klägerin am 24. Februar 2020 zugestellt. Am 9. März 2020 ist eine Berufungsschrift des Prozessbevollmächtigten der Klägerin als Fax ohne Unterschrift beim Oberlandesgericht eingegangen. Mit Verfügung vom 3. April 2020 hat das Berufungsggericht die Klägerin auf die fehlende Unterschrift hingewiesen und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 21. April 2020 eingeräumt. Am 21. April 2020 hat die Klägerin vorgetragen, dass der Berufungsschriftsatz vom 9. März 2020 mit einer Unterschrift versehen und auch in dieser Form an das

Gericht übermittelt worden sei; der - mit einer Unterschrift versehene - Schriftsatz wurde als Anlage beigefügt. Am 22. April 2020 hat die Klägerin (erneut) Berufung eingelegt und zugleich Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsfrist beantragt.

[2] Zur Begründung hat die Klägerin im Wesentlichen vorgebracht, es müsse davon ausgegangen werden, dass ein Übertragungsfehler am Empfangsgerät vorgelegen habe. Die Berufungsschrift sei von ihrem Prozessbevollmächtigten per Fax versendet worden. Die Kanzlei des Prozessbevollmächtigten nutze zur Versendung von Schriftsätzen per Fax den e-Fax Service "Interfax". Dieser Service sei mit der elektronischen Akte der Klägerin verbunden. Zum Versenden eines Dokuments müsse deshalb nur in der elektronischen Akte bei dem entsprechenden Dokument auf "Versenden/Drucken" geklickt werden. Dann erscheine ein kleines Fenster, in dem der Versand "Per Fax" ausgewählt werden könne. Werde dann auf "Versenden" geklickt, erscheine ein kleines Fenster "Ausgehendes Fax konfigurieren". Hier könne neben dem Absender der Empfänger "Berufungsgericht" ausgewählt werden. Bestätigt werde der Vorgang mit einem Klick auf "OK"; das Fax werde versendet. Daraufhin erscheine ein neuer Vorgang in der Akte, wodurch dem Versender der Sendevorgang mit einem kleinen Rädchen angezeigt werde. Sobald dieses Rädchen grün sei, sei das Fax ordnungsgemäß versendet worden. Diesen Vorgang habe der Prozessbevollmächtigte der Klägerin am 9. März 2020 ordnungsgemäß durchgeführt. Der erfolgreiche Abschluss des Sendevorgangs sei dem Prozessbevollmächtigten durch das grüne Rädchen bestätigt worden. Zum Beweis hat die Klägerin den Sendebereich vom 9. März 2020 vorgelegt; zudem hat ihr Prozessbevollmächtigter die Richtigkeit der seine Wahrnehmung betreffenden Angaben anwaltlich versichert.

[3] Mit Verfügung vom 23. April 2020 hat das Berufungsgericht der Klägerin Gelegenheit eingeräumt, bis zum 14. Mai 2020 ihren Vortrag zur Einlegung der Berufung per Fax dahingehend zu ergänzen, wie und in welcher Form bei der geschilderten Versendungsart die Unterschrift generiert werde. Die Klägerin hat daraufhin am 14. Mai 2020 mitgeteilt, dass es sich bei einem Fax über den e-Fax Service "Interfax" um ein Computerfax handle. Ein körperliches Originalschriftstück sei nicht vorhanden, vielmehr werde die Unterschrift des Erklärenden eingescannt und als Wiedergabe der Unterschrift in Kopie unter den Schriftsatz gesetzt.

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

#### Aus den Gründen:

[5] Die statthafte (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO) Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Sie ist unzulässig. Eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts ist weder zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Die maßgeblichen Rechtsfragen sind in der höchstrichterlichen Rechtsprechung geklärt und der angefochtene Beschluss verletzt nicht den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs, auf ein willkürfreies Verfahren und auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 103 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip).

[6] 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass der zulässige Wiedereinsetzungsantrag unbegründet sei, weil nach dem Wiedereinsetzungsvortrag die Möglichkeit offen bleibe, dass die Fristversäumung vom Prozessbevollmächtigten der Klägerin verschuldet worden sei. Werde ein Schriftsatz mit Computerfax eingereicht, gälten besondere Sorgfaltsanforderungen. Das elektronische Dokument müsse vor Absendung gesondert mit einer eingescannten Unterschrift des Rechtsanwalts, der den Schriftsatz verantwortet, versehen werden. Dem Wiedereinsetzungsantrag lasse sich weder entnehmen, wie die Unterschrift auf den Schriftsatz gelangt sei, d.h. wer die Unterschrift eingescannt habe, noch ob und gegebenenfalls von wem das Dokument kontrolliert worden sei. Es fehle somit hinsichtlich der Übermittlung des Computerfaxes an einem zusammenhängenden Vortrag der wiedereinsetzungsbegründenden Tatsachen.

[7] 2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand. Die Zurückweisung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist ist nicht zu beanstanden. Die Klägerin hat nicht glaubhaft gemacht, dass sie ohne ein ihr nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechenbares Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten daran gehindert gewesen wäre, die Berufungsfrist einzuhalten.

[8] a) Bei der von dem Klägerevertreter gewählten Übermittlung der Berufungsschrift durch die elektronische Versendung einer Textdatei auf ein Faxgerät des Berufungsgerichts handelt es sich um ein sogenanntes **Computerfax**. **Dabei werden mangels Vorhandenseins eines körperlichen Originalschriftstücks beim Absender die Voraussetzungen der für bestimmende Schriftsätze gesetzlich erforderlichen Schriftform gemäß § 130 Nr. 6 ZPO entweder dadurch gewahrt, dass die Unterschrift des Erklärenden eingescannt wird, oder dadurch, dass auf dem Schriftsatz der Hinweis angebracht wird, dass der benannte Urheber wegen der gewählten Übertragungsform nicht unterzeichnen kann** (vgl. Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 5. April 2000 - GmS-OGB 1/98, BGHZ 144, 160, 164 f.).

[9] b) Im vorliegenden Fall hat die Klägerin geltend gemacht, dass die Unterschrift ihres Prozessbevollmächtigten eingescannt und in dieser Form unter die Berufungsschrift gesetzt worden sei. Dieser Vortrag lässt vollständig offen, durch wen die Unterschrift eingescannt und unter die Berufungsschrift gesetzt worden sei, ob also dies der Prozessbevollmächtigte selbst oder dessen Büropersonal getan haben soll.

[10] Unabhängig von der Frage, ob es sich beim Einscannen der Unterschrift des Klägers in die Berufungsschrift überhaupt um eine einfache, von einem Rechtsanwalt zulässigerweise auf sein Büropersonal übertragbare Verrichtung oder um eine vom Rechtsanwalt selbst zu erledigende Tätigkeit handelt (ausdrücklich offengelassen von BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2014 - XI ZB 13/13, NJW-RR 2015, 624 Rn. 18), hätte die Klägerin im Rahmen der ihr nach § 236 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 ZPO obliegenden geschlossenen, aus sich heraus verständlichen Schilderung der tatsächlichen Abläufe (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Januar 2013 - I ZB 76/11, AnwBl 2013, 233 Rn. 7 m.w.N.) jedenfalls darlegen müssen, wer zu welchem Zeitpunkt die Berufungsschrift vom 9. März 2020 mit der eingescannten Unterschrift versehen hat. Für den Fall, dass das Büropersonal dies erledigt haben sollte, hätte die Klägerin zudem Vortrag zum Ausbildungsstand und zur Zuverlässigkeit der eingesetzten Bürokraft und zu deren Kontrolle halten (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2014 - XI ZB 13/13, NJW-RR 2015, 624 Rn. 18 f.) und diesen glaubhaft machen müssen (§ 236 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 ZPO).

[11] All dies ist nicht geschehen. Das Wiedereinsetzungsverfahren beschränkt sich vielmehr im Wesentlichen auf eine detaillierte Schilderung des technischen Versendungsgeschehens; Angaben zu dem diesem vorgelagerten Einbringen der eingescannten Unterschrift enthält es nicht.

[12] c) Da es sich bei einem Computerfax zivilprozessual um ein schriftliches Dokument in der Form einer Telekopie (§ 130 Nr. 6 ZPO) und nicht um ein elektronisches Dokument (§ 130a ZPO) handelt (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2014 - XI ZB 13/13, NJW-RR 2015, 624 Rn. 9 ff. m.w.N.), stellen sich die von der Rechtsbeschwerde zu § 130a Abs. 3 ZPO formulierten Rechtsfragen im Streitfall nicht.

[13] 3. War dem Antrag auf Wiedereinsetzung nicht stattzugeben, hat das Berufungsgericht die Berufung der Klägerin wegen Versäumung der Berufungsfrist zu Recht als unzulässig verworfen (§ 517, § 519 Abs. 4 i.V.m. § 130 Nr. 6 ZPO).

## Rechtsanwaltshaftung

- Rechtsschutzversicherter Mandant
- Risikohinweis
- Erteilung einer Deckungszusage
- Mitverschulden

(LG Köln, Urf. v. 28.7.2020 – 22 O 432/19)

### Leitsätze

1. Die Pflicht eines Rechtsanwalts, seinen Mandanten grundsätzlich umfassend und möglichst erschöpfend rechtlich zu beraten und, falls eine Klage oder Berufung nur wenig Aussicht auf Erfolg verspricht, hierauf und auf die damit verbundenen Risiken hinzuweisen, gilt gleichermaßen auch dann, wenn der Mandant rechtsschutzversichert ist.
2. Die Erteilung einer Deckungszusage durch den Rechtsschutzversicherer gegenüber seinem Versicherungsnehmer ändert an der Schadenersatzverpflichtung des Rechtsanwalts weder dem Grunde noch der Höhe nach nichts. Sie hat auch unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens nach §§ 254 Abs. 2, 278 BGB keinen Einfluss auf die Höhe der Schadenersatzverpflichtung (Anschluss OLG Köln, 3. März 2020, 9 U 77/19).

### Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin verlangt aus übergegangenem Recht Schadenersatz aufgrund mangelhafter Prozessführung durch die Beklagten. Die Klägerin ist eine Rechtsschutzversicherung. Die Beklagte zu 1) ist eine Rechtsanwaltssozietät in Form der GbR, die Beklagten zu 2) und 3) sind Gesellschafter der Beklagten zu 1).

[2] Die Beklagte zu 1) vertrat einen Versicherungsnehmer der Klägerin, den Zeugen G F (im Folgenden: Versicherungsnehmer), im Rahmen eines Mandats. Die betreute Rechtsstreitigkeit betraf den Widerruf eines Immobiliendarlehens des Versicherungsnehmers und seiner Ehefrau, der F1 F, bei der E AG (in der Folge: Bank) als Rechtsvorgängerin der D AG aus dem Jahr 2008.

[3] Am 29.05.2008 schlossen der Versicherungsnehmer und seine Ehefrau mit der Bank einen Darlehensvertrag über 92.000,00 EUR ab. Die Vertragsunterlagen enthielten die aus der Anlage K2 ersichtliche Widerrufsbelehrung. Das Darlehen wurde zum 01.05.2015 auf Wunsch der Eheleute F vorzeitig abgelöst.

[4] Mit Schreiben vom 11.04.2016 erklärten die Eheleute F den Widerruf ihrer auf den Abschluss des vorgenannten Vertrages gerichteten Willenserklärungen. Mit anwaltlichem Schreiben

vom 21.06.2016 wandten sich die Beklagten für den Versicherungsnehmer und dessen Frau an die Bank und forderten diese zum Anerkenntnis des Widerrufs auf.

[5] Mit Schriftsatz vom 26.10.2016 erhoben die Beklagten namens ihrer Mandanten sodann Klage gegen die Bank beim Landgericht Köln, wobei insgesamt in der Hauptsache ein Betrag von 56.317,16 EUR geltend gemacht wurde. Ihr Vorbringen in der Klage stützten die Beklagten u.a. ausdrücklich auf die Entscheidung "BGH, 12.07.2016 Az. XI ZR 564/15".

[6] Mit Urteil vom 29.06.2017 wies das Landgericht Köln die Klage mit Hinweis darauf ab, dass der Bank der gesetzliche Musterschutz nach den §§ 14 Abs. 1, Abs. 3, 16 BGB-InfoV zugute käme. Das Landgericht stützte sich dabei u.a. auf die zuvor genannte Entscheidung des BGH vom 12.07.2016.

[7] Die Beklagten legten sodann am 14.07.2017 namens der Eheleute F gegen das vorgenannte Urteil Berufung ein, welche vom OLG Köln nach entsprechendem Hinweisbeschluss des Senats vom 14.09.2017 mit Beschluss vom 19.10.2017 als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen wurde. Eine eingehende Beratung der Eheleute F durch die Beklagten zu den Risiken des gerichtlichen Vorgehens, insbesondere zum Inhalt der höchstrichterlichen Rechtsprechung oder zur Möglichkeit der Verwirkung, fand zu keinem Zeitpunkt statt.

[8] Die Klägerin zahlte im Laufe des Rechtsstreits an die Beklagten, an die Justizkasse NRW sowie an die gegnerischen Prozessbevollmächtigten insgesamt einen Betrag in Höhe von 19.155,17 EUR. Sie forderte die Beklagten vorprozessual zur Zahlung des nunmehr klageweise geltend gemachten Forderungsbetrages, der die Kosten für die außergerichtliche Vertretung unberücksichtigt lässt, auf, welche die Beklagten mit Schreiben vom 28.08.2018 endgültig ablehnten.

[9] Die Klägerin behauptet, dass ihr insgesamt ein Betrag i.H.v. 17.806,19 EUR als kausaler Schaden entstanden sei. Betreffend die genaue Aufschlüsselung des Schadens wird auf die Seiten 11 sowie 17 und 18 der Klageschrift verwiesen.

[10] Die Klägerin ist der Auffassung, dass die Widerrufsbelehrung der Bank fehlerfrei gewesen und dies zum Zeitpunkt der Klage auch durch höchstrichterliche Rechtsprechung bestätigt worden sei. Im Übrigen sei das Widerrufsrecht der Mandanten der Beklagten jedenfalls verwirkt gewesen. Folglich sei die Klage ihres Versicherungsnehmers und seiner Ehefrau von Anfang an aussichtslos gewesen. Insoweit ist die Klägerin der Auffassung, dass die Beklagten bei ordnungsgemäßer Beratung ihren Mandanten von einer Weiterverfolgung des Anspruches hätten abraten müssen anstatt die ihrer Auffassung nach völlig aussichtslose Klage zu verfolgen. Ebenfalls sei die Einlegung der völlig aussichtslosen Berufung pflichtverletzend

gewesen. Eine weitere Pflichtverletzung bestünde darin, dass die Beklagten selbst auf Hinweis des Oberlandesgerichts bezüglich der offensichtlichen Unbegründetheit des Begehrens die Berufung nicht zurückgenommen hätten. Ergänzend macht die Klägerin die Geltendmachung des begehrten Nutzungersatzes unter Anwendung der Grundsätze der Eigenkapitalrendite als weitere Pflichtverletzung geltend, da insofern vorgegerichtliche Rechtsanwaltskosten, welche dem Grunde nach zugestanden werden, deutlich niedriger hätten ausfallen können.

[11-15] (Anträge: ...)

[16] Die Beklagten bestreiten die Aktivlegitimation der Klägerin. Sie sind der Auffassung, dass die Widerrufsbelehrung des Versicherungsnehmers erhebliche optische und inhaltliche Abweichungen im Vergleich zum gesetzlichen Muster aufweise. Sie verweisen insoweit insbesondere auf die Formulierung, nach welcher die Widerrufsfrist "frühestens" nach Zugang der Belehrung zu laufen beginne. Auch sei die in der Widerrufsbelehrung angegebene Großkundenpostleitzahl als Adresse rechtswidrig. Schließlich sei das Widerrufsrecht ihrer Mandanten auch noch nicht verwirkt gewesen. Jedenfalls aber sei eine Rechtsverfolgung nicht völlig aussichtslos gewesen, was ihrer Ansicht nach den Maßstab und die Voraussetzung für eine pflichtgemäße Beratung des rechtsschutzversicherten Mandanten bilde. Sie sind weiter der Auffassung, dass die Berechnung des Nutzungersatzes auf Basis der Eigenkapitalrendite zulässig und keinesfalls offensichtlich überzogen sei. Zuletzt sind sie der Auffassung, die Klägerin handele treuwidrig, indem sie nach Erteilung der entsprechenden Deckungszusage nun die Beklagten ihrerseits in Anspruch nehme. Jedenfalls müsse die Klägerin sich ein überwiegendes Mitverschulden anrechnen lassen.

[17-18] (...)

**Aus den Gründen:**

[19] Die zulässige Klage ist teilweise begründet.

[20] Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz in der aus dem Tenor ersichtlichen Höhe aus den §§ 675, 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB i.V.m. § 86 Abs. 1 S. 1 VVG.

I.

[21] Die Klägerin ist aktivlegitimiert. Ein etwaiger **Schadensersatzanspruch** der Mandanten aus Anwaltshaftung wäre jedenfalls nach **§ 86 Abs. 1 VVG** auf die Klägerin als **Rechtsschutzversicherung übergegangen**.

II.

[22] Ein Anspruch auf Schadensersatz aus dem anwaltlichen Beratungsvertrag mit der Beklagten zu 1) ist entstanden und nicht untergegangen.

1.

[23] Ein entsprechender Vertrag im Sinne des § 675 BGB ist unstreitig zwischen der Beklagten zu 1) und den Eheleuten F geschlossen worden.

[24] Auch liegt eine **Pflichtverletzung aufgrund mangelnder Beratung hinsichtlich der Erfolgsaussichten** des verfolgten Rechtsbehrens vor, welches von Beginn an jedenfalls äußerst geringe Erfolgchancen bot.

[25] **Umfang und Inhalt der vertraglichen Pflichten eines Rechtsanwalts** richten sich nach dem jeweiligen Mandat und den Umständen des einzelnen Falls. In den Grenzen des ihm erteilten Auftrags ist der Rechtsanwalt grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet. Unkundige muss er über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren. Er hat dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziele führen, und den Eintritt von Nachteilen oder Schäden zu verhindern, die voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er ihn auch über mögliche Risiken aufzuklären. Ferner 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. Zweifel und Bedenken, zu denen die Sachlage Anlass gibt, muss der Anwalt darlegen und mit seinem Auftraggeber erörtern (OLG Köln v. 03.03.2020, Az. 9 U 77/19 = NJW-RR 2020, 673, 674; BGH NJW 1994, 1211; BGHZ 171, 261 = NJW 2007, 2485, Rn. 9; BGH NJW 2018, 2476, 2477, jew. m.w.N.). Auf mögliche **Bedenken gegen die Erfolgsaussichten** hat er den Mandanten hinzuweisen. Ist eine Klage praktisch aussichtslos, muss der Rechtsanwalt dies klar herausstellen und darf sich nicht mit dem Hinweis begnügen, die Erfolgsaussichten seien offen. Er muss von sich aus hinreichend deutlich zum Grad des Risikos und der Wahrscheinlichkeit des Prozessverlusts Stellung nehmen. Von einer völlig aussichtslosen Klage oder Berufung ist abzuraten (OLG Köln v. 03.03.2020, aaO; vgl. auch BGHZ 193, 193 = NJW 2012, 2435, 2437; OLG Hamm Ur. v. 23.8.2016 -Az. 28 U 57/15).

[26] Die Pflichtverletzung der Beklagten ergibt sich danach im Wesentlichen schon aus dem Vortrag der Beklagten selbst, welche den von Klägerseite vorgetragene Mangel an konkreter Beratung und Aufklärung nicht bestreiten, sondern vielmehr in rechtsirriger Weise annehmen, ein rechtsschutzversicherter Mandant müsse ohnehin nur insoweit über Risiken informiert und aufgeklärt werden, als die Rechtsverfolgung offensichtlich aussichtslos wäre. Soweit die Beklagten meinen,

"eine die Belehrungspflicht auslösende Erfolgslosigkeit der Rechtsverfolgung liegt alleine bei sicherer Aussichtslosigkeit vor", verkennen sie in evidenter Weise den rechtlich relevanten Maßstab für eine Pflichtverletzung aus einem anwaltlichen Beratungsvertrag. Zutreffend ist, dass nach der Rechtsprechung für die Annahme eines Anscheinsbeweises im Rahmen der (noch zu erörternden) Kausalität "offensichtliche Aussichtslosigkeit" des Rechtsbehrens erforderlich ist (vgl. OLG Köln v. 03.03.2020, aaO, 673, 676). **Die Pflicht eines Rechtsanwalts, seinen Mandanten grundsätzlich umfassend und möglichst erschöpfend rechtlich zu beraten und, falls eine Klage oder Berufung nur wenig Aussicht auf Erfolg verspricht, hierauf und auf die damit verbundenen Risiken hinzuweisen, gilt gleichermaßen auch dann, wenn der Mandant rechtsschutzversichert ist.** (OLG Köln v. 03.03.2020, aaO, 673, 674; vgl. auch OLG Hamm v. 18.02.2016, 28 U 73/15, Rn. 76, zitiert nach juris). Richtigerweise bleiben die Anforderungen an die pflichtgemäße Erfüllung der vertraglichen Pflichten für den Anwalt im Wesentlichen gleich bzw. sind jedenfalls nicht in dem von den Beklagten angenommenen Maße reduziert, unabhängig davon ob der jeweilige Mandant rechtsschutzversichert ist oder nicht. Andernfalls würde dies im Ergebnis, wie die Klägerin zutreffend ausführt, eine Schlechterstellung des rechtsschutzversicherten Mandanten gegenüber dem nicht rechtsschutzversicherten Mandanten zur Folge haben. **Der rechtsschutzversicherte Mandant hat ohne weiteres ein Interesse daran, den eigenen Versicherungsvertrag von unnötigen Belastungen freizuhalten, schon wegen möglicher Kündigungsrechte des Versicherers im Falle der (unrechtmäßigen) Überbeanspruchung** (vgl. nur OLG Köln v. 29.06.1993, Az. 9 U 237/92, Rn. 6, zitiert nach juris).

[27] Soweit die Beklagten also von einem "mutmaßlichem Interesse bzgl. der Rechtsverfolgung des [rechtsschutzversicherten] Mandanten" ausgehen, liegen sie rechtlich falsch, da schon aus den vorgenannten Gründen gerade keine derartige Vermutung aufzustellen ist, jedenfalls nicht in dem Maße, dass eine Beratung gänzlich unterbleiben darf, solange nur der Hauch einer Erfolgchance existiere.

2.

[28] Dass die Beklagten die Pflichtverletzung zu vertreten haben, wird nach den §§ 280 Abs. 1 S. 2, 278 BGB vermutet. Anhaltspunkte dafür, dass sie im konkreten Fall kein Verschulden trifft, sind nicht ersichtlich. Insbesondere ergeben sich solche nicht aus dem Vortrag der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten.

3.

[29] Der Klägerin ist ein ersatzfähiger Schaden in Höhe von 16.715,18 EUR entstanden.

**[30]** Von den insgesamt gezahlten 19.115,17 EUR waren die Kosten für die vorgerichtliche Vertretung in Abzug zu bringen. Soweit mit der Klage ebenjene Kosten für die vorgerichtliche Vertretung gerade nicht geltend gemacht werden sollen, sind entgegen der Ansicht der Klägerin nicht die von ihr errechneten 1.348,98 EUR als Gebühren auf Basis eines fiktiven Streitwertes in Höhe von 17.161,28 EUR in Abzug zu bringen, sondern die entsprechenden Gebühren in Höhe von 2.399,99 EUR auf Basis des von den Beklagten angenommenen Streitwertes bis 57.000,00 EUR. Dieser setzt die Geltendmachung von Nutzungsersatz auf Basis der Eigenkapitalrendite der beklagten Bank voraus. Ob in der Geltendmachung dieses erhöhten Betrages ebenfalls eine Pflichtverletzung der Beklagten zu sehen ist, kann insofern dahinstehen, als es in dieser Hinsicht jedenfalls an der erforderlichen Kausalität mangelt. Weder war das Einfordern des erhöhten Betrages auf Basis der Eigenkapitalrendite offensichtlich aussichtslos (sogleich unter a.) noch konnte sich das Gericht auf Basis der Zeugenaussagen die Überzeugung bilden, dass diese lediglich aufgrund eines geringeren Streitwertes von der Rechtsverfolgung Abstand genommen hätten (sogleich unter b.).

a.

**[31]** Die Geltendmachung von Nutzungsersatz auf Basis der Eigenkapitalrendite im Rahmen eines Immobiliendarlehensvertrages war jedenfalls nicht offensichtlich aussichtslos.

**[32]** Der Bundesgerichtshof hat zu dieser Rechtsfrage nicht abschließend Stellung genommen. In seiner Entscheidung vom 25.4.2017, Az. XI ZR 573/15 (Rn. 18), auf welche sich die Klägerin beruft, hat er lediglich ganz allgemein festgestellt:

**[33]** *"[Das Berufungsgericht] ist richtig davon ausgegangen, die Vermutung, der Rückgewährschuldner habe Nutzungen aus ihm überlassenen Zinsleistungen gezogen, sei konkret bezogen auf die aus dem jeweiligen Darlehensvertrag erwirtschafteten Mittel zu widerlegen. Knüpft, wie oben ausgeführt, die in beide Richtungen widerlegliche Vermutung normativ spiegelbildlich an die Regelungen an, die die von den Banken beanspruchbaren Verzugszinsen normieren (...), muss Grundlage einer abweichenden konkreten Berechnung (...) die Verwendung des konkret vorenthaltenen Geldbetrages sein (...). Folglich ist zur Widerlegung der Vermutung zur anderweitigen Nutzung der konkret überlassenen Mittel und zu den dabei konkret angefallenen Aufwendungen (...) vorzutragen."*

**[34]** Dies entspricht im Ergebnis auch der Entscheidung des BGH vom 12.7.2016, Az. XI ZR 564/15 (Rn. 58), in welcher ebenfalls auf das Erfordernis eines konkreten Vortrags abgestellt wird, sofern höherer Nutzungsersatz verlangt wird.

**[35]** Damit hat der BGH lediglich festgestellt, dass konkreter Vortrag notwendig ist, um Nutzungsersatz in anderer als in der bereits gesetzlich vermuteten Höhe zu verlangen. Folglich ist der rechtliche Ansatz der Beklagten, einen höheren Nutzungsersatz zu verlangen, obgleich verschiedene Oberlandesgerichte die Berufung auf die Eigenkapitalrendite im Rahmen der Berechnung des Nutzungsersatzes nach Widerruf von Immobiliendarlehensverträgen ablehnen (vgl. nur OLG Zweibrücken, Urteil vom 23.11.2016, Az. 7 U 62/16, Rn. 118), als nicht völlig aussichtslos zu bewerten, sondern lediglich an eine erhöhte Darlegungslast geknüpft. Völlig aussichtslos war die Argumentation der Beklagten schon insoweit nicht, als die Beklagten unter Zugrundlegung von Entscheidungen des OLG Koblenz (28.9.2016, Az. 10 U 453/15) und des OLG Dresden (28.3.2017, Az. 4 U 1624/16) überzeugend dargelegt haben, dass im Rahmen der Rückabwicklung einer Lebensversicherung bzw. Rentenversicherung Nutzungen, die der Versicherungsgeber aus den dem Vertrag belasteten Kosten gezogen hat, anhand der in den veröffentlichten Geschäftsberichten der Beklagten enthaltenen Eigenkapitalrendite berechnet werden. Folglich erscheint es zumindest noch vertretbar, der Rechtsauffassung zu folgen, dass auch im Rahmen der Rückabwicklung von Immobiliendarlehensverträgen für den Nutzungsersatz auf die Eigenkapitalrendite zurückgegriffen werden kann und insoweit einen erhöhten Gegenstandswert zugrunde zu legen.

b.

**[36]** Soweit dennoch in der Nichtberatung bezüglich der geringen Erfolgsaussichten hinsichtlich der Geltendmachung des Nutzungsersatzes auf Basis der Eigenkapitalrendite eine Pflichtverletzung zu sehen sein könnte, die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens oder ein Anscheinsbeweis aber nicht greifen und es folglich hinsichtlich der Frage, ob diese Pflichtverletzung auch kausal geworden ist, auf die Aussagen der Zeugen ankommt, vermochte sich das Gericht keine Überzeugung dahingehend bilden, dass die Versicherungsnehmer nur aufgrund eines geringeren Streitwertes von der Rechtsverfolgung abgesehen hätten. Den Zeugen kam es ausweislich ihrer Aussagen maßgeblich darauf, sich auf Basis zutreffender Beratung (dazu sogleich unter 4.) einen berechtigten finanziellen Vorteil zu sichern. Das durch einen erhöhten Streitwert erhöhte Kostenrisiko spielte, wie sich mittelbar aus der Aussage des Zeugen F auf entsprechende Nachfrage ergibt, - im scharfen Gegensatz zu dem Umstand, ob in der Sache ein berechtigter Anspruch durchgesetzt würde - ersichtlich keine Rolle für die zu von den Mandanten zu treffende Entscheidung.

4.

**[37]** Die Pflichtverletzung der Beklagten, ihren Mandanten nicht bezüglich der Risiken des erst- und zweitinstanzlichen Klageverfahrens beraten und nicht von der Durchführung des

kaum erfolgversprechenden Klageverfahrens und der Einholung der Deckungsanfrage abgeraten zu haben, ist auch für den Schaden ursächlich geworden.

**[38] Die Erfolgsaussichten der Klage waren angesichts des Urteils des BGH vom 12.07.2016, Az. XI ZR 564/15, zur Wirksamkeit der damals streitgegenständlichen Widerrufsbelehrung sowie die Möglichkeit einer Verwirkung des Widerrufsrechts nach § 242 BGB - sofern überhaupt gegeben - jedenfalls äußerst gering.** Der BGH hat in der vorgenannten Entscheidung zu allen wesentlichen Punkten der streitgegenständlichen Widerrufsbelehrung, insbesondere auch zu der von den Beklagten beanstandeten Formulierung "frühestens", Stellung bezogen und die Wirksamkeit der Belehrung bestätigt. Auf Basis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und Oberlandesgerichts Köln zur Frage der Verwirkung bestand überdies im vorliegenden Fall - Widerruf etwa 8 Jahre nach Vertragsschluss und etwas mehr als 11 Monate nach Ablösung des Darlehens - zumindest die reelle Möglichkeit einer Klageabweisung auch auf Basis dieses Grundes, über den entsprechend hätte belehrt werden müssen.

**[39] Die Mandanten der Beklagten hätten bei ordnungs- und wahrheitsgemäßer Beratung hinsichtlich des erheblichen Prozessrisikos von einer gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche abgesehen. Zu dieser Überzeugung kommt das Gericht auf Grundlage der Aussage des Zeugen F.**

**[40] Im Rahmen seiner Vernehmung sagte der Zeuge im Wesentlichen aus, es hätten jeweils vor Erhebung der Klage und Einlegung der Berufung nur kurze Telefonate mit der Kanzlei der Beklagten stattgefunden, in welchen dem Zeugen sinngemäß mitgeteilt worden wäre, die Erfolgsaussichten seien gut. Eine darüber hinausgehende Beratung sei nicht erfolgt. Von einem vom Oberlandesgericht erlassenen Hinweis wusste der Zeuge nichts zu berichten. In beiden Instanzen habe er gegenüber seinem jeweiligen Gesprächspartner, den er nach eigenem Bekunden nie persönlich kennengelernt habe und auch nicht benennen konnte, klargemacht, dass er bezüglich des Fortschreitens des Prozesses auf das juristisch geschulte Urteil seines Gegenübers vertraue. Schließlich bekundete er, dass er im Falle einer rechtzeitigen und ordnungsgemäßen Aufklärung über die bestehende Rechtsprechung und die damit verbundenen Risiken von Klage und Berufung das gerichtliche Verfahren von Beginn an nicht angestrengt hätte.**

**[41] Die Aussage des Zeugen ist in sich schlüssig und widerspruchsfrei. Der Zeuge beschreibt frei und plausibel den Ablauf des Beratungsverhältnisses, wie es sich für ihn dargestellt hat. Dass die Schilderungen dabei nicht übermäßig detailliert ausfallen, vermag im Lichte des Inhalts der Aussage nicht zu überraschen, sondern ist dem bekundeten Umfang der Mandatsbetreuung geschuldet. Den Inhalt der stattgefundenen**

Gespräche schildert der Zeuge so präzise, wie es nach dem Zeitablauf überhaupt zu erwarten gewesen wäre. Für ein echtes Erleben des Zeugen spricht nicht zuletzt der Umstand, dass er wiederholt auf wörtliche Rede rekurriert, so etwa, wenn er wiederholt hervorhebt, er hätte (sinngemäß) gesagt "Sie sind der Anwalt, Sie müssen das besser wissen". Auch spricht es für den Wahrheitsgehalt der Aussage, dass der Zeuge von sich aus Wissens- und Gedächtnislücken eingesteht, die in Anbetracht des Zeitablaufs seit den streitgegenständlichen Vorgängen objektiv zu erwarten gewesen wären. Soweit der Zeuge in seiner Vernehmung mehrfach eine Abneigung gegen - so wörtlich - "Gerichtssachen", mithin das Führen konfrontativer gerichtlicher Verfahren, beschrieb, so tat er dies in nachvollziehbarer und eindrucklicher Weise. Dass er in Anbetracht seines überzeugend vermittelten Bedürfnisses nach Regeltreue hinsichtlich des Führens des hier streitgegenständlichen Prozesses in besonderem Maße auf das Urteil seiner Prozessbevollmächtigten vertraute, fügt sich schlüssig in die Aussage und das Bild der Person des Zeugen ein, welches er im Rahmen seiner Vernehmung hinterlassen hat. In diesem Zusammenhang ist insbesondere noch einmal der Ansicht der Beklagten entgegenzutreten, wonach der rechtsschutzversicherte Mandant als solcher - einem *homo oeconomicus* gleichend - üblicherweise seine Entscheidungen alleine an dem möglichen wirtschaftlichen Vorteil, den diese mit sich bringen könnten, ausrichte. Selbst wenn dem so wäre, dass der jeweilige Versicherungsnehmer ohne jegliches finanzielles Risiko ein rechtliches Begehren verfolgen könnte (was angesichts der rechtlichen Beziehung zum Versicherer gerade nicht der Fall ist, s.o.), so ließe sich daraus noch immer nicht der unbedingte Wille zur Rechtsverfolgung schließen, da schon nach allgemeiner Lebenserfahrung das Erzielen monetärer Vorteile üblicherweise nicht die einzige Motivation ist. Vielmehr wird es vielen Menschen schon aufgrund ihrer Sozialisation und des Bedürfnisses gegenseitiger Anerkennung ein begründetes Anliegen sein, sich im Rahmen der (gesetzlichen) Vorgaben regeltreu zu verhalten. So muss es nicht überraschen, dass der Zeuge aussagt, er hätte finanzielle Chancen zwar wahrnehmen wollen, dies jedoch nur, soweit ihnen ein entsprechender Anspruch zusteht, soweit ein Widerruf der Darlehen rechtlich möglich war. Insofern der Zeuge also insgesamt - auch unter Berücksichtigung der o.g. wiederholten, spontanen Äußerungen, er möge "die ganzen Gerichtssachen" nicht - vermittelt, dass ihm Regeltreue und Gesetzeskonformität wichtig seien, spricht dies auch angesichts des geringen finanziellen Risikos für ihn persönlich nicht gegen die Überzeugungskraft der Aussage, er hätte bei Kenntnis der Rechtslage, insbesondere der höchstrichterlichen Rechtsprechung, von einer Rechtsverfolgung abgesehen. In dieser Hinsicht, nämlich über die Rechtslage und bestehende Risiken informiert zu werden, setzte er begründetes Vertrauen in seinen Bevollmächtigten als juristischen Experten, wie der Zeuge ebenfalls mehrfach und eindrucklich bekundete. Schließlich blieb der Zeuge im Rahmen seiner

Aussage durchweg sachlich. Belastungstendenzen gegenüber den Beklagten als seinen ehemaligen Prozessbevollmächtigten waren in keiner Weise auszumachen. Soweit der Zeuge, entgegen dem schriftsätzlichen Vortrag seiner Prozessbevollmächtigten im hiesigen Verfahren, bestritt, im Vorlauf des Verfahrens mit der Klägerin telefonisch Kontakt gehabt zu haben, so vermag dies keine durchgreifenden Zweifel an der Überzeugungskraft der Aussage zu begründen, da der Zeuge ausdrücklich einen entsprechenden Kontakt nicht abschließend negierte, sondern lediglich eine mangelnde Erinnerung diesbezüglich bekundete. Dass dem Zeugen wiederum ein etwaiges Telefonat mit der Versicherung zu Informationszwecken nicht zwingend in Erinnerung hätte bleiben müssen, ergibt sich schon aus allgemeiner Lebenserfahrung.

[42] Die Aussage der Zeugin F ist in der Sache im Weitesten unergiebig, da sie bekundet, an den maßgeblichen Gesprächen nicht beteiligt gewesen zu sein, sondern dies ihrem Mann überlassen zu haben. Soweit sie bekundet, Gespräche zwischen ihrem Mann und der Kanzlei hätten nur am Telefon stattgefunden und es sei dabei die Aussage "Sie sind doch die Anwälte, was schlagen Sie uns vor" durch ihren Mann gefallen, stützen die Ausführungen der Zeugin in der Sache allenfalls indirekt die Aussage ihres Mannes. Gleiches gilt für die Angabe der Zeugin auf entsprechende Nachfrage nach dem Grund für die Kontaktierung der Kanzlei, "dass die Bekannten auch Geld bekommen haben und dass die Belehrung falsch war". Soweit der Aussage also überhaupt ein Beweiswert zukäme, wäre festzustellen, dass es der Zeugin F, wie ihrem Mann, entgegen der Ansicht der Beklagten keineswegs *einzig* auf die vage Gewinnchance ankam, sondern vielmehr darauf, in der Sache einen berechtigten Anspruch durchzusetzen, wofür sie mit ihrem Mann zusammen Beratung in Anspruch zu nehmen gedachte.

5.

[43] Soweit die Beklagten in der Deckungszusage durch die Klägerin einen mittelbaren Verzicht auf weitere Ansprüche oder zumindest ein Mitverschulden i.S.d. § 254 BGB sehen, so kann das Gericht dem nicht folgen.

[44] Ein Mitverschulden nach § 254 BGB ist schon deswegen fernliegend, weil die Klägerin jedenfalls nicht als Erfüllungshelfin der Mandanten zu qualifizieren ist. **Auch im Übrigen steht die Erteilung der Deckungszusage einer nachträglichen Inanspruchnahme der Beklagten durch die Klägerin nicht entgegen.** Zur rechtlichen Bedeutung einer ebensolchen Deckungszusage führt das OLG Köln in seiner Entscheidung vom 03.03.2020 (aaO) überzeugend aus:

[45] " **Die Erteilung der Deckungszusage durch die Klägerin gegenüber ihrem Versicherungsnehmer [...] ändert an der Schadenersatzverpflichtung der Beklagten weder dem Grunde noch der Höhe nach nichts. Sie hat auch unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens nach §§ 254 Abs. 2, 278 BGB keinen Einfluss auf die Höhe der Schadenersatzverpflichtung der Beklagten.** Der Senat folgt insoweit der mittlerweile einheitlichen obergerichtlichen Rechtsprechung (OLG Celle, Hinweisbeschluss vom 18.09.2018 - 4 U 104/18 -, BeckRS 2018, 28338 m.w.N.; OLG Bamberg NJW-RR 2019, 443 (444); OLG Dresden, Urteil vom 10.10.2018 - 13 U 750/18 - BeckRS 2018, 39834 (Rdnr.9); OLG Hamm, Urteil vom 23.08.2016 - 28 U 57/15 - BeckRS 2016, 16118 (Rdnr.57); OLG Düsseldorf NJW 2014, 399 (400 f.); OLG Koblenz, NJW-RR 2011, 761 (762); Harbauer-Schmitt, Rechtsschutzversicherung: ARB, 9. Aufl. 2018, Einl., Rdnr.98).

[46] **Hiernach sind der Anwaltsvertrag einerseits und der Vertrag des Mandanten mit seinem Rechtsschutzversicherer andererseits als rechtlich selbstständige und unabhängige Verträge zu behandeln.** Dies stimmt mit der in der Rechtsschutzversicherung angelegten Trennung zwischen Versicherungsvertrag und Mandatsverhältnis überein (BGH, Urteil vom 21.10.2015 - IV ZR 266/14, VersR 2015, 1501 ff. = r + s 2015, 604 ff., Rdnr.32, 40 - 42). **Eine Deckungszusage stellt ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis gegenüber dem Versicherungsnehmer der Rechtsschutzversicherung dar, welches spätere Einwendungen und Einreden des Rechtsschutzversicherers ausschließt, die ihm bei Abgabe der Deckungszusage bekannt waren oder die er zumindest für möglich gehalten hat bzw. mit denen er zumindest rechnete (Harbauer-Schneider, Rechtsschutzversicherung: ARB, 9. Aufl. 2018, § 17, Rdnr.17).** **Die Deckungszusage eines Rechtsschutzversicherers hat keinen Einfluss auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Mandanten/Versicherungsnehmer und dem Rechtsanwalt.** Sie begründet auch keine Einwendungen des Rechtsanwalts gegenüber dem Rechtsschutzversicherer bei auf diesen übergegangenen Regressansprüchen des Versicherungsnehmers. **Nach der nahezu einhelligen obergerichtlichen Rechtsprechung trifft den Rechtsschutzversicherer im Verhältnis zu dem Rechtsanwalt keine Obliegenheit zur Prüfung der Erfolgsaussicht einer Klage oder eines Rechtsmittels. Die Erteilung einer Deckungszusage begründet für den Rechtsanwalt grundsätzlich keinen Vertrauensstatbestand dahin, dass er von dem Rechtsschutzversicherer nicht wegen Verletzung seiner Pflichten aus dem Anwaltsvertrag in Anspruch genommen wird.** Auch ein Mitverschuldens einwand kann hierauf nicht gestützt werden (OLG Celle, Hinweisbeschluss vom 18.09.2018 - 4 U 104/18 -, BeckRS 2018, 28338 m.w.N.). **Ein Rechtsanwalt hat die Pflicht, keine kostenauslösenden rechtlichen Schritte zu ergreifen, die nicht geeignet sind, den Rechten des Mandanten zur Durchsetzung zu verhelfen. Die Rechtsschutzversicherung wird nicht als Erfül-**

**lunsgelhilfe des Versicherungsnehmers in dessen Pflichtenkreis aus dem mit dem Anwalt geschlossenen Vertrag tätig.** Zudem träre den Mandanten auch keine Überprüfungspflicht der Tätigkeit seines Rechtsanwalts. Die Deckungszusage gibt dem Anwalt nicht das Recht, bei der Prüfung, ob das Auslösen von Verfahrenskosten zur Erreichung des vom Mandanten angestrebten Rechtsschutzziels geeignet und angemessen ist, beim Versicherungsnehmer einen geringeren Sorgfaltsmaßstab anzulegen als bei einem Mandanten ohne Rechtsschutz. **Bei anderer Betrachtungsweise wäre die Rechtsschutzversicherung im Ergebnis eine Schadenversicherung auch zugunsten des Rechtsanwalts, der in der Konsequenz von seinen Sorgfaltspflichten im Rahmen des Anwaltsvertrages befreit wäre.** Dies ließe sich mit dem Zweck der Rechtsschutzversicherung, den Schaden des Versicherungsnehmers in Form der Rechtsverfolgungskosten zu übernehmen, ebenso wenig vereinbaren wie mit dem Berufsbild des für die Rechtsberatung seines Mandanten verantwortlichen Rechtsanwaltes. Das Risiko, wegen einer anwaltlichen Pflichtwidrigkeit zur Rechenschaft gezogen zu werden, kann der Anwalt daher nicht mit Hinweis auf eine zuvor erteilte Deckungszusage auf den Rechtsschutzversicherer seines Mandanten abwälzen (vgl. OLG Bamberg NJW-RR 2019, 443 (444)); OLG Dresden, Urteil vom 10.10.2018 - 13 U 750/18 - BeckRS 2018, 39834 (Rdnr.9); OLG Hamm, Urteil vom 23.08.2016 - 28 U 57/15 - BeckRS 2016, 16118 (Rdnr.57); OLG Düsseldorf NJW 2014, 399 (400 f.); OLG Koblenz, NJW-RR 2011, 761 (762))."

[47] Diesen Ausführungen schließt sich das Gericht an.

[48-55] (...)

## Versicherungsrecht

- Vertraglich begründete Treuhändertätigkeit
- Einrichtung eines Kontos für Mandanten
- Versicherte Berufstätigkeit?
- Bereicherungsanspruch nach Insolvenzanfechtung (OLG Köln, Urt. v. 24.5.2022 – 9 U 173/20)

### Leitsatz (der Redaktion)

1. Übernimmt der Rechtsanwalt eine Treuhändertätigkeit für seinen Mandanten, ist das nur dann eine versicherte Anwaltstätigkeit, wenn es zu seinen Aufgaben gehört, den Treugeber auch in Rechtsfragen zu beraten.
2. Eine reine Vermögensverwaltung ohne Bezug zur Rechtsberatung ist nicht versichert.
3. Ob Ansprüche aus einer Insolvenzanfechtung gem. §§ 129ff. InsO versicherte gesetzliche Haftpflichtansprüche darstellen, bleibt offen.

### Zum Sachverhalt:

[1] Die Parteien streiten über die Gewährung von Deckungsschutz aus einer Berufshaftpflichtversicherung (Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung).

[2] Die Klägerin ist eine Rechtsanwalts-, Wirtschaftsprüfer- und Steuerberater-Sozietät und bei der Beklagten berufshaftpflichtversichert. Dem Vertrag liegen die Allgemeinen und Besonderen Versicherungsbedingungen zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer, Steuerberater, Rechtsanwälte und Patentanwälte zugrunde. Unter Teil 1 A § 1 I. Ziff. 1 „Gegenstand des Versicherungsschutzes“ der AVB-WSR heißt es:

[3] „Der Versicherer bietet dem Versicherungsnehmer Versicherungsschutz für den Fall, dass er wegen eines bei der Ausübung beruflicher Tätigkeit von ihm selbst oder einer Person, für die er nach § 278 BGB oder § 831 BGB einzutreten hat, begangenen Verstoßes von einem anderen auf Grund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird.“

[4] In Teil 1 A § 4 Ziff. 5 der AVB-WSR heißt es:

[5] „Der Versicherungsschutz bezieht sich nicht auf Haftpflichtansprüche (...) wegen Schadenverursachung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingung des Auftraggebers oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung (...).“

[6] In Teil 2 B der BBR-RA („Besondere Bedingungen und Risikobeschreibungen für Rechtsanwälte und Patentanwälte / Risikobeschreibung für die Vermögensschaden- Haftpflichtversicherung von Rechtsanwälten (einschließlich des Rechtsanwalts- Risikos von Anwaltsnotaren)“ Bl. 89 R GA) heißt es:

[7] „Im Rahmen der dem Vertrag zu Grunde liegenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte und Patentanwälte ist versichert die gesetzliche Haftpflicht des Versicherungsnehmers aus der gegenüber seinem Auftraggeber freiberuflich ausgeübten Tätigkeit als Rechtsanwalt. Mitversichert ist die Tätigkeit als

- Insolvenzverwalter (auch vorläufiger), gerichtlich bestellter Liquidator, Zwangsverwalter, Sachwalter, Gläubigeraus-schussmitglied, Gläubigerbeiratsmitglied, Treuhänder gemäß InSO;

- Testamentsvollstrecker, Nachlasspfleger, Nachlassverwalter, Vormund, Betreuer, Pfleger und Beistand;

- Schiedsrichter, Schlichter, Mediator,

- Abwickler einer Praxis gemäß § 55 BRAO, Zustellungsbevoll-mächtigter gemäß § 30 BRAO;

- Notarvertreter für die Dauer von 60 Tagen innerhalb eines Versicherungsjahres.

Mitversichert ist im Rahmen des Vertrages die gesetzliche Haftpflicht von Vertretern des Versicherungsnehmers aus der Vertretertätigkeit, solange der Versicherungsnehmer an der Ausübung seines Berufes gehindert ist. Die Mitversicherung besteht nicht, soweit der Vertreter durch eine eigene Versicherung gedeckt ist.

Mitversichert ist im Rahmen des Vertrages die gesetzliche Haftpflicht der Erben des Versicherungsnehmers aus Verstößen, die bis zur Bestellung eines Praxisabwicklers oder bis zur Praxisveräußerung, längstens jedoch bis zu 8 Wochen nach dem Ableben des Versicherungsnehmers, vorgekommen sind. Diese Risikobeschreibung zählt die mitversicherten Tätigkeiten abschließend auf.

Ansprüche aus der Tätigkeit als Angestellter von Unternehmen, Vereinen und Verbänden sind auch im Rahmen der mitversicherten Tätigkeiten vom Versicherungsschutz ausgeschlossen (siehe im Übrigen § 4 Ziff. 4).

Unter die zu § 1 I Ziff. 2 genannten Vermögensschäden fallen auch solche, die durch Freiheitsentzug verursacht worden sind

(Straf-oder Untersuchungshaft, Unterbringung).“

[8] Die Klägerin richtete im September 2009 für Herrn T. ein Rechtsanwalts-Anderkonto bei der Postbank AG ein. Herrn T, der einen Gewerbebetrieb (...) unterhielt, waren seitens zweier Banken die Konten wegen zahlreicher Pfändungen gekündigt worden. Es stand für Herrn T. nicht zu erwarten, dass er auf seinen eigenen Namen ein neues Konto im Rahmen der Betriebsfortführung erlangen könnte. Die Klägerin veranlasste bis zum Jahr 2015 zahlreiche Abbuchungen, Überweisungen und Einzahlungen. Im Jahr 2015 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Herrn T. eröffnet.

[9] Der über das Vermögen des Herrn T. bestellte Insolvenzverwalter, Herr Rechtsanwalt R., nahm Herrn Rechtsanwalt B. (Rechtsanwalt der Klägerin) auf Rückzahlung getätigter Auszahlungen und Überweisungen in Höhe von insgesamt 30.339,14 € in Anspruch. Das Landgericht Frankfurt am Main (2-21 O 316/16) verurteilte Herrn Rechtsanwalt B. am 03.11.2017 unter dem Gesichtspunkt der vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung gemäß § 133 Abs. 1 S. 1 InsO antragsgemäß zur Zahlung von 30.339,14 € an den Insolvenzverwalter von R. Das Landgericht sah die in dem Zeitraum vom 15.03.2013 bis zum 24.11.2015 getätigten Überweisungen und Auszahlungen von dem Anderkonto als anfechtbare Rechtshandlungen an, für die Rechtsanwalt B. als anderer Teil i.S.d. § 133 Abs. 1 S. 1 InsO im Rahmen der Vorsatzanfechtung hafte. Das Urteil ist, nachdem das Oberlandesgericht Frankfurt am Main die Berufung des Herrn Rechtsanwalt B. mit Beschluss vom 21.01.2019 zurückgewiesen und der BGH die Nichtzulassungsbeschwerde mit Beschluss vom 24.10.2019 zurückgewiesen hat, rechtskräftig geworden.

[10] In einem weiteren - noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen - Verfahren vor dem Landgericht Frankfurt am Main (2 -7 O 426/16) hat Herr Rechtsanwalt B. im Wege der negativen Feststellungsklage Herrn Rechtsanwalt R. auf Feststellung in Anspruch genommen, dass ein Schadenersatzanspruch in Höhe von 211.233,50 € gegen ihn unter dem Gesichtspunkt der vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung nicht bestehe. Der Insolvenzverwalter verlangte von Herrn Rechtsanwalt B. mit Schreiben vom 15.06.2016 die Erstattung von Auszahlungen i.H.v. insgesamt 211.233,50 €, die der Kläger - wie von diesem in der Klageschrift bestätigt - in der Zeit zwischen dem 01.01.2013 und dem 31.12.2015 bezüglich des Anderkontos verfügt hatte. Einige dieser Zahlungen, die einen Gesamtbeitrag von 30:339,14 € ausmachen, waren Gegenstand der Zahlungsklage in dem o.g. Verfahren 2-21 O 316/16 Landgericht Frankfurt am Main. Wegen des Differenzbetrages in Höhe von 180.894,36 € erhob der Insolvenzverwalter Widerklage, gerichtet auf Verurteilung des Rechtsanwalts B. zur Zahlung von 180.894,36 € an ihn, Rechtsanwalt R. Herr Rechtsanwalt B. hat daraufhin die negative Feststellungsklage - nach seiner

Darstellung „aus Kostengründen“ - zurückgenommen.

**[11]** Das Landgericht hat die auf Befreiung von seinen Verbindlichkeiten bzw. auf Gewährung von Rechtsschutz gerichtete Klage abgewiesen, da in beiden vor dem Landgericht Frankfurt am Main geführten Verfahren keine Schadenersatzansprüche, sondern Ansprüche aus einer Insolvenzanfechtung gemäß §§129 ff. InsO streitgegenständlich seien. Auch sei der gegenständliche Bereich des Versicherungsschutzes nach Teil 1 A § 1 Ziff.1 der AVB-WSR nicht betroffen. Der Verstoß der Klägerin sei nicht entsprechend der genannten AVB „bei der Ausübung der beruflichen Tätigkeit“ begangen worden. Es liege zudem der Deckungsausschluss der wissentlichen Pflichtverletzung nach Teil 1 A § 4 Ziff.5 der AVB-WSR vor. Wegen der weiteren Einzelheiten und der Anträge der Parteien wird auf den Inhalt des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin form- und fristgerecht Berufung eingelegt.

**[12]** Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlich gestellten Klageanträge weiter und rügt hierzu mehrere Verfahrensfehler. Das Urteil des Landgerichts sei nur als Entwurf zu werten, da die Unterzeichnung des Einzelrichters nicht den Anforderungen der Rechtsprechung an eine wirksame Unterschrift entspreche. Weiterhin habe der Einzelrichter gegen seine gesetzliche Neutralitätspflicht verstoßen, indem er nach seinem eigenen „Gutdünken“ entgegen der ZPO einseitig zu Gunsten der Beklagten gehandelt habe. Der Grundsatz der Öffentlichkeit gemäß §169 GVG sei verletzt worden, da im Verzeichnis des Landgerichts für den Verhandlungstag nur die Klägerin, nicht aber die Beklagte aufgeführt sei. Der Name der Beklagten sei für die Öffentlichkeit am Rollkasten nicht ersichtlich gewesen. Der Einzelrichter habe es insoweit - trotz Kenntnis - versäumt, für Abhilfe zu sorgen. Auch sei gegen die Hinweispflicht nach § 139 ZPO verstoßen worden, so dass es zu einer „Überraschungsentscheidung“ gekommen sei. Auf einen Güetermin nach § 278 ZPO sei in unrechtmäßiger Weise verzichtet worden. Die Voraussetzung der Aussichtslosigkeit habe nicht Vorgelegen und der Einzelrichter habe - was nicht geschehen sei - auf die Gründe hinweisen müssen, weshalb er von einer Güteverhandlung absehe. Schließlich habe der Einzelrichter den schriftsätzlichen Vortrag der Klägerin vom 24.05.2020 nicht gewürdigt und damit nicht das rechtliche Gehör gewährt, Art. 103 Abs.1 GG. In den nachgelassenen Schriftsätzen vom 02.05.2022 und 08.05.2022 ergänzt und erweitert die Klägerin ihren Vortrag zu der damaligen Tätigkeit des Rechtsanwalts B. für den Insolvenzschuldner T. in der Zeit von 2009 bis 2015.

**[13-20]** (...)

#### Aus den Gründen:

**[21]** Die zulässige Berufung der Klägerin führt in der Sache

nicht zum Erfolg.

**[22]** 1. Die Berufung ist zulässig.

**[23]** Eine Berufungsbegründung bedarf einer aus sich heraus verständlichen Angabe, welche bestimmten Punkte des angefochtenen Urteils der Berufungskläger bekämpft und welche tatsächlichen oder rechtlichen Gründe er ihnen im Einzelnen entgegensetzt. Sie muss auf den konkreten Streitfall zugeschnitten sein. Hierfür reicht es nicht aus, auf Vorbringen in der Klageschrift zu verweisen und einen Gehörsverstoß wegen Verletzung der Hinweispflicht zu rügen, ohne auszuführen, was auf einen entsprechenden Hinweis vorgetragen worden wäre. Hat das Erstgericht die Abweisung der Klage auf mehrere voneinander unabhängige, selbstständig tragende rechtliche Erwägungen gestützt, muss die Berufungsbegründung in dieser Weise jede tragende Erwägung angreifen; andernfalls ist die Berufung unzulässig (BGH NJW-RR 2006, 285; BGH NJW 2013, 174 [175]; BGH NJW-RR 2015, 511 [511 f.]; BGH NJW-RR 2018, 386 [387]).

**[24]** Unter Zugrundelegung dieser Anforderungen hat die Klägerin die tragenden Entscheidungsgründe (noch) in dem geforderten Maße angegriffen. Zwar werden in dem Berufungsbegründungsschriftsatz vom 08.11.2020 fast ausschließlich Verfahrensfehler beanstandet. Allerdings wird auch die Bejahung der wissentlichen Pflichtverletzung durch das Landgericht als tragender Entscheidungsgrund angegriffen. Unter Hinweis auf die Ausführungen in dem an das Landgericht Frankfurt am Main (2-07 426/16) gerichteten Schriftsatz vom 10.03.2020 (Anlagenhefter) wird auch zu der Praxis der Zahlungsabwicklung über das betreffende Rechtsanwalts-Anderkonto näher Stellung genommen. Damit wird u.a. der dem Urteil zugrunde liegende Gesichtspunkt des Deckungsausschlusses der wissentlichen Pflichtverletzung (Teil 1 A § 4 Ziff. 5 AVB-WSR, Bl. 87 GA) inhaltlich angegriffen. Ob und inwieweit diese Ausführungen rechtlich geeignet sind, den Vorwurf der wissentlichen Pflichtverletzung zu widerlegen, ist keine Frage der Zulässigkeit der Berufung. Besondere formale Anforderungen werden insoweit nicht gestellt. Die Rechtsmittelbegründung erfordert insbesondere weder die ausdrückliche Benennung einer bestimmten Norm noch die Schlüssigkeit oder jedenfalls Vertretbarkeit der erhobenen Rügen (BGH NJW-RR 2016, 80, Rdnr. 6; BGH NJW-RR 2018, 386 [387] Rdnr. 9).

**[25]** Da in dem betreffenden Schriftsatz auch Ausführungen zur Einrichtung und Abwicklung des Rechtsanwalts-Anderkontos enthalten sind, sind auch der Gegenstand des Versicherungsschutzes und die Frage, ob der betreffende Verstoß „bei der Ausübung der beruflichen Tätigkeit“ erfolgte,- zumindest mittelbar betroffen und somit - bei wohlwollender Auslegung - (noch) Gegenstand der Berufungsbegründung.

[26] 2. Das angefochtene Urteil hält der berufsgerichtlichen Überprüfung stand. Das Berufungsvorbringen der Klägerin rechtfertigt keine andere rechtliche Beurteilung, das Rechtsmittel ist unbegründet. Auf die Ausführungen des angefochtenen Urteils wird inhaltlich Bezug genommen. Ergänzend weist der Senat auf Folgendes hin:

[27] a) Die dargestellten Verfahrensfehler (fehlende Unterschrift des Richters, fehlender Beglaubigungsvermerk, Verletzung der Öffentlichkeit des Verfahrens, Nichtdurchführung einer Güteverhandlung, Verweigerung der Einführung in den Sach- und Streitstand, Nichtberücksichtigung klägerischer Schriftsätze, unterlassene Hinweise) rechtfertigen - ihr Vorliegen unterstellt - nicht die von der Klägerin in erster Linie erstrebte Aufhebung des Urteils und die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. Anders als nach § 539 ZPO in der bis Ende 2001 geltenden Fassung ist nach § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO eine Aufhebung und Zurückverweisung nur dann möglich, wenn das Verfahren im ersten Rechtszug an einem wesentlichen Mangel leidet und aufgrund dieses Mangels eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig ist. Das bloße Vorliegen von ggf. auch mehreren Verfahrensfehlern alleine reicht nicht aus, um eine Zurückverweisung zu rechtfertigen. Das ist eine bindende gesetzgeberische Entscheidung, die im Interesse der Verfahrensbeschleunigung getroffen worden ist (vgl. BGH MDR 2005, 645, juris, Rdnr. 23). Eine Beweisaufnahme in der Sache ist vorliegend nicht geboten. Es kann daher dahinstehen, ob und ggf. in welchem Umfang dem Landgericht ggf. auch wesentliche Verfahrensfehler unterlaufen sind. Sie sind nicht durch eine Zurückverweisung zu korrigieren; vielmehr hat der Senat unter Beachtung der Verfahrensvorschriften eine eigene Sachentscheidung zu treffen. Grundsätzlich setzt nach § 538 Abs. 1 ZPO das Berufungsverfahren das erstinstanzliche Verfahren fort, sodass das Berufungsgericht in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht über den gesamten Streitstoff ein neues eigenes Urteil zu fällen und die hierfür erforderlichen Feststellungen selbst zu treffen hat. Eine Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO kommt als Ausnahme zu den beschriebenen Verpflichtungen eines Berufungsgerichts nur dann in Betracht, wenn das Verfahren im ersten Rechtszuge an einem wesentlichen Mangel leidet und auf Grund dieses Mangels eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig ist (BGH BeckRS 2017, 103968; BGH NJW 2013, 2601, Rdnr. 7; Musielak/Voit-Ball, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 538, Rdnr. 2). Letzteres ist - wie ausgeführt - nicht der Fall.

[28] Vor diesem Hintergrund ist auch eine Aussetzung des Verfahrens zur Einholung der „Rechtsauffassung des BVerfG“ und zur Klärung, inwieweit dem Landgericht Verfahrensfehler unterlaufen sind, nicht angezeigt.

[29] b) In materiell-rechtlicher Hinsicht hat das Landgericht einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Gewährung von Deckungsschutz aus dem Versicherungsvertrag (Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung) zu Recht abgewiesen.

[30] aa) Nach Teil 1 A § 1 I Ziffer 1 AVB-WSR. bietet der Versicherer dem Versicherungsnehmer Versicherungsschutz für den Fall, dass er wegen eines bei der Ausübung beruflicher Tätigkeit begangenen Verstoßes **„von einem anderen auf Grund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird“** (Versicherungsfall).

[31] Soweit die Klausel für die Gewährung von Versicherungsschutz daher voraussetzt, dass die versicherte Person aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen in Anspruch genommen wird, ist in der Rechtsprechung des BGH **geklärt, dass es sich dabei nach dem maßgeblichen Verständnis des durchschnittlichen Versicherungsnehmers um solche Bestimmungen handeln muss, die unabhängig vom Willen der beteiligten Parteien an die Verwirklichung eines unter die Klausel fallenden Ereignisses Rechtsfolgen knüpfen.** Danach setzt Versicherungsschutz u.a. voraus, dass der Versicherungsnehmer von einem Dritten **„auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird“**. Den Versicherungsnehmer ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse führt der Ausdruck Schadenersatz nicht eindeutig in den Bereich der Rechtssprache, weil es dort keinen, in seinen Konturen eindeutig festgelegten Schadenersatzbegriff gibt. In der Umgangssprache umschreibt der Ausdruck Schadenersatz allgemein den Ausgleich eines erlittenen Nachteils. **Dementsprechend kann der Versicherungsnehmer unabhängig davon, wie die einschlägige gesetzliche Haftpflichtbestimmung diese Rechtsfolge beschreibt, Versicherungsschutz jedenfalls dann erwarten, wenn der Anspruch auf Ausgleich des eingetretenen Schadens im Wege der Wiederherstellung des Zustands vor dem Schadenereignis gerichtet ist** (BGH r+s 2003, 149 [150]; BGH r+s 2021, 27 [28]). Ausgehend von diesen Maßstäben hat der BGH entschieden, dass der in **§ 64 S. 1 GmbHG a.F.** geregelte Anspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer auf Ersatz von nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit geleisteten Zahlungen ein bedingungsgemäßer gesetzlicher Haftpflichtanspruch auf Schadenersatz ist. Auch wenn der Anspruch aus § 64 S. 1 GmbHG a.F. von der Rechtsprechung des BGH nicht als Deliktstatbestand, sondern als eigenständige Anspruchsgrundlage bzw. als "Ersatzanspruch eigener Art" eingeordnet wird, erwartet der durchschnittliche Versicherungsnehmer Versicherungsschutz jedenfalls dann, wenn der gegen den Versicherten erhobene Anspruch auf Ausgleich des eingetretenen Schadens im Wege der Wiederherstellung des Zustands vor dem Schadenereignis gerichtet ist (BGH r+s 2021, 27 [28], Rdnr. 12, 18, 20; a.A. OLG Düsseldorf NZI 2018, 758 [760] Rdnr. 72 ff.).

**[32]** Vorliegend wäre zu entscheiden, ob es sich bei einem Anspruch aus Insolvenzanfechtung gemäß §§ 129 ff. InsO um einen gesetzlichen Haftpflichtanspruch handelt, der unter den Versicherungsschutz für Schadenersatz i.S.d. Teil 1 A § 1 I Ziff. 1 AVB-WSR fällt. Zweifel ergeben sich daraus, dass bei anfechtbaren Rechtshandlungen nach Maßgabe der §§ 129 ff. InsO eine Abwicklung nach bereicherungsrechtlichen Maßstäben erfolgt, § 143 Abs. 1 S. 2 InsO. Es entsteht damit ein Rechtsverhältnis eigener Art zum Anfechtungsgegner, das die Haftung des vom Schuldner weggegebenen Vermögensguts für seine Schulden verwirklichen soll. Jede selbständig anfechtbare Rechtshandlung begründet ein selbständiges Rückgewährverhältnis (BGH NJW 2008, 292 [295] Rdnr. 37; MünchKomm-Kirchhof/Piekenbrock, InsO, 4. Aufl. 2019, § 143, Rdnr. 4). Gegenstand des Versicherungsschutzes bei der Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte ist die Inanspruchnahme des Anwalts auf Grund gesetzlicher Bestimmungen. **Versichert ist hierbei grundsätzlich nur ein Haftpflichtanspruch; nicht versichert sind dagegen schuldrechtliche Ansprüche wie Erfüllungs-, Nachbesserungs-, Erfüllungsersatz- und Bereicherungsansprüche** (Diller, Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte, AVB-RSW, 2. Aufl. 2017, § 1, Rdnr. 61). Das Landgericht hat unter Hinweis auf das Urteil des OLG Düsseldorf vom 20.07.2018 (OLG Düsseldorf NZI 2018, 758) und die dort abgelehnte Zuordnung eines Zahlungsanspruchs einer insolvent gewordenen Gesellschaft aus § 64 GmbHG a.F. auch vorliegend einen vom Haftpflicht-Versicherungsschutz erfassten Haftpflichtanspruch verneint. Im Hinblick auf das zwischenzeitlich ergangene Urteil des BGH vom 18.11.2020 (BGH r+s 2021, 27) dürfte diese Argumentation mittlerweile überholt und - jedenfalls soweit man die Voraussetzungen des nach § 64 GmbHG a.F. rückzahlungspflichtigen Geschäftsführers und des nach §§ 133 Abs. 1 S. 1, 129, 143 InsO im Rahmen der Vorsatzanfechtung rückzahlungspflichtigen „anderen Teils“ (vgl. hierzu BGH NJW 2008, 1067) in einem Deckungsprozess gleichsetzt - nicht aufrechtzuerhalten sein. Ob in den Fällen der Insolvenzanfechtung die Ausklammerung von Bereicherungsansprüchen gemäß §§ 129 ff., 143 InsO aus dem Deckungsumfang der Berufshaftpflichtversicherung auch vor dem Hintergrund der neueren BGH-Entscheidung vom 18.11.2020 (BGH r+s 2021, 27) möglich und mit den Regeln der Klauselauslegung, wie sie der BGH vorgibt, vereinbar ist, bedarf vorliegend jedoch keiner abschließenden Entscheidung.

**[33]** bb) Das Landgericht hat nämlich jedenfalls zu Recht angenommen, dass eine spezifisch anwaltliche Tätigkeit nicht streitauslösend gewesen ist.

**[34]** Ob die von dem Kläger aufgrund des Geschäftsbesorgungsvertrages übernommene Tätigkeit vom Versicherungsschutz erfasst ist, ist in erster Linie durch Auslegung der vereinbarten Versicherungsbedingungen zu ermitteln. Zwar ist

der in den AVB verwendete Begriff „bei der **Ausübung beruflicher Tätigkeit** in Teil 1, A., § 1, I., 1. Abs. 1 AVB-WSR zunächst weit gefasst. **Dennoch ergibt sich daraus nicht, dass damit jede anwaltliche Tätigkeit erfasst ist, selbst wenn sie nur untergeordnet neben einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausgeübt wird.** Diesem Verständnis der Klausel steht aus Sicht des durchschnittlichen Versicherungsnehmers entgegen, dass das zunächst weit gefasste Leistungsversprechen nach Teil 1, A., § 1, I., 1. Abs. 1 AVB-WSR durch die Regelung in Teil 2 (Besondere Bedingungen und Risikobeschreibungen für Rechtsanwälte und Patentanwälte, BBR-RA, Bl. 89 R) konkretisiert und eingegrenzt wird. Bei dem dort anzutreffenden Begriff der „**freiberuflich ausgeübten Tätigkeit**“ als Rechtsanwalt handelt es sich erkennbar nicht um eine weite Definition anwaltlicher Tätigkeit, weil unter den nachfolgenden Spiegelstrichen als mitversichert eine Reihe von Tätigkeiten katalogartig aufgezählt wird, die häufig mit einer anwaltlichen Tätigkeit einhergehen und die keiner besonderen Erwähnung bedurft hätten, wenn von einem weiten Verständnis des Begriffs „**Tätigkeit als Rechtsanwalt**“ auszugehen wäre. **Daraus ergibt sich für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer, dass die versicherte freiberufliche Tätigkeit als Rechtsanwalt allein die von unabhängiger Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten geprägte klassische Tätigkeit des Rechtsanwalts gemeint ist, wie sie auch in § 3 BRAO beschrieben ist.** Darin bestärkt den Versicherungsnehmer auch die Formulierung der **Tätigkeit als Rechtsanwalt anstelle von Tätigkeit des Rechtsanwalts.** Gemeint ist daher nur die Kerntätigkeit des Rechtsanwaltsberufs (BGH BeckRS 2021,5164, Rdnr. 29; BGH r+s 2020, 397 [401]).

**[35]** **Kein Versicherungsschutz** besteht also, wenn der Mandant den Anwalt mit der **Wahrnehmung von Aufgaben** beauftragt, **die nicht rechtsanwaltstypisch sind.** Bei einer vertraglich begründeten Treuhändertätigkeit durch einen Rechtsanwalt kann eine anwaltliche Treuhändertätigkeit nur bejaht werden, wenn es zu den Aufgaben des Rechtsanwalts gehört, den Treugeber auch in Rechtsfragen zu beraten oder wenn er umfassend zu dessen Rechtsbesorgung befugt ist. **Eine Treuhändertätigkeit, bei der es primär um wirtschaftliche Belange (Vermögensverwaltung) geht und die nicht mit einer Rechtsberatung im Zusammenhang steht oder bei der die Rechtsberatung derartig in den Hintergrund tritt, dass ihr keine eigenständige Bedeutung zukommt, stellt dagegen keine anwaltstypische Tätigkeit dar** (Veith/Gräfe/Gebert-Brügge, Der Versicherungsprozess, 4. Aufl. 2020, §19, Rdnr. 169; OLG Celle, Urteil vom 31.05.2006 - 3 U 14/06 - BeckRS 2008, 9948). Ob im Einzelfall ein Anwaltsvertrag vorliegt mit der anwaltstypischen Verpflichtung, dem Auftraggeber rechtlichen Beistand zu leisten, hängt vom Inhalt der Aufgabe ab, die dem Rechtsanwalt übertragen und von diesem durchgeführt wird. **Die Rechtsberatung und -Vertretung muss nicht der Schwerpunkt der anwaltlichen Tätigkeit sein.** Ein Anwaltsvertrag kann auch anwaltsfremde Maßnahmen umfassen, falls diese

in einem engen inneren Zusammenhang mit der rechtlichen Beistandspflicht stehen und auch Rechtsfragen aufwerfen können. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Rechtsbetreuung völlig in den Hintergrund tritt und deswegen als unwesentlich erscheint (BGH NJW 1999, 3040 [3041 f.]). **Ist der Rechtsanwalt ausschließlich mit der wirtschaftlich-technischen Mittelfreigabe befasst und liegt der klare Schwerpunkt des Vertrages in der treuhänderischen Entgegennahme des Kapitals und umfasst die anwaltliche Tätigkeit nicht die Prüfung, Vermittlung und Beratung der Vermögensanlage, so fallen entsprechende Pflichtverletzungen nicht unter den vereinbarten Versicherungsschutz** (OLG München DStRE 2020, 180 [184] Rdnr. 34).

[36] Vorliegend ist bereits nach dem eigenen Vortrag der Klägerin nicht von einer klassischen anwaltstypischen Tätigkeit auszugehen. Die Klägerin agierte nach eigener Darstellung „ausschließlich als eine **reine Zahlstelle** auf Weisung des Schuldners; eine Beauftragung, „die Richtigkeit bzw. die Notwendigkeit der einzelnen in Auftrag gegebenen Konto Überweisungen zu überprüfen“, habe nicht vorgelegen. Die Einrichtung des Rechtsanwalt-Anderkontos T. erfolgte vor allem vor dem Hintergrund, dass der Schuldner T. „mangels Kreditwürdigkeit kein eigenes Konto hatte und ohne Konto seine gewerbliche Tätigkeit als R. nicht ausüben konnte“. Da für den Schuldner T. auch nicht zu erwarten war, dass er auf seinen eigenen Namen ein neues Konto im Rahmen der Betriebsfortführung erlangen könnte, veranlasste die Klägerin bis zum Jahr 2015 für ihn zahlreiche Abbuchungen, Überweisungen und Einzahlungen. Dem Mandanten T. kam es daher auf eine bloße Vermögensbetreuung durch die Klägerin an, die prinzipiell auch über ein bei der Bank eingerichtetes Treuhandkonto hätte abgewickelt werden können. Zwar kann auch eine Treuhandtätigkeit zur typischen Berufstätigkeit eines Rechtsanwalts gehören. Allerdings sehen die BBR- RA im konkreten Fall ausdrücklich eine Treuhandtätigkeit nur als mitversichert an, wenn dieser als „**Treuänder gemäß InsO**“ handelt. Darum geht es vorliegend nicht. Erhält der Anwalt - wie hier - lediglich den Treuhandauftrag, ohne gleichzeitig rechtsberatende oder rechtsvertretende Tätigkeiten zu übernehmen, liegt keine im Rahmen der Berufshaftpflichtversicherung versicherte Anwaltstätigkeit vor, weil es an der für die Anwaltstätigkeit typischen Rechtsbeistandspflicht fehlt.

[37] Die Ausführungen der Klägerin in den nachgelassenen Schriftsätzen vom 02.05.2022 und 08.05.2022 zu der Praxis der Zahlungsabwicklung über das betreffende Rechtsanwalts-Anderkonto gebieten keine abweichende Beurteilung. Sie rechtfertigen auch nicht die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Insbesondere werden dort keine tatsächlichen Gesichtspunkte aufgeführt, die die Annahme einer versicherten Anwaltstätigkeit nach Teil 1, A., § 1, I., 1. Abs. 1 AVB-WSR i.V.m. Teil 2 B BBR-RA nahelegen. In den Schriftsätzen werden

vielmehr umfangreich und ausführlich Details zu den das Anderkonto betreffenden Einnahmen und Ausgaben ausgeführt, ohne dass hierzu konkrete Umstände aufgezeigt werden, die bezüglich der damaligen Aktivitäten für eine klassische anwaltliche Tätigkeit im o.g. Sinne sprechen. Es wird in diesem Zusammenhang u.a. klargestellt, dass Herr Rechtsanwalt B. „für seine Dienstleistungen“ bzw. „für seine steuerberatende Tätigkeit „niemals Honorare berechnet habe, „um dem Schuldner seine Existenz zu ermöglichen“. Bei einer klassischen, im Rahmen der Berufshaftpflichtversicherung versicherten Anwaltstätigkeit mit der hierfür typischen Rechtsbeistandspflicht für den Mandanten wird der Rechtsanwalt üblicherweise nicht ohne weiteres auf seine Vergütungsansprüche verzichten, während dies bei rein faktischen Abwicklungstätigkeiten, bei denen die Rechtsbetreuung völlig in den Hintergrund tritt und deswegen als unwesentlich erscheint, jedenfalls eher denkbar erscheint. Soweit die Klägerin in dem Schriftsatz vom 02.05.2022 auf den S. 27 ff. pauschal behauptet, es sei ausschließlich die „klassische Tätigkeit eines Rechtsanwalts“ betroffen gewesen, ersetzt dies nicht den hierzu gebotenen Sachvortrag mit näherer Darlegung der damaligen Rechtsberatungstätigkeiten und der Konkretisierung, inwieweit eine solche klassische Anwaltstätigkeit mit der hierfür typischen Rechtsbeistandspflicht für den Mandanten vorgelegen habe. Schwerpunkt der hier streitgegenständlichen Leistungen war offenkundig die Eröffnung eines Rechtsanwaltsanderkontos, die rein faktische Betreuung dieses Anderkontos sowie die Vornahme klassischer Bankgeschäfte (Entgegennahme von Zahlungen, Überweisungen, Auszahlungen an einzelne Gläubiger etc.). **Eine Rechtsberatung war in diesem Zusammenhang offensichtlich nicht geschuldet; insoweit hätte ebenso ein Dritter tätig werden können, der nicht als Rechtsanwalt zugelassen war** (vgl. zu diesen Erwägungen OLG München DStRE 2020, 180 [184] Rdnr. 33).

[38] Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die Klägerin nach ihrer Darstellung auch rechtsberatende Tätigkeiten ausgeführt und Herrn T. auch gegenüber diversen Gläubigern vertreten hat (vgl. hierzu im Einzelnen den Vortrag der Klägerin Bl. 369 f. GA: „...den Schuldner... in diversen Zahlungsstreitigkeiten vertreten, ... dem Hessischen Finanzgericht, ... in drei Insolvenzantragsverfahren vor dem Insolvenzgericht Wiesbaden ..., dem Ladenvermieter R. wg. Mietrückständen und Kündigung ..., wg. Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses ..., umfassende rechtliche Vertretung des Schuldners in allen Steuerrechtsfragen in Sachen ESt, USt, GewSt vor den Finanzämtern ...“ etc.), denn aus solchen Tätigkeiten wird vorliegend die maßgebende Pflichtverletzung, die den Versicherungsfall ausgelöst haben soll, nicht hergeleitet.

[39-42] (...)

## Steuerberaterhaftung

- Beschränktes Mandat
- Umsatzsteuerjahreserklärung
- Innergemeinschaftliche Lieferung

(*OLG Nürnberg, Beschl. v. 8.12.2021 – 3 U 3060/21*)

### Leitsatz

Den Steuerberater, der Umsatzsteuerjahreserklärungen für einen Kfz-Händler nur anhand von diesem getätigter Umsatzsteuervoranmeldungen fertigt, trifft allein deswegen keine Pflicht, auf Änderungen im Bereich der Dokumentationspflichten bei innergemeinschaftlichen Lieferungen i.S.v. § 6a Abs. 3 UStG hinzuweisen.

### Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger, der gewerblich mit Kraftfahrzeugen handelt, macht gegen die beklagte Steuerberatungsgesellschaft Schadensersatzansprüche wegen unterbliebener Informationen darüber geltend, welche Vorgaben für die Inanspruchnahme der Umsatzsteuerfreiheit bei innergemeinschaftlichen Lieferungen galten.

[2] Die Beklagte war jedenfalls seit 2010 mit der Erledigung bestimmter steuerlicher Angelegenheiten des Klägers betraut. Eine im Jahr 2016 beim Kläger durchgeführte Betriebsprüfung des Finanzamts U. kam zum Ergebnis, dass der Kläger für drei Verkaufsvorgänge im Jahr 2014 und für 14 Verkaufsvorgänge im Jahr 2015, die jeweils mit einer Ausfuhr der Fahrzeuge nach Rumänien verbunden gewesen seien, zu Unrecht keine Umsatzsteuer abgeführt hat. Die für die Inanspruchnahme der Steuerfreiheit wegen einer innergemeinschaftlichen Lieferung i.S.v. § 6 a UStG erforderlichen Nachweise lägen nicht vor, insbesondere fehlten vollständig ausgefüllte Gelangensbestätigungen. Ein u.a. wegen dieses Sachverhalts gegen den Kläger eingeleitetes Strafbefehlsverfahren endete mit einer Verfahrenseinstellung gem. § 153 StPO.

[3] Von den 14 im Jahr 2015 veräußerten Fahrzeugen wurden 12 in der Folgezeit im Inland zugelassen.

[4] Der Kläger trägt vor, jeweils entsprechend seinem Geschäftsmodell gestohlene und später wieder aufgetauchte Fahrzeuge u.a. von der Versicherung HUK angekauft und weiterveräußert zu haben. Er stützt seine Ansprüche darauf, dass die Beklagte ihn hätte darauf hinweisen müssen, dass sich die Anforderungen für eine Inanspruchnahme der Umsatzsteuerfreiheit wegen innergemeinschaftlicher Lieferung in den Jahren 2012 und 2013 geändert hätten, insbesondere, dass hierzu seitdem Gelangensbestätigungen vorzulegen sind. Der Kläger hat vorgetragen, dass er bei Kenntnis dieses Umstands von

den Abnehmern der Fahrzeuge eine Sicherheit in Höhe der anfallenden Umsatzsteuer gefordert und einbehalten hätte, bis die Abnehmer ihm Gelangensbestätigungen übergeben hätten; hätten sie die Sicherheit verweigert, hätte er die Fahrzeuge an sie nicht verkauft.

[5] Die Beklagten bestreiten ihre Verantwortlichkeit dem Grunde nach und die Entstehung eines Schadens in der geltend gemachten Höhe, die nicht schlüssig dargetan sei. Ein Mandat für eine Beratung im Hinblick auf die umsatzsteuerliche Nachweispflichten sei nicht erteilt worden; eine Pflicht zur Aufklärung hierüber sei mit den übernommenen Aufträgen nicht verbunden gewesen.

[6] Das Landgericht hat die auf Zahlung von 35.969,00 € nebst Zinsen und vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten gerichtete Klage abgewiesen. Das Gericht sei nicht in dem von § 286 ZPO geforderten Maße überzeugt, dass die Abnehmer zur Leistung von Sicherheiten bereit gewesen wären. Die Geschäfte des Klägers seien ersichtlich auf einen einmaligen Leistungsaustausch gerichtet gewesen; eine Marktmacht, Sicherheiten zu verlangen, habe er nicht besessen. Die Abnehmer wären nicht das Risiko eingegangen, dass der Kläger seinerseits die Sicherheit trotz ordnungsgemäßer Abwicklung nicht zurückgewährt. Für die 12 Fälle im Jahr 2015, in denen die Fahrzeuge überhaupt nicht ins Ausland verbracht worden sind, wäre eine Gelangensbestätigung auch objektiv nicht zu erlangen gewesen; da diese Abnehmer mit dem Verlust der Sicherheitsleistung erheblich wirtschaftlich belastet worden wären, wären sie nicht bereit gewesen, eine solche zu stellen.

[7] Der Kläger und Berufungsführer rügt zunächst, dass ihm zu Unrecht die beantragte Schriftsatzfrist verweigert worden sei; ferner habe das Landgericht seinen Vortrag dazu, bei verweigerter Sicherheitsleistung das Geschäft nicht getätigt zu haben, übergangen. In der Berufungsbegründung trägt er ergänzend vor, dass die tatsächlich erzielten Verkaufspreise unter den Beträgen gelegen hätten, die die Wertgutachten, die Grundlage des Ankaufs durch ihn von der Versicherung HUK waren, als Wiederbeschaffungswert nach durchgeführter Reparatur genannt hätten; ein Verkauf zu mindestens gleichen Konditionen an Dritte wäre daher ohne weiteres möglich gewesen. Der Schaden ergebe sich aus dem festgesetzten Nachzahlungsbetrag für die Umsatzsteuer i.H.v. 35.969,00 €; in der Berufungsinstanz hat er seinen Klageantrag auf 34.531,00 € reduziert, da die Rückzahlung im Jahr 2016 zu einer Reduzierung seiner Einkommensteuer i.H.v. 1.438,00 € geführt habe.

[8] Die Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil. Die mit dem Schriftsatz vom 28. Juni 2021, den sie überdies für verspätet hält, eingeführten und im Termin vor dem Landgericht vorge-

legten Unterlagen enthielten die behaupteten Nachzahlungsbeträge nicht, ebenso die anderen Dokumente. Einer eventuellen Teilrücknahme der Klage stimmt die Beklagte nicht zu.

#### Aus den Gründen:

[9] Die zulässige Berufung hat nach Würdigungen durch den Senat keine Aussicht auf Erfolg, weil sich die Klageabweisung – wenn auch nur im Ergebnis – als zutreffend darstellt.

[10] 1. Zutreffend rügt die Berufung allerdings, dass das Landgericht den Vortrag des Klägers in einem entscheidenden Punkt übergangen hat. Der Kläger hat nämlich nicht nur behauptet, er hätte bei Kenntnis von den umsatzsteuerlichen Nachweiserfordernissen, insbesondere der Notwendigkeit einer Gelangensbestätigung, von den Abnehmern entsprechende Sicherheiten verlangt, sondern auch, dass er alternativ die Umsatzsteuer gefordert oder von einem Verkauf Abstand genommen hätte, wenn der Interessent mit einer Sicherheit nicht einverstanden gewesen wäre. Die (ohnehin teils eher spekulativen) Überlegungen des Landgerichts, dem Kläger wäre es nicht gelungen, von den Abnehmern Sicherheiten zu erhalten, tragen daher die Klageabweisung nicht, weil sie die vom Kläger explizit behauptete Handlungsalternative nicht berücksichtigen.

[11] Im Hinblick auf den Vortrag des Klägers zu seinem eigenen Verhalten wäre ihm dabei wohl auch die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens zugutegekommen, weil das beschriebene Vorgehen jedenfalls dem wirtschaftlich gebotenen und vernünftigen Verhalten eines Akteurs in der Situation des Klägers entspricht und daher eine entsprechende tatsächliche Vermutung aufgestellt werden kann.

[12] Der Schlüssigkeit hätte lediglich entgegenstehen können, dass der Schaden dem Grund und der Höhe nach davon abhing, dass er die Fahrzeuge an andere Personen verkauft hätte und sich solche gefunden hätten, und welcher Preis dabei erzielbar gewesen wäre. Auf diese Überlegung hat das Landgericht aber nicht hingewiesen. Angesichts des Umstands, dass für gebrauchte Kraftfahrzeuge - allgemeinkundig, § 291 ZPO - grundsätzlich ein funktionierender Markt besteht, könnte ausdrücklicher Vortrag zu einem alternativen Verkauf sogar entbehrlich gewesen sein, so dass nur (wie nunmehr vorgetragen, aber bestritten) in Frage stehen konnte, ob sich Abnehmer auch zum Ankauf zu solchen Preisen gefunden hätten.

[13] 2. Die klageabweisende Entscheidung stellt sich aber gleichwohl als zutreffend dar. Der Senat kann bereits nicht zum Ergebnis kommen, dass die Beklagte **vertragliche Pflichten** gegenüber dem Kläger verletzt hätte.

[14] a) Der Kläger macht geltend, dass die Finanzbehörden in den Jahren 2012 und 2013 als weitere Voraussetzung für die

Umsatzsteuerfreiheit innergemeinschaftlicher Warenabgaben die Gelangensbestätigung des Käufers eingeführt hätten, welche ab 2014 notwendige Voraussetzung für die Anerkennung als steuerfreier Vorgang gewesen sei. In den vorangegangenen Zeiträumen habe es ausgereicht, sich beim Bundeszentralamt für Steuern in Saarlouis darüber zu vergewissern, ob die bekanntgegebene Umsatzsteuer-Identifikationsnummer registriert ist und zutrifft, was der Kläger jeweils unternommen habe. Der Kläger meint, dass die Beklagte ihn über diese Änderung hätte informieren müssen.

[15] b) **Art und Umfang der Aufgaben und Pflichten des Steuerberaters** richten sich nach Inhalt und Umfang des ihm erteilten Mandats. Der Steuerberater ist verpflichtet, sich mit den steuerrechtlichen Punkten zu befassen, die zur pflichtgemäßen Erledigung des ihm erteilten Auftrags zu beachten sind; als **vertragliche Nebenpflicht** gehört hierzu, den Mandanten **vor Schaden zu bewahren** (§ 242 BGB) und auf Fehlentscheidungen, die für ihn offen zutage liegen, hinzuweisen. Auch, soweit nur ein **ingeschränktes Mandat** gegeben ist, muss der Berater den Mandanten auch außerhalb dieses Mandats vor Gefahren warnen, die sich bei ordnungsgemäßer Bearbeitung aufdrängen, wenn er Grund zu der Annahme hat, dass sein Auftraggeber sich dieser Gefahr nicht bewusst ist (zum Ganzen BGH, Urteil vom 7. Dezember 2017, IX ZR 25/17, DStRE 2018, 1334, Rn. 16; Urteil vom 7. Mai 2015 – IX ZR 186/14, NJW 2015, 2326, Rn. 7; Urteil vom 7. März 2013, IX ZR 64/12, NZI 2013, 438, Rn. 14; BGH, Urteil vom 4. Juni 1996 - IX ZR 246/95, NJW 1996, 2571, sub II. 4. a)). Hängt die Frage, ob der Anwalt ihm obliegende Pflichten verletzt hat, davon ab, welchen **Umfang das ihm erteilte Mandat** hatte, ist der Mandant deshalb auch für den erteilten Auftrag beweispflichtig (BGH, Urteil vom 20. Juli 2006 - IX ZR 47/04, NJW 2006, 3496, Rn. 7).

[16] c) Nach dem unstreitigen Vorbringen der Parteien hat die Beklagte zwar in den Jahren 2010 bis 2013 die Umsatzsteuerjahreserklärungen und die Einkommensteuererklärungen des Klägers erstellt sowie dessen Gewinn durch Einnahmeüberschussrechnung ermittelt, doch wurden die laufenden Umsatzsteuervoranmeldungen bis einschließlich 2013 vom Kläger selbst erledigt. Erst 2014 übernahm die Klägerin auch dies sowie, da der Kläger buchführungspflichtig geworden war, die Bilanzierung.

[17] Zu Beratungsgesprächen über aktuelle steuerliche Entwicklungen und Anforderungen kam es zwischen den Parteien im maßgeblichen Zeitraum nicht, was der Kläger darauf zurückführt, dass Bedarf hierzu neben den jährlichen Gesprächen zur Erstellung der Erklärungen nicht erforderlich gewesen sei.

[18] d) Der Senat **kann offen lassen, ob sich bei einer derartigen Sach- und Mandatslage für einen Steuerberater, der (zu-**

nächst zumindest teilweise) mit der umsatzsteuerlichen Behandlung der Geschäfte seines Mandanten befasst ist und aufgrund dieser Tätigkeit auch erkennen muss, dass er bestimmte umsatzsteuerliche Privilegierungen in Anspruch nimmt, eine Pflicht zu einem generellen Hinweis ergibt, wenn sich die maßgeblichen umsatzsteuerlichen Bestimmungen wesentlich verändern. Insoweit mag einiges dafür sprechen, dass auch bei einem nur derart eingeschränkten Mandat bei entsprechendem Anlass eine Pflicht zur **Warnung vor möglicherweise unbewussten Gefahren** gegeben ist; jedenfalls könnte in einem solchen Fall eine Nachfrage geboten sein, ob der Mandant von den Änderungen Kenntnis erlangt hat und sich bewusst ist, dass sich daraus möglicherweise Auswirkungen auf seine Geschäftstätigkeit und die buchhalterische Abwicklung ergeben.

[19] Dies kann jedoch dahinstehen, weil der Senat einerseits nicht erkennen kann, dass sich im Bereich der umsatzsteuerlichen Anforderungen bei innergemeinschaftlichen Warenlieferungen im maßgeblichen Zeitraum erhebliche Veränderungen ergeben hätten (dazu sogleich unter e)), und andererseits ein Aufklärungsbedarf des Klägers für die Beklagte aufgrund der Gesamtumstände nicht erkennbar war (dazu unter f)):

[20] e) Die **maßgebliche Gesetzesbestimmung des § 6a Abs. 3 S. 1 UStG**, nach der die Voraussetzungen einer innergemeinschaftlichen Lieferung i.S.v. Abs. 1 u. 2 vom Unternehmer nachgewiesen sein müssen, ist jedenfalls **seit 1999 unverändert** in Kraft. Bereits lange vor den Zeiträumen, auf die der Kläger abstellt, bestand daher die Pflicht dessen, der einen Umsatz als innergemeinschaftliche Lieferung umsatzsteuerfrei behandeln wollte, entsprechende Nachweise zu erbringen.

[21] **Wiederholte Änderungen** haben zwar die **Ausführungsbestimmungen** hierzu in den §§ 17 a ff. UStDV erfahren. Die Grundregel des § 17 a Abs. 1 UStDV, nach der der Unternehmer durch Belege nachweisen muss, dass er oder der Abnehmer den Gegenstand der Lieferung in das übrige Gemeinschaftsgebiet befördert oder versendet hat, und sich dies aus den Belegen eindeutig und leicht nachprüfbar ergeben muss, besteht aber ebenso jedenfalls seit dem Jahr 2001. Das Erfordernis, im Falle einer Beförderung der Ware in den anderen Mitgliedstaat durch den Abnehmer eine von ihm oder seinem Beauftragten ausgestellte Versicherung vorzulegen, die veräußerte Ware dorthin zu befördern, findet sich jedenfalls seit 2006 in § 17 a Abs. 2 Nr. 4 UStDV 2006. Die grundsätzliche Pflicht zur Vorlage einer Gelangensbestätigung, d.h. einer Versicherung des Abnehmers, dass der Gegenstand in das übrige Gemeinschaftsgebiet gelangt ist, galt erstmals ab 1. Januar 2012 nach § 17 a Abs. 2 Nr. 2 UStDV 2012; die Norm wurde in der Folgezeit lediglich modifiziert und dadurch ergänzt, dass anstelle der Gelangensbestätigung auch bestimmte andere Unterlagen genügen. Insoweit war aber gerade ab 1. Januar

2014 möglich, den Nachweis der Verbringung in einen anderen EU-Mitgliedstaat auch auf andere Weise zu erbringen, nämlich bestimmte Versand-/Frachtpapiere (§ 17 a Abs. 3 Nr. 2 UStDV 2014) oder (speziell bei Kraftfahrzeugen) eine Zulassungsbescheinigung im Bestimmungsland (§ 17 a Abs. 3 Nr. 5 UStDV 2014)

[22] Eine Neukonzeptionierung oder signifikante Verschärfung der Bestimmungen zum Jahreswechsel 2014 ist damit nicht festzustellen. Vielmehr wurde die Möglichkeit, den Nachweis mittels anderer Unterlagen zu führen, eher erweitert. Die Pflicht dessen, der aufgrund einer innergemeinschaftlichen Lieferung keine Umsatzsteuer abführen will, hinreichend aussagekräftige Belege vorzuhalten, bestand bereits lange vor dem Jahr 2014. Lediglich die Einführung der Gelangensbestätigung zum Jahresbeginn 2012 mag eine gewisse Relevanz besessen haben, bedeutete aber keine grundlegende konzeptionelle Änderung oder Verschärfung der umsatzsteuerrechtlichen Bestimmungen.

[23] f) Aus Sicht der Beklagten bestand auch **kein Grund zur Annahme, dass sich der Kläger nicht selbst** über die umsatzsteuerlichen Rahmenbedingungen und die Voraussetzungen, unter denen Geschäfte umsatzsteuerfrei sind, **informiert** hat und auf dem Laufenden hält.

[24] aa) Bereits der Umstand, dass der Kläger bis einschließlich 2013 die monatlich, bzw. jedenfalls quartalsweise vorzunehmenden Umsatzsteuervoranmeldungen **selbst tätigte, rechtefertigte die Annahme, dass in diesem Zeitraum er offenbar ausreichend Kenntnisse besessen haben muss.**

[25] bb) Bei einem **Gewerbetreibenden, der aufgrund des Unternehmensgegenstands regelmäßig mit Ein- oder Ausfuhrvorgängen befasst ist, kann überdies generell davon ausgegangen werden, dass er auch die damit verbunden steuerlichen Folgen kennt, oder, falls er Beratungsbedarf erkennt, sich deswegen von sich aus an einen kompetenten Berater wendet. Tätigt ein Unternehmer über Jahre hinweg Exportgeschäfte und ordnet er diese selbstständig umsatzsteuerrechtlich ein, kann ein Steuerberater, der mit den Jahresabschlüssen befasst ist, darauf vertrauen, dass dem Unternehmer die maßgeblichen Bestimmungen geläufig sind und sich hierzu auch auf dem Laufenden gehalten hat und weiter hält.** Anders wäre nämlich nicht zu erklären, dass er entsprechende Voranmeldungen, die bei fehlerhafter Erklärung strafbar sein können, vornimmt und darin auch Geschäfte als nicht der Umsatzsteuer unterworfen deklariert.

[26] cc) Dies gilt umso mehr, als vorliegend nicht erkennbar ist, dass der Beklagten die Prüfung der Dokumentationsanforderungen durch den Kläger oblegen hat.

**[27]** Wer lediglich Jahresabschlüsse fertigt, muss grundsätzlich nicht die einzelnen Vorgänge, die bereits Gegenstand der Anmeldungen waren, nochmals hinterfragen und prüfen, ob die Beleglage ausreicht. Kerngegenstand der Jahressteuererklärung ist, die vorangegangenen Anmeldungen zu konsolidieren und Umstände geltend zu machen, die eine Veränderung gegenüber der damals angemeldeten Situation bewirkt haben.

**[28]** Die Pflicht, Erklärungen zu erstellen, setzt bei den vorgefallenen Geschäften und vorhandenen Unterlagen an und richtet sich darauf, die zurückliegenden Geschäftsvorfälle steuerlich korrekt zu erfassen. Die Geschäftsvorfälle selbst können damit im Zeitpunkt der Tätigkeit nicht mehr beeinflusst werden; der Auftrag ist auch grundsätzlich nicht darauf gerichtet, entsprechendes Optimierungspotential aufzudecken.

**[29]** Soweit die Beklagte - was der Senat aber nicht abschließend zu beurteilen braucht - im Zuge der Jahreserklärung die Pflicht gehabt hätte, die vorangegangenen Vorfälle daraufhin zu untersuchen, ob eine vom Kläger angenommene Steuerfreiheit zu Recht in Anspruch genommen wurde, würde sich der Schutzzweck dieser Pflicht darauf beschränken, den Kläger davor zu schützen, dass sich erst später die fehlerhafte Behandlung herausstellt und deshalb z.B. Säumniszuschläge oder Hinterziehungszinsen anfallen. **Der vorliegend geltend gemachte Schaden ist aber ein anderer; er hätte sich auch durch eine vollständige Durchleuchtung der zurückliegenden Vorgänge nicht mehr vermeiden lassen.**

**[30]** dd) Dies änderte sich auch nicht entscheidend zum Jahresbeginn 2014, als die Beklagte u.a. auch die Umsatzsteuer-voranmeldungen übernahm.

**[31]** Dazu, wie sich der Informationsfluss und die Aufgabenteilung zwischen den Parteien gestaltete, hat der Kläger nichts vorgetragen. Die Behauptung, er habe alle seine Belege übersandt, lässt nicht erkennen, wann dies geschehen ist und welche Unterlagen konkret dies betraf; daher ist davon auszugehen, dass die Belege nur insoweit übermittelt wurden, als der Kläger dies für die Gewinnermittlung, Bilanzierung und Steueranmeldung als erforderlich ansah, nicht aber weitere Geschäftsunterlagen. Dass die Beklagte auch prüfen hätte sollen, ob die Verkaufsvorgänge im Hinblick auf die Belegsituation den jeweiligen Voraussetzungen der UStDV genügten, ist nicht behauptet. Anzunehmen ist insoweit, dass die betreffenden Kaufverträge des Klägers mit den Abnehmern keine Umsatzsteuer auswiesen, was die Beklagte aus den dargestellten Umständen dahin verstehen durfte, dass eine solche nach belastbarer Auffassung des Klägers nicht anfiel. **Die Beklagte war dann nicht verpflichtet, zu hinterfragen, ob der Kläger - der, wie dargestellt, aufgrund der Handhabung in den Vorjahren Erfahrungen besessen haben muss - diese Einordnung korrekt vorgenommen hat und auch die erforderlichen Belege besaß,**

**um den Nachweispflichten zu genügen.** Dafür, dass die Beklagte die zum Nachweis geeigneten Belege für ihre Tätigkeit benötigte und daher hätte vermischen müssen, ist nichts aufgezeigt.

**[32]** g) Darauf, dass er regelmäßig die ihm angegebenen Umsatzsteuer-Identifikationsnummern verifiziert habe, kann sich der Kläger insoweit nicht berufen. Diese Maßnahme genüge bereits lange Zeit vor dem von ihm für relevant gehaltenen Zeitraum nicht mehr, um eine innergemeinschaftliche Lieferung zu belegen, weil Belege für das Verbringen lange zuvor erforderlich waren und dazu jedenfalls entsprechende Versicherungen der Abnehmer zu präsentieren waren.

**[33]** h) Zutreffend weist die Beklagte ferner darauf hin, dass in der Zeit ab 2014 auch eine Gelangensbestätigung nicht ausreichte, um die Voraussetzung einer innergemeinschaftlichen Lieferung zu belegen. So waren hierzu nach § 17 c Abs. 2 UStDV 2012 ff. weitere Nachweise in buchmäßiger Form zu erbringen; hieran fehlte es, was das Finanzamt ebenfalls monierte. Der Nachweis wäre daher dem Kläger auch aus einem anderen Grund nicht gelungen.

**[34]** Soweit die Berufungsbegründung eine Erklärung des damals tätigen Außenprüfers vorbringt und unter Beweis stellt, das Fehlen der Gelangensbestätigungen habe zum Wegfall der Steuerfreiheit geführt und bei deren Vorhandensein wären die Voraussetzungen gegeben gewesen, steht dies mit der Rechtslage, insbes. § 17 a UStDV 2014, nicht in Einklang. Selbst wenn der Abnehmer die Fahrzeuge selbst abtransportiert, sieht § 17 a Abs. 2 Nr. 2 UStDV 2014 bestimmte belegmäßig nachzuweisende Umstände vor. Auch der Prüfbericht vom 17. August 2016 nennt auf Seite 2 zum Jahr 2015 nicht allein die Gelangensbestätigungen, sondern - kumulativ - zahlreiche weitere Dokumente und Nachweise als fehlend.

**[35]** 3. Offen bleiben kann daher, wie es sich auswirkt, dass nach eigenem Vorbringen des Klägers Gelangensbescheinigungen in mehreren Fällen nicht zu erlangen sind/waren.

**[36]** Der Senat sieht es nicht als selbstverständlich an, dass ein Schaden, der dem Kläger daraus entstanden wäre, dass er an Personen gerät, die eine Exportabsicht nur vorspiegeln und in Wirklichkeit die Fahrzeuge sogleich im Inland zulassen wollen (sodass objektiv die Umsatzsteuerpflicht für den Veräußerer besteht), vom Schutzzweck der Norm/vom Rechtswidrigkeitszusammenhang gedeckt wäre. Die vom Kläger angenommene Pflicht des steuerlichen Beraters, den Mandanten auch ungefragt über Verschärfungen der Nachweispflichten zu informieren, soll sicherstellen, dass er für objektiv umsatzsteuerbegünstigte Vorgänge keine Umsatzsteuer leisten muss, und nicht nur wegen mangelnder Beleglage hierzu verpflichtet

wird. Der dem Kläger insoweit wegen 14 Vorgängen entstandene Schaden beruht aber darauf, dass die Lieferanten die Voraussetzungen der Steuerfreiheit vorgespiegelt haben, welche aber objektiv nicht gegeben war. Selbst wenn Nachweise vorgelegen hätten, hätte der Kläger daher grundsätzlich Umsatzsteuer geschuldet und wäre ihm daher kein Schaden infolge der fehlenden Belege entstanden. Auch wenn insoweit eine Kausalität zwischen dem Unterlassen der Beklagten und dem Eintritt des Vermögensnachteils hergestellt werden mag, muss dieser nicht ein solcher sein, vor dem die unterstellte Aufklärungspflicht bewahren will.

[37] 4. Auch hat der Kläger den geltend gemachten Schaden nicht nachvollziehbar aufgezeigt oder belegt. Der Kläger trägt selbst vor, dass die in den Anlagen K2 und K3 ausgewiesenen Nachzahlungsbeträge für die Umsatzsteuer 2014 und 2015 nicht ausschließlich auf die drei bzw. 14 Fahrzeugverkäufe zurückgehen, sondern auch auf andere Vorgänge und Umstände. Weshalb sich aus den verfahrensgegenständlichen Sachverhalten und dem korrigierten Betrag der umsatzsteuerpflichtigen Umsätze gerade der als Schaden angesetzte Betrag ergebe, wird nicht näher dargestellt und ergibt sich auch nicht von selbst.

[38-39] (...)

## Steuerberaterhaftung

- Buchhaltungsfehler: Leistungen ohne Rechnung
- Darlegungs- und Beweislast
- Kausalität: Anscheinsbeweis
- Ermittlungsverfahren gegen Mandanten
- Auflagenzahlung, § 153a StPO

(*OLG Karlsruhe, Urt. v. 30.3.2022 – 3 U 11/20*)

### Leitsätze

1. Ein Steuerberater darf sich gegenüber der Behauptung des Unterlassens der gebotenen Aufklärung nicht damit begnügen, eine Pflichtverletzung zu bestreiten oder ganz allgemein zu behaupten, er habe den Mandanten ausreichend unterrichtet. Vielmehr muss er den Gang der Besprechung im Einzelnen schildern, insbesondere konkrete Angaben dazu machen, welche Belehrungen und Ratschläge er erteilt und wie der Mandant darauf reagiert hat (Anschluss OLG Düsseldorf, Urteil vom 4. November 2014 - I-23 U 168/13).
2. In Fällen der Rechts- und Steuerberaterhaftung bestimmen sich Beweiserleichterungen für den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises. Eine Beweislastumkehr findet dagegen nicht statt. Der Anscheinsbeweis verlangt einen Sachverhalt, der nach der Lebenserfahrung aufgrund objektiv deutlich für eine bestimmte Reaktion sprechender Umstände einer typisierenden Betrachtungsweise zugänglich ist. Dies ist anzunehmen, wenn bei zutreffender rechtlicher Beratung vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters aus allein eine Entscheidung nahegelegen hätte (Anschluss BGH, Urteil vom 16. Juli 2015 - IX ZR 197/14).
3. Die Verständigung im Rahmen des Betriebsprüfungsverfahrens unterbricht die haftungsbegründende Kausalität nicht. Auch der Zurechnungszusammenhang ist durch die Handlung des Mandanten nicht unterbrochen, wenn diese Einigung sich als eine vernünftige Reaktion auf eine durch den Berater infolge fehlerhafter Beratung ausgelöste oder beeinträchtigte rechtliche Auseinandersetzung darstellt (Anschluss BGH, Beschluss vom 19. April 2012 - IX ZR 99/10).
4. Denjenigen, der sich auf den Rat eines Fachmanns verlassen hat, trifft auch dann kein Mitverschulden i.S.v. § 254 Abs. 1 BGB, wenn er die Unrichtigkeit oder Unzulässigkeit des von diesem vorgeschlagenen oder in die Wege geleiteten Vorgehens bei genügender Sorgfalt hätte erkennen können. Selbst wenn ein Mandant über steuerrechtliche Kenntnisse verfügt, muss er darauf vertrauen können,

dass der beauftragte Berater die anstehenden steuerrechtlichen Fragen fehlerfrei bearbeitet, ohne dass eine Kontrolle nötig ist (Anschluss BGH, Urteil 15. April 2010 - IX ZR 189/09).

5. Ein Steuerberater hat seinen Mandanten auch davor zu bewahren, sich durch Überschreitung des zulässigen Rahmens der steuerstrafrechtlichen Verfolgung auszusetzen (Anschluss BGH, Urteil vom 15. April 2010 - IX ZR 189/09). Die Geldauflage, welche ein Mandant im Rahmen der Einstellung des steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahrens nach § 153a StPO zahlen muss, ist grundsätzlich ein auf der vertraglichen Pflichtverletzung des Steuerberaters beruhender Schaden.
6. Die im Zusammenhang mit dem Ermittlungsverfahren entstandenen Rechtsanwalts- und Steuerberaterkosten sind gleichfalls Teil des ersatzfähigen Schadens.

#### Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin begehrt aus abgetretenem Recht Schadensersatz aufgrund einer etwaigen Pflichtverletzung der Beklagten bei ihrer Tätigkeit als Steuerberaterin.

[2] Der Zedent, Herr Dr. A. G., betrieb bis einschließlich Juli 2008 eine nephrologische Einzelpraxis.

[3] Die Rechtsvorgängerin der Beklagten hat seit dem Jahr 2001 und die Beklagte seit ihrer Gründung im Jahr 2005 bis einschließlich 2010 die Zedenten Herrn Dr. A. G. (im Folgenden: „Zedent G.“) und dessen Ehefrau Dr. E. G. aufgrund entsprechender Beauftragung in allen anfallenden steuerlichen Angelegenheiten beraten und vertreten, einschließlich der Angelegenheiten in Bezug auf die Arztpraxis. Ferner war sie beauftragt, die Finanz- und Lohnbuchhaltung zu führen und die Einnahmenüberschussrechnung zu erstellen.

[4] Im Jahr 2006 wurde von dem Zedenten G. die D. S. AG gegründet. Dem war eine Beratung durch die Beklagte vorausgegangen. Gegenstand des Unternehmens ist nach § 2 Abs. 1 ihrer Satzung die Erbringung von Dienstleistungen im medizinischen Bereich mit Ausnahme ärztlicher Tätigkeit, Patienten- und Krankentransporte, den Handel mit medizinischen Produkten und Geräten, Personalleasing sowie Abrechnungsservice. Alleiniger Anteilseigner und alleiniger Vorstand der D. S. AG war der Zedent G. Die D. S. AG erbrachte in der Folge derartige Leistungen für die Arztpraxis des Zedenten G. Die Leistungsbeziehungen zwischen der D. S. AG und der Praxis war in keinem schriftlichen Vertrag geregelt worden. Auch hinsichtlich der D. S. AG war die Beklagte mit der Beratung und Vertretung in allen steuerlichen Angelegenheiten sowie mit

der Finanz- und Lohnbuchhaltung und der Erstellung der Jahresabschlüsse beauftragt.

[5] Seit dem 01.08.2008 betrieb der Zedent G. die Arztpraxis nicht mehr als Einzelpraxis, sondern als Gemeinschaftspraxis in Form einer GbR, an der neben dem Zedenten G. der weitere Zedent Herr Dr. K. D. (im Folgenden: „Zedent D.“) seit diesem Zeitpunkt mit einem Anteil von 24,9 % beteiligt ist. Auch hinsichtlich der GbR war die Beklagte mit der Steuerberatung, der Finanz- und Lohnbuchhaltung sowie der Erstellung der Einnahmenüberschusserklärungen beauftragt. Die D. S. AG erbrachte ihre Leistungen fortan – weiterhin ohne schriftliche Vereinbarung – für die Gemeinschaftspraxis.

[6] Seit dem Jahr 2007 war die Beklagte beauftragt, den Zedenten D. und dessen Ehefrau K. D. in allen anfallenden Angelegenheiten zu beraten und zu vertreten.

[7] Für die Jahre 2007 bis einschließlich 2010 erstellte die Beklagte die Steuererklärungen und die Einnahmenüberschussrechnungen für die zunächst als Einzelpraxis, später in Form einer GbR als Gemeinschaftspraxis betriebene Arztpraxis und erstellte die Finanz- und Lohnbuchhaltung für diese.

[8] Bis einschließlich des Jahres 2010 bezahlte die Arztpraxis die Leistungen der D. S. AG, ohne dass diese Rechnungen ausstellte. In der Praxis wurden die Zahlungen auf das Konto 5200 gebucht, das dem Festhalten von Wareneingang ohne Steuer (Vorsteuer) diene. Die Jahresergebnisse der Einzel- und später Gemeinschaftspraxis ermittelte die Beklagte auf der Grundlage der von ihr erstellten Einnahmenüberschussrechnungen, wobei die unter dem Konto 5200 gebuchten Zahlungen an die D. S. AG als Belastung des jeweiligen Jahresergebnisses ange-setzt wurden. Die Jahresergebnisse wurden wiederum von der Beklagten in die Einkommenssteuererklärungen der Zedenten übernommen. Hierauf ergingen Steuerbescheide, deren Steuern die Zedenten abführten. Hinsichtlich der Einzelheiten der festgesetzten Steuern wird auf die Kopien der Bescheide Bezug genommen.

[9] Im Jahr 2013 fand durch das Finanzamt S. eine Betriebsprüfung der Einzel- und Gemeinschaftspraxis für die Jahre 2007 bis 2011 statt. In dem Bericht über die Betriebsprüfung kam die Finanzverwaltung zu dem Ergebnis, dass die Vorgehensweise, nach der die Zahlungen der Praxis an die D. S. AG auf der einen Seite als Betriebsausgaben erfasst und auf der anderen Seite als Erlöse verbucht wurden, für die Jahre 2007 bis 2010 nicht anerkannt werden können. Für die Jahre ab 2011 sei die Vorgehensweise aber nicht zu beanstanden. Der D. S. AG wurde allerdings die Auflage gemacht, eine Rahmenvereinbarung schriftlich zu fixieren. Wegen der Einzelheiten des Berichts wird auf die Kopie in der Akte Bezug genommen (Anlage K 8). In der Folge hat das Finanzamt S. Zahlungen der

Arztpraxis an die D. S. AG als nicht abzugsfähig bewertet und zwar für das Jahr 2007 in Höhe von 35.731,15 €, für das Jahr 2008 in Höhe von 264.635,03 €, für das Jahr 2009 in Höhe von 292.029,53 € und für das Jahr 2010 in Höhe von 387.754,25 €. Die von der GbR im Rahmen des Jahresergebnisses abgesetzten Zahlungen für das Jahr 2011 wurden vom Finanzamt S. ohne Beanstandungen anerkannt.

**[10]** Aus der damit einhergehenden Erhöhung der Einkünfte aus selbständiger Arbeit haben sich für die Zedenten G. und Frau Dr. E. G., die gemeinsam veranlagt wurden, für die Jahre 2007 bis 2010 Nachzahlungsverpflichtungen im Hinblick auf Einkommenssteuer und Solidaritätszuschlag in Höhe von insgesamt 374.321,96 € sowie Zinsen in Höhe von 72.642 € ergeben. Darin enthalten sind jedoch auch Steuern in Höhe von 14.083 € und anteilige Zinsen in Höhe von 2.077 €, die auf eine Sonderbetriebseinnahme des Zedenten G. entfallen und in keinem Zusammenhang mit den Zahlungen stehen, die von der Finanzverwaltung nicht als Betriebsausgaben auf Seiten der Arztpraxis anerkannt wurden.

**[11]** Für den Zedenten D. und Frau K. D., die gemeinsam veranlagt wurden, haben sich aus der genannten Erhöhung der Einkünfte aus selbständiger Arbeit für die Jahre 2008 bis 2010 Nachzahlungsverpflichtungen im Hinblick auf Einkommenssteuer und Solidaritätszuschlag in Höhe von insgesamt 89.004,95 €, Zinsen in Höhe von 16.059 € sowie Kirchensteuer in Höhe von 7.532,10 € ergeben. Darin enthalten sind jedoch auch Steuern in Höhe von 5.314,10 € und anteilige Zinsen in Höhe von 844,94 €, die auf eine Sonderbetriebseinnahme des Zedenten D. entfallen und in keinem Zusammenhang mit den Zahlungen stehen, die von der Finanzverwaltung nicht als Betriebsausgaben auf Seiten der Arztpraxis anerkannt wurden.

**[12]** Die Ergebnisminderungen bei der D. S. AG führten dazu, dass die für das Jahr 2008 gezahlte Körperschaftsteuer und Solidaritätszuschlag nebst Zinsen in Höhe von € 15.832,27 an diese erstattet wurden; ansonsten sind durch die zusätzlichen Betriebsausgaben zunächst nur die Verlustvorträge der D. S. AG erhöht worden.

**[13]** Gegen den Zedenten G. wurde von der Staatsanwaltschaft S. im Jahr 2017 ein Ermittlungsverfahren wegen Steuerhinterziehung eingeleitet, das nach Zahlung einer Geldauflage in Höhe von 50.000 € gem. § 153a Abs. 1 StPO eingestellt wurde. Die Strafverfolgungsbehörde hatte angekündigt, andernfalls öffentliche Anklage zu erheben. Im Hinblick auf das Ermittlungsverfahren sind dem Zedenten G. Rechtsanwaltskosten in Höhe von 11.281,30 € sowie Steuerberaterkosten in Höhe von 2.403,80 € entstanden.

**[14]** Die Zedenten G. und seine Ehefrau Dr. E. G. sowie D. und seine Ehefrau K. D. schlossen mit der Klägerin hinsichtlich

sämtlicher Schadensersatzansprüche aus der Tätigkeit der Beklagten im Oktober bzw. November 2017 Abtretungsvereinbarungen. Wegen des genauen Wortlautes der Vereinbarungen wird auf die Kopien der Vereinbarungen (Anlagen K 1-4) Bezug genommen.

**[15]** Die Klägerin vertritt die Auffassung, dass die Beklagte in mehrfacher Hinsicht gegen ihre Beratungspflichten verstoßen habe.

**[16]** So habe sie dahingehend beraten, dass unter steuerlichen Gesichtspunkten Zahlungen der Praxis ohne Rechnungen und Belege der D. S. AG an diese geleistet werden können und sollten. Zahlungen an die D. S. AG seien nach diesem Rat gemäß dem Liquiditätsbedarf der D. S. AG als Vorauszahlung zu leisten, da dieser Liquiditätsbedarf unmittelbar und ausschließlich bedingt werde durch die Leistungen und Lieferungen, die die D. S. AG für die Praxis erbringe. Am Jahresende würden die erforderlichen buchhalterischen Maßnahmen veranlasst. Die Beklagte habe nicht darauf hingewiesen, dass die von der Arztpraxis geleisteten Zahlungen ohne entsprechende Rechnungen oder Belege nicht als Betriebsausgaben geltend gemacht werden dürften. Dies sei den Zedenten auch nicht bekannt gewesen. Zu keinem Zeitpunkt habe die Beklagte Rechnungen und Belege angefordert. Ansonsten hätte die D. S. AG die erforderlichen Rechnungen erstellt und die Zahlungen wären als Betriebsausgaben anerkannt worden.

**[17]** Die Betriebsprüfer hätten im Rahmen der Betriebsprüfung das Angebot des Steuerberaters der Zedenten, einen Versuch zu unternehmen von der D. S. AG nachträgliche Rechnungen erstellen zu lassen und diese nachzureichen, abgelehnt.

**[18]** Ferner habe die Beklagte auch im Rahmen der Buchhaltung die Zahlungen der Arztpraxis nicht buchen dürfen, da insoweit keine hinreichenden Belege vorgelegen hätten.

**[19]** Schließlich habe die Beklagte bei den Zedenten im Zusammenhang mit den Zahlungen der Praxis an die D. S. AG zu keiner Zeit den Abschluss einer Vereinbarung zwischen der Praxis und der D. S. AG, auf deren Grundlage die Leistungsbeziehung abgewickelt werden könnte, empfohlen.

**[20]** Durch die Pflichtverletzungen der Beklagten sei den Zedenten ein Schaden entstanden. Sämtlichen Zahlungen der Arztpraxis an die D. S. AG habe ein tatsächlicher Leistungsaustausch zugrunde gelegen. Durch die fehlende Anerkennung der Zahlungen als Betriebsausgaben sei auch auf Seiten der Arztpraxis kein Vorteil entstanden.

**[21]** Die Klägerin hat beantragt:

**[22-23]** (...)

**[24]** Die Beklagte hat beantragt, (...)

**[25]** Die Beklagte vertritt die Auffassung, eine Pflichtverletzung der Beklagten liege nicht vor. Weder die Beratung noch die Buchungen der Beklagten seien zu beanstanden:

**[26]** Der Zedent G. sei von der Beklagten, vertreten durch den damaligen Gesellschafter Steuerberater St., von Anfang an darauf hingewiesen worden, dass Abschlagsrechnungen möglich seien, diesen aber eine detaillierte Endabrechnung der tatsächlichen Lieferungen bzw. Leistung zu folgen habe. Dies könne nicht die Beklagte, sondern allein die D. S. AG erledigen. Bereits im Jahr 2007 sei der Zedent G. im Rahmen einer Umsatzsteuerprüfung bei der D. S. AG darauf hingewiesen worden, dass Rechnungen erforderlich seien.

**[27]** Zum Gang der Besprechungen, in denen diese Hinweise erteilt worden sein sollen, und insbesondere zur Reaktion der Zedenten hat die Beklagte nicht vorgetragen.

**[28]** Die Beklagte hat ferner behauptet, sie habe allein nach den ihr übergebenen Belegen und Informationen gebucht. Diese Zahlungen seien als Geschäftsvorfälle im Sinne von Abschlagszahlungen zu buchen gewesen, damit dann auch die jeweiligen Bankkontobestände am Periodenende mit der Finanzbuchhaltung hätten abgestimmt werden können.

**[29]** Selbst wenn für die Zahlungen Rechnungen vorgelegen hätten, hätte die Finanzverwaltung diese nicht als Betriebsausgaben anerkannt, da ihnen kein tatsächlicher Leistungsaustausch zwischen der D. S. AG und der Arztpraxis zugrunde gelegen habe.

**[30]** Die Zedenten G. und D. müssten sich ein Mitverschulden entgegenhalten lassen, da die Abrechnungen hätten erstellt werden können, aber kein Hinweis von ihnen an die Beklagte gekommen sei. Das Mitverschulden des Zedenten G. sei so groß, dass ein etwaiges Verschulden der Beklagten in den Hintergrund treten würde. Die Zedenten hätten wissen müssen, dass im Geschäftsverkehr Rechnungen zu erstellen seien. Außerdem hätten die Zedenten im Rahmen der Betriebsprüfung, wenn ein tatsächlicher Leistungsaustausch vorhanden gewesen wäre, nachweisen können, dass dieser vorgelegen habe. Da sie dies nicht getan haben, hätten sie den Schadenseintritt nicht verhindert.

**[31]** Hierauf komme es jedoch im Ergebnis nicht an, weil es an einem Schaden der Zedenten fehle. Die Klägerin habe ihren Schaden schon nicht schlüssig dargelegt, da es an dem Gesamtvermögensvergleich fehle. Nach den Feststellungen der Finanzverwaltung fehle ein tatsächlicher Leistungsaustausch hinsichtlich der streitgegenständlichen Zahlungen der Arztpraxis an die D. S. AG. Es habe dabei nicht der Beklagten obliegen

zu prüfen, ob Scheinbuchungen bzw. Zahlungen ohne Anspruch vorgelegen hätten. Ferner sei zu berücksichtigen, dass Zahlungen ohne Rechtsgrund an die D. S. AG, soweit die Zahlungen zu Erlösen geführt hätten, als verdeckte Einlage zu qualifizieren und im Rahmen der Einkommensermittlung gewinnmindernd zu berücksichtigen seien. Es seien die Anschaffungskosten hinsichtlich der Beteiligung an der D. S. AG erhöht worden, mit der Folge, dass der Zedent G. bei einem Verkauf seiner Aktien dem Veräußerungspreis um diese verdeckte Einlage höhere Anschaffungskosten gegenrechnen könne, was auch im Falle einer Liquidation gelte. Die versagte Anerkennung der Erlöse der D. S. AG habe zu einem steuerlichen Verlust geführt, der bis in das Wirtschaftsjahr 2015 hinein mit steuerpflichtigen Gewinnen verrechnet worden sei. Dadurch habe die D. S. AG Steuern erspart.

**[32]** Die Geldauflage im Strafverfahren sei eine höchstpersönliche Schuld, die nicht erstattungsfähig sei. Auch die Anwalts- und Steuerberaterkosten im Zusammenhang mit dem Ermittlungsverfahren könnten – schon mangels Verzugs – nicht erstattet werden.

**[33]** (...)

**[34]** Das Landgericht hat der Klage nach Vernehmung der Zeugen Sch., Dr. G. und Dr. D. überwiegend stattgegeben und die Beklagte zur Zahlung von 467.865,85 € nebst Zinsen und vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten verurteilt.

**[35]** Zur Begründung hat es ausgeführt, die Beklagte habe gegenüber den Zedenten ihre Pflichten aus dem Steuerberatervertrag verletzt, indem sie diese nicht hinreichend aufgeklärt habe. Ein Steuerberater habe im Rahmen seines Auftrags seinen Mandanten umfassend zu beraten und ungefragt über alle bedeutsamen steuerlichen Einzelheiten und deren Folgen zu unterrichten. Insbesondere müsse er seinen Auftraggeber möglichst vor Schaden bewahren; deswegen müsse er den sichersten Weg zu dem erstrebten steuerlichen Ziel aufzeigen und sachgerechte Vorschläge zu dessen Verwirklichung unterbreiten. Er habe den Mandanten in die Lage zu versetzen, eigenverantwortlich seine Rechte und Interessen zu wahren und eine Fehlentscheidung vermeiden zu können. Im vorliegenden Fall sei von den Zedenten, der A. GbR sowie der D. S. AG mit der Beklagten ein nicht eingegrenzter Vertrag geschlossen worden. Die Beklagte sei nicht nur mit der Steuerberatung, sondern auch mit der Buchhaltung beauftragt gewesen. Insofern hätten sie umfassende Beratungspflichten getroffen. Die Beklagte sei deshalb verpflichtet gewesen, die Zedenten G. und D. als Gesellschafter der Praxis GbR darauf hinzuweisen, dass die bereits gebuchten Abschlagszahlungen der Praxis GbR an die D. S. AG für die streitgegenständlichen Veranlagungsjahre steuerlich nicht als Betriebsausgaben der Praxis

angesetzt werden könnten, wenn nicht entsprechende Rechnungen für den Leistungsaustausch vorgelegt würden.

**[36]** Die Beklagte habe die Gründung der D. S. AG vorgeschlagen. Eine tragende Säule dieses Modells sei es gewesen, dass die Praxis die Leistungen der D. S. AG nicht nur bezahle, sondern diese Zahlungen auch für die Praxis als Betriebsausgaben angesetzt werden könnten. Denn nur dann ergebe sich eine Minderung des Gewinns aus selbständiger Tätigkeit, die zu einer „direkten Steuerersparnis“ (so S. 2 Anl. K 25) führe. Sie habe deshalb dafür Sorge tragen müssen, dass diese Konstruktion den angestrebten Zweck möglichst erfüllte. Dass es für die Anerkennung der Zahlungen als Betriebsausgaben der Praxis nicht ausreiche, Kontoauszüge vorzulegen, die die Zahlungen belegten, hätte der Beklagten bekannt sein müssen. Denn in keinem Fall vermöge der Kontoauszug neben der Zahlung selbst auch den Zusammenhang zwischen etwaigen Leistungen in der Realität und den Zahlungen herzustellen. Der Beklagten, die hinsichtlich aller Beteiligten und Gesellschaften umfassend beauftragt gewesen sei, sei bekannt gewesen, dass und in welcher Höhe und mit welchen Belegen Zahlungen der Praxis an die D. S. AG getätigt worden seien. Das aufgezeigte Defizit im Hinblick auf die Belege hätte sie den Zedenten mitteilen müssen.

**[37]** Ein derartiger Hinweis sei nicht aufgrund bestehender Kenntnisse der Zedenten entbehrlich gewesen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe zur Überzeugung des Gerichtes fest, dass weder der Zedent G. noch der Zedent D. Kenntnis darüber gehabt habe, dass für eine ordnungsgemäße Buchung der Zahlungen der Praxis an die D. S. AG Rechnungen der Letztgenannten erforderlich gewesen seien. Gerade beim Zeugen D. sei die Aussage glaubhaft, da er mit den betriebswirtschaftlichen Belangen der Praxis nicht befasst gewesen sei. Doch auch die Aussage des Zeugen G. sei insoweit glaubhaft. Er sei zwar mit den betriebswirtschaftlichen Aspekten der D. S. AG und der Praxis betraut gewesen. Gleichwohl sei es glaubhaft, dass er sich auf die Beklagte, die nicht nur mit der Steuerberatung, sondern auch umfassend mit der Buchhaltung beauftragt gewesen sei, verlassen habe. Insbesondere lasse sich seiner Aussage nicht entnehmen, dass ihm bewusst gewesen sei, dass neben den vorgelegten Kontoauszügen auch Rechnungen erforderlich gewesen wären, um die Zahlungen als Betriebsausgaben ansetzen zu dürfen.

**[38]** Gleichwohl habe die Beklagte die Zedenten nicht darüber aufgeklärt. Dies sei gem. § 138 Abs. 3 ZPO als unstreitig zu behandeln, da die Beklagte diese Behauptung der Klägerin nicht hinreichend bestritten habe. Die Schwierigkeit des sogenannten Negativbeweises, den hier die Klägerseite in Bezug auf die fehlende Aufklärung bzw. Beratung führen müsse, sei dadurch zu beheben, dass die andere Partei nach Lage des Fal-

les die Behauptung substantiiert bestreiten und diejenige Partei, welche die Beweislast trage, die Unrichtigkeit der Gegen-darstellung beweisen müsse. Die Anforderungen an die Substantiierungspflicht des wegen unzureichender oder unrichtiger Belehrung in Anspruch genommenen Steuerberaters würden durch die Umstände des Einzelfalles bestimmt. Keinesfalls könne sich der Steuerberater damit begnügen, eine Pflichtverletzung zu bestreiten oder ganz allgemein zu behaupten, er habe den Mandanten ausreichend unterrichtet. Vielmehr müsse er den Gang der Besprechung im Einzelnen schildern, insbesondere konkrete Angaben dazu machen, welche Belehrungen und Ratschläge er erteilt und wie darauf der Mandant reagiert habe. Dies habe die Beklagte trotz mehrfacher Hinweise nicht getan. Im Ergebnis erschöpfe sich der Vortrag der Beklagten in einer pauschalen Behauptung einer Aufklärung.

**[39]** Dass der Zedent G. sich bei pflichtgemäßer Aufklärung durch die Beklagte entsprechend verhalten und Rechnungen für die von der D. S. AG an die Praxis erbrachten Leistungen erstellt hätte, folge schon aus der unwiderlegten Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens.

**[40]** Auch über die von der Finanzverwaltung anerkannten Warenbezüge, Personalgestellung und die Überlassung der Betriebs- und Geschäftsausstattung hinaus habe zwischen der D. S. AG und der Praxis ein Leistungsaustausch stattgefunden. Es sei nie von Beklagtenseite bestritten worden, dass überhaupt ein Leistungsaustausch in Bezug auf die von der Finanzverwaltung nicht anerkannten Positionen für Instandhaltung betrieblicher Räume, Kfz-Steuern, Kfz-Versicherungen, laufende Kfz-Betriebskosten, Mietleasing Kfz, Reparaturen und Instandhaltungskosten der Betriebs- und Geschäftsausstattung, Wartungskosten für Hard- und Software, Telefon, Telefax und Internetkosten und Nutzung und Wartung technischer Anlagen/Betriebsausstattung/Maschinen stattgefunden habe. Denn weder seien die zugrundeliegende Tatsache, dass Kraftfahrzeuge zur Verfügung gestellt, Reparaturen angefallen, Hard- und Software sowie technische Anlagen gewartet sowie Telefon-, Telefax und Internet bereitgestellt worden seien, bestritten, noch sei ersichtlich, dass hinsichtlich dieser Positionen gar keine Leistungen von der D. S. AG erbracht worden seien, sondern sämtliche Buchungen insoweit rein fiktiv gewesen seien. Zudem habe die Klägerin zumindest einzelne Rechnungen für Wartungen und Reparaturen über das von ihr beauftragte Steuerberatungsunternehmen A. ermitteln können. Damit stehe aber dem Grunde nach fest, dass zumindest ein Teil der Betriebsausgaben trotz tatsächlichem Leistungsaustausch nicht anerkannt worden sei.

**[41]** Es treffe nicht zu, dass die Finanzverwaltung im Rahmen der Betriebsprüfung insgesamt festgestellt habe, dass ein tatsächlicher Leistungsaustausch hinsichtlich dieser Positionen

nicht stattgefunden habe. Vielmehr lasse sich den Ausführungen im Bericht zur Betriebsprüfung vom 11.06.2014 (Anlage K 8, dort S. 5) sicher entnehmen, dass allein das Fehlen hinreichender Belege dazu geführt habe, dass die angesetzten Zahlungen nicht als Betriebsausgaben anerkannt würden, nämlich weil eine genaue Abgrenzung und auch deren Zeitpunkt nicht festgestellt werden könnten. Deutlich ergebe sich das auch daraus, dass die Finanzverwaltung die Ausgaben für das Jahr 2011 vollständig anerkannt habe, in dem hierfür Rechnungen gestellt worden seien.

**[42]** Ein Mitverschulden des Zedenten G. bzgl. der unterbliebenen Rechnungsstellung für die D. S. AG an die Praxis könne nicht nach § 254 Abs. 1 BGB zugerechnet werden. Zwar habe der Zedent G. als Vorstand einer Aktiengesellschaft wissen müssen, dass im Geschäftsverkehr gem. § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UStG Rechnungen zu erstellen seien. Dieser Verstoß gegen die eigenen Sorgfaltsanforderungen lasse sich jedoch dem hier eingetretenen Schaden nicht zurechnen. Zweck der Pflicht zur Rechnungsstellung sei in erster Linie die Überwälzung der Steuer innerhalb der Unternehmerkette, also zur Entlastung des unternehmerischen Leistungsempfängers von der ihm berechneten Steuer durch den Vorsteuerabzug. Im vorliegenden Fall seien umsatzsteuerrechtliche Aspekte jedoch irrelevant.

**[43]** Die Zedenten hätten auch nicht gegen ihre Pflicht zur Schadensminderung gem. § 254 Abs. 2 BGB verstoßen, weil sie sich auf das Ergebnis der Betriebsprüfung eingelassen hätten. Der Zeugen Sch. habe glaubhaft berichtet, dass im Rahmen der Betriebsprüfung im Raum gestanden habe, dass keinerlei Betriebsausgaben der D. S. AG anerkannt würden. Dann wären die Zedenten G. und D. in Insolvenz gegangen. Die Durchführung eines Einspruchsverfahrens sei vor diesem Hintergrund nicht zumutbar gewesen.

**[44]** Es stehe zur Überzeugung des Gerichtes fest, dass den Zedenten durch die pflichtwidrig unterlassene Aufklärung ein Schaden in Höhe von insgesamt 467.865,85 € entstanden sei. Die berechnete Steuernachforderung stelle zwar keinen Schaden des Mandanten dar. Allerdings entstehe dem Mandanten ein Schaden, wenn ein Berufsversehen des Steuerberaters zur Versagung eines berechtigten Steuervorteils oder zur Festsetzung einer ungerechtfertigten, vermeidbaren Steuerforderung führe. Die Schadenermittlung müsse das jetzige Gesamtvermögen mit dem hypothetischen Vermögen des Mandanten vergleichen. Schätzungen seien nach § 287 ZPO möglich. Zugrunde zu legen sei, dass die Praxis 2007 35.000 €, 2008 255.184,08 €, 2009 292.029,53 € und 2010 270.454,74 € für Leistungen der D. S. AG erbracht habe und bei entsprechender Aufklärung hierüber hätten Rechnung erstellt werden können, so dass die Beträge als Betriebsausgaben der Praxis berücksichtigt worden wären. Bei der Einkommenssteuerberechnung

wäre dann ein entsprechend geringerer Betrag als zu versteuerndes Einkommen berücksichtigt worden. Dies hätte zu einer geringeren Einkommenssteuerlast, einem geringeren Solidaritätszuschlag, geringeren Zinsen und bei den Eheleuten D. zu einer geringeren Kirchensteuer geführt. Wegen der Berechnung der entbehrlichen Steuerlast wird auf die ausführliche Darstellung auf S. 23 ff. des Urteils des Landgerichts Bezug genommen.

**[45]** Ein Anspruch auf Erstattung der im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren geleisteten Geldauflage und der damit verbundenen Kosten für die Verteidigung und die Steuerberatungsgesellschaft bestehe dagegen nicht. Zwar sei ein Anspruch auf Schadensersatz nicht allein deshalb ausgeschlossen, weil es sich um eine Geldauflage in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren handele, so lange der Mandant nicht über die Rechtswidrigkeit eines bestimmten Vorgehens im Klaren gewesen sei. Ein derartiger Anspruch sei jedoch wegen überwiegenden Mitverschuldens des Zedenten gem. § 254 BGB ausgeschlossen. Hätte der Zedent sich nicht auf die Einstellung gegen Zahlung einer Geldauflage gem. § 153a StPO eingelassen, hätte das Verfahren bei entsprechendem Vorbringen des Zedenten gem. § 170 Abs. 2 StPO eingestellt werden müssen. Denn es lägen schon die objektiven Voraussetzungen der Steuerhinterziehung gem. § 370 Abs. 1 AO nicht vor. Die Angaben zu den Betriebsausgaben gegenüber den Finanzbehörden seien im Wesentlichen korrekt gewesen. Es sei nicht nachgewiesen, dass der Zedent Ausgaben angesetzt hätte, denen nachweislich gar kein Leistungsaustausch gegenüberstanden habe. Es sei dem Zedenten G. zumutbar gewesen, bereits im Ermittlungsverfahren diesen Leistungsaustausch ermitteln zu lassen und vorzutragen. Anders als bei den substantiierten Ausführungen in Bezug auf das Steuerverfahren habe die Klägerin keine hinreichenden Umstände vorgetragen, weshalb er hiervon abgesehen und sich auf die Einstellung des Ermittlungsverfahrens gem. § 153a StPO eingelassen habe.

**[46]** Wegen der weiteren Einzelheiten der Urteilsbegründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

**[47]** Gegen das Urteil haben beide Parteien, jeweils soweit sie unterlegen sind, Berufung eingelegt.

**[48]** Die Beklagte verfolgt mit ihrer Berufung ihr erstinstanzliches Ziel der vollständigen Klageabweisung weiter. Sie wendet ein, das Landgericht sei zu Unrecht von ihrer Pflichtverletzung ausgegangen. Die Klägerin habe ihre Klage auf die Behauptung gestützt, die Beklagte habe den Zedenten dazu geraten, die Vorauszahlungen nicht abzurechnen. Diese Behauptung habe sie nicht bewiesen. Sie habe ihre Klage dagegen nicht auf eine unterlassene Aufklärung durch die Beklagte gestützt, weshalb das Landgericht, das ein Unterlassen in das

Zentrum der Begründung gestellt habe, zu Unrecht von der Beklagten konkreten Vortrag zu den Besprechungen und Ratschlägen sowie der Reaktion der Zedenten von der Beklagten gefordert habe. Der Mandant habe die Grundaufzeichnungen in eigener Verantwortung - als ordentlicher Kaufmann - zu fertigen und die Belege für die Geschäftsvorfälle dem Berater jeweils rechtzeitig, richtig und vollständig zur Verfügung zu stellen. Fehler im Bereich der Grundaufzeichnungen könnten dem Steuerberater nicht angelastet werden. Er könne auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der ihm gegebenen Auskünfte und Belege vertrauen.

[49] Unabhängig davon habe die Beklagte mehrfach vorgetragen und unter Zeugenbeweis gestellt, dass sie die Zedenten, insbesondere den Zeugen Dr. G., darüber belehrt habe, dass diese ihre Geschäftsvorfälle durch geeignete Belege/Abrechnungen vollständig und wahrheitsgemäß zu dokumentieren und abzurechnen hätten. Dies sei zum Teil unmittelbar oder in den Besprechungen zwischen dem Zeugen St. und dem Zedenten Dr. G., die mindestens zweimal im Jahr stattgefunden hätten, geschehen. Die überwiegende Anzahl dieser Besprechungen sei von der Zeugin K. dergestalt mit vorbereitet worden, dass sie dem Zeugen St. in der Regel eine Art "To-do-Liste" übergeben habe, in der sie Fragen an Dr. G. oder mit ihm zu klärende Sachverhalte aufgeschrieben hätte, die der Zeuge St. dann mit Dr. G. abgearbeitet hätte. Thematisiert worden seien dabei auch die notwendigen Abrechnungen und Verbuchungen der geleisteten An-/Vorauszahlungen.

[50] Die Erforderlichkeit der Abrechnungen sei auch Thema in diversen E-Mails zwischen der Beklagten und den Zedenten gewesen, zu denen die Beklagte bereits in erster Instanz vorgebracht habe und welche das Landgericht zu Unrecht nicht berücksichtigt habe:

[51] Der Zedent Dr. G. habe ich einer E-Mail vom 20.03.2009 (Anlage B 18) formuliert:

[52] „*Sehr geehrter Herr St., an Herrn M. bitte ich Sie folgendes zu schreiben:*

[53] *Die Auslagerung eines Teils der Patienten erfolgte bereits Ende des Jahres 2008 nach Plan. Nicht jedoch die Verrechnung da die Differenz in dem Einkaufspreis für die Materialien zu offensichtlich gewesen wäre. Auch die Behandlungszahlen in der Praxis sind aufgrund von starkem Wachstum fast unverändert geblieben. Es ist daher überlegt worden die Verrechnungen zwischen der D. S. AG und Partnerpraxis durch Leihpersonal durchzuführen und Anfang des Jahres ein weiteres Teil der Patienten auszulagern. Ein solcher Lösung würde zusätzlich zu Reduzierung der Personalkosten in der Praxis G./D. führen. Dafür erforderliche und Ende des Jahres 2008 beantragte Genehmigung ist erst am 12. 02. 2009 erteilt worden. Nach meinem*

*Kenntnisstand sind die ersten Personaleinsätze in März bereits erfolgt. Mit den Zahlungen ist ab April zu rechnen.*

[54] *Der Text entspricht der Wahrheit: Fr. A. soll unbedingt heute noch klären wie die ersten Rechnungen geschrieben werden sollen und das zusammen mit Fr. Sp. machen.“*

[55] In einer E-Mail der Beklagten vom 11.05.2009 (Anlage B 9) habe diese darauf hingewiesen, dass ihr die bisher von ihr vorgelegte Abrechnung des durch die Praxis in Anspruch genommenen Dialysematerials zu grob sei.

[56] Hierauf habe der Zedent Dr. G. geantwortet (Anlage B 19) und einen Besprechungstermin verabredet.

[57] Mit E-Mail vom 03.03.2011 (Anlage B 13) habe die Mitarbeiterin des Zedenten in seiner Funktion als Vorstand der D. S. AG mitgeteilt:

[58] *„Sie erhalten eine Übersicht über die Leasing- bzw. Wartungsverträge zwecks Zuordnung an Praxis.*

[59] *Die Aufteilung über die Kfz erhalten Sie morgen.*

[60] *Herr St. gab an, für die Weiterberechnung der Verbrauchsmaterialien, Materialien (Kto. 6000) eine Verwaltungsgebühr von 20 % auf 100 T€ an die Praxis zu berechnen.*

[61] *Wenn Sie dieses bitte berücksichtigen. In den Nutzungsentgelten (Kfz und Leasing Geräte) habe ich bereits einen 20 %igen Aufschlag mitberücksichtigt.“*

[62] Mit E-Mail vom 01.03.2011 habe diese Mitarbeiterin Daten für die Weitergabe von Kfz und Leasing angekündigt sowie sich zur Aufteilung der Energiekosten auf Praxis und S. AG geäußert.

[63] Der Zedent Dr. G. habe außerdem im Jahr 2010 zuvor erfolgte Abschlagszahlungen auf Kfz- Kosten, Wartungen und Arbeitnehmerüberlassungen abgerechnet und Weisungen bzgl. der Verbuchungen erteilt.

[64] Der Zeuge Dr. G. habe in seiner Vernehmung schließlich eingeräumt, dass er mit Herrn S. auch über Rechnungen gesprochen habe.

[65] Rechtsirrtümlich gehe das Landgericht Mannheim davon aus, dass das Fehlen von Rechnungen der D. S. AG an die Zedenten, der von der Beklagten empfohlenen "steuerrechtlichen Konstruktion" zuwiderlaufe. Es verkenne, dass die D. S. AG nur deshalb gegründet worden sei, damit deren gewerbli-

che Einkünfte nicht die Arzthonorare infolge der sog. Abfärbetheorie gewerbsteuerpflichtig gemacht hätten. Dieses Ziel sei unstreitig erreicht worden.

**[66]** Ferner verneine das Landgericht Mannheim zu Unrecht ein erhebliches Mitverschulden der Zedenten. Dieses bestehe darin, dass diese aufgrund der angeblichen "Drohung" des Finanzamtes, keine der bisher nicht abgerechneten Leistungen der D. S. AG anzuerkennen, nachgegeben habe. Ein nachgewiesener tatsächlicher Leistungsaustausch sei aber auch ohne "Rechnung" steuerrechtlich anzuerkennen. Die Beklagte habe außerdem bestritten, dass es einen Leistungsaustausch, jedenfalls in der behaupteten Höhe, gegeben habe, über den Abrechnungen hätten erstellt werden können.

**[67]** Zudem sei die Schadensschätzung des Landgerichts fehlerhaft. Sie berücksichtige nicht, dass die Finanzverwaltung im Rahmen der Betriebsprüfung bereits einen Gewinnaufschlag von 20-30 % auf die gesamten Kosten vorgenommen habe. Diese pauschale Zuschätzung müsse im Rahmen der gerichtlichen Schätzung in Abzug gebracht werden, da die Finanzbehörde in dieser Höhe Betriebsausgaben ohne Rechnungen anerkannt habe. Sie mache insgesamt 1.023,641,17 € aus.

**[68]** Da Landgericht habe schließlich im Rahmen des Gesamtvermögensvergleichs die Vermögenslage der D. S. AG nicht berücksichtigt. Diese habe durch das Ergebnis der Betriebsprüfung steuerliche Verluste ausweisen müssen, die sie dann in den Folgejahren mit erwirtschafteten Gewinnen steuermindernd verrechnet habe. Über die Anzahlungen/Vorauszahlungen sei der Bau des Parkplatzes finanziert und durch diese Eigenmittel Zinsen erspart worden. Die Aktionäre der D. S. AG hätten dadurch, dass die Zahlungen der Praxis nicht als Betriebsausgaben anerkannt worden seien, eine verdeckte Einlage in die D. S. AG getätigt und hierdurch einen Vermögensgegenstand erlangt, der in den Gesamtvermögensvergleich einzubeziehen sei.

**[69]** Die Beklagte beantragt:

**[70-71]** (...)

**[72]** Die Klägerin beantragt,

**[73]** (...)

**[74]** Sie verteidigt das Urteil des Landgerichts, soweit die Beklagte verurteilt wurde, unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Den Schwerpunkt des von ihr erhobenen Vorwurfs gegen die Beklagte habe das Landgericht zu Recht in dem Unterlassen der gebotenen Beratung und damit in einer negativen Tatsache gesehen. Die Beklagte habe im Rahmen der sie treffenden sekundären Darlegungslast

nicht konkret vorgetragen, wann sie die Zedenten auf das Erfordernis der Rechnungsstellung hingewiesen habe. Die Angaben in der Berufungsbegründung zu halbjährlichen Besprechungen seien gem. § 531 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückzuweisen. Sie würden bestritten. Zudem genüge auch dieser Vortrag nicht dem Substantiierungsgebot. Die mit der Berufungsbegründung erneut vorgetragenen E-Mails seien für die Frage der Beratung unergiebig.

**[75]** Ein Hinweis auf die Notwendigkeit der Rechnungsstellung sei nicht erfolgt. Dieser ergebe sich nicht daraus, dass der Zeuge Dr. G. bestätigt habe, dass er mit Herrn St. auch über Rechnungen gesprochen habe. Gemeint gewesen seien damit Rechnungen „externer“ Leistungserbringer. Es sei anderenfalls nicht erklärlich, warum die Zedenten einem Rat, die Leistungen abzurechnen, nicht nachgekommen seien.

**[76]** Um das Abwenden einer Gewerbsteuerpflicht der Praxis sei es nie gegangen. Dies habe die Beklagte erstinstanzlich auch nicht vorgetragen. Vielmehr sei es, wie sich aus Anlage K 25 ergebe, das Ziel gewesen, eine direkte Steuerersparnis für die Inhaber der Praxis zu erreichen.

**[77]** Die Beklagte könne nicht pauschal bestreiten, dass den Zahlungen ein Leistungsaustausch zugrunde gelegen habe. Sie habe die Zahlungen jahrelang als Betriebsausgaben der Praxis gebucht.

**[78]** Die Schadensschätzung durch das Landgericht sei überzeugend. Der von der Beklagten angesprochene Gewinnzuschlag sei nicht vom Schaden abzuziehen, weil er sich ausschließlich auf die durch das Finanzamt anerkannten Betriebsausgaben, nicht jedoch auf die nicht anerkannten Zahlungen erstreckt habe.

**[79]** Die Vermögenssituation der D. S. AG sei für die Schadensberechnung unerheblich, da diese von den Zedenten zu unterscheiden sei. Ihre Interessen seien nicht in den Beratungsvertrag zwischen der Beklagten und den Zedenten einzubeziehen gewesen, da insoweit ein eigener umfassender Steuerberatungsvertrag bestanden habe.

**[80]** Zudem sei der Vortrag, durch das Ergebnis der Betriebsprüfung hätte die D. S. AG Verluste erlitten, die sie in den Folgejahren mit Gewinnen steuermindernd habe verrechnen können, neu und gem. § 531 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Dasselbe gelte für einen Vortrag zum Bau eines Parkplatzes und einer verdeckten Einlage der Gesellschafter. Es sei auch nicht ersichtlich, wie letztere zu einem Vermögensvorteil der Zedenten geführt haben solle, da dieser eine entsprechende Minderung der Betriebseinnahmen gegenübergestanden habe. Das Eigenkapital der Gesellschaft habe sich in der Summe nicht

verändert und damit auch nicht der Anteilswert der Zedenten erhöht.

**[81]** Mit ihrer eigenen Berufung wendet sich die Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts, soweit ihre Klage bzgl. der vom Zedenten Dr. G. im Rahmen der Einstellung des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens nach § 153a StPO gezahlten Summe von 50.000 € nebst Kosten abgewiesen wurde.

**[82]** Sie wendet ein, das Landgericht habe ihr Grundrecht auf rechtliches Gehör verletzt, da es zu keiner Zeit darauf hingewiesen habe, dass der Vortrag der Klägerin dazu, warum der Zedent sich auf eine solche Einstellung des Verfahrens habe einlassen dürfen und nicht auf eine Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO hätte dringen müssen, unzureichend gewesen sei. Anderenfalls hätte sie vorgetragen, dass die Praxis des Zedenten schon seinerzeit eine der größten Dialyseeinrichtungen im S. gewesen sei. Er sei in s. Ärztekreisen bekannt und renommiert gewesen. Mit strafrechtlichen Vorwürfen sei er noch nie konfrontiert gewesen. Er sei verheiratet und habe zwei Kinder, die zum Zeitpunkt der Ermittlungen 14 und 16 Jahre alt gewesen und zur Schule gegangen seien. Das gegen ihn eingeleitete strafrechtliche Ermittlungsverfahren habe ihn, entgegen der Annahme des Landgerichts, in seiner Existenz letztlich mit gleicher Wucht wie das Steuerverfahren bedroht. Angesichts der Höhe der ihm vorgeworfenen Steuerverkürzung i.H.v. rund 450.000 € habe der Straftatbestand der Steuerhinterziehung in einem besonders schweren Fall im Raum gestanden, der einen erhöhten Strafrahmen von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe vorsehe. Eine strafrechtliche Verurteilung hätte einen Widerruf seiner ärztlichen Approbation und/oder die Entziehung seiner Zulassung als Vertragsarzt nach sich ziehen können, was ihm seine maßgebliche Einnahmequelle abgeschnitten hätte. Hätte er sich nicht auf die Einstellung des Verfahrens eingelassen, hätte die Staatsanwaltschaft Anklage erhoben, was unabhängig vom Verurteilungsrisiko für ihn und seine Familie eine erhebliche Belastung dargestellt hätte, da das Verfahren nicht von der Öffentlichkeit unbemerkt abgelaufen wäre. Angesichts dieser denkbaren verheerenden Folgen sei es vorrangiges Ziel der Verteidigungsstrategie gewesen, schon eine öffentliche Hauptverhandlung zu vermeiden. Es hätte zudem nichts genutzt, im Strafverfahren einen Leistungsaustausch nachzuweisen. Dieser sei von den Finanzbehörden nicht in Frage gestellt worden. Der strafrechtliche Vorwurf gründete sich alleine auf das Fehlen hinreichender Belege.

**[83]** Selbst im Falle einer Einstellung des Verfahrens nach § 170 Abs. 2 StPO wären außerdem die Kosten der Rechtsverteidigung und der Ermittlungen der Steuerberatergesellschaft bei dem Zedenten verblieben und deshalb ein ersatzfähiger Schaden.

**[84]** Die Klägerin beantragt,

**[85]** (...)

**[86]** Die Beklagte beantragt,

**[87]** (...)

**[88]** Sie verteidigt das Urteil des Landgerichts, soweit die Klage abgewiesen wurde, und weist erneut daraufhin, dass die Zedenten nicht hätten nachweisen können, dass den Zahlungen ein Leistungsaustausch zugrunde gelegen habe. Wäre dies, wie die Klägerin behauptet, aber der Fall gewesen, dann hätten sie dies auch im Ermittlungsverfahren darlegen können und müssen und auf diese Weise einen Freispruch erwirken können. Die Geldauflage habe der Zeuge Dr. G. allein aus persönlichen Gründen zur Vermeidung einer öffentlichen Hauptverhandlung übernommen, da er befürchtet habe, dass in dieser sein Ansehen und das seiner Familie in der Öffentlichkeit gefährdet sei. Das seien sachfremde Erwägungen.

**[89]** Ein Schadenersatzanspruch der Klägerin bestehe auch nicht hinsichtlich der Kosten, für die Strafverteidigung und steuerrechtliche Betreuung, da diese nicht durch eine pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung der Beklagten verursacht worden seien.

#### Aus den Gründen:

**[90]** 1. Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht gegen einen Beratungsfehler zur Zahlung von Schadenersatz an die Klägerin gem. §§ 675, 280 Abs. 1 BGB verurteilt.

**[91]** a) Unstreitig bestanden umfassende Beratungsmandate zwischen der Beklagten und den Zedenten sowie der Praxis GbR. **Zu den Aufgaben eines Steuerberaters gehört es, den Mandanten auch ungefragt über die bei der Bearbeitung auftauchenden steuerrechtlichen Fragen zu belehren** (BGH, Urteil vom 07.05.2015, IX ZR 186/14 juris Rn. 7; Urteil vom 07.03.2012, IX ZR 64/12 juris Rn. 14). **Hierbei hat er grundsätzlich von der Belehrungsbedürftigkeit seines Auftraggebers in steuerlichen Dingen auszugehen** (BGH, Urteil vom 06.12.2018, IX ZR 176/16, juris Rn. 17). **Ferner hat der Steuerberater – im Rahmen der Rechtsordnung – die steuerlichen Interessen seines Mandanten wahrzunehmen und damit die Steuerlast für ihn möglichst gering zu halten** (BGH, Urteil vom 06.12.2018, IX ZR 176/16, juris Rn. 20; Urteil vom 09.11.2017, IX ZR 270/16 juris Rn. 29).

**[92]** **Es kommt deshalb von vornherein nicht darauf an, ob die Gründung der D. S. AG der Vermeidung einer Gewerbesteuerpflichtigkeit der Praxis GbR diene.** Selbst wenn dies ein Aspekt gewesen sein sollte, war die Beklagte im Verhältnis zu der Praxis GbR und den Zedenten dazu verpflichtet, deren Steuerlast – im Rahmen der Zulässigkeit - möglichst gering zu

halten. Außerdem ergibt sich ausdrücklich aus dem als Anlage K 25 vorgelegten Konzept zur Gründung der D. S. AG, dass eine direkte Steuerersparnis der GbR bzw. der Zedenten durch Minderung des Gewinns aus selbständiger Tätigkeit als Ziel formuliert wurde. Die Gründung der D. S. AG war ein Vorschlag der Beklagten gewesen. Sie war deshalb verpflichtet, dieses Konzept vollständig zu durchdenken und den Zedenten auf die ordnungsgemäße Abwicklung und etwaige Risiken im Hinblick auf die Steuerlast hinzuweisen.

**[93]** Hierzu war es erforderlich, aber auch ohne Weiteres möglich, dass Zahlungen, welche die Praxis GbR für Leistungen der D. S. AG leistete, als Betriebsausgaben berücksichtigt werden können. Dies wiederum setzt voraus, dass die Leistungen abgerechnet werden. Ob ein Nachweis der Leistung auch in andere Form erbracht werden kann und von den Finanzbehörden akzeptiert würde, ist unerheblich. **Der Steuerberater muss grundsätzlich den sichersten Weg zu dem erstrebten steuerlichen Ziel aufzeigen und sachgerechte Vorschläge zu dessen Verwirklichung unterbreiten** (BGH Urteil vom 20.02.2003, IX ZR 384/99, juris Rn. 9). **Eine Rahmenvereinbarung zwischen Praxis und D. S. AG sowie nachfolgende Rechnungstellungen hätten in jedem Fall für Klarheit und Akzeptanz bei den Finanzbehörden gesorgt.**

**[94] b) Das Landgericht hat zu Recht die Pflichtverletzung der Beklagten in dem unterlassenen Hinweis auf die Notwendigkeit einer Rechnungsstellung durch die D. S. AG für die an die Praxis erbrachten Leistungen gesehen.** Ob der Steuerberater S. solche Rechnungen ausdrücklich für entbehrlich erklärt hat, weil das Steuerberaterbüro am Jahresende die nötigen Maßnahmen ergreifen werde, um die Vorauszahlungen zu verrechnen, kann dahinstehen. Das Landgericht hat von einer Beweisaufnahme zu dieser streitigen Behauptung der Klägerin zu Recht abgesehen. Denn unabhängig von einer solchen Erklärung bleibt – daneben oder ausschließlich – der Umstand, dass von Beklagtenseite jedenfalls kein Hinweis auf die Erforderlichkeit der Rechnungsstellung erteilt wurde. Der von der Klägerin aufgestellten Behauptung einer aktiven Falschberatung ist damit eine (weitere) Pflichtverletzung in Form eines Unterlassens einer notwendigen Beratung immanent.

**[95] Bzgl. dieser Pflichtverletzung durch Unterlassen** gelten die vom Landgericht im Einzelnen dargestellten **Beweiserleichterungen für den Mandanten**. Dieser muss zwar die Pflichtverletzung als Voraussetzung seines Regressanspruchs – wie jeder Kläger, der Anspruch aus Vertragsverletzung geltend macht – beweisen. Das gilt grundsätzlich unabhängig davon, welche Vorwürfe gegen den Steuerberater erhoben werden, also für Beratungsfehler ebenso wie für unzulängliche Sachaufklärung. Da die Pflichtverletzung zur haftungsbegründenden Kausalität gehört, ist nach § 286 ZPO zu beurteilen, ob der

Beweis geführt ist. **Das berechnete Anliegen des Auftraggebers, mit seiner Klage nicht durch unerfüllbare Beweisanforderungen zu scheitern, wird aber bei negativen Tatsachen dadurch gewahrt, dass das Bestreiten des Beraters nur erheblich ist, wenn er konkret darlegt, wie die Betreuung ausgesehen hat, die er erbracht haben will** (BGH, Beschluss vom 16.10.2008, IX ZR 177/06, juris Rn. 3 f.; Urteil vom 05.02.1987, IX ZR 65/86). Der Steuerberater darf sich deshalb gegenüber der Behauptung des Unterlassens der gebotenen Aufklärung nicht damit begnügen, eine Pflichtverletzung zu bestreiten oder ganz allgemein zu behaupten, er habe den Mandanten ausreichend unterrichtet. **Vielmehr muss er den Gang der Besprechung im Einzelnen schildern, insbesondere konkrete Angaben dazu machen, welche Belehrungen und Ratschläge er erteilt und wie der Mandant darauf reagiert hat** (BGH, Urteil vom 05.02.1987, IX ZR 65/86 juris Rn. 17; ebenso OLG Düsseldorf, Urteil vom 04.11.2014, I-23 U 168/13, juris Rn. 18).

**[96]** Diesen Anforderungen genügte der Vortrag der Beklagten in erster Instanz nicht, aber auch der Berufung ist kein ausreichend konkreter Vortrag zu den Beratungsgesprächen zu entnehmen. Auf die Frage der von der Klägerin gerügten Verspätung des neuen Vortrags kommt es deshalb nicht an.

**[97]** Die Beklagte hat, wie das Landgericht ausführlich in seiner Entscheidung dargestellt hat, in erster Instanz lediglich pauschal entsprechende Hinweise auf die Notwendigkeit einer Abrechnung behauptet, ohne diese zeitlich und inhaltlich näher auszuführen. Insbesondere hat sie nicht konkret behauptet, dass sie auf die Bedeutung der Abrechnungen dafür, dass die Vorauszahlungen der Praxis GbR später als Betriebsausgaben steuerlich geltend gemacht werden könnten, hingewiesen habe. Sie konnte auch keine Reaktion der Zedenten hierauf schildern.

**[98]** Entsprechender Vortrag ist auch mit der Berufungsbergründung nicht nachgeliefert worden. Die Behauptung, es habe halbjährlich Besprechungen gegeben, in denen auch die Abrechnungen Thema gewesen seien, genügt den aufgezeigten Anforderungen nicht. Damit ist die Behauptung der Klägerin, eine entsprechende Aufklärung sei nicht erfolgt, weiterhin als unstreitig zu behandeln, § 138 Abs. 3 ZPO.

**[99]** Die von der Berufung in den Vordergrund gerückten E-Mails zeigen weder mit der gebotenen Klarheit auf, dass eine Aufklärung über die Notwendigkeit der Abrechnungen durch die Beklagte erfolgt ist, noch dass eine solche aufgrund eigener Sachkunde der Zedenten entbehrlich gewesen wäre. Die E-Mails sind aus dem Zusammenhang gerissen, ihr Inhalt lässt sich mangels Vortrag zum Kontext nicht sicher interpretieren. Selbst wenn es in manchen E-Mails darum ging, wie einzelne Leistungen der D. S. AG gegenüber der Praxis abgerechnet

werden sollten, ergibt sich daraus nicht mit der gebotenen Klarheit, dass den Zedenten bewusst war, dass sie für die Berücksichtigung der Zahlungen der Praxis als Betriebsausgaben Rechnungen der D. S. AG oder andere aussagekräftige Belege benötigt hätten. Genauso gut können die Abstimmungen erfolgt sein, um die Verrechnung der Abschlagszahlung auf die Leistungen der D. S. AG in deren Buchhaltung vornehmen zu können. Dies bedeutet nicht, dass die D. S. AG in diesem Zusammenhang entsprechende Rechnungen erstellt hat, anderenfalls hätten diese im Rahmen der Betriebsprüfung vorgelegt werden können. Der Umstand, dass trotz Gesprächen über die Verteilung von Kosten und Aufschlägen keine Rechnungen geschrieben wurden, zeigt gerade, dass die Zedenten sich der Notwendigkeit nicht bewusst waren.

**[100]** Die Vernehmung der Zeugen Dr. G. und D. hat ebenso wenig ergeben, dass die Beklagte auf die Notwendigkeit der Abrechnungen hingewiesen habe oder dies entbehrlich gewesen sei. Zwar erstaunt es, worauf das Landgericht ebenfalls hingewiesen hat, dass der Zeuge Dr. G. bekundet hat, dass ihm eine Rechnungslegungspflicht generell nicht bekannt gewesen sei. Entscheidend ist aber, ob es glaubhaft ist, dass ihm jedenfalls die Bedeutung der Rechnungen für die steuerliche Behandlung der Vorauszahlungen als Betriebsausgaben nicht bewusst war. Hierfür spricht schon sein Verhalten, nämlich, dass er als Vorstand der D. S. AG keine Rechnungen erstellt hat. Es ist kein Grund ersichtlich und von der Beklagten auch nicht vorgetragen, warum der Zeuge Dr. G. sehenden Auges das Risiko eingegangen sein sollte, dass die Ausgaben von den Finanzbehörden nicht akzeptiert würden, wenn ihm diese Gefahr bewusst gewesen wäre. Es ist auch nicht von vornherein fernliegend, dass er es aus Sicht der Praxis GbR für ausreichend gehalten hat, die Zahlungen mittels Kontoauszügen belegen zu können. Die Verbuchung der Zahlungen auf die Leistungen der D. S. AG erfolgte sodann durch die Beklagte.

**[101]** Es geht vorliegend auch nicht um Fehler im Bereich der Grundaufzeichnungen, die dem Steuerberater nicht angelastet werden könnten. Die Zedenten haben der Beklagten keine fehlerhaften Auskünfte oder Belege gegeben. Vielmehr war der Beklagten bekannt, dass Vorauszahlungen von der Praxis GbR an die D. S. AG erfolgten, ohne dass die D. S. AG für daraufhin erbrachten Leistungen Rechnungen erstellte.

**[102] c) Die Pflichtverletzung der Beklagten war kausal für den Schaden der Zedenten.** Es ist davon auszugehen, dass der Zedent Dr. G. bei entsprechender Beratung dafür gesorgt hätte, dass von Seiten der D. S. AG für die erbrachten Leistungen Rechnungen erstellt worden wären, denen man die Vorauszahlungen hätte zuordnen können. Dies ergibt sich zwar nicht, wie das Landgericht ausgeführt hat, aus einer unwiderlegten Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens. **In Fällen der**

**Rechts- und Steuerberaterhaftung bestimmen sich Beweiserleichterungen für den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden nämlich nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises. Eine Beweislastumkehr findet dagegen nicht statt** (BGH, Urteil vom 15.05.2014, IX ZR 267/12, juris Rn. 2 f. Urteil vom 16.07.2015, IX ZR 197/14, juris Rn. 23). Im Ergebnis wirkt sich dieser abweichende rechtliche Ausgangspunkt aber nicht aus. Denn die Voraussetzungen eines Anscheinsbeweises liegen vor, den die Beklagte nicht entkräften konnte. **Der Anscheinsbeweis verlangt einen Sachverhalt, der nach der Lebenserfahrung aufgrund objektiv deutlich für eine bestimmte Reaktion sprechender Umstände einer typisierenden Betrachtungsweise zugänglich ist. Dies ist anzunehmen, wenn bei zutreffender rechtlicher Beratung vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters aus allein eine Entscheidung nahegelegen hätte** (BGH, Urteil vom 15.05.2014, IX ZR 267/12, juris Rn. 2 f.; Urteil vom 16.07.2015, IX ZR 197/14 juris Rn. 25). Vorliegend sind keine sinnvollen Handlungsalternativen außer der Rechnungserstellung denkbar. Die Beklagte hat solche auch nicht aufgezeigt.

**[103]** Die tatsächliche Verständigung im Rahmen des Betriebsprüfungsverfahrens unterbricht die haftungsbegründende Kausalität nicht. Auch der Zurechnungszusammenhang ist durch die Handlung des Mandanten nicht unterbrochen, wenn diese Einigung sich als eine vernünftige Reaktion auf eine durch den Berater infolge fehlerhafter Beratung ausgelöste oder beeinträchtigte rechtliche Auseinandersetzung darstellt (BGH, Urteil vom 22.10.2009, IX ZR 237/06, juris Rn. 6 f., Beschluss vom 19.04.2012, IX ZR 99/10, juris Rn. 3).

**[104]** Die Verständigung mit den Finanzbehörden stellte sich vorliegend als alternativlos dar, um das Risiko einer Insolvenz der Zedenten zu verhindern. Der vom Landgericht vernommene Zeuge Sch. hat ausgesagt, dass die Finanzbehörden zu weiteren Zugeständnissen im Rahmen der Betriebsprüfung nicht bereit gewesen seien und für den Fall, dass es zu keiner Verständigung käme, keinerlei Zahlungen der Praxis GbR an die D. S. AG als Betriebsausgaben akzeptiert hätte. Mit welchem Erfolg man diese Einschätzung im Rahmen eines Einspruchsverfahrens hätte angreifen können, ist offen. Jedenfalls aus der ex ante Sicht war es verständlich und vernünftig von den Zedenten, sich auf diese Auseinandersetzung, die im Falle des Unterliegens die Insolvenz bedeutet hätte, nicht einzulassen, sondern die Verständigung zu wählen. Die Einigung mit dem Finanzamt hat auch nicht – wie der Geschäftsführer der Beklagten im Termin andeutete – die Wirkung eines Verzichts auf etwaige Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte. Es fehlt an konkretem Vortrag, dass die Zedenten bereit gewesen wären, sich ihrer Regressansprüche zu begeben und eine entsprechende Einigung mit der Beklagten gefunden hat, die an

der Verständigung mit der Finanzbehörde gar nicht beteiligt war.

**[105]** d) Die Verständigung ist schließlich nicht als anspruchsminderndes oder gar ausschließendes Mitverschulden einzu-stufen. Die Beklagte wirft den Zedenten in diesem Zusammenhang vor, sie hätten zu wenig Aufklärungsarbeit geleistet. Es wäre möglich gewesen, den Leistungsaustausch gegenüber den Betriebsprüfern nachzuweisen. Die Beklagte erläutert aber nicht, welche, für die Finanzbehörden aussagekräftige Belege die Zedenten für den Leistungsaustausch hätten vorlegen können. Rechnungen existierten unstreitig nicht; Kontoauszüge waren nicht ausreichend.

**[106]** Ob die Zedenten bei gebotener Sorgfalt den Beratungsfehler der Beklagten hätten bemerken und selbst die Notwendigkeit der Rechnungsstellung hätten ansprechen können, kann dahinstehen. **Denjenigen, der sich auf den Rat eines Fachmanns verlassen hat, trifft nämlich auch dann kein Mitverschulden i.S.v. § 254 Abs. 1 BGB, wenn er die Unrichtigkeit oder Unzulässigkeit des von diesem vorgeschlagenen oder in die Wege geleiteten Vorgehens bei genügender Sorgfalt hätte erkennen können. Selbst wenn ein Mandant über steuerrechtliche Kenntnisse verfügt, muss er darauf vertrauen können, dass der beauftragte Berater die anstehenden steuerrechtlichen Fragen fehlerfrei bearbeitet, ohne dass eine Kontrolle nötig ist** (BGH, Urteil 15.04.2010, IX ZR 189/09, juris Rn. 14 ff.; Urteil vom 14.11.1996, IX ZR 215/95, juris Rn. 18).

**[107]** e) Das Bestreiten jeglichen Leistungsaustauschs ist nicht nachvollziehbar (und steht zudem im Widerspruch dazu, dass die Beklagte im Rahmen ihres Einwandes eines Mitverschuldens den Nachweis des Leistungsaustauschs für möglich hält). Die Beklagte erläutert nicht, warum sie die Zahlungen der Praxis bei der D. S. AG auf bestimmte Posten gebucht hat, wenn sie Zweifel daran hatte, dass entsprechende Leistungen erbracht wurden. Soweit der Vortrag der Beklagten dahingehend zu verstehen sein sollte, dass sie lediglich den konkreten Umfang der Leistungen bestreiten will, hat dies für die Frage des Haftungsgrundes keine Bedeutung. Hierfür genügt es, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, dass jedenfalls feststeht, dass einem Teil der Zahlungen der Praxis an die D. S. AG ein Leistungsaustausch zugrunde lag. Damit steht fest, dass die fehlende Rechnungsstellung, welche die Beklagte nicht moniert hat, zu einem Schaden auf Seiten der Zedenten geführt hat, weil die Zahlungen von den Finanzbehörden nicht als Betriebsausgaben akzeptiert wurden.

**[108]** Der Senat schließt sich vollumfänglich der **überzeugenden Schadensschätzung** des Landgerichts an. Dieses hat den erforderlichen **Gesamtvermögensvergleich angestellt, in dem es ermittelt hat, wie sich die Berücksichtigung der Vorauszah-**

**lungen als Betriebsausgaben der Praxis GbR auf das zu versteuernde Einkommen der Zedenten ausgewirkt hätte und im Ergebnis auf die zu zahlenden Steuern. Grundsätzlich konnte es hierbei auf die Steuerberechnungen der Finanzbehörden zurückgreifen, da es sich hierbei um Berechnungen der Nachforderungen handelte, die auf der Nichtanerkennung der Betriebsausgaben beruhten.**

**[109]** Zugrunde zu legen waren allerdings für die Jahre 2007, 2008 und 2010 etwas abweichende Beträge, da auch nach der glaubhaften Aussage des Zeugen Sch. nicht alle vom Finanzamt beanstandeten Zahlungen einem Leistungsaustausch zuzuordnen waren. Bei pflichtgemäßen Verhalten der Beklagten hätte das Finanzamt für das Jahr 2007 35.000 €, das Jahr 2008 255.184,08 € und das Jahr 2010 270.454,74 € als Betriebsausgaben akzeptiert. Im Jahr 2009 ging der vom Zeugen Sch. ermittelte Betrag von 363.757,12 € über den hinaus, welchen die Finanzbehörden nicht akzeptiert hatten, weshalb für die weitere Schadensberechnung lediglich der geringere Betrag von 292.029,53 € entscheidend war. Das Landgericht hat sodann jeweils das für die Steuerberechnungen des Finanzamtes zugrundeliegende Jahreseinkommen der Zedenten um den Betrag reduziert, der auch nach Aussage des Zeugen Sch. keinen Betriebsausgaben zuzurechnen war und auf diese Weise etwas geringere Nachforderungen berechnet, zu denen es bei ordnungsgemäßer Beratung durch die Beklagte nicht gekommen wäre. Wegen der Einzelheiten wird auf die Berechnungen des Landgerichts verwiesen. Die sich insoweit ergebende teilweise Klageabweisung hat die Klägerin mit der Berufung nicht angegriffen.

**[110]** Auch die Beklagte hat den Weg der Schadensberechnung und die konkreten Zahlen in den Steuerberechnungen nicht angegriffen. Sie wendet lediglich ein, es müsse der Gewinnaufschlag von 10 bis 20 %, den die Finanzbehörden akzeptiert hätten, abgezogen werden, da dieser sich auf die im Übrigen nicht als Betriebsausgaben akzeptierten Beträge bezogen habe. Dies ist nicht richtig. Der im Betriebsprüfungsbericht aufgeführte Gewinnaufschlag von 20 % im Jahr 2007 und 30 % ab 2008 bezog sich nur auf die Leistungen in Form von Material, Personal und Betriebs- und Geschäftsausstattung, welche die Finanzbehörden auch ohne Rechnungen akzeptierten, weil sie unabhängig von Belegen ausreichend abgrenzbar waren. Dies ergibt sich deutlich aus den Berechnungen und Erläuterungen auf S. 5 und 6 des Betriebsprüfungsberichts (Anlage K 8). Der Gewinnzuschlag erklärt sich dadurch, dass die D. S. AG ihre Leistungen nicht zum Selbstkostenpreis an die Praxis berechnen durfte, sondern die Geschäftsbeziehung sich genauso darstellen sollte, als wenn die Praxis Leistungen von Dritten bezogen hätte. Bzgl. der anderen Leistungen der D. S. AG waren in den Berechnungen der Betriebsprüfung keine Beträge als Betriebsausgaben berücksichtigt worden und diesbezüglich auch kein Gewinnzuschlag. Etwas anderes ergibt sich

auch nicht mit der gebotenen Klarheit daraus, dass mit der Erhöhung des Gewinnzuschlags ausweislich des Berichts sämtliche Ermittlungsrisiken abgegolten sein sollten, da sich diese genauso gut mit Unklarheiten bzgl. der grundsätzlich akzeptierten Betriebsausgaben und der für diese angemessenen Gewinnaufschläge erklären lassen.

**[111]** Die weiteren Einwände der Beklagten gegen die Schadensberechnung gründen sich darauf, dass sie meint, Vorteile, welche sich im Zusammenhang mit der Bewertung der Finanzbehörden bei der D. S. AG ergeben haben, müssten Berücksichtigung finden. **Eine Einbeziehung der Vermögenslage Dritter in den Gesamtvermögensvergleich ist aber nur erforderlich, wenn die Vermögensinteressen dieser Dritten in den Beratungsvertrag einbezogen waren.** Abgesehen von einer solchen Sonderkonstellation ist nur das Vermögen des Geschädigten und nicht dasjenige Dritter zu betrachten (BGH, Urteil vom 01.10.2020, IX ZR 228/19, juris Rn. 10 ff.). Hier bestand zu der D. S. AG aber ein gesondertes Mandatsverhältnis, in dem die Beklagte die Interessen der Gesellschaft zu achten hatte. Ihre Interessen sind dagegen nicht Gegenstand des Mandats zu der Praxis GbR und den Zedenten. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Anteil der Zedenten an der AG durch die Bewertung der Zahlungen als verdeckte Einlagen eine Werterhöhung erfahren hat, da auf der anderen Seite sich die Einnahmen der AG entsprechend reduziert hatten.

**[112]** 2. Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache Erfolg. Sie kann von der Beklagten auch **Ersatz der Kosten verlangen, welche der Zedent Dr. G. im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren zur Zahlung der Auflage im Rahmen der Einstellung nach § 153a StPO gezahlt hat. Ebenfalls ersatzfähig sind in diesem Zusammenhang angefallenen Kosten für die rechtsanwaltliche Vertretung und Beratung durch den Steuerberater.**

**[113]** a) Wer eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat, muss zwar die deswegen gegen ihn verhängte Sanktion nach deren Sinn und Zweck in eigener Person tragen und damit auch eine ihm auferlegte Geldstrafe oder -buße aus seinem eigenen Vermögen aufbringen. Das schließt aber eine Einstandspflicht desjenigen, der vertraglich verpflichtet war, den Täter vor der Begehung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit und deren Folgen zu schützen, nicht aus. Eine solche vertragliche Verpflichtung besteht grundsätzlich auch für den Steuerberater im Verhältnis zu seinem Mandanten, soweit es um die richtige Darstellung der steuerlich bedeutsamen Vorgänge gegenüber dem Finanzamt geht. **Er kann insbesondere seinem Mandanten gegenüber - vertraglich - verpflichtet sein, diesen davor zu bewahren, dass er seine eigenen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen dem Finanzamt gegenüber vernachlässigt. Dies gilt namentlich dann, wenn sich der Steuerpflichtige**

**eines steuerlichen Fachberaters bedient, weil die steuerrechtliche Lage vielschichtig und für einen Laien undurchsichtig ist.** In diesem Falle besteht die Aufgabe des Beraters nicht nur darin, die seinem Mandanten zustehenden Steuervorteile auszuschöpfen, sondern er hat ihn auch davor zu bewahren, sich durch Überschreitung des zulässigen Rahmens der steuerstrafrechtlichen Verfolgung auszusetzen (BGH, Urteil vom 15.04.2010, IX ZR 189/09, juris Rn. 8 f.). Die Auflage, welche der Zedent G. im Rahmen der Einstellung des Ermittlungsverfahrens nach § 153a StPO gezahlt hat, ist damit grundsätzlich ebenfalls ein auf der vertraglichen Pflichtverletzung beruhender Schaden.

**[114]** b) Dem Landgericht ist zwar zuzustimmen, dass sich ein anrechenbares Mitverschulden des Mandanten i.S.v. § 254 BGB daraus ergeben kann, dass er es in vorwerfbarer Weise versäumt hat, den durch die Verletzungshandlung entstandenen Schaden durch Einlegung zulässiger, aussichtsreicher und zumutbarer Rechtsbehelfe oder Rechtsmittel abzuwenden oder zu mindern (vgl. (BGH, Urteil vom 15.04.2010, IX ZR 189/09, juris Rn. 16) und es deshalb zu prüfen ist, ob die Zustimmung des Zedenten zur Verfahrenseinstellung nachvollziehbar war oder er sich stattdessen auf ein Strafverfahren hätte einlassen müssen, um einen Freispruch zu erwirken.

**[115]** Jedenfalls unter Berücksichtigung des neuen Vortrags in der Berufungsbegründung lässt sich ein Mitverschulden aber nicht begründen. Der Vortrag der Zedentin zu den Beweggründen des Zedenten G. in der Berufungsbegründung ist unstrittig geblieben. Schon deshalb kommt es nicht darauf an, ob dieser schon in der ersten Instanz hätte gehalten werden müssen. Eine Präklusion nach § 531 ZPO kommt bei unstrittigen Tatsachen nicht in Betracht (Zöller/Heßler, ZPO, 33. Aufl., § 531 Rn. 20).

**[116]** Es spricht zwar einiges dafür, dass der Zedent G. im Falle eines Strafverfahrens mit einem Freispruch hätte rechnen können. Der Vorwurf der Steuerbehörden ging, wie die Berufung der Klägerin zu Recht einwendet, nicht dahin, dass es sich bei den als Betriebsausgaben geltend gemachten Zahlungen um Scheingeschäfte gehandelt und es keinen Leistungsaustausch gegeben habe. Damit war schon der objektive Tatbestand der Steuerhinterziehung nach § 370 AO nicht erfüllt, weil er keine unrichtigen oder unvollständigen Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen gemacht hat.

**[117]** Gleichwohl musste der Zedent zumindest mit einer Anklage und einer öffentlichen Hauptverhandlung rechnen. Die Staatsanwaltschaft hat nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag in der Berufungsbegründung eine Einstellung des Ermittlungsverfahrens nach § 170 Abs. 2 StPO abgelehnt und eine Anklage angekündigt. Die Steuerbehörden sahen den Straftatbestand des § 370 AO offensichtlich unabhängig von

der Frage des Leistungsaustausches als erfüllt an, weil jedenfalls keine aussagekräftigen Belege existierten. Diese Ansicht erscheint zwar im Ergebnis nicht richtig, sie ist aber auch nicht völlig fernliegend. Grundsätzlich handelt jemand zwar nicht tatbestandsmäßig, wenn die Angaben zu den tatsächlichen Umständen zutreffend sind, aber er diese nicht belegen kann. Dies gilt selbst dann, wenn er falsche Angaben zu angeblichen Beweismitteln macht bzw. falsche Unterlagen vorlegt (Tipke/Kruse, AO/FGO, 168. Lieferung 11.2021, § 370 AO Rn. 40). Allerdings sind in Rechtsprechung und Literatur auch Fälle bekannt, in denen der Nachweis zugleich zu dem materiellen Steuertatbestand gehört. Eindeutig ist dies etwa bei der in § 4 Abs. 5 EStG geregelten Pflicht zur gesonderten Aufzeichnung von Geschenkaufwendungen. Für solche Fälle wird teilweise vertreten, dass Angaben ohne den Nachweis unrichtig bzw. unvollständig i.S.v. § 370 AO sind und damit den Tatbestand der Steuerhinterziehung erfüllen können (vgl. zum Meinungsstand BeckOK AO/Ibold, 18. Edition Stand: 05.10.2021, § 370 Rn. 134.1 ff.; Tipke/Kruse, AO/FGO, 168. Lieferung 11.2021, § 370 AO Rn. 40). Diskutiert wird eine Strafbarkeit aufgrund fehlenden Nachweises auch im Bereich von Vereinbarungen zwischen Gesellschaften und ihren beherrschenden Gesellschaftern, für welche die Steuerrechtsprechung teilweise besondere Formerfordernisse entwickelt hat, z.B. bei verdeckten Gewinnausschüttungen (MüKoStGB/Schmitz/Wulf, 3. Aufl., § 370 AO Rn. 254; Tipke/Kruse, AO/FGO, 168. Lieferung 11.2021, § 370 AO Rn. 40, 52 ff.).

**[118]** Unter Berücksichtigung dieser Unsicherheiten bzgl. der Strafbarkeit der Erklärung über die Betriebsausgaben ohne Belege ist es gut nachvollziehbar, dass sich der Zedent auf die Zahlung der Geldaufgabe eingelassen hat. Inwiefern seine Befürchtung begründet war, ein öffentliches Strafverfahren könnte sich negativ auf seinen Ruf als Arzt und mittelbar auf die Einnahmen der Praxis auswirken, kann dahinstehen. Jedenfalls sein Motiv, eine öffentliche Diskussion des Sachverhalts im Interesse seiner Familie abwenden zu wollen, ist verständlich. Ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, der der Berücksichtigung eines Mitverschuldens nach § 254 BGB zugrunde liegt (BGH, Urteil vom 15.04.2010, IX ZR 189/09, juris Rn. 18 mwN) ist unter Würdigung aller Umstände in der Zustimmung zu einer Einstellung gegen Zahlung der Geldaufgabe von 50.000 € nicht zu erkennen.

**[119]** Die im Zusammenhang mit dem Ermittlungsverfahren entstandenen Rechtsanwalts- und Steuerberaterkosten beruhen ebenfalls auf der Pflichtverletzung der Beklagten und sind Teil des ersatzfähigen Schadens.

**[120-123]** (...)

## Prospekthaftung

- Prospekthaftung im weiteren Sinne
- Ansprüche aus spezialgesetzlicher Prospekthaftung
- Vorrang der spezialgesetzlichen Prospekthaftung (BGH, *Beschl. v. 14.6.2022 – XI ZR 395/21*)

### Leitsätze

1. Zur Zuständigkeit des XI. Zivilsenats für Ansprüche aus spezialgesetzlicher Prospekthaftung und für hierzu in Konkurrenz stehende Ansprüche aus Prospekthaftung im weiteren Sinne (Bestätigung von Senatsbeschluss vom 15. März 2022 - XI ZB 31/20, juris Rn. 35).
2. Zum Vorrang der spezialgesetzlichen Prospekthaftung (weitere Bestätigung von Senatsbeschluss vom 19. Januar 2021 - XI ZB 35/18, BGHZ 228, 237 Rn. 22 ff.).

### Zum Sachverhalt:

**[1]** Der Kläger begehrt von den Beklagten Schadensersatz in Höhe von 97.500 € wegen einer Beteiligung an der Schiffsgesellschaft "H." (nachfolgend: Fondsgesellschaft). Grundlage der Beteiligung war ein Emissionsprospekt vom 15. Mai 2007 (nachfolgend: Prospekt). Der Kläger erklärte im August 2007 den Beitritt zur Fondsgesellschaft mit einer Zeichnungssumme in Höhe von 50.000 €. Im Juni 2011 beteiligte er sich im Rahmen einer Kapitalerhöhung mit weiteren 50.000 €. Er erhielt Ausschüttungen in Höhe von 2.500 €.

**[2]** Die Beklagten sind Gründungskommanditistinnen der Fondsgesellschaft.

**[3]** Der Kläger macht verschiedene Prospektfehler geltend und beansprucht Schadensersatz in Höhe von 97.500 € Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus der Fondsbeteiligung. Außerdem begehrt er die Feststellung, dass die Beklagten ihm sämtliche weiteren Schäden zu ersetzen haben, die ihm aus der Fondsbeteiligung bereits entstanden sind und entstehen werden sowie dass sich die Beklagten mit der Annahme der Abtretung der Rechte aus der Fondsbeteiligung im Verzug befinden. Überdies begehrt er die Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 4.495,23 €.

**[4]** Die Beklagten haben die Einrede der Verjährung erhoben.

**[5]** Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat dies damit begründet, dass dem Kläger kein Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss (§ 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB) zustehe. Zwischen dem Kläger und den beklagten Gründungskommanditistinnen bestehe zwar ein vorvertragliches Schuldverhältnis, aus dem die Be-

klagten umfassende Aufklärung schuldeten. Diese Verpflichtung hätten die Beklagten aber durch die Übergabe des zur ordnungsgemäßen Aufklärung geeigneten Prospekts und durch die Darstellung der Beteiligung auf der Grundlage des Prospekts erfüllt. Die vom Kläger geltend gemachten Prospektmängel lägen nicht vor. Dagegen wendet sich der Kläger mit der Nichtzulassungsbeschwerde.

#### Aus den Gründen:

**[6]** Die Nichtzulassungsbeschwerde ist zurückzuweisen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts sowie die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

**[7]** 1. Entgegen der Meinung der Beschwerde fehlt es an der Entscheidungserheblichkeit der gerügten Gehörverstöße, weil eine Haftung der Beklagten als Gründungsgesellschafterinnen aus der sogenannten **Prospekthaftung im weiteren Sinne** gemäß § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB nicht auf die Verwendung eines Prospekts als solche gestützt werden kann. **Ein Anspruch auf dieser Grundlage wird - was der Senat bereits wiederholt entschieden hat** (vgl. Senatsbeschlüsse vom 23. Oktober 2018 - XI ZB 3/16, BGHZ 220, 100 Rn. 55 zu § 127 InvG in der Fassung vom 21. Dezember 2007 [nachfolgend: aF], vom 19. Januar 2021 - XI ZB 35/18, BGHZ 228, 237 Rn. 22 ff., vom 11. Januar 2022 - XI ZB 1/21, NZG 2022, 671 Rn. 17 ff. und vom 26. April 2022 - XI ZB 27/20, WM 2022, 1169 Rn. 17 ff.) - **durch die Regelungen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung verdrängt**. Auf den am 15. Mai 2007 veröffentlichten Prospekt findet die Regelung des § 8g VerkProspG in der vom 1. Juli 2005 bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung in Verbindung mit § 32 Abs. 2 Satz 1 VermAnlG Anwendung. Damit ist auch der Anwendungsbeereich der § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG in der bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung (nachfolgend: aF) eröffnet. Ein Anspruch des Klägers nach diesen Vorschriften gegen die beklagten Gründungskommanditistinnen (vgl. Senatsbeschluss vom 12. Oktober 2021 - XI ZB 26/19, WM 2021, 2386 Rn. 24) ist allerdings gemäß § 46 BörsG aF verjährt.

**[8]** 2. Der Vorrang der spezialgesetzlichen Prospekthaftung, den der erkennende Senat auch bereits im Verhältnis zur sogenannten bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung im engeren Sinne (vgl. Senatsbeschluss vom 21. Oktober 2014 - XI ZB 12/12, BGHZ 203, 1 Rn. 68 ff.) sowie im Verhältnis zur sogenannten Prospekthaftung im weiteren Sinne gemäß § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB für die nach § 127 InvG aF haftende Kapitalanlagegesellschaft (Senatsbeschluss vom 23. Oktober 2018 - XI ZB 3/16, BGHZ 220, 100 Rn. 55 ff.) und für die Haftung nach § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG aF (Senatsbeschluss vom 19. Januar 2021 - XI ZB 35/18, BGHZ

228, 237 Rn. 22 ff.) **ausgesprochen hat, beansprucht gleichermaßen Geltung für die spezialgesetzliche Prospekthaftung nach §§ 9, 10, 14 WpPG, nach §§ 20, 21 VermAnlG sowie nach § 306 KAGB** (vgl. Senatsbeschluss vom 27. April 2021 - XI ZB 35/18, BKR 2021, 774 Rn. 5; Assmann in Assmann/Wallach/Zetsche, Kapitalanlagegesetzbuch, 2019, § 306 Rn. 91, 123 und 136; Buck-Heeb, BKR 2021, 317, 319; Buck-Heeb/Dieckmann, ZHR 2020, 646, 679 ff.; dies., ZIP 2022, 145, 146 und 151; Dieckmann, BKR 2019, 94, 104; Klöhn, NZG 2021, 1063, 1066; Koch, BKR 2022, 271, 285; Könnecke, RdF 2021, 194, 201; Merk in Moritz/Klebeck/Jesch, Frankfurter Kommentar zum Kapitalanlagerecht, 2016, § 306 KAGB Rn. 6; Oulds in Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bankrecht und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl., Prospekthaftung Rn. 15.855; Paul in Weitnauer/Boxberger/Anders, Kapitalanlagegesetzbuch, 3. Aufl., § 306 KAGB Rn. 55; Ueding, WuB 2021, 354, 356 f.; ders., BKR 2021, 774, 776).

**[9]** a) Die Regelungen der spezialgesetzlichen Prospekthaftungen gehen zurück auf die §§ 43 bis 46 BörsG in der Fassung vom 22. Juni 1896 (vgl. Assmann/Kumpan in Assmann/Schütze/Buck-Heeb, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5. Aufl., § 5 Rn. 5 ff.; Buck-Heeb/Dieckmann, ZBB 2022, 84, 87).

**[10]** Wenngleich die spezialgesetzliche Prospekthaftung je nach Anlagetyp gegenwärtig im Wertpapierprospektgesetz, Vermögensanlagengesetz und Kapitalanlagegesetzbuch geregelt ist, so stimmen die Prospekthaftungsansprüche nach §§ 9, 10, 14 WpPG, §§ 20, 21 VermAnlG und § 306 KAGB in Tatbestand und Rechtsfolge weitgehend überein. Von einem auf § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 und 3 BGB gestützten Anspruch unterscheiden sie sich insbesondere in dem auf Vorsatz und grober Fahrlässigkeit reduzierten Verschuldensmaßstab (§ 12 Abs. 1 WpPG, § 20 Abs. 3, § 306 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 KAGB) und in der Ausgestaltung der Rechtsfolge "als eine Art modifiziertes Rücktrittsrecht" (BT-Drucks. 11/6340, S. 14; §§ 9, 10 WpPG, § 20 Abs. 1 und 2 VermAnlG, § 306 Abs. 1 und 2 KAGB) anstelle eines Anspruchs auf Schadensersatz im Sinne von § 249 BGB.

**[11]** b) Dies zugrunde gelegt, schließt die spezialgesetzliche Prospekthaftung in ihrem Anwendungsbereich die sogenannte Prospekthaftung im weiteren Sinne unter dem Aspekt einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung eines fehlerhaften Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung aus (§ 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB).

**[12]** aa) Der sachliche Anwendungsbereich der spezialgesetzlichen Prospekthaftung wird durch das Anlageprodukt und den Markt bestimmt, auf dem das Anlageprodukt angeboten wird. Haftungsadressat der spezialgesetzlichen Prospekthaftung ist neben demjenigen, der für den Prospekt die Verantwortung

übernommen hat, auch derjenige, von dem der Erlass des Prospekts ausgeht (§ 9 Abs. 1 Satz 1 WpPG, § 20 Abs. 1 Satz 1 VermAnlG). Damit sollen die Personen und Unternehmen getroffen werden, von denen die wirtschaftliche Initiative ausgeht und die hinter dem Prospekt stehen und seine eigentlichen Urheber sind (Senatsbeschluss vom 19. Januar 2021 - XI ZB 35/18, BGHZ 228, 237 Rn. 24 mwN). Die **Kriterien**, die für eine **Qualifizierung als Prospektveranlasser** herangezogen werden können (Senatsurteil vom 18. September 2012 - XI ZR 344/11, BGHZ 195, 1 Rn. 35 ff.), liegen bei der im Gesetz angelegten, typisierenden Betrachtungsweise insbesondere auch bei Gründungsgesellschaftern von Fondsgesellschaften vor. Sie gehören regelmäßig zur Unternehmensgruppe des Emittenten (Könnecke, RdF 2021, 194, 197), der wiederum in der Regel identisch mit dem Anbieter und damit Prospekterlasser ist (Assmann in Schlitt/von Kopp-Colomb, WpPG/VerkProspG, 2. Aufl., § 13 VerkProspG Rn. 72). Darüber hinaus sind sie regelmäßig an den Partnerunternehmen beteiligt, die zur Verwirklichung des Fondskonzepts eingebunden sind (Könnecke, aaO). **Schon wegen ihres funktionsteiligen Zusammenwirkens nehmen Gründungsgesellschafter - unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Beteiligung an der Fondsgesellschaft - auf die Konzeption des konkreten, mit dem Prospekt beworbenen und vertriebenen Modells maßgeblich Einfluss und sind damit letztendlich auch für die Herausgabe des Prospekts verantwortlich.**

[13] bb) Der Adressat der spezialgesetzlichen Prospekthaftung, der zugleich Vertragspartner des Anlegers wird, verwirklicht stets die Voraussetzungen der sogenannten Prospekthaftung im weiteren Sinne in der Fallgruppe des Verschuldens bei Vertragsschluss mittels Verwendens eines fehlerhaften Prospekts (§ 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB). Denn die haftungsbegründende Pflichtverletzung beruht in beiden Fällen auf der Verletzung einer von den jeweiligen Spezialgesetzen vorgegebenen standardisierten Informations- oder Aufklärungspflicht über das Anlageprodukt.

[14] **Grundlage der spezialgesetzlichen Prospekthaftung** ist seit Inkrafttreten des Börsengesetzes am 1. Januar 1897 (RGBl. 1896, 157) die Prospektspflicht (vgl. Begründung zum Entwurf des Börsengesetzes von 1896 in Verhandlungen des Reichstages, Bd. 151 (1895/97), S. 23; Dove in Kommentar zum Börsengesetz, 1909, § 45 Anm. 1), deren Sinn und Zweck darin besteht, dem Anlegerpublikum die Informationen zur Verfügung zu stellen, die notwendig sind, um den Anlegern eine zutreffende Beurteilung des Emittenten der Anlage und der Anlage selbst zu ermöglichen (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 1 VermAnlG; BT-Drucks. 15/3174, S. 42 f.). Gerade weil das Anlageprodukt als Wertpapier (§ 2 Nr. 1 WpPG), Vermögensanlage (§ 1 Abs. 2 VermAnlG) oder Anteil am Investmentvermögen (§ 1 Abs. 1 KAGB) standardisiert ist und Prospektverantwortlicher und Anleger auf dem Kapitalmarkt

in der Regel nicht aufeinandertreffen, genügt der Prospektverantwortliche seiner Pflicht, indem er die Anleger in standardisierter Form, das heißt durch denselben Prospekt, informiert (Buck-Heeb/Dieckmann, BKR 2020, 425, 428; dies., ZIP 2022, 145, 150). Nichts anderes gilt für den der investmentrechtlichen Prospekthaftung unterliegenden Anlageberater und -vermittler. Da er gemäß § 297 KAGB kraft Gesetzes verpflichtet ist, dem Anleger einen Prospekt (kostenlos) zur Verfügung zu stellen, trifft auch ihn lediglich eine Pflicht zur standardisierten Information, soweit sich aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis zum Anleger nichts Abweichendes ergibt (vgl. Buck-Heeb/Dieckmann, BKR 2020, 425, 428; dies., ZIP 2022, 145, 151; Dobliger, Prospekthaftung, 2019, S. 262 f.).

[15] Die sogenannte **Prospekthaftung im weiteren Sinne** in der Fallgruppe des Verschuldens bei Vertragsschluss mittels Verwendens eines fehlerhaften Prospekts **beruht darauf**, dass **der aufgrund eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses verpflichtete (künftige) Vertragspartner des Anlegers zur Erfüllung seiner Aufklärungspflicht einen fehlerhaften Prospekt verwendet** (vgl. BGH, Urteil vom 9. Mai 2017 - II ZR 344/15, WM 2017, 1503 Rn. 15 zu einem Fondsbeitritt im Jahr 2004). Allerdings besteht auch insoweit keine Pflicht zur individuellen Aufklärung. **Die Aufklärungspflicht ist auch hier nur standardisiert.** Denn für die Beurteilung der Frage, ob wesentliche Angaben im Prospekt unrichtig oder unvollständig sind, ist nach der Prospekthaftung im weiteren Sinne ebenfalls auf die Kenntnisse und Erfahrungen eben eines durchschnittlichen Anlegers abzustellen, der als Adressat des Prospekts in Betracht kommt und der den Prospekt sorgfältig und eingehend gelesen hat (BGH, aaO, Rn. 17 und 19).

[16] **Wollte man die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Haftungsgrundsätze neben der spezialgesetzlichen Prospekthaftung ohne jede Einschränkung zur Anwendung bringen, liefe die gesetzgeberische Wertungsentscheidung, dem Adressaten der spezialgesetzlichen Prospekthaftung die Möglichkeit zu eröffnen, sich mit dem Nachweis einfach fahrlässiger Unkenntnis der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Prospekts zu entlasten** (§ 12 Abs. 1 WpPG, § 20 Abs. 3 VermAnlG, § 306 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 KAGB), vollständig leer (vgl. Senatsbeschlüsse vom 23. Oktober 2018 - XI ZB 3/16, BGHZ 220, 100 Rn. 57 und vom 19. Januar 2021 - XI ZB 35/18, BGHZ 228, 237 Rn. 26). Eine Haftung nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB kommt für einen Prospektverantwortlichen daher **nur bei Sachverhaltskonstellationen** in Betracht, **die von der gesetzlich geregelten Prospekthaftung überhaupt nicht erfasst sind, wie beispielsweise unrichtige mündliche Zusicherungen.**

[17] cc) Einem solchen Anwendungsvorrang der spezialgesetzlichen Prospekthaftungen steht nicht entgegen, dass eine Haf-

tung nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB tatbestandlich das Bestehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses voraussetzt, während für die spezialgesetzliche Prospekthaftung ein rechtsgeschäftlicher Kontakt nicht erforderlich ist.

**[18]** (1) Sowohl die sogenannte Prospekthaftung im weiteren Sinne gemäß § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB als auch die spezialgesetzliche Prospekthaftung haben ihre gemeinsame **dogmatische Grundlage in den Grundsätzen der Haftung für Verschulden bei Vertragsabschluss**. Dass die börsengesetzliche Prospekthaftung noch ohne Einordnung in ein bekanntes Haftungsregime konzipiert worden war, hat ihren Grund darin, dass der Gesetzgeber bei Erlass des Börsengesetzes im Jahr 1896 noch nicht von der Anerkennung der Lehre der culpa in contrahendo ausgehen konnte (Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Aufl., Rn. 2289; Ellenberger, Prospekthaftung im Wertpapierhandel, 2001, S. 7; vgl. auch Nußbaum, Kommentar zum Börsengesetz für das Deutsche Reich, § 46 I). **Inzwischen entspricht es jedoch der Rechtsprechung und ist im Schrifttum überwiegend anerkannt, dass es sich bei der spezialgesetzlichen Prospekthaftung um einen gesetzlich umschriebenen Sonderfall der Haftung für Verschulden bei Vertragsabschluss handelt** (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2011 - II ZR 141/09, BGHZ 190, 7 Rn. 17; Senatsbeschluss vom 21. Oktober 2014 - XI ZB 12/12, BGHZ 203, 1 Rn. 71; Buck-Heeb/Dieckmann, ZHR 2020, 646, 655; Canaris, aaO, Rn. 2277; Doblinger, Prospekthaftung, 2019, S. 248 ff.; Ellenberger, aaO, S. 9 f.; Schwark, Börsengesetz, 2. Aufl., § 45 Rn. 5). Die spezialgesetzliche Prospekthaftung beruht danach auf dem Gedanken, dass sich der Prospektverantwortliche mit dem zu veröffentlichen Prospekt an das Anlegerpublikum wendet und typischerweise Vertrauen der Anleger in die Richtigkeit und Vollständigkeit der Prospektangaben für sich in Anspruch nimmt. **Der Unterschied zu einer auf § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 und 3 BGB gestützten Haftung aufgrund der Verwendung eines fehlerhaften Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung besteht darin, dass der (künftige) Vertragspartner bereits feststeht** (vgl. BGH, Urteil vom 9. Mai 2017 - II ZR 344/15, WM 2017, 1503 Rn. 15 zu einem Fondsbeitritt im Jahr 2004).

**[19]** (2) **Allein in dem Bestehen eines konkreten vorvertraglichen Schuldverhältnisses liegt kein rechtfertigender Grund für die Anwendung eines schärferen Haftungsregimes neben der spezialgesetzlichen Prospekthaftung**. Entgegen einer vereinzelt vertretenen Auffassung im Schrifttum lässt sich dies nicht damit begründen, dass bei der sogenannten "Prospekthaftung im weiteren Sinne" der (künftige) Vertragspartner mit dem Anleger in Vertragsverhandlungen eintritt, wodurch sein Haftungsrisiko für ihn bestimmbar werde, während bei der spezialgesetzlichen Prospekthaftung der Verzicht auf das

Erfordernis eines rechtsgeschäftlichen Kontakts zu einer Ausweitung des Haftungsrisikos des Prospektverantwortlichen führe, die durch eine Reduzierung des Verschuldensmaßstabs kompensiert werden müsse (vgl. Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Aufl., Rn. 2280 und 2289; Schmidt, WM 2022, 1207, 1215). Dass das Gesetz dem Prospektverantwortlichen die Möglichkeit eröffnet, sich mit dem Nachweis einfach fahrlässiger Unkenntnis der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Prospekts zu entlasten (§ 12 Abs. 1 WpPG, § 20 Abs. 3 VermAnlG, § 306 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 KAGB), ist den rechtstatistischen Besonderheiten des Kapitalmarkts geschuldet. Soweit sich der Gesetzgeber zu der Frage des Verschuldensmaßstabs substantiell in der Begründung zu dem Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Drittes Finanzmarktförderungsgesetz) vom 24. März 1998 (BGBl. I 1998, 529) geäußert hat, war die Überlegung ausschlaggebend, dass eine Verschärfung des Haftungsmaßstabs insbesondere bei den Emissionsbegleitern Zurückhaltung auslösen würde, die Emittenten bei der Aufnahme von Risikokapital zu unterstützen (BT-Drucks. 13/8933, S. 80), was eines der Ziele der Reform gefährdet hätte. Hieran ist die weitere Aussage in der Gesetzesbegründung zu messen, dass die Milderung des Haftungsmaßstabs den Umstand ausgleichen würde, dass "im Bereich der Prospekthaftung auf das Erfordernis eines rechtsgeschäftlichen Kontakts verzichtet wird" (BT-Drucks. 13/8933, aaO). Daraus lässt sich im Gegenschluss jedoch nicht ableiten, der Prospektverantwortliche habe als (künftiger) Vertragspartner auch für einfache Fahrlässigkeit einzustehen, wenn ein rechtsgeschäftlicher Kontakt mit dem Anleger vorliegt.

**[20]** (3) Auch **übergeordnete Gründe des wirksamen Anlegerschutzes rechtfertigen** entgegen einer im Schrifttum vertretenen Mindermeinung (vgl. Fohrer, BKR 2021, 374, 379; Suchomel, NJW 2013, 1126, 1130; Strohmeyer, VuR 2022, 139, 141 f.) die **Anwendung eines schärferen Haftungsregimes neben der spezialgesetzlichen Prospekthaftung nicht**. In dem Zielkonflikt zwischen den Anforderungen eines effizienten Kapitalmarkts einerseits und eines wirksamen Anlegerschutzes andererseits ist die spezialgesetzliche Prospekthaftung entstehungsgeschichtlich auf einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen gerichtet.

**[21]** Während bei der investmentrechtlichen Prospekthaftung, die mit dem Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile, über die Besteuerung ihrer Erträge sowie zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften vom 28. Juli 1969 (BGBl. I 1969, 986) eingesetzt hat, der Verschuldensmaßstab seit jeher auf Vorsatz und grober Fahrlässigkeit beschränkt war (vgl. § 17b Abs. 3 Satz 1 KAGB, § 12 AuslInvestmG in der Fassung vom 28. Juli 1969), unterschied die börsengesetzliche Prospekthaftung bis zum Inkraft-

treten des Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Drittes Finanzmarktförderungsgesetz) vom 24. März 1998 (BGBl. I S. 529) am 1. April 1998 zwischen Vorsatz und grober Fahrlässigkeit bei unrichtigen Angaben sowie "bösllichem Verschweigen" und "bösllicher Unterlassung einer ausreichenden Prüfung" seitens des Prospekthaftungsverantwortlichen bei unvollständigen Angaben (vgl. § 45 BörsG in der bis zum 31. März 1998 geltenden Fassung). Dieser Verschuldensmaßstab galt zudem für die verkaufsprospektgesetzliche Prospekthaftung, die mit dem Gesetz über Wertpapier-Verkaufsprospekte und zur Änderung von Vorschriften über Wertpapiere vom 13. Dezember 1990 (BGBl. I 1990, 2749) eingeführt wurde, sich seinerzeit aber nur auf die Prospektpflicht für das erstmalige öffentliche Angebot von nicht zum Börsenhandel zugelassenen Wertpapieren bezog (vgl. § 13 VerkProspG in der Fassung vom 13. Dezember 1990).

[22] Die Gesetzgebungsverfahren verliefen hinsichtlich der Frage des Verschuldensmaßstabs kontrovers. Der Verschuldensmaßstab in § 17b Abs. 3 Satz 1 KAGB, § 12 AuslInvestmG in der Fassung vom 28. Juli 1969 ist darauf zurückzuführen, dass der Vorschlag des Bundesrates, die investmentrechtliche Prospekthaftung ohne Rücksicht auf ein Verschulden eintreten zu lassen, der Bundesregierung zu weitgehend erschien (vgl. BT-Drucks. 5/3494, S. 33 f.). Zu § 13 VerkProspG in der Fassung vom 13. Dezember 1990 sah der Gesetzentwurf der Bundesregierung deswegen noch vor, die verkaufsprospektgesetzliche Prospekthaftung in Bezug auf den Verschuldensmaßstab der investmentrechtlichen Prospekthaftung nachzubilden (vgl. BT-Drucks. 11/6340, S. 14), was jedoch auf Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages durch eine Verweisung auf die börsengesetzlichen Haftungsregelungen ersetzt wurde (vgl. BT-Drucks. 11/8323, S. 26). Vorschläge einer eigenständigen verkaufsprospektgesetzlichen Prospekthaftung waren mit dem Hinweis auf eine "in der nächsten Legislaturperiode" vorzunehmende Reform der als "nicht befriedigend" empfundenen börsengesetzlichen Prospekthaftung zurückgewiesen worden (vgl. BT-Drucks. 11/8323, aaO). Die angekündigte Reform bestand sonach darin, die Unterscheidung hinsichtlich des Verschuldensmaßstabs zwischen Unrichtigkeit und Unvollständigkeit des Prospekts aufzuheben und die börsengesetzliche Prospekthaftung der insoweit schärferen investmentrechtlichen Prospekthaftung anzugleichen, weil dem Gesetzgeber einerseits eine unterschiedliche Behandlung von unrichtigen und unvollständigen Prospektangaben nicht gerechtfertigt erschien, er andererseits eine Ausweitung der börsengesetzlichen Prospekthaftung auf einfache Fahrlässigkeit als unverhältnismäßige Benachteiligung der Prospektverantwortlichen empfand (vgl. BT-Drucks. 13/8933, S. 80). Die Gesetzesänderung war Teil einer breit angelegten "Modernisierung der Haftung für fehlerhafte Börsenzulassungsprospekte", die unter Einbeziehung von Fragen der Verjährung und

des Kausalzusammenhangs zwischen Prospektfehler und Anlageentscheidung bzw. Vermögensschaden sowohl die Verbesserung des Anlegerschutzes als auch die Beseitigung der mit der bisherigen Regelung verbundenen rechtlichen Unsicherheit für Emittenten und Emissionsbegleiter zum Ziel hatte (vgl. BT-Drucks. 13/8933, S. 55 f.). Sie ist zudem im Zusammenhang mit dem Bestehen einer Prospektpflicht und der damit einhergehenden Zulassung des Prospekts in einem geordneten Verfahren zu sehen, durch die der Prospekt an Legitimität gewinnt (vgl. Kort, AG 1999, 9, 19).

[23] In der Folgezeit hielt der Gesetzgeber an der Verweisung auf die novellierten börsengesetzlichen Haftungsregelungen trotz hieran geäußelter Kritik (vgl. Grundmann/Selbherr, WM 1996, 985 ff.) fest, als er mit dem Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz) vom 28. Oktober 2004 (BGBl. I 2004, 2630) die Prospektpflicht auf bestimmte nicht wertpapiermäßig verbriefte Anlageformen des sogenannten grauen Kapitalmarkts ausweitete und eine darauf bezogene Prospektpflicht einführte (vgl. § 13 VerkProspG in der Fassung vom 1. Juli 2005). Mit dem Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts vom 6. Dezember 2011 (BGBl. I 2011, 2481) ist schließlich dieses Haftungsregime - abgesehen von den kurzen Sonderverjährungsfristen, die aufgehoben worden sind - im Wesentlichen inhaltsgleich in das Wertpapierprospektgesetz und das Vermögensanlagenengesetz überführt worden (vgl. § 21 WpPG, § 20 VermAnlG in der Fassung vom 6. Dezember 2011) und besteht dort seither unverändert fort.

[24] Die **Gesetzesgenese belegt den Willen des Gesetzgebers, dem Adressaten der spezialgesetzlichen Prospekthaftung bestimmte Haftungsprivilegien zu belassen**, ohne dass dadurch der zweckte Anlegerschutz grundsätzlich in Frage gestellt wird.

[25] dd) Bestätigt wird der **Anwendungsvorrang der spezialgesetzlichen Prospekthaftung** schließlich durch die **Regelungen der § 16 Abs. 2 WpPG, § 20 Abs. 6 Satz 2 VermAnlG und § 306 Abs. 6 Satz 2 KAGB**, mit denen der Gesetzgeber inhaltsgleich (vgl. Dobliger, Prospekthaftung, 2019, S. 259) das **Konkurrenzverhältnis der in Betracht kommenden Anspruchgrundlagen klargestellt** hat. Danach bleiben weitergehende Ansprüche, die nach den Regeln des bürgerlichen Rechts auf Grund von Verträgen oder unerlaubten Handlungen erhoben werden können, unberührt. **Die Gesetzesgenese gelangt zu dem Ergebnis, dass darunter keine Ansprüche aus der sogenannten Prospekthaftung im weiteren Sinne nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB unter dem Aspekt einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung eines fehlerhaften Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung fallen.**

**[26]** Bei Erlass des Börsengesetzes im Jahr 1896 erschien es dem Gesetzgeber noch selbstverständlich, dass den Wertpapierbesitzern keine weitergehenden Ansprüche, "welche ihnen gegen den Emittenten als ihren unmittelbaren Kontrahenten nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die Haftung aus Verträgen zustehen", entzogen werden können (vgl. Begründung zum Entwurf des Börsengesetzes von 1896 in Verhandlungen des Reichstages, Bd. 151 (1895/97), S. 25). Im Schrifttum wurde dazu kommentiert, dass mit Ansprüchen "auf Grund von Verträgen" im Sinne des damals geltenden § 48 Satz 2 BörsG insbesondere solche aus einer Garantie für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Prospekts gemeint sind, die auch von anderen Personen als den Prospektverantwortlichen eingegangen werden können (vgl. Dove in Kommentar zum Börsengesetz, 1909, § 45 Anm. 2; Kahn, Börsengesetz für das Deutsche Reich, 2. Aufl., § 48 Rn. 2). Derartige Ansprüche erlangen jedoch nur selten praktische Bedeutung, wenn nämlich ein entsprechender Haftungswille der emissionsbegleitenden Bank sich klar aus dem Prospekt ergibt (vgl. Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Aufl., Rn. 2273 und 2288; Schwark, Börsengesetz, 2. Aufl., § 48 Rn. 2). An vorvertragliche Ansprüche war zu damaliger Zeit nicht gedacht worden, da der Gesetzgeber bei Erlass des Börsengesetzes im Jahr 1896 noch nicht von der Anerkennung der Lehre der culpa in contrahendo ausgehen konnte (Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Aufl., Rn. 2289; Ellenberger, Prospekthaftung im Wertpapierhandel, 2001, S. 7; vgl. auch Nußbaum, Kommentar zum Börsengesetz für das Deutsche Reich, § 46 I).

**[27]** Dies änderte sich mit dem Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Drittes Finanzmarktförderungsgesetz) vom 24. März 1998 (BGBl. I 1998, 529). Anlässlich der Ergänzung des damals geltenden § 47 Abs. 2 BörsG um Ansprüche aufgrund von "vorsätzlichen unerlaubten Handlungen" wurde in der Gesetzesbegründung klargestellt, dass mit vertraglichen Ansprüchen solche "aufgrund zugleich bestehender schuldrechtlicher Sonderverbindungen nach bürgerlichem Recht" gemeint sind (BT-Drucks. 13/8933, S. 81). Damit vollzog der Gesetzgeber den zwischenzeitlich erreichten Erkenntnisstand von Rechtsprechung und Wissenschaft nach, dass es sich bei der spezialgesetzlichen Prospekthaftung um einen gesetzlich umschriebenen Sonderfall der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluss handelt und brachte implizit seine Anerkennung der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung im engeren Sinne als Instrument zur Schließung von Haftungslücken zum Ausdruck. Um die mit der Novellierung der börsengesetzlichen Prospekthaftung beabsichtigte Begrenzung des Haftungsrisikos für die Prospektverantwortlichen nicht zu unterlaufen, waren die Regelungen "als abschließend anzusehen" (BT-Drucks. 13/8933, aaO). Da in Bezug auf "unerlaubte Handlungen" insbesondere Ansprüche aus § 826 und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 264a StGB in Betracht kamen (vgl. Canaris, Bankvertragsrecht, 2.

Aufl., Rn. 2290; Oulds in Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bankrecht und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl., Prospekthaftung Rn. 15.854; Schwark, Börsengesetz, 2. Aufl., §§ 45, 46 Rn. 44) und diese ohnehin Vorsatz voraussetzen, lag die Begünstigung allerdings weniger in der Gesetzesänderung als solcher als vielmehr in dem dem Gesetz beigelegten Verständnis. Der Prospektverantwortliche sollte im Anwendungsbereich der spezialgesetzlichen Prospekthaftung nicht mehr aus der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung im engeren Sinne in Anspruch genommen werden können. Insoweit handelte es sich nicht um "Ansprüche aufgrund zugleich bestehender schuldrechtlicher Sonderverbindungen nach bürgerlichem Recht". Denn als kennzeichnend für die spezialgesetzliche Prospekthaftung verstand der Gesetzgeber seinerzeit den Verzicht auf einen rechtsgeschäftlichen Kontakt (vgl. BT-Drucks. 13/8933, S. 80).

**[28]** Dieses Verständnis wandelte sich indes mit dem Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz) vom 28. Oktober 2004 (BGBl. I 2004, 2630), welches zum Ziel hatte, durch Einführung einer Prospektspflicht für nicht in Wertpapieren verbriefte Anlageformen und einer darauf bezogenen Prospekthaftung den Anlegerschutz im Bereich des grauen Kapitalmarkts zu verbessern, wobei der Gesetzgeber als "Schwerpunkt [...] in diesem Marktsegment" insbesondere "Unternehmensbeteiligungen" im Blick hatte (vgl. BT-Drucks. 15/3174, S. 29 und 42). Dem Gesetzgeber war bewusst, dass es insoweit zu Überschneidungen mit der sogenannten Prospekthaftung im weiteren Sinne in der Fallgruppe des Verschuldens bei Vertragsschluss mittels Verwendens eines fehlerhaften Prospekts kommen kann. An der Konzeption der spezialgesetzlichen Prospekthaftung als abschließender Regelung wollte er jedoch, wie der unverändert gebliebene Wortlaut des damals geltenden § 47 Abs. 2 BörsG belegt, nichts ändern. Deswegen hielt er im Zusammenhang mit der Anfügung einer neuen Nummer 3 in § 13 Abs. 1 VerkProspG aF ausdrücklich fest, Ansprüche aus zivilrechtlicher Prospekthaftung im weiteren Sinne gegen von § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG aF "nicht erfasste am Vertrieb der Vermögensanlagen im Sinne des § 8f Abs. 1 [VerkProspG aF] Beteiligte, z.B. Vermittler", würden nicht berührt (BT-Drucks. 15/3174, S. 44). Dem ist im Gegenschluss der gesetzgeberische Wille zu entnehmen, vorvertragliche Ansprüche gegen Adressaten der spezialgesetzlichen Prospekthaftung nicht zur Anwendung zu bringen (Senatsbeschluss vom 19. Januar 2021 - XI ZB 35/18, BGHZ 228, 237 Rn. 27).

**[29]** An diesem Verständnis hat der Gesetzgeber - ungeachtet geringfügiger Gesetzesänderungen - in der Folgezeit festgehalten. Soweit mit dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission (Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungs-

gesetz) vom 16. Juli 2007 (BGBl. I 2007, 1330) der damals geltende § 47 Abs. 2 BörsG dahin ergänzt wurde, dass auch Ansprüche aufgrund von "grob fahrlässigen unerlaubten Handlungen" in Anspruchskonkurrenz treten können, ist der Gesetzgeber selbst davon ausgegangen, die Vorschrift sei "unverändert" geblieben (vgl. BT-Drucks. 16/4028, S. 89), zumal damit in der Sache keine Haftungserweiterung verbunden war. Das gilt sonach auch, soweit mit dem Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts vom 6. Dezember 2011 (BGBl. I 2011, 2481) in § 25 Abs. 2 WpPG und § 20 Abs. 6 VermAnlG für etwaige konkurrierende deliktische Ansprüche die Beschränkung auf vorsätzliche und grob fahrlässige unerlaubte Handlungen entfallen ist (vgl. BT-Drucks. 17/6051, S. 37 und 47). Mit diesem Gesetz wollte der Gesetzgeber den Anlegerschutz durch die Fortentwicklung der Regulierung im Bereich des grauen Kapitalmarkts und einer partiellen Verschärfung der Prospekthaftung fortentwickeln (BT-Drucks. 17/6051, S. 30) und knüpfte bewusst an das etablierte Haftungsregime an. Daran anschließend übernahm er in Bezug auf die investimentrechtliche Prospekthaftung mit dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-Umsetzungsgesetz) vom 4. Juli 2013 (BGBl. I 2013, 1981) in § 306 Abs. 5 KAGB die Regelung des § 20 Abs. 6 VermAnlG (vgl. BT-Drucks. 17/12294, S. 283) und machte sich das dort geregelte Konkurrenzverhältnis schließlich auch für diesen Bereich mit dem Ziel, "ein in sich geschlossenes Regelwerk für Investmentfonds und ihre Manager zu schaffen" (BT-Drucks. 17/12994, S. 2), zu eigen.

**[30] Die Gesetzesgenese belegt den Willen des Gesetzgebers, dass die als abschließend konzipierte spezialgesetzliche Prospekthaftung Vorrang hat vor Ansprüchen aus der sogenannten Prospekthaftung im weiteren Sinne aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB unter dem Aspekt einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung eines fehlerhaften Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung.**

**[31] 3. Der XI. Zivilsenat ist zuständig,** über die vorstehend genannten Ansprüche zu entscheiden.

**[32] a)** Der XI. Zivilsenat ist nach A. I. XI. Zivilsenat 1.c) des Geschäftsverteilungsplans des Bundesgerichtshofs für das Geschäftsjahr 2021 ausschließlich zuständig für Rechtsstreitigkeiten über Prospekthaftungsansprüche nach §§ 13, 13a VerkProspG. Die Zuständigkeit für spezialgesetzliche Prospekthaftungsansprüche besteht seit dem Jahr 1996. Der Senat ist damit auch zuständig, über das Konkurrenzverhältnis zwischen gesetzlicher Prospekthaftung nach § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG aF und bürgerlich-rechtlicher Prospekthaftung zu entscheiden. Denn ob letztere im Anwendungsbereich der spezialgesetzlichen Prospekthaftung anwendbar ist, ist keine Frage der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung, sondern

eine Frage nach der Reichweite der Rechtsfolgen der gesetzlichen Prospekthaftung (vgl. Senatsbeschluss vom 27. April 2021 - XI ZB 35/18, BKR 2021, 774 mit zust. Anm. Ueding; Klöhn, NZG 2021, 1063, 1071; Schulz, EWIR 2022, 133, 134 f.).

**[33] b)** Der XI. Zivilsenat ist darüber hinaus nach A. I. XI. Zivilsenat 1.c) des Geschäftsverteilungsplans des Bundesgerichtshofs ausschließlich zuständig, über Prospekthaftungsansprüche nach § 127 InvG in der bis zum 21. Juli 2013 geltenden Fassung (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 23. Oktober 2018 - XI ZB 3/16, BGHZ 220, 100 Rn. 55 ff.), nach §§ 21, 22, 24 WpPG in der bis zum 20. Juli 2019 geltenden Fassung, die mit dem Gesetz zur weiteren Ausführung der EU-Prospektverordnung und zur Änderung von Finanzmarktgesetzen vom 8. Juli 2019 (BGBl. I S. 1102) zu den §§ 9, 10, 14 WpPG verschoben worden sind, nach §§ 20, 21, 22 VermAnlG und nach § 306 KAGB zu entscheiden. Soweit die Voraussetzungen für die Haftung nach einer dieser Vorschriften vorliegen, ist der Senat zugleich zuständig, über eine Anspruchsgrundlagenkonkurrenz und damit darüber zu entscheiden, ob die § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB unter denselben Haftungsvoraussetzungen neben den genannten Vorschriften der spezialgesetzlichen Prospekthaftung anwendbar sind. Denn auch bei dieser Frage geht es - wie bei der Frage, ob die § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB unter denselben Haftungsvoraussetzungen neben den § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG aF anwendbar sind - um die Reichweite der jeweiligen spezialgesetzlichen Prospekthaftung und demzufolge um die Auslegung der in den Vorschriften über die spezialgesetzliche Prospekthaftung in den § 16 Abs. 2 WpPG, § 20 Abs. 6 Satz 2 VermAnlG und § 306 Abs. 6 Satz 2 KAGB enthaltenen Konkurrenzregelungen (vgl. zu § 47 Abs. 2 BörsG aF bereits Senatsbeschluss vom 19. Januar 2021 - XI ZB 35/18, BGHZ 228, 237 Rn. 27; Klöhn NZG 2021, 1063, 1071).

**[34] 4.** Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 6 Satz 2 Halbs. 2 ZPO abgesehen.

## Steuerberaterhaftung

- Lohnbuchführungsmandat
- Gesellschafter-Geschäftsführer
- Sozialversicherung

(OLG Hamm, Urt. v. 8.4.2022 – 25 U 42/20)

### Leitsätze

1. Der Steuerberater, der mit der Lohnbuchführung beauftragt ist, ist zur Beratung in sozialversicherungsrechtlichen Fragen auch in Bezug auf die Beitragspflicht weder berechtigt noch verpflichtet, hat aber im Rahmen der sich als Nebenpflicht aus dem Steuerberatervertrag ergebenden vertraglichen Schadensverhütungspflicht bei Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art zu raten, einen Rechtsanwalt aufzusuchen, oder eine Prüfung durch den Sozialversicherungsträger gemäß §§ 7a, 28h SGB IV anzuregen.
2. Derartige Schwierigkeiten können sich bezüglich der Frage einer Beschäftigung i.S.v. § 7 SGB IV für Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH ergeben, sofern diese nach dem Gesellschaftsvertrag ihre Tätigkeit nicht - etwa aufgrund einer Sperrminorität - unabhängig von den anderen Gesellschaftern gestalten können.
3. Sozialversicherungsrechtliche Nachzahlungsbeträge der GmbH für die Gesellschafter-Geschäftsführer kommen als Schaden der Gesellschaft in Betracht. Etwaige Vorteile der Gesellschafter-Geschäftsführer sind für den im Rahmen der Schadensermittlung anzustellenden Gesamtvermögensvergleich nicht im Wege einer konsolidierten Schadensbetrachtung einzubeziehen. Auf ein vom Steuerberater geltend gemachtes Zurückbehaltungsrecht aus § 273 i.V.m. § 255 BGB ist auszusprechen, dass mögliche Bereicherungsansprüche der GmbH gegen ihre Gesellschafter-Geschäftsführer im Hinblick auf die geleisteten Nachzahlungen Zug um Zug abgetreten werden.

### Zum Sachverhalt:

[1] Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche, die die Klägerin gegen die Beklagte, ihre vormalige, u. a. mit der Lohnbuchhaltung betraute Steuerberaterin, geltend macht, nachdem sie von der B (im Folgenden: B) im Anschluss an eine Betriebsprüfung zur Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen für ihre drei Geschäftsführer - gleichzeitig zu gleichen Anteilen Gesellschafter der Klägerin - verpflichtet wurde.

[2] Wegen der Darstellung des Sachverhalts wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen mit der Maßgabe, dass der Beitragsbescheid der B vom 17.12.2018 über insgesamt 106.435,36 EUR die Klägerin

zur Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen für die drei Gesellschafter-Geschäftsführer i.H.v. 105.846,80 EUR verpflichtete; die weitergehende Zahlungsverpflichtung i.H.v. 588,56 EUR betraf eine Mitarbeiterin D der Klägerin. Des Weiteren ist zu ergänzen, dass die gegen den Bescheid vom 17.12.2018 erhobene Klage in dem Verfahren Sozialgericht Münster, S 14 BA 88/19, in dem die Beklagte beigeladen war, durch - infolge Rechtsmittelverzicht unter Zustimmung der Beklagten - rechtskräftiges Urteil des Sozialgerichts Münster vom 16.12.2020 abgewiesen wurde. Wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge wird ebenfalls auf das Urteil des Landgerichts verwiesen.

[3] Das Landgericht hat dem Zahlungsantrag ganz überwiegend stattgegeben, nämlich i.H. des Nachzahlungsbetrags aus dem Bescheid vom 17.12.2018 von 106.435,36 EUR. Allein die Säumniszuschläge i.H.v. 568,54 EUR hat es nicht als Schaden berücksichtigt. Zudem hat es den Feststellungsantrag abgewiesen.

[4] Die Beklagte habe eine vertragliche Nebenpflicht verletzt, die sich aus dem Mandat zur Lohnbuchführung ergeben habe. Im Rahmen der Lohnbuchführung habe der Steuerberater zu prüfen, ob eine Befreiung von der Versicherungspflicht in Betracht komme, wenn Beiträge nicht abgeführt würden. Ergäben sich dabei tatsächliche Unklarheiten oder sozialversicherungsrechtliche Schwierigkeiten, so habe er Rückfrage zu halten bzw. auf die Hinzuziehung eines fachlich geeigneten Beraters hinzuwirken.

[5] Solche sozialversicherungsrechtlichen Zweifel hätten sich bereits aus der Stellung der Geschäftsführer der Klägerin als geschäftsführende Minderheitsgesellschafter ergeben, für deren sozialversicherungsrechtliche Behandlung es angesichts der Neugründung der Klägerin keine jahrelang unbeanstandete, nur fortzusetzende Unternehmenspraxis gegeben habe. Bereits im Zeitpunkt der Gründung habe in der Rechtsprechung des BSG eine umfangreiche Kasuistik existiert, wobei die Sozialversicherungspflicht die Regel gewesen sei. Gerade die sozialversicherungsrechtliche Einordnung von Minderheitsgesellschaftern sei hoch umstritten gewesen. Die Beklagte hätte daher der Klägerin raten müssen, externen Rat einzuholen, bevor sie die Gesellschafter-Geschäftsführer zur Sozialversicherung gemeldet habe.

[6] Wenn die Beklagte einen solchen Rat erteilt hätte, hätte die Klägerin einen entsprechenden externen Berater beauftragt, der dann eine rechtlich zutreffende Beratung erteilt und der Klägerin die Möglichkeit aufgezeigt hätte, dass durch Vereinbarung einer Sperrminorität auch Minderheitsgesellschafter sozialversicherungsfrei beschäftigt werden können. Eine solche Regelung hätten die Gesellschafter der Klägerin sodann

getroffen. Hierfür spreche eine ganz überwiegende Wahrscheinlichkeit, weil die Gesellschafter eine solche Regelung tatsächlich später in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen hätten.

[7] Wäre von Beginn an eine solche Sperrminorität vereinbart worden, wären keine Sozialversicherungsbeiträge abzuführen gewesen. Die Klägerin hätte also nicht 106.435,36 EUR nachzahlen müssen. Allein hinsichtlich der Säumniszuschläge fehle es mangels Darlegung der Vorteile durch die längere Verfügbarkeit der nachgeforderten Beträge an einem Gesamtvermögensvergleich.

[8] Andere Vorteile der Klägerin seien nicht zu berücksichtigen. Die Tatsache, dass die Sozialversicherungsbeiträge als Betriebsausgaben den Gewinn vermindert hätten, könne unberücksichtigt bleiben, da andererseits die Schadensersatzleistung als Einnahme zu versteuern sein werde.

[9] Es könne dahinstehen, ob die Klägerin sich nach den Grundsätzen der konsolidierten Gesamtbetrachtung Vorteile der Gesellschafter anrechnen lassen müsse, denn solche seien nicht hinreichend konkret entstanden. Es stehe nicht sicher fest, wann, wie lange und in welcher Höhe diese tatsächlich Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung beziehen würden, zumal für den Gesellschafter K nicht absehbar sei, ob er noch die Mindestbeitragszeiten erreichen werde. Der Schutz aus der gesetzlichen Krankenversicherung habe ihnen keinen Vorteil vermittelt, da sie zeitgleich private Krankenversicherungen unterhalten hätten. Einen Anspruch auf Rückzahlung von Beiträgen aus den privaten Krankenversicherungen habe die Beklagte nicht dargetan; die von der Klägerin vorgelegten Bescheinigungen sprächen dagegen.

[10] Ein Mitverschulden der Klägerin könne nicht festgestellt werden. Der Gesellschaftsvertrag sei noch vor Erlass der Nachzahlungsbescheide geändert worden.

[11] Der Feststellungsantrag sei dagegen unbegründet. Dieser stelle nur darauf ab, dass die Beklagte verpflichtet gewesen sei, die Klägerin auf die Sozialversicherungspflicht hinzuweisen. Eine solche Verpflichtung habe die Beklagte jedoch gerade nicht getroffen, sondern diese hätte nur raten dürfen, sozialversicherungsrechtlichen Rat einzuholen. Eine solch andere Pflichtverletzung stelle auch kein Minus dar, das Grundlage für eine Verurteilung sein könne.

[12] Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten wie auch die Anschlussberufung der Klägerin.

[13-34] (...)

#### Aus den Gründen:

[35] Die zulässige Berufung ist nur in geringem Umfang begründet; die zulässige Anschlussberufung ist überwiegend begründet.

[36] Zu Recht hat das Landgericht einen Schadenersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte gemäß § 280 Abs. 1 BGB aufgrund des zwischen den Parteien bestehenden Steuerberatervertrages angenommen und die Beklagte zu einer Zahlung verurteilt, die lediglich geringfügig zu reduzieren und um eine Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung zu ergänzen war. Der Schadenersatzanspruch rechtfertigt auch den - allerdings ebenfalls durch die Zug um Zug-Verpflichtung eingeschränkten - Zuspruch auf den zulässigen Feststellungsantrag, den die Klägerin mit ihrer Anschlussberufung weiterverfolgt.

[37] Im Einzelnen ist hierzu Folgendes auszuführen:

[38] 1. Berufung

[39] Das Berufungsvorbringen der Beklagten lässt keine abweichende Beurteilung der Haftung der Beklagten dem Grunde nach zu; der Höhe nach ist der von der Klägerin geltend gemachte Betrag gemäß Bescheid der B vom 17.12.2018 lediglich wegen des darin enthaltenen auf eine Mitarbeiterin der Klägerin entfallenden Betrages zu kürzen; ferner war die Klägerin auf das von der Beklagten geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht Zug um Zug zur Abtretung von angeblichen Ansprüchen im Verhältnis zu ihren Gesellschaftern in Bezug auf die von ihnen unterhaltenen privaten Krankenversicherungen zu verpflichten.

a)

[40] Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Beklagte schuldhaft eine **Nebenpflicht** aus dem Steuerberatervertrag bezüglich der Lohnbuchführung **verletzt** hat.

aa)

[41] **Pflichten in Bezug auf den sozialversicherungsrechtlichen Status** können sich für den Steuerberater bei Übernahme einer - auch bereits laufenden - Lohnbuchhaltung ergeben (Gräfe, in: Gräfe/Lenzen/Wollweber, Steuerberaterhaftung, 7. Aufl. 2021, Rn. 911). **Der Steuerberater ist zwar zu einer Beratung in sozialversicherungsrechtlichen Fragen weder berechtigt noch verpflichtet** (BGH, Urteil vom 12.02.2004, IX ZR 246/02 juris Rn. 12). Allerdings ist in diesem Zusammenhang ein Verstoß gegen eine vertragliche Schadensverhütungspflicht denkbar (BGH a. a. O.). **So ist der Steuerberater grundsätzlich als zu einer Prüfung verpflichtet angesehen worden, ob für Arbeitnehmer eine Befreiung von der Versicherungspflicht in Betracht kommt, wenn Beiträge nicht abgeführt werden** (BGH,

Urteil vom 23.09.2004, IX ZR 148/03, juris Rn. 13 = DStR 2004, 1979, 1980 unter III. 1.). Sofern er bei der Prüfung einer Beitragspflicht oder bei der Berechnung der Höhe der abzuführenden Beiträge auf Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art stößt oder sich die Rechtslage unklar darstellt, darf er den sich stellenden sozialversicherungsrechtlichen Fragen nicht selbst nachgehen, sondern hat **seinem Mandanten anheim zu stellen**, einen mit den notwendigen Erfahrungen ausgestatteten **Rechtsanwalt aufzusuchen** (BGH a. a. O.; ebenso BGH, Urteil vom 12.02.2004, IX ZR 148/03 juris Rn. 13); alternativ könnte er raten, die Beitragspflicht bei dem Sozialversicherungsträger nach § 7a SGB IV oder § 28h Abs. 2 SGB IV selbst prüfen zu lassen (Zieglmeier DStR 2020, 230, 238; Gräfe a. a. O.; vgl. auch BGH, Urteil vom 06.06.2019, IX ZR 115/18 juris Rn. 3, 5, in dem die entsprechenden Ausführungen des Berufungsgerichts unbeanstandet geblieben sind).

bb)

[42] Nach Maßgabe dieser Rechtsprechung, der sich der Senat aufgrund eigener Prüfung anschließt, war die Beklagte bei Übernahme des Mandats Lohnbuchhaltung nicht zu einer Beratung in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht verpflichtet und musste deshalb auch nicht selbst prüfen, ob es sich bei der Tätigkeit der Gesellschafter-Geschäftsführer um eine Beschäftigung i.S.v. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV handelte; insbesondere hatte sie nicht zu prüfen, ob die Tätigkeit als selbstständig zu qualifizieren war. Allerdings hatte sie zu prüfen, ob eine Befreiung von der Versicherungspflicht in Betracht kam.

[43] Dies war gerade unter Berücksichtigung des der Beklagten unstreitig im Rahmen des Erstgesprächs vom 19.06.2014 vorgelegten Gesellschaftsvertrags fraglich. Danach war die vorgefundene gesellschaftsrechtliche Konstellation dadurch gekennzeichnet, dass alle drei Gesellschafter zu je 1/3 Anteil am Kapital beteiligt waren und dementsprechend keiner von ihnen in der Lage war, sich ihm nicht genehmen Weisungen zu widersetzen.

[44] Für derartige Fallgestaltungen gab es bereits zum Zeitpunkt der Übernahme der Lohnbuchhaltung **Rechtsprechung des BSG**, nach der grundsätzlich von einer Sozialversicherungspflicht auszugehen war, sofern der jeweilige Gesellschafter-Geschäftsführer nicht über eine Sperrminorität verfügte, die ihn in die Lage versetzte, Weisungen abzuwehren, oder sich aus dem Anstellungsvertrag eine im Wesentlichen weisungsfreie und wirtschaftlich für ein eigenes Unternehmen ausgeübte Tätigkeit ergab (z. B. BSG, Urteil vom 24.09.1992, 7 Rar 12/92, juris Rn. 18 m. w. N.).

[45] Es kann letztlich dahingestellt bleiben, inwiefern der Beklagten die Rechtsprechung des BSG zur sozialversicherungsrechtlichen Stellung von Gesellschafter-Geschäftsführern im

**Einzelnen bekannt sein musste**. Denn zumindest musste ihr bewusst sein, dass die Einordnung der Tätigkeit von Gesellschaftern als selbstständig oder nicht selbstständig zweifelhaft war. **Sie musste wissen, dass sich die Beurteilung der Beschäftigung nach § 7 SGB IV richtet und nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts das Maß der persönlichen Abhängigkeit für die Abgrenzung zwischen selbstständiger oder nicht selbstständiger Tätigkeit entscheidend ist**: Während die nicht selbstständige Tätigkeit durch die Eingliederung in einen fremden Betrieb bei gleichzeitigem Weisungsrecht des Arbeitgebers bezüglich Zeit, Dauer, Ort und Art der Tätigkeit gekennzeichnet ist, zeichnet sich demgegenüber die selbstständige Tätigkeit durch Übernahme des Unternehmerrisikos und die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft bei im Wesentlichen frei gestalteter Tätigkeit und Arbeitszeit im eigenen Betrieb aus (Rittweger, in: BeckOK Sozialrecht, 63. Ed., Stand: 01.12.2021, § 7 Rn. 4 m. w. N.).

[46] Diese Maßstäbe gelten ohne Weiteres auch für die Gesellschafter einer GmbH und waren damit von der Beklagten für die Gesellschafter der Klägerin anzuwenden, die als Geschäftsführer für diese tätig werden sollten. Dabei musste sich die Frage aufdrängen, inwiefern angesichts des Vorhandenseins von drei in gleicher Weise beteiligten und damit gleichberechtigten Gesellschaftern eine freie Gestaltung der Tätigkeit der einzelnen Gesellschafter unabhängig von den beiden anderen Gesellschaftern möglich war. Dies war als sozialversicherungsrechtliche Schwierigkeit zu qualifizieren, die die Inanspruchnahme anwaltlichen Rats oder die Verweisung an die Einzugsstelle nach § 28h SGB IV nahe legte.

[47] Hinzu kam, dass **bei Übernahme der Lohnbuchhaltung noch keine Betriebsprüfung vorangegangen** war, in der die sozialversicherungsrechtliche Einordnung unbeanstandet geblieben war, denn die Beklagte hatte die Lohnbuchhaltung im Zusammenhang mit der Neugründung der Klägerin übernommen.

[48] Des Weiteren war die Einordnung in krankenversicherungsrechtlicher Hinsicht angesichts der sonstigen Betätigungen der Gesellschafter-Geschäftsführer, zu denen die Beklagte nunmehr näher ausführte, im Hinblick auf § 5 Abs. 5 SGB V fraglich.

[49] Jedenfalls aufgrund einer Gesamtbetrachtung der vorgenannten Unsicherheiten musste die Beklagte die Klägerin deshalb darauf hinweisen, dass die Einholung anwaltlichen Rats oder die Einleitung eines Prüfungsverfahrens beim Sozialversicherungsträger im Interesse der Klägerin geboten war. Dies hat die Beklagte bereits nach ihrem eigenen Vortrag nicht getan.

**[50] Die Beklagte durfte sich entgegen ihrer Auffassung nicht darauf beschränken, im Rahmen der Meldung gemäß § 28a Abs. 3 S. 2 Nr. 1. e) SGB IV zusätzlich jeweils anzugeben, dass es sich um eine Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung handelt.** Richtig ist, dass dieser Inhalt der Meldung dem Ziel dient, sofort durch das Statusfeststellungsverfahren verbindlich festzustellen, ob es sich um eine versicherungspflichtige Beschäftigung handelt oder nicht; dies folgt aus der Verpflichtung der Einzugsstelle nach § 7a Abs. 1 S. 2 SGB IV, einen Antrag auf Feststellung einer Beschäftigung zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers nach § 28a SGB IV ergibt, dass der Beschäftigte geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist. Allerdings musste die Beklagte pflichtgemäß im Interesse der Klägerin sicherstellen, dass der sozialversicherungsrechtliche Status ihrer Gesellschafter-Geschäftsführer geklärt wurde. **Diesen Anforderungen genügte sie nicht, indem sie die Durchführung des Statusfeststellungsverfahrens in die Hände der Einzugsstelle legte, auch wenn diese gesetzlich zur Antragstellung verpflichtet war.** Denn dies barg, wie der vorliegende Sachverhalt zeigt, das Risiko, dass eine Antragstellung seitens der Einzugsstelle - aus welchen Gründen auch immer - unterblieb. Nach den Feststellungen des Senats hat die Einzugsstelle für die Gesellschafter-Geschäftsführer nämlich keinen Antrag nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV gestellt. Laut den Auskünften der B, die von keiner der Parteien angezweifelt worden sind, hat vor der Betriebsprüfung jeweils kein Statusfeststellungsverfahren betreffend die Gesellschafter der Klägerin stattgefunden; dies entspricht dem Bescheid der B vom 17.12.2018, wonach ein Statusfeststellungsverfahren bei den Einzugsstellen oder bei der Clearingstelle der B nicht beantragt bzw. geführt wurde, und den Erklärungen der Geschäftsführer der Klägerin im Rahmen der persönlichen Anhörung vom 19.03.2021. Die Beklagte hätte sich jedenfalls für eine pflichtgerechte Erfüllung des ihr erteilten Auftrags nicht auf eine Antragsstellung der Einzugsstelle verlassen dürfen und mindestens zeitnah zur Meldung abklären müssen, ob ein Statusfeststellungsverfahren eingeleitet worden war. Dies ist nicht geschehen.

b)

**[51] Hätte die Beklagte bei Übernahme des Mandats an einen sachkundigen Rechtsanwalt verwiesen oder zu einer eigenen Antragstellung der Klägerin i.S.v. § 7a SGB IV oder § 28h Abs. 2 SGB IV geraten, dann hätte sich unter Zugrundelegung des ursprünglich geschlossenen Gesellschaftsvertrages jeweils ergeben, dass die Tätigkeit der Gesellschafter-Geschäftsführer als Beschäftigung i.S.v. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV einzuordnen war, eine Sozialversicherungspflicht also bestand.** Hierzu wäre es letztlich auch gekommen, wenn die Beklagte wegen der **Einleitung des Statusfeststellungsverfahrens** zeitnah Nachfrage gehalten hätte. Dann hätte sie in Erfahrung gebracht,

dass ein solches Verfahren nicht eingeleitet worden war. Sofern das Verfahren nicht aufgrund der Nachfrage in Gang gesetzt worden wäre, hätte die Beklagte bei pflichtgemäßem Verhalten ebenfalls die Inanspruchnahme anwaltlichen Rats oder die Einleitung eines sozialversicherungsrechtlichen Verfahrens anheimstellen müssen, die jeweils ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis ergeben hätten.

**[52] Die Gesellschafter hätten dieses Ergebnis zum Anlass genommen, den Gesellschaftsvertrag abzuändern und eine Sperrminorität zu vereinbaren, durch die verhindert wurde, dass sie sich ihnen nicht genehmen Weisungen beugen mussten.** Dieser weitere Verlauf der Dinge entspricht, wie das Landgericht zu Recht angenommen hat, der deutlich überwiegenden Wahrscheinlichkeit, wodurch den durch § 287 ZPO abgemilderten Anforderungen für die Bejahung der haftungsausfüllenden Kausalität genügt wird. Für das behauptete Verhalten der Gesellschafter spricht zwar kein Anscheinsbeweis, da es angesichts der damit verbundenen Auswirkungen auf die Unternehmensführung nicht schon durch die Lebenserfahrung nahe gelegt wird. Allerdings konnte über die Vereinbarung einer Sperrminorität erreicht werden, dass die Tätigkeit der Gesellschafter-Geschäftsführer von der Sozialversicherungspflicht befreit war und somit keine Sozialversicherungsabgaben zu zahlen waren. Dies entsprach schon im Jahr 2014 der Rechtsprechung der Sozialgerichte; bereits in dem vorerwähnten Urteil des BSG vom 24.09.1992 (7 Rar 12/92, juris Rn. 18 m. w. N.) wurde die Vereinbarung einer Sperrminorität als in der Rechtsprechung des BSG entschiedene Konstellation bezeichnet, in der ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen ist. Mit der Vereinbarung der Sperrminorität gingen erhebliche finanzielle Vorteile für die neu gegründete Klägerin einher, so dass sie einem anzunehmenden Interesse der Klägerin und zugleich der an ihr wirtschaftlich beteiligten Gesellschafter entsprach. Indiz dafür, dass die Gesellschafter der Klägerin seinerzeit gemäß dieser Interessenlage gehandelt hätten, ist das entsprechende Verhalten bei Aufdeckung des Schadens. Die Argumentation der Beklagten, die Änderung des Gesellschaftsvertrags nur im Hinblick auf den beabsichtigten Steuerberaterregress vorgenommen zu haben, verfängt demgegenüber nicht. Es ist wenig nachvollziehbar, warum die Gesellschafter-Geschäftsführer sich für die Zukunft in der von der Beklagten beschriebenen Weise binden und wechselseitig erheblich und nur schwer reversibel in der Unternehmensführung einschränken sollten, um eine, wenn auch nicht unerhebliche, so doch begrenzte Schadensersatzforderung geltend machen zu können. Anders als die Beklagte sieht der Senat keine erhebliche Zeitverzögerung zwischen der Betriebsprüfung und der Änderung des Gesellschaftsvertrages, die gegen den angenommenen Kausalverlauf sprechen könnte. Die im August 2018 begonnene Betriebsprüfung endete mit dem Erlass des Nachzahlungsbescheids vom 17.12.2018, die Änderung des

Gesellschaftsvertrags datiert vom 12.12.2018. Unabhängig davon war den Gesellschafter-Geschäftsführern auch eine gewisse Überlegungs- und Organisationszeit zuzubilligen.

**[53]** Bei Vereinbarung einer Sperrminorität wären die Beschäftigungsverhältnisse der Gesellschafter-Geschäftsführer nicht als sozialversicherungspflichtig eingeordnet worden, und die Klägerin hätte die auf die Person ihrer Geschäftsführer entfallenden Beiträge nicht nachzahlen müssen.

c)

**[54]** Als **Schaden** kann die Klägerin die **Nachzahlungsbeträge** für ihre Gesellschafter von der Beklagten erstattet verlangen. Dies sind für den Gesellschafter A 42.783,89 EUR, für den Gesellschafter K 42.365,03 EUR und für den Gesellschafter C 20.697,88 EUR, insgesamt 105.846,80 EUR. Die Differenz i.H.v. 588,56 EUR zur Klageforderung i.H.v. 106.435,36 EUR entspricht dem Nachzahlungsbetrag für die Mitarbeiterin D, wie der Anlage der Berechnung der Beiträge nach § 28p Abs. 1 SGB IV bezüglich der DAK-Gesundheit als Einzugsstelle zu entnehmen ist. Um diesen Betrag war die geltend gemachte Schadenssumme zu kürzen.

aa)

**[55]** **Steuervorteile** der Klägerin, wie sie sich aufgrund einer Gewinnminderung durch die Nachzahlung ergeben können, sind nach der ständigen Rechtsprechung des BGH **nicht anzurechnen, wenn auch die Schadensersatzleistung ihrerseits zu versteuern ist**; etwas anderes würde nur gelten, wenn der Schädiger Umstände darlegt, die auf das Verbleiben außergewöhnlicher Steuervorteile schließen lassen (Gräfe, in: Gräfe/Wollweber/Schmeer Rn. 2135 m. w. N.). Hierzu hat die Beklagte keinen ausreichenden Vortrag unterbreitet, indem sie sich auf die Behauptung der Ersparnis von Körperschaft- und Gewerbesteuer aufgrund der Minderung des Gewinns durch die Nachzahlung der Sozialversicherungsbeiträge beschränkt hat.

bb)

**[56]** Etwaige **Vorteile der Gesellschafter aus der Sozialversicherungspflicht** sind für den im Rahmen der Schadensermittlung anzustellenden Gesamtvermögensvergleich **nicht im Wege einer konsolidierten Schadensbetrachtung einzubeziehen**. Die Voraussetzungen für eine konsolidierte Schadensbetrachtung liegen nicht vor.

**[57]** Die **konsolidierte Schadensbetrachtung** stellt eine **Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass Bezugspunkt für den im Rahmen der Rechtsanwalts- und Steuerberaterhaftung erforderlichen Gesamtvermögensvergleich nur das Vermögen des**

**Geschädigten und nicht dasjenige eines Dritten ist** (BGH, Urteil vom 05.02.2015, IX ZR 167/13, NJW 2015, 1373, 1374 Rn. 11; Urteil vom 08.09.2016, IX ZR 255/13, NJW-RR 2017, 566, 567 Rn. 12 f.; Urteil vom 06.06.2019, IX ZR 115/18, BeckRS 2019, 13442 Rn. 12; Urteil vom 01.10.2020, IX ZR 228/19, NJW 2021, 1163, 1164 Rn. 15 ff.; Gräfe, in: Gräfe/Wollweber/Schmeer Rn. 1729). Anerkannt worden ist diese Ausnahme insbesondere im Zusammenhang mit der Übertragung von Vermögenswerten an Familienangehörige oder innerhalb eines Unternehmensverbundes (BGH NJW-RR 2017, 566, 567 Rn. 13; NJW 2021, 1163, 1164 Rn. 19; Gräfe a. a. O.). Die Auswirkungen der Pflichtverletzung auf das Vermögen eines Dritten sind in der Schadensbetrachtung zu berücksichtigen, wenn die Einbeziehung der Vermögensinteressen des Dritten nach dem Inhalt des Beratungsvertrags geschuldet war; zusätzlich muss es sich bei dem Vermögen mehrerer unterschiedlicher Rechtsträger wirtschaftlich um dieselbe Vermögensmasse handeln (BGH NJW 2021, 1163, 1164 Rn. 15 ff., insbes. Rn. 16, 17). Maßgeblich für die Frage, ob die Vermögensinteressen Dritter bei der Steuerberatung zu berücksichtigen sind, ist der Inhalt des konkret erteilten Auftrages (BGH NJW 2015, 1373, 1374 Rn. 12; NJW-RR 2017, 566, 567 Rn. 13; BeckRS 2019, 13442 Rn. 12; NJW 2021, 1163, 1164 Rn. 15; Senat, Urteil vom 04.05.2021, I-25 U 26/19 juris Rn. 106 ff., insbes. Rn. 108, Gräfe a. a. O.).

**[58]** In der Vergangenheit hat der 9. Zivilsenat des BGH für eine **Einmann-GmbH** und deren Gesellschafter eine konsolidierte Schadensbetrachtung abgelehnt; hier ging es um die Frage, ob der Schaden der Gesellschaft infolge der Anrechnung der zusätzlichen Steuerbelastung der Gesellschaft wegen einer verdeckten Gewinnausschüttung auf die persönliche Einkommensteuerschuld des Alleingeschäfters entfällt (BGH, Urteil vom 18.12.1997, IX ZR 153/96, DStRE 1998, 334, 335 unter 4. b)). In einer neueren, bereits zitierten Entscheidung vom 06.06.2019 (IX ZR 115/18, BeckRS 2019, 13442) hat der 9. Zivilsenat für den Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH die Möglichkeit einer konsolidierten Schadensbetrachtung im Zusammenhang mit der Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen abhängig vom erteilten Auftrag hingegen in Erwägung gezogen. Auch der 23. Zivilsenat des OLG Düsseldorf ist in seinem Hinweisbeschluss vom 09.07.2020 zu einer solchen Fallkonstellation von einer konsolidierten Schadensbetrachtung ausgegangen (I-23 U 70/20, BeckRS 2020, 23810, Rn. 15). Der erkennende Senat hat in seinem Urteil vom 04.05.2021 eine konsolidierte Schadensbetrachtung bezüglich einer GmbH und ihrer Gesellschafter bei Versäumnissen des Steuerberaters betreffend das steuerliche Einlagekonto i.S.v. § 27 KStG vorgenommen, weil die streitgegenständliche Beratungspflicht im Wesentlichen auf den Schutz der Interessen der Gesellschafter abgezielt habe, die am Ende die tatsächlichen Steuerpflichtigen gewesen seien (I-25 U 26/19, juris Rn. 108).

**[59] Der Inhalt des im vorliegenden Rechtsstreit in Rede stehenden Auftrags zur Lohnbuchhaltung war indes nicht darauf gerichtet, auch die Vermögensinteressen der Gesellschafter der Klägerin zu berücksichtigen.** Die Beklagte war, wie ausgeführt, zu einer Beratung der Klägerin in sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten nicht verpflichtet; eine solche Beratungspflicht hat hingegen offenbar das OLG Düsseldorf seinen Ausführungen zugrunde gelegt (a. a. O.). Die angenommene Schadensverhütungspflicht ergab sich als Nebenpflicht aus dem einfachen Auftrag zur Lohnbuchhaltung. Aufgrund dieses Auftrags hatte die Beklagte dafür Sorge zu tragen, dass die Klägerin ihren öffentlich-rechtlichen Pflichten im Rahmen der sozialversicherungsrechtlichen Abgaben nachkam. Nach den maßgeblichen öffentlich-rechtlichen Regelungen sind die Beiträge in der Kranken- oder Rentenversicherung für einen kraft Gesetzes versicherten Beschäftigten sowie der Beitrag aus Arbeitsentgelt aus einer versicherungspflichtigen Beschäftigung nach dem Recht der Arbeitsförderung als Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu zahlen, § 28d S. 1 SGB IV; Gleiches gilt für den Beitrag zur Pflegeversicherung für einen in der Krankenversicherung kraft Gesetzes versicherten Beschäftigten, § 28d S. 2 SGB IV. Diesen Gesamtsozialversicherungsbeitrag hat der Arbeitgeber zu zahlen, § 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV. Er hat im Ausgleich gegen den Beschäftigten einen Anspruch auf den vom Beschäftigten zu tragenden Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags, § 28g S. 1 SGB IV, der nur durch - zeitlich grundsätzlich auf die drei nächsten Lohn- oder Gehaltszahlungen begrenzten - Abzug vom Arbeitsentgelt geltend gemacht werden kann, § 28g S. 2 und 3 SGB IV. Die Pflicht zur Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags trifft also ausschließlich den Arbeitgeber; nur seine öffentlich-rechtliche Verpflichtung wird mithilfe des zur Lohnbuchhaltung beauftragten Steuerberaters erfüllt. Der im Verhältnis zum Arbeitnehmer vorzunehmende Beitragsabzug liegt ebenfalls ausschließlich in seinem Interesse. Die hier in Rede stehende vertragliche Schadensverhütungspflicht ist in diesen Kontext einzuordnen. Sie soll verhindern, dass dem Mandanten vermeidbare Nachteile aus der sozialversicherungsrechtlichen Einordnung ihrer Mitarbeiter entstehen. **Auch diese Nachteile wirken sich wegen der allein ihn treffenden Beitragszahlungsverpflichtung ausschließlich beim Arbeitgeber aus. Der Arbeitnehmer ist nur reflexhaft betroffen, weil die Frage der Beschäftigung nur einheitlich geklärt werden kann. Allein der Umstand, dass der Arbeitgeber - und das auch nur zeitlich begrenzt - den Abzug nachholen kann, stellt keinen ausreichenden Grund dar, auf Seiten des Arbeitgebers ein Interesse an der Einbeziehung seiner Interessen in den Lohnbuchhaltungsauftrag anzunehmen, da dieser Abzug, wie oben ausgeführt, allein dem Interesse des Arbeitgebers zuzuordnen ist.**

**[60]** Jedenfalls für "einfache" Mitarbeiter, denen nicht zugleich eine Gesellschafterstellung zukommt, ergibt sich danach kein Anlass, eine Einbeziehung ihrer Interessen in den

Lohnbuchhaltungsauftrag anzunehmen; damit korrespondiert, dass auch eine Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des Steuerberatervertrages, die sich gewissermaßen als Spiegelbild der konsolidierten Schadensbetrachtung darstellt (vgl. BGH NJW-RR 2017, 566, 567 Rn. 12), bezüglich des Lohnsteuerabzugs mit vergleichbarer Argumentation abgelehnt wird (OLG Frankfurt, Hinweisbeschluss vom 14.09.2017, 8 U 240/16, DStRE 2018, 1275, 1276 Rn. 19).

**[61] Aber auch die Gesellschafterstellung von Mitarbeitern rechtfertigt keine andere Beurteilung.** Allein ihre Doppelstellung als Mitarbeiter und Gesellschafter vermag nicht zu begründen, dass der Steuerberater im Rahmen der Lohnbuchhaltung verpflichtet ist, ihre sozialversicherungsrechtlichen Interessen wahrzunehmen. Ausgangspunkt der Betrachtung hat der von der Gesellschaft erteilte Auftrag zu sein. **Danach stellt sich der Umstand, dass die Gesellschafter durch die Partizipation am wirtschaftlichen Ergebnis der Gesellschaft mittelbar betroffen sind, lediglich als Reflex des an den Interessen der Gesellschaft orientierten Handelns des Steuerberaters dar.** Dieser Aspekt genügt nicht, um den Grundsatz der formalen Trennung der betroffenen Vermögensmassen der personen- und vermögensrechtlichen selbstständigen GmbH (vgl. § 13 Abs. 1 und 2 GmbHG) und ihrer Gesellschafter zu durchbrechen. Würde das bloße mittelbare wirtschaftliche Interesse des Gesellschafters ausreichen, wäre im Ergebnis in jedem Fall, in dem eine GmbH Schadensersatz begeht, eine konsolidierte Schadensbetrachtung unter Beteiligung der Gesellschafter vorzunehmen. Hierdurch würde der Grundsatz, dass Bezugspunkt des Gesamtvermögensvergleichs das Vermögen des Geschädigten und nicht dasjenige eines Dritten ist, in nicht zu vertretender Weise aufgeweicht. Dieser Sichtweise entspricht es, wenn die bloße gesellschaftsrechtliche Beteiligung nicht als ausreichend angesehen wird, um eine Einbeziehung in den Schutzbereich eines Vertrages der Gesellschaft mit einem Vertragspartner zu begründen (BGH, Urteil vom 24.01.2006, XI ZR 384/03, NJW 2006, 830, 835 Rn. 55).

d)

**[62]** Die Klägerin trifft kein Mitverschulden an dem entstandenen Schaden.

aa)

**[63]** Den Einwand, dass die Klägerin sich im Rahmen des sozialgerichtlichen Rechtsstreits auf eine hauptberuflich selbstständige Erwerbstätigkeit ihrer Gesellschafter-Geschäftsführer hätte berufen müssen, um nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung zu unterfallen (§ 5 Abs. 5 SGB V), kann die Beklagte nicht mehr zulässigerweise erheben.

**[64]** Die Rechtskraft des sozialgerichtlichen Urteils vom 16.12.2020 erstreckt sich gemäß §§ 141 Abs. 1 Nr. 1, 69 Nr. 3, 75 SGG auch auf die Beklagte, die im sozialgerichtlichen Verfahren beigeladen war. Folge der Rechtskrafterstreckung ist, dass der Beigeladene in einem späteren Verfahren die Richtigkeit der ergangenen Entscheidung nicht mehr bestreiten kann, soweit ihm nach der Prozesslage im Zeitpunkt der Beiladung ein entsprechendes Vorbringen möglich gewesen wäre (BVerwG, Urteil vom 28.04.1972, IV C.42.69, BeckRS 1972, 30435078 = BeckRS 2016, 48414; Straßfeld, in: BeckOGK, SGG, Stand: 01.02.2022, § 75 Rn. 305). Die Rechtskraft erfasst die gerichtliche Entscheidung zum Streitgegenstand (BVerwG a. a. O. Rn. 25; Straßfeld a. a. O.). Durch das sozialgerichtliche Urteil wurde die Klage der Klägerin gegen den Bescheid vom 17.12.2018 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 05.09.2019 abgewiesen, durch den für die Gesellschafter-Geschäftsführer die Versicherungs- und Beitragspflicht in der gesetzlichen Sozialversicherung festgestellt wurde. Dieser Streitgegenstand umfasst auch die Frage der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung. Es ist nicht ersichtlich, warum die Beklagte den jetzt von ihr gehaltenen Vortrag nicht im Zeitpunkt der Beiladung hätte unterbreiten können, zumal der Gesichtspunkt der Einzelunternehmerstellung ausweislich des Bescheids vom 17.12.2018 von der Klägerin im zugrunde liegenden Verfahren thematisiert worden war.

bb)

**[65]** Einen etwaigen Fehler des beurkundenden Notars muss die Klägerin sich **nicht als Verschulden im Sinne von § 254 Abs. 1 BGB zurechnen** lassen.

**[66]** Werden mehrere Berater tätig, haben sie jeweils einen eigenständigen Vertrag geschlossen und dementsprechend einen eigenen Pflichten- und Verantwortungsbereich (vgl. BGH, Urteil vom 08.07.1993, IX ZR 242/92, NJW 1993, 2676, 2677 unter II. 3. c) zur Anwaltshaftung; BGH, Urteil vom 19.07.2001, IX ZR 246/00, NJW 2001, 3477, 3478 unter II. 1. c) für Steuerberater und RA/FA für Steuerrecht). Personen, die jeweils unabhängig voneinander eine Ursache für eine Schädigung gesetzt haben, haften grundsätzlich als Gesamtschuldner, ohne dass sich der Geschädigte im allgemeinen den Beitrag eines Schädigers bei der Inanspruchnahme eines anderen als Mitverschulden entgegenhalten lassen müsste; dieser Grundsatz wird auch für Berater angewandt, die nacheinander für den geschädigten Mandanten tätig waren (BGH, Urteil vom 13.03.1997, IX ZR 81/96, NJW 1997, 2168, 2170 unter I. 2. c)).

**[67]** **Allerdings hat sich der Mandant auf einen Regressanspruch den schuldhaften Verursachungsbeitrag eines anderen Beraters dann als Mitverschulden anrechnen zu lassen, wenn**

**er sich des Beraters zur Erfüllung eines Gebots des eigenen Interesses bedient hat und das Verhalten dieser Hilfsperson einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem ihr anvertrauten Pflichtenkreis steht** (BGH a. a. O.). Diese Voraussetzung ist erkennbar nicht gegeben, denn der Urkundsnotar war im Verhältnis zwischen den Parteien des Rechtsstreits nicht eingeschaltet, um eine Obliegenheit im Rahmen des Lohnbuchhaltungsauftrags zu erfüllen.

cc)

**[68]** **Ein Mitverschulden ist auch nicht darin zu sehen, dass die Klägerin bzw. ihre Geschäftsführer nicht von sich aus ein Statusfeststellungsverfahren eingeleitet haben.**

**[69]** Die Bearbeitung eines Mandats obliegt allein dem Berater, und zwar selbst dann, wenn der Mandant über entsprechende Kenntnisse verfügen sollte (BGH, Urteil vom 15.04.2010, IX ZR 189/09, DStR 2010, 1695). Vor diesem Hintergrund kann dahingestellt bleiben, ob auf Seiten der Geschäftsführer überhaupt Kenntnis von der Möglichkeit eines solchen Statusfeststellungsverfahrens bestand oder - was die Beklagte wohl durch den Hinweis auf die Entscheidung des BGH vom 22.09.2020 (II ZR 141/19, NZG 2020, 1343) andeuten will - gemäß dem Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG bestehen musste. Zum sozialversicherungsrechtlichen Kenntnisstand der Geschäftsführer hat die Beklagte zudem keinen konkreten Vortrag gehalten.

**[70]** **Im Übrigen dienen etwaige gesellschaftsrechtliche Erstattungsansprüche im Innenverhältnis nicht der Entlastung des schädigenden Beraters** (OLG Hamm, Urteil vom 29.11.2012, 28 U 188/11, BeckRS 2013, 5752, unter II. 3.c.)).

e)

**[71]** Auf das von der Beklagten geltend **gemachte Zurückbehaltungsrecht war gemäß § 274 Abs. 1 BGB** auszusprechen, dass die Zahlung lediglich Zug um Zug gegen Abtretung angeblicher Ansprüche der Klägerin auf Auskunft, Abrechnung und Auszahlung empfangener Rückzahlungen sowie Abtretung von Rückzahlungsansprüchen wegen im Zeitraum vom 01.09.2014 bis zum 31.12.2017 geleisteter Beiträge zur privaten Krankenversicherung gegen ihre Gesellschafter, wie im Tenor angeführt, zu erfolgen hat. Weitergehende Ansprüche auf Abtretung hat die Beklagte nicht.

aa)

**[72]** Das Zurückbehaltungsrecht folgt aus § 273 i.V.m. § 255 BGB. Danach ist, wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechts Schadensersatz zu leisten hat, zum Ersatz nur gegen

Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechts gegen Dritte zustehen. Der Abtretungsanspruch steht jedem Schädiger zu, auch bei einer Haftung aus Vertrag (Grüneberg, in: ders., 81. Aufl. 2022, § 255 Rn. 4). Die Beklagte hat für den Verlust eines Rechts Schadensersatz zu leisten, nämlich für die Verringerung eines Bankguthabens auf Klägerseite in Höhe der Nachzahlung. Es werden alle Formen von Rechten erfasst, auch obligatorische (Grüneberg, in: ders. § 255 Rn. 6). In diesem Zusammenhang bedarf es keiner Prüfung, ob und welche Ansprüche der Geschädigte gegen den Dritten überhaupt hat; es genügt, dass Ansprüche möglicherweise bestehen und ausreichend bestimmt bezeichnet werden (Grüneberg, in: ders. § 255 Rn. 7). Ebenso ist es grundsätzlich unerheblich, ob der Anspruch gegen den Dritten verjährt ist (Grüneberg am angegebenen Ort).

bb)

**[73]** Soweit die Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht, erscheinen Bereicherungsansprüche der Klägerin gegen ihre Gesellschafter lediglich in Bezug auf - bereits realisierte oder noch ausstehende - Beitragsrückzahlungen ihres Krankenversicherers nicht von vornherein ausgeschlossen und damit möglich im vorgenannten Sinn.

(1)

**[74]** Ansprüche der Gesellschafter auf Beitragsrückzahlungen ergeben sich nach Auffassung des Senats nicht aus der von der Beklagten zitierten Entscheidung LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 19.02.2020, L 9 KR 54/17, die lediglich besagt, dass im Fall der rückwirkend festgestellten Pflichtversicherung Kosten, die der Betreffende in der Annahme, nicht versichert zu sein, in der Zwischenzeit selbst bestritten hat, nach § 13 Abs. 3 SGB V von der gesetzlichen Krankenversicherung erstattet verlangt werden können; über Ansprüche gegen den privaten Krankenversicherer verhält sich die Entscheidung demnach nicht. Eine doppelte Geltendmachung der Kosten ist jedenfalls im Hinblick auf das Bereicherungsverbot des § 200 VVG ausgeschlossen. Im Rechtsverhältnis zum privaten Krankenversicherer ergibt sich aus § 205 Abs. 2 S. 1 VVG ein außerordentliches Kündigungsrecht nur für den Fall, dass eine versicherte Person kraft Gesetzes kranken- oder pflegeversicherungspflichtig wird. Der Versicherungsnehmer kann dann innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Eintritt der Versicherungspflicht rückwirkend zum Eintritt der Versicherungspflicht kündigen. Nach h. M. ist die Bestimmung nicht analog anzuwenden, wenn die Versicherungspflicht bei Abschluss des privaten Versicherungsvertrags bereits bestand; das Risiko einer Fehleinschätzung des Versicherungsstatus hat danach der Versicherungsnehmer zu tragen (Gramse, in: BeckOK VVG, 14. Ed. Stand: 05.11.2021, § 205 Rn. 9; BSG, Urteil vom 29.11.2006,

B 12 P 1/05 R, r+s 2007, 144 unter a)). Voit (in: Prölss/Martin, VVG, 31. Aufl. 2021, § 205 Rn. 16) vertritt demgegenüber die Auffassung, dass § 205 Abs. 2 VVG in einem solchen Fall analog anzuwenden ist, weil die Norm der Vermeidung von Doppelversicherungen diene. Vor diesem Hintergrund hält der Senat Ansprüche der Gesellschafter auf Beitragsrückzahlung jedenfalls insoweit für möglich, dass sie Gegenstand eines Abtretungsanspruchs im Sinne von § 255 BGB sein können; dieser Anspruch erfasst auch das Auskunfts- und Abtretungsrecht als Hilfsansprüche.

(2)

**[75]** Etwas anderes gilt für mögliche Bereicherungsansprüche der Klägerin im Hinblick auf die Rentenanwartschaften. Eine Rentenanwartschaft ist als Stammrecht im Ganzen unpfändbar (BGH, Urteil vom 24.11.1988, NJW-RR 1989, 286, 290) und damit nicht abtretbar, § 400 BGB. Die Klägerin könnte daher von ihren Gesellschaftern die Abtretung von Rentenanwartschaften nicht beanspruchen. Auf den Umstand der fehlenden Abtretbarkeit hat der Senat im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 18.03.2022 hingewiesen, ohne dass die Beklagte auf diesen Hinweis in irgendeiner Form reagiert hat. Eine Auslegung dahingehend, dass künftige Rentenzahlungsansprüche gemeint sein sollen, kommt nicht in Betracht, da es sich bei dem aus dem Stammrecht resultierenden Ansprüchen auf laufende Rentenzahlungen um gesonderte rechtliche Ansprüche handelt, die sich nicht als Minus zum Stammrecht darstellen. Eine Abtretung der auf das Stammrecht gerichteten Ansprüche auf Auskunft und Abrechnung scheidet aus, da unselbstständige Sicherungsrechte und Hilfsrechte zur Durchsetzung von Forderungen einer isolierten Pfändung nicht unterworfen sind (Rohe, in: BeckOK-BGB, 61. Ed. Stand: 01.02.2022, § 400 Rn. 5 m. w. N.).

(3)

**[76]** In Bezug auf etwaige Regressansprüche gegen den Notar fehlt es bereits an einem Zurückbehaltungsrecht der Beklagten. Da die Beklagte und der Notar allenfalls als Gesamtschuldner haften würden, würde sich der Ausgleich zwischen ihnen nach § 426 Abs. 1 BGB vollziehen. Daneben steht dem Schädiger ein Anspruch gegen den Geschädigten aus § 255 BGB nicht zu (BGH, Urteil vom 29.06.1972, VII ZR 190/71, NJW 1972, 1802).

f)

**[77- 89]** (...)

**[90]** Die Revision war nicht zuzulassen. Der Senat hat seiner Entscheidung die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung

zugrunde gelegt und sieht auch keine Abweichung zu obergerichtlichen Entscheidungen. Das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 09.07.2020, I-23 U 70/20, BeckRS 2020, 23810) hat lediglich die Verletzung einer Pflicht zur sozialversicherungsrechtlichen Beratung geprüft und nicht die Verletzung einer Schadensverhütungspflicht aus dem Lohnbuchhaltungsmandat; die Ausführungen zur konsolidierten Schadensbetrachtung sind nach dem Verständnis des erkennenden Senats auf der Grundlage einer hypothetisch angenommenen Beratungspflichtverletzung zu verstehen. Zudem handelte es sich lediglich um einen Hinweisbeschluss und nicht um eine Entscheidung des 23. Zivilsenats.

## GI Literatur-Ecke

**Braun:** Der Vergleich – ein Vabanquespiel?, NJW-aktuell 31/2022, S. 17

**Braun:** Zeitmanagement ist alles, NJW-aktuell 35/2022, S. 17

**Fortmann:** Anmerkung, Auswirkung einer fehlenden Erlaubnis nach § 32 KWG in der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung des Finanzanlagevermittlers, jurisPR-VersR 8/2022 Anm 2

**Johannes:** Anmerkung, Zulässigkeit einer negativen Feststellungsklage des vom Rechtsschutzversicherer aus übergebenem Recht in Anspruch genommenen Rechtsanwalts im Wege der Drittwiderklage gegen den Versicherungsnehmer, BGH v. 27.04.2022 - IV ZR 344/20, jurisPR-VersR 8/2022 Anm. 1

**Juretzek:** Haftung eines WP bei besonders schwerwiegender Verletzung der Sorgfaltspflicht, Anmerkung zu OLG München, Beschl. v. 21.4.2022 – 8 U 4257/21, DStR 2022, 1733

**Kilian:** Neuregelung der interprofessionellen Berufsausübung für Rechtsanwälte, Steuerberater und Patentanwälte, NJW 2022, 2577

**Klafke:** Haftung des Steuerberaters bei Sozialversicherungspflicht von Gesellschafter-Geschäftsführern, DStR 2022, 1575

**Ring:** Mandatsvermittlung gegen Entgelt, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Ur. v. 11.1.2022 – 24 U 184/19, DStR 2022, 1628

**Schülke/Struckmeier:** Vorweggenommene Deckungsklage und wissentliche Pflichtverletzung, DStR 2022, 1511

**Thoma:** Mitverschuldenseinwand bei der Jahresabschlussprüfung, Anmerkung zu OLG Stuttgart, Ur. v. 24.5.2022 – 12 U 298/21, DStR 2022, 1879

**Wachter:** Anmerkung zu einem Urteil des OLG Hamm vom 15.09.2021 (11 U 5/21) - Zur Fragen hinsichtlich der Grunderwerbssteuer, der Anzeigepflicht des Notars und hinsichtlich der Beratung durch den Notar über Fragen des Steuerrechts, GmbHR 2022, 594

**Willerscheid:** Die neuen Regelungen zur Absicherung der Berufspflichten in Berufsausübungsgesellschaften, DStR 2022, 1924

## 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](http://www.hdi.de/gi)

## Service-Fax

### (0511) 645 111 3661

---

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

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

#### Worauf Sie sich verlassen können:

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

## Impressum

GI Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

#### Herausgeber

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

**E-Mail:** [nicole.gustine@hdi.de](mailto:nicole.gustine@hdi.de), [www.hdi.de](http://www.hdi.de)

#### Redaktion

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

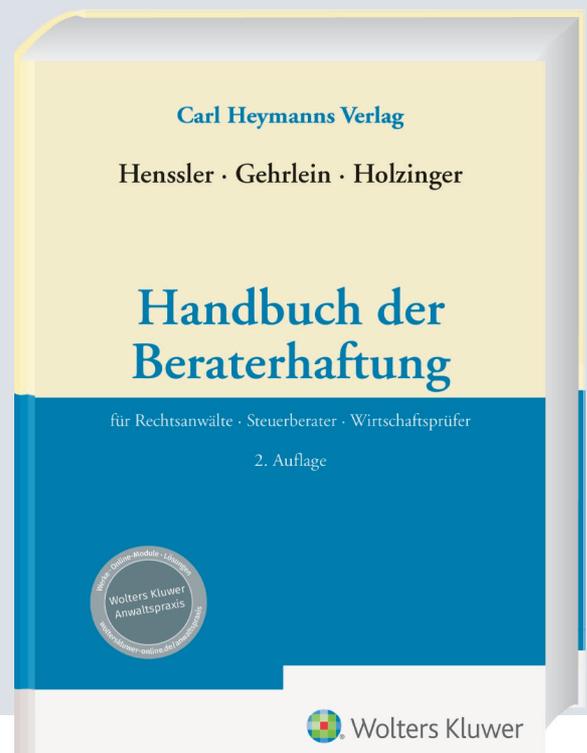
#### Abonnementservice

Telefax: 0511-6451113661

# Gesamtdarstellung für Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer

Mit der 2. Auflage auf dem neuesten Stand zum Haftungsrecht:

- Mit Ausführungen zur jeweiligen Berufshaftpflichtversicherung
- Enthält praxisrelevante Hinweise zum Haftungsprozess und dessen Vermeidung
- Berücksichtigt u.a. das Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe (**BRAO-Reform**, Inkrafttreten 1.8.2022) (BGBl. 2021 I, S. 2363)



ISBN 978-3-452-29838-6, € 159,-

**Henssler / Gehrlein / Holzinger, *Handbuch der Beraterhaftung* – im Modul Anwaltspraxis Premium auf Wolters Kluwer Online. Modul jetzt inkl. LawTracker® 30 Tage gratis testen.**

Profitieren Sie im Abonnement neben über 100 weiteren Titeln von diesen digitalen Assistenten: Formular-Assistent, Schmerzensgeld-Assistent, Anwaltsgebühren Online (in Kooperation mit Deutscher Anwaltverlag e. V.) sowie jährlich mindestens 12 Online-Seminare zu verschiedenen Rechtsgebieten gemäß § 15 FAO. Mit weiteren Tools und Funktionen für effizienteres Arbeiten – inkl. der Wolters Kluwer Recherche mit Zugriff auf die kostenlose Rechtsprechungs- und Gesetzesdatenbank.

**NEU LawTracker®: Der direkte Weg vom PDF in die Recherche.**

[wolterskluwer-online.de](https://www.wolterskluwer-online.de)

Auch im Buchhandel erhältlich

ALLES, WAS EXPERTEN BEWEGT.