

Glaktuell

> Ausgabe 3 / 06.2021 / 41. Jahrgang
> Informationen für wirtschaftsprüfende,
rechts- und steuerberatende Berufe

Inhalt

Editorial.....	81	Haftung von Gründungsgesellschaftern	100
GI Entscheidungen	82	Gründungskommanditist / Treuhandkommanditist /	
GI Literaturhinweis	119	Spezialgesetzliche Prospekthaftung / Vorvertragliche	
GI Literatur-Ecke	120	Haftung	
		(BGH, Beschl. v. 19.1.2021 – XI ZB 35/18)	
Versicherungsrecht.....	82	Rechtsanwaltshaftung.....	105
Bindungswirkung / Wissentliche Pflichtverletzung des		Wiedereinsetzung / Ausgangskontrolle / Stichproben /	
Insolvenzverwalters / Zweifel an der Erfüllbarkeit von		Zuverlässige Bürokraft	
Verbindlichkeiten		(BGH, Beschl. v. 2.7.2020 – VII ZB 46/19)	
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2018 – 4 U 5/18)		Rechtsanwaltshaftung.....	107
Steuerberaterhaftung.....	88	Gescheiterter Faxversand / Pflicht zur Nutzung des	
Fehlerhafter Jahresabschluss / Unrichtige Rückstellungen		beA? / Wiedereinsetzung	
/ Neue Finanzbuchhaltung / Klagevortrag		(BGH, Beschl. v. 17.12.2020 – III ZB 31/20)	
(LG Münster, Urt. v. 24.10.2018 – 110 O 36/17)		Rechtsanwaltshaftung.....	112
Steuerberaterhaftung.....	89	Verjährung / Kenntnis / Aufforderung zur Meldung an	
Bescheinigung nach § 27 III KStG / GmbH als Entrich-		Haftplichtversicherer	
tungsschulderin / Konsolidierte Schadenbetrachtung		(BGH, Urt. v. 29.10.2020 - IX ZR 10/20)	
(OLG Hamm, Urt. v. 04.05.2021 – I-25 U 26/19)		Rechtsanwaltshaftung.....	117
Insolvenzverwalterhaftung.....	99	Übermittlung eines Schriftsatzes per Telefax / Prüfung	
Verjährung / Aufhebung / Rechtskraft der Einstellung des		des Sendeprotokolls / Allmeine Kanzleianweisung / Keine	
Insolvenzverfahrens		allabendliche Erledigungskontrolle	
(BGH, Beschl. v. 25.2.2021 – IX ZR 79/20)		(BGH, Beschl. v. 11.11.2020 – XII ZB 354/20)	



Reale Sicherheit in der digitalen Welt.

Starke Lösungen
und Expertise:
von Spezialisten
für Spezialisten.

- > Firmen und Freie Berufe
- > Cyberversicherung



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



www.hdi.de/cyberversicherung

Rafael Meixner
Rechtsanwalt



Editorial

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

auf die folgenden Entscheidungen möchte ich Ihre Aufmerksamkeit lenken:

Nach einer Entscheidung des **OLG Hamm** können die Grundsätze der **konsolidierten Schadenbetrachtung** auch bei Fallgestaltungen einer **fehlerhaften Steuerbescheinigung** über das **steuerliche Einlagenkonto** Anwendung finden: Macht eine GmbH als Entrichtungsschuldnerin die von ihr für die Gesellschafter abgeführte Steuer als eigenen Schaden geltend, so muss im Wege des Gesamtvermögensvergleichs auch die Vermögenssituation der Gesellschafter berücksichtigt werden.

Der **BGH** entschied, dass die **spezialgesetzliche Prospekthaftung** in ihrem Anwendungsbereich eine Haftung der **Gründungsgesellschafter** als Prospektveranlasser unter dem Aspekt einer **vorvertraglichen Pflichtverletzung** aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung ausschließt.

Die **kenntnisabhängige Verjährung** im Bereich der Rechtsberaterhaftung setzt die Kenntnis von solchen Tatsachen voraus, aus denen sich für den Mandanten ergibt, dass der Rechtsberater von dem üblichen rechtlichen Vorgehen abgewichen ist oder Maßnahmen nicht eingeleitet hat, die aus rechtlicher Sicht zur Vermeidung eines Schadens erforderlich waren. **Fordert** der **Mandant** den Rechtsberater auf, er solle den **Haftplichtversicherer einschalten**, weil ihm ein Schaden entstanden sei, liegt – so der BGH – Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen vor und die Verjährung beginnt mit Jahresende zu laufen.



Ihr Rafael Meixner

GI Entscheidungen

Versicherungsrecht

- Bindungswirkung
- Wissentliche Pflichtverletzung des Insolvenzverwalters
- Zweifel an der Erfüllbarkeit von Verbindlichkeiten
(*OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2018 – 4 U 5/18*)

Leitsätze

1. Auch wenn der Versicherungsnehmer im Haftpflichtprozess wegen einer bloß vermuteten Pflichtverletzung verurteilt wird, besteht insoweit eine Bindungswirkung für den Deckungsprozess. Maßgeblich ist dann die Pflichtverletzung, wie sie von der Schadensersatznorm vermutet wird, die das Gericht in seinem Urteil im Haftpflichtprozess herangezogen hat.
2. Wird ein Insolvenzverwalter gem. § 61 S. 1 InsO im Haftpflichtprozess verurteilt, weil er sich nicht gem. § 61 S. 2 InsO entlasten konnte, werden Pflichtwidrigkeit und Verschulden des Insolvenzverwalters im Haftpflichtprozess vermutet. Wissentlich hat der Insolvenzverwalter diese Pflicht bereits dann verletzt, wenn im Deckungsprozess festgestellt werden kann, dass der Insolvenzverwalter Zweifel hatte, ob die von ihm begründete Verbindlichkeit auch erfüllt werden kann.
3. Auf solche Zweifel kann nach der Lebenserfahrung jedenfalls dann geschlossen werden, wenn der Insolvenzverwalter kurz vor der Begründung dieser Verbindlichkeit andere Forderungen nicht erfüllt hat, ohne für sein Verhalten eine plausible Erklärung zu geben.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin macht Ansprüche aus abgeleitetem Recht gegen die Beklagte geltend. Die Beklagte ist der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherer von Rechtsanwalt L.; wegen der der Versicherung zugrunde liegenden AVB wird auf die Anlage TW1 im Anlagenband Beklagte verwiesen. In § 4 Nr. 5 AVB ist vereinbart:

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

[3] Rechtsanwalt L. wurde mit Beschluss des Amtsgerichts Duisburg (63 IN 59/13) vom 26.03.2013 zum vorläufigen Insolvenzverwalter über das Vermögen der Bäckerei S. GmbH in O.

bestellt; später wurde er auch endgültiger Insolvenzverwalter. Er führte den Geschäftsbetrieb fort und beauftragte zumindest zu Beginn seiner Tätigkeit die Bäckerei C. mit einer laufenden Liquiditäts- und Ergebnisplanrechnung. Im Zeitraum vom 07.02.2014 bis zum 02.05.2014 bestellte Rechtsanwalt L. als Insolvenzverwalter bei der Klägerin insgesamt achtmal Mehl und erklärte dabei die Kostenübernahme für die Masse. Die entsprechenden acht Rechnungen über insgesamt 14.130 Euro netto wurden dabei zunächst von der Klägerin an Rechtsanwalt L. gefaxt, der dann innerhalb von zwei bis vier Stunden durch einen Mitarbeiter den Kostenübernahmevermerk auf den Rechnungen anbrachte und die Rechnungen an die Klägerin wieder zurückfaxte.

[4] Auf diese Rechnungen wurden – mit Wissen von Rechtsanwalt L. – keine Zahlungen erbracht; bis Februar 2014 gab es indes keine Beanstandungen im Zahlungsverhalten.

[5] Mit Beschluss vom 27.05.2014 wurde Rechtsanwalt L. auf eigenen Antrag aus wichtigem Grund als Insolvenzverwalter entlassen; zugleich wurde Rechtsanwalt H. als Insolvenzverwalter bestellt. Unter dem 02.06.2014 zeigte Rechtsanwalt H. Masseunzulänglichkeit an.

[6] Die Klägerin nahm in der Folge Rechtsanwalt L. auf Zahlung von Schadensersatz gemäß § 61 InsO in Anspruch. Mit rechtskräftigem Urteil vom 12.06.2015 wurde Rechtsanwalt L. vom Landgericht Duisburg (10 O 260/14) zur Zahlung von 14.130 Euro nebst Zinsen verurteilt; mit Kostenfestsetzungsbeschluss vom 12.08.2015 wurden zu erstattende Kosten in Höhe von 2143,85 Euro festgesetzt. In seinem Urteil vom 12.06.2015 führte das Landgericht Duisburg unter anderem aus:

[7] „Nach § 61 Satz 1 InsO ist der Verwalter dem Massegläubiger zum Schadenersatz verpflichtet, wenn eine Masseverbindlichkeit, die durch eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters begründet worden ist, aus der Insolvenzmasse nicht voll erfüllt werden kann. Nach Satz 2 dieser Vorschrift gilt dies nicht, wenn der Verwalter bei der Begründung der Verbindlichkeit nicht erkennen konnte, dass die Masse voraussichtlich zur Erfüllung nicht ausreichen wird.“

[8] Die Voraussetzungen einer Haftung des Beklagten als Insolvenzverwalter aus § 61 InsO liegen vor.

[9] Der Beklagte hat als Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin Masseverbindlichkeiten in Höhe von 15.119,10 Euro begründet. [...]

[10] § 61 Satz 2 InsO vermutet zugunsten des Gläubigers, hier der Klägerin, dass die Masseverbindlichkeit pflichtwidrig begründet worden ist. Der Insolvenzverwalter, hier der Beklagte,

kann sich auf zwei Arten entlasten. Er muss darlegen und beweisen, dass er entweder bei Begründung der in Rede stehenden Verbindlichkeiten die voraussichtliche Unzulänglichkeit der Masse nicht erkennen konnte oder die Masse in diesem Zeitpunkt objektiv zur Erfüllung ausreichte (BGH, Urteil vom 06.05.2004, IX ZR 48/03, zitiert nach juris; MüKo, InsO, 3. Auflage, § 61 Rn 21, 24).

[11] Der Insolvenzverwalter kann sich im Allgemeinen nur entlasten, wenn er eine plausible Liquiditätsrechnung erstellt und diese bis zum Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit ständig überprüft und aktualisiert; Grundlage ist eine Prognose aufgrund der aktuellen Liquiditätslage der Masse, der realistischen Einschätzung noch ausstehender offener Forderungen und der künftigen Geschäftsentwicklung für die Dauer der Fortführung. Stellt der Verwalter keine präzisen Berechnungen an, über welche Einnahmen er verfügt, und welche Ausgaben er zu leisten hat, kann er sich nicht entlasten (vgl. BGH, Urteil vom 06.05.2004, IX ZR 48/03, zitiert nach juris).

[12] Den Entlastungsbeweis hat der Beklagte nicht geführt. Soweit er sich darauf beruft, er habe die Firma Bäckerei C zur Erstellung von Prognoserechnungen hinzugezogen und ein prognostiziertes Betriebsergebnis vom 12.06.2013 für das Jahr 2014 in Höhe von rund 178.000,00 Euro vorlegt, reicht dies zu einer Entlastung nicht aus. Auch wenn die Firma Bäckerei C. im Juni 2013 ein positives Betriebsergebnis prognostiziert haben mag, kommt es entscheidend darauf an, wie sich die betrieblichen Zahlen der Insolvenzschuldnerin im Zeitpunkt der Bestellungen in Februar bis Mai 2014 dargestellt haben. Vortrag dazu fehlt.

[13] Soweit der Beklagte weiter vorträgt, Hauptursache für die Anfang Juni 2014 angezeigte Masseunzulänglichkeit seien die mit Ausscheiden des Beklagten und Bestellung des neuen Insolvenzverwalters entstehenden Vergütungsansprüche gegen die Masse, steht dies nicht fest. [...]

[14] Ebensowenig steht fest, dass der Umstand, dass die angeblich geplante Übertragung des Betriebs der Insolvenzschuldnerin auf eine Auffanggesellschaft zum 01.06.2014 bei der Nichtbedienung der Forderungen entscheidend waren.

[15] Danach hat sich der Beklagte nicht entlastet. Er hat mangels Vortrags zu den wirtschaftlichen Zahlen im Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeiten nicht bewiesen, dass die Masse objektiv zur Erfüllung der Verbindlichkeiten ausreichte. Ebenso wenig hat er bewiesen, dass für ihn die Masseunzulänglichkeit nicht erkennbar gewesen ist. [...]"

[16] Die Klägerin bat die Beklagte unter dem 15.12.2015 um Schadensausgleich, den die Beklagte unter dem 06.01.2016 ablehnte.

[17] Am 29.06.2016 wurde über das Vermögen von Rechtsanwalt L. das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter gab unter dem 11.10.2016 etwaige Deckungsansprüche von Rechtsanwalt L. gegen die Beklagte frei; zudem trat Rechtsanwalt L. seine Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag am 17.10.2016 / 21.10.2016 an die Klägerin ab.

[18] Die Klägerin hat eine Kenntnis des Rechtsanwalts L. von der fehlenden Zahlungsfähigkeit der Masse bestritten. Die Bäckerei C habe ihre Planung regelmäßig alle 14 Tage aktualisiert; aus ihrer Prognoseberechnung bis Ende 2014 vom 11.03.2014 ergebe sich auch eine Zahlungsfähigkeit. Ebenso ergebe sich aus der EA-Summen- und Saldenliste und der Debitorenliste zum 07.02.2014, dass die Bestellungen hätten bezahlt werden können. Die spätere Zahlungsunfähigkeit sei nicht vorhersehbar gewesen.

[19] Die Beklagte hat behauptet, Rechtsanwalt L. habe seinerzeit gewusst, dass die von ihm zu Lasten der Masse eingegangenen Verbindlichkeiten nicht bezahlt werden könnten. Er habe bei den Kostenübernahmeerklärungen keinen Liquiditätsplan gehabt; auch habe ein realistischer, ständig überprüfter und aktualisierter Finanzplan mit plausibler Gegenüberstellung des Mittelbedarfs und der vorhandenen und zu erwartenden Mittel gefehlt. Insbesondere seien die von der Klägerin vorgelegten Unterlagen (EA-Summen- und Saldenliste, Debitorenliste, Prognoseberechnung vom 11.03.2014) keine hinreichende Prognoseberechnung, was Rechtsanwalt L. auch gewusst habe. Ohnehin sei aufgrund der Bindungswirkung des Haftpflichturteils des Landgerichts Duisburg lediglich die ursprüngliche Prognose der Bäckerei C vom 12.06.2013 maßgeblich; auf diese habe sich Rechtsanwalt L. jedoch nicht verlassen dürfen. Schließlich sei die Erstellung einer aktuellen Liquiditätsplanung eine Kardinalpflicht, gegen die Rechtsanwalt L. verstoßen habe, so dass deshalb eine Wissentlichkeit der Pflichtverletzung zu vermuten sei.

[20] Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen erstinstanzlichen Vortrags und der von den Parteien vor dem Landgericht gestellten Anträge wird gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 31.08.2017 und die in den Entscheidungsgründen enthaltenen tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen. Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung in Höhe von 16.273,85 Euro nebst Zinsen verurteilt. Dem unmittelbar von der Klägerin geltend zu machenden Anspruch stehe keine wissentliche Pflichtverletzung von Rechtsanwalt L. entgegen. Dessen Pflichtverletzung stehe aufgrund der Bindungswirkung des Haftpflichtprozesses fest. Allerdings sei die Verurteilung im Haftpflichtprozess lediglich auf vermutetes Verschulden gestützt worden; der Verschuldensgrad sei offengelassen worden. Ein wissentlicher Pflichtenverstoß sei hier von der Beklagten nicht nachgewiesen worden. So habe

Rechtsanwalt L. keine Kardinalpflicht verletzt; namentlich begründe das Fehlen einer Liquiditätsberechnung vor der Begründung von Masseverbindlichkeiten keine Verletzung einer Kardinalpflicht. Der BGH habe zwar festgestellt, dass der Insolvenzverwalter präzise Berechnungen anstellen müsse, über welche Einnahmen er verfüge und welche Ausgaben er zu leisten habe, um sich im Sinne von § 61 Satz 2 InsO entlasten zu können, jedoch habe der BGH nicht dazu Stellung genommen, ob eine Verletzung dieser Pflicht den Ausschlussgrund einer wissentlichen Pflichtverletzung begründen könne. Würde dies angenommen werden, wäre der Versicherungsschutz aufgrund der hohen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Liquiditätsberechnung in unvertretbarer Weise eingeschränkt. Außerdem habe Rechtsanwalt L. hier nicht gänzlich ohne Prognoseberechnung gehandelt, sondern nach dem Vortrag der Klägerin auf der Basis von Prognoseberechnungen, die positive Ergebnisse ausgewiesen hätten. Darüber hinaus stelle insbesondere die fehlende Bezahlung der ersten Rechnungen kein Indiz für die Wissentlichkeit der Pflichtverletzung dar, da ein Verzug erst nach 30 Tagen eingetreten wäre und zu diesem Zeitpunkt eine – wenn auch möglicherweise unzureichende – Prognoseberechnung bestanden habe, auf deren Grundlage Rechtsanwalt L. von dem Bestehen einer ausreichenden Masse ausgegangen sei.

[21-26] (...)

Aus den Gründen:

[27] Die zulässige Berufung der Beklagten ist überwiegend begründet; der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch besteht nur zum Teil.

1.

[28] Zwischen den Parteien ist nicht streitig, dass der ursprüngliche Anspruch von Rechtsanwalt L. aus seinem Haftpflichtversicherungsvertrag mit der Beklagten auf die Klägerin übergegangen ist; die Abtretung des Anspruchs ist gemäß § 7 III. Satz 2 AVB zulässig.

[29] Ferner ist zwischen den Parteien unstreitig, dass der grundsätzliche Anwendungsbereich der Versicherung eröffnet ist und dass insbesondere auch die Tätigkeit von Rechtsanwalt L. als Insolvenzverwalter versichert ist.

2.

[30] Rechtsanwalt L. ist Schuldner eines begründeten Schadensersatzanspruches der Klägerin. Dies steht aufgrund des rechtskräftigen Urteils des Landgerichts Duisburg vom 12.06.2015 gegen ihn – auch mit Wirkung gegen die Beklagte – fest.

a)

[31] Nach dem in der Haftpflichtversicherung geltenden **Trennungsprinzip** ist grundsätzlich im Haftpflichtprozess zu entscheiden, ob und in welcher Höhe der Versicherungsnehmer dem Dritten gegenüber haftet. Ob der Versicherer dafür eintrittspflichtig ist, wird im Deckungsprozess geklärt. Notwendige Ergänzung des Trennungsprinzips ist die Bindungswirkung des Haftpflichturteils für den nachfolgenden Deckungsrechtsstreit. **Sie bedeutet, dass das Ergebnis des vorangegangenen Haftpflichtprozesses für die Deckungsfrage verbindlich ist. Damit wird verhindert, dass die im Haftpflichtprozess getroffene Entscheidung und die ihr zugrunde liegenden Feststellungen im Deckungsprozess erneut überprüft werden können und müssen** (ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, vgl. nur BGH VersR 2011, 203 und 1003). **Die Bindungswirkung an eine im Haftpflichtprozess festgestellte schadensverursachende Pflichtverletzung ist auch dann gegeben, wenn daneben noch andere Pflichtverletzungen bestehen mögen; dem Haftpflichtversicherer ist es verwehrt, sich zur Begründung eines Ausschlussstatbestandes auf eine andere als die festgestellte Pflichtverletzung zu berufen** (BGH VersR 2011, 203).

[32] Die Bindungswirkung geht aber nicht weiter, als sie danach geboten ist. Letzteres ist nur insoweit der Fall, als eine für die Entscheidung im Deckungsprozess maßgebliche Frage sich auch im Haftpflichtprozess nach dem vom Haftpflichtgericht gewählten rechtlichen Begründungsansatz bei objektiv zutreffender rechtlicher Würdigung als entscheidungserheblich erweist, also **Voraussetzungsidentität** vorliegt. Nur dann ist es gerechtfertigt anzunehmen, eine Feststellung sei Grundlage für die Entscheidung im Haftpflichtprozess. **Die Begrenzung der Bindungswirkung auf Fälle der Voraussetzungsidentität ist insbesondere deshalb geboten, weil der Versicherungsnehmer und der Versicherer keinen Einfluss darauf haben, dass der Haftpflichtrichter „überschießende“, nicht entscheidungserhebliche Feststellungen trifft oder nicht entscheidungserhebliche Rechtsausführungen macht** (BGH a.a.O.).

[33] Aus alledem folgt, dass der für den Deckungsprozess bindende Haftungstatbestand die vom Tatrichter des Haftpflichtprozesses festgestellten und seiner Entscheidung zugrunde gelegten tatsächlichen Elemente umfasst. **Maßgeblich ist der äußere Tatbestand der Pflichtwidrigkeit, nicht dessen rechtliche Einordnung.** Dies muss auch deshalb gelten, weil sich beide Parteien des Haftpflichtprozesses nicht mit einem Rechtsmittel allein gegen eine fehlerhafte rechtliche Begründung des ergangenen Urteils wehren können. Ein Rechtsmittel, mit dem bei gleichem Ergebnis nur eine andere Entscheidungsbegründung erstrebt würde, wäre mangels Beschwer unzulässig (BGH VersR 2011, 203).

b)

[34] Tatsächliche Feststellungen zur Pflichtverletzung von Rechtsanwalt L. hat das Landgericht Duisburg in seinem Urteil vom 12.06.2015 indes jedenfalls nicht ausdrücklich getroffen. Das Landgericht hat sich darauf beschränkt festzustellen, dass Rechtsanwalt L. Masseverbindlichkeiten begründet habe, die aus der Insolvenzmasse nicht erfüllt werden konnten (Seite 4 des Urteils). Im Anschluss hat das Landgericht geprüft, ob sich Rechtsanwalt L. im Sinne von § 61 Satz 2 InsO entlasten konnte und ist dabei zu dem Ergebnis gekommen, dass er den Entlassungsbeweis aus mehreren Gründen nicht geführt habe – ohne dass zugleich ihr Gegenteil feststünde. Damit ist die Haftung von Rechtsanwalt L. lediglich aufgrund einer vermuteten Pflichtwidrigkeit und eines vermuteten Verschuldens (vgl. Lohmann in: Kayser/Thole, Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 8. Aufl. 2016, § 61 Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten, Rn. 17) festgestellt worden, ohne dass konkrete pflichtwidrige Tatsachen der Verurteilung zugrunde lagen. Insbesondere kann nicht im Umkehrschluss gefolgert werden, dass die von Rechtsanwalt L. zu seiner Entlastung vorgebrachten, aber nicht bewiesenen bzw. nicht hinreichend konkret dargelegten Umstände tatsächlich nicht vorlagen, da die Feststellungen des Landgerichts gerade nicht so weit gingen.

[35] Auch bei einer Haftung des Versicherungsnehmers wegen einer **bloß vermuteten Pflichtverletzung** besteht indes eine Bindungswirkung für und gegen ihn im Deckungsprozess, um den Versicherungsschutz nicht leerlaufen zu lassen und die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen auszuschließen. **Maßgeblich ist dann die Pflichtverletzung, wie sie von der Schadenersatznorm vermutet wird, die das Gericht in seinem Urteil im Haftpflichtprozess herangezogen hat.** Dabei gilt im Rahmen des § 61 Satz 1 InsO folgendes: Der Grund für die Haftung des Insolvenzverwalters liegt nicht in der Nichterfüllung der Forderung des Massegläubigers, sondern darin, dass er die vertragliche Bindung überhaupt eingegangen ist, obwohl er die voraussichtliche Unzulänglichkeit der Masse hätte erkennen können. Vorgeworfen wird ihm also der Abschluss eines Vertrages trotz zu diesem Zeitpunkt erkennbarer Zweifel an seiner Erfüllbarkeit, nicht die Unfähigkeit zur Befriedigung des Vertragspartners, als typischer Fall der Vertrauenshaftung (BGH, Urteil vom 06. Mai 2004 – IX ZR 48/03 –, BGHZ 159, 104-122, Rn. 41). Dies ist dann auch die mit Bindungswirkung für den Deckungsprozess festgestellte Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers.

3.

[36] Die Parteien streiten letztlich allein um die Frage, ob ein Anspruch von Rechtsanwalt L. – und in der Folge der Klägerin – gemäß § 4 Nr. 5 AVB wegen **wissentlicher Pflichtverletzung** ausgeschlossen ist. Dies ist zum überwiegenden Teil der geltend gemachten Forderung der Fall.

a)

[37] Die Beklagte ist mit diesem Einwand nicht ausgeschlossen. Dabei geht es hier nicht um die Frage, ob der Versicherungsausschluss auch im Rahmen eines Direktanspruches zu berücksichtigen ist (dazu Senat, Urteil vom 14.07.2017, I-4 U 1/16), da die Klägerin einen solchen Direktanspruch hier nicht geltend macht, sondern aus abgetretenem Recht gegen die Beklagte vorgeht. Dieser abgetretene Anspruch bestand von vornherein nur unter dem Vorbehalt gemäß § 4 Nr. 5 AVB, so dass sich die Klägerin dies auch entgegenhalten lassen muss; Bedenken gegen die Wirksamkeit der Klausel bestehen nicht (BGH VersR 1991, 177).

b)

[38] Der Grad des Verschuldens ist nicht bereits verbindlich durch den Haftpflichtprozess festgestellt. Die Beklagte kann immer noch einwenden, Rechtsanwalt L. habe seine Pflichten wissentlich verletzt. Abgesehen davon, dass im Urteil des Landgerichts Duisburg vom 12.06.2015 ohnehin ein Verschuldensgrad nicht festgestellt wurde, da das Landgericht lediglich festgestellt hat, dass sich Rechtsanwalt L. nicht entlasten konnte, wäre selbst eine damit verbundene Feststellung, dass eine wissentliche Pflichtenverletzung nicht feststellbar sei, als überschießende Feststellung nicht bindend (vgl. Senat, Urteil vom 02. November 2004 – 4 U 16/04 –, juris).

c)

[39] Für einen **wissentlichen Pflichtenverstoß reicht es nicht aus, dass der Handelnde diesen nur für möglich gehalten hat** (BGH VersR 1991, 176; 1986, 647). **Vielmehr muss immer eine positive Kenntnis beim Handelnden vorliegen.** Mit anderen Worten muss für eine Wissentlichkeit zumindest ein **dolus directus zweiten Grades** vorliegen; ein **dolus eventualis** ist hingegen nicht ausreichend (BGH VersR 1991, 176; 1986, 647; OLG Saarbrücken VersR 1992, 994; OLG München vom 14.12.1999 – 25 U 2854/99 – VersR 2000, 1490 L; OLG Köln vom 29.8.2000 – 9 U 4/00 –; Senat – 4 U 138/00 – VersR 2002, 748; OLG Karlsruhe vom 20.2.2003 – 12 U 202/02). Dabei muss sich die Wissentlichkeit nur auf die Pflichtverletzung und nicht etwa auch auf einen Schadenseintritt erstrecken. Der Handelnde muss in diesem Fall die jeweilige Pflicht positiv kennen; es reicht also nicht aus, wenn er die Pflicht nur für möglich erachtet hat.

[40] **Darlegungs- und beweissbelastet für den Risikoausschluss ist der Versicherer** (BGH, VersR 2001, 1103; 1986, 746). Dabei folgt aus der grundsätzlichen Darlegungs- und Beweislast des Versicherers, dass dieser zunächst einen Sachverhalt vorzutragen hat, der auf eine Wissentlichkeit der Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers zumindest hindeutet. Dabei ist der Vortrag weiterer zusätzlicher Indizien dann entbehrlich, wenn es sich um die Verletzung **elementarer beruflicher Pflichten** han-

delt, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden kann, so wie dies etwa in einem vom OLG Köln entschiedenen Fall gewesen ist (Pflicht des Rechtsanwalts zur Wahrnehmung von Gerichtsterminen, kein Versäumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen und den Mandanten über den Verfahrensstand zu unterrichten; OLG Köln, VersR 2012, 560). **Jenseits der Fälle der Verletzung von beruflichen Kardinalpflichten, in denen vom äußeren Geschehensablauf und dem Ausmaß des objektiven Pflichtverstoßes auf innere Vorgänge geschlossen werden kann, ist es aber Aufgabe des beweispflichtigen Versicherers, Anknüpfungstat-sachen vorzutragen, die als schlüssige Indizien für eine wissentliche Pflichtverletzung betrachtet werden können. Erst wenn dieses geschehen ist, obliegt es dem Versicherungsnehmer im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, Umstände aufzuzeigen, warum die vorgetragenen Indizien den Schluss auf eine wissentliche Pflichtverletzung nicht zulassen** (BGH, VersR 2015, 181).

d)

[41] Der Senat kann – ausgehend von der durch das Haftpflichturteil für ihn bindend festgestellten Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers – nicht feststellen, dass Rechtsanwalt L. gegen eine sogenannte Kardinalpflicht verstoßen hat.

aa)

[42] Die Frage, ob gegen eine **Kardinalpflicht** verstoßen wurde, hat an dem konkreten Pflichtenverstoß des Versicherungsnehmers anzusetzen. **Keineswegs hat ein Insolvenzverwalter immer dann, wenn er nach § 61 InsO zu Schadensersatz verurteilt wird, zugleich auch einen versicherungsvertraglichen Ausschlussstatbestand verwirklicht, obwohl Insolvenzverwalter selbstverständlich die „elementare berufliche Pflicht“ nach § 61 InsO kennen müssen.** Dies zeigt gerade die normative Konstruktion in § 61 InsO, nach der der Insolvenzverwalter wegen vermuteter Pflichtverletzung und vermuteten Verschuldens mit einer Entlastungsmöglichkeit haftet: Diese (bloße) Vermutung würde zu einer in den AVB nicht vereinbarten Vermutung eines wissentlichen Pflichtenverstoßes führen. **Vielmehr ist entscheidend, ob der Insolvenzverwalter im konkreten Fall bei Begründung einer Masseverbindlichkeit positiv wusste, dass die Gefahr besteht, dass diese Verbindlichkeit nicht aus dem freien Vermögen der Masse befriedigt werden kann. Entscheidend ist also die Kenntnis der konkreten Pflichtverletzung im Einzelfall, nicht der abstrakte Verstoß gegen die gesetzlichen Pflichten, hier der insolvenzspezifischen Pflicht, die Vorwegbefriedigung der Massegläubiger sicherzustellen, deren Verletzung mit der Haftung nach § 61 InsO sanktioniert wird** (BGH, Urt. v. 06.05.2004 - IX ZR 48/03 - BGHZ 159, 104, 111; K. Schmidt/Thole, InsO, § 60 Rn. 26). Dieses Ergebnis für das Versicherungsverhältnis ist auch strukturell richtig, da ansonsten eine solche Haftpflichtversicherung in praxi ins Leere ginge (Cranshaw, jurisPR-InsR 7/2015 Anm. 2).

bb)

[43] Das **Fehlen einer adäquaten und aktualisierten Liquiditätsplanung** mag nunmehr, nach der Entscheidung des BGH vom 06.05.2004, einen **Verstoß gegen eine Kardinalpflicht** begründen können, da der Insolvenzverwalter den Entlastungsbeweis im Sinne von § 61 Satz 2 InsO im allgemeinen nur dann führen kann, wenn er eine plausible Liquiditätsrechnung erstellt und diese bis zum Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit ständig überprüft und aktualisiert, was § 61 InsO zur insolvenzspezifischen Pflicht des Insolvenzverwalters erhoben hat; ohne präzise Berechnungen, über welche Einnahmen er verfügt und welche Ausgaben er zu leisten hat, kann sich ein Insolvenzverwalter dabei nicht entlasten (BGH, Urteil vom 06. Mai 2004 - IX ZR 48/03 -, BGHZ 159, 104-122, Rn. 35). Unterlässt ein Insolvenzverwalter bei Fortführung des Betriebs die Erstellung eines Liquiditätsplans vor Begründung neuer Verbindlichkeiten, mag grundsätzlich von einer wissentlichen Pflichtverletzung auszugehen sein, weil dies eine fundamentale Grundregel der beruflichen Tätigkeit des Insolvenzverwalters darstellt (OLG Karlsruhe, Urteil vom 04. Februar 2005 - 12 U 227/04 -, juris; vgl. auch Laws, MDR 2004, 1149, 1154: Kardinalpflicht zur Eingehung von Verbindlichkeiten nur bei günstiger Erfüllungsprognose). **Etwas anderes dürfte aber dann gelten, wenn ein Liquiditätsplanung vorgenommen wurde, die sich lediglich als inhaltlich fehlerhaft erweist und der Versicherer nicht darlegt und gegebenenfalls beweist, dass der Insolvenzverwalter die Fehlerhaftigkeit erkannt hat** (vgl. insoweit LG Dortmund, Urteil vom 21. Oktober 2010 - 2 O 10/10 -, Rn. 29, juris). Ein solcher Fall ist grundsätzlich anders gelagert, da dann entscheidend wäre, wie offensichtlich die fehlende Eignung der Liquiditätsplanung des Insolvenzverwalters war.

[44] Hier kann ein solcher Pflichtenverstoß aufgrund der Bindungswirkung des Haftpflichturteils jedenfalls gerade nicht festgestellt werden: Das Landgericht Duisburg hat in seinem Urteil vom 12.06.2015 gerade nicht als schadensursächlich festgestellt, dass Rechtsanwalt L. keine adäquate und aktualisierte Liquiditätsplanung erstellt hat – es hat lediglich festgestellt, dass ihm ein entsprechender Entlastungsnachweis nicht gelungen sei, weil Vortrag dazu fehle. Ferner sei nicht feststellbar, dass die mit seinem Ausscheiden und der Bestellung des neuen Insolvenzverwalters entstandenen Vergütungsansprüche die Hauptursache für die im Juni 2014 angezeigte Masseunzulänglichkeit gewesen seien und eine geplante Übertragung des Betriebs der Insolvenzschriftführerin auf eine Auffanggesellschaft entscheidend für die Nichtbedienung der Forderungen gewesen sei. Insoweit verbleibt es nach dem Urteil des Landgerichts Duisburg bei der Haftung des Insolvenzverwalters wegen einer bloß vermuteten Pflichtverletzung – mehr musste das Landgericht nicht feststellen und hat es auch nicht.

[45] Einer Entscheidung darüber, wie zu verstehen ist, dass der BGH „jedenfalls“ revisionsrechtlich nicht beanstandet hat, dass allein das Fehlen eines Liquiditätsplans für die Annahme eines Verstoßes gegen eine Kardinalpflicht nicht genüge (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2014 – IV ZR 90/13 –, Rn. 23, juris), bedarf es daher nicht.

e)

[46] Ausgehend von der Pflichtverletzung, die aufgrund der Bindungswirkung des Haftpflichturteils Rechtsanwalt L. vorzuwerfen ist, nämlich der **Abschluss von Verträgen trotz zu diesem Zeitpunkt erkennbarer Zweifel an ihrer Erfüllbarkeit**, hat die Beklagte im Rahmen ihrer Darlegungslast Umstände vorgetragen, die als schlüssige Indizien für eine wissentliche Pflichtverletzung betrachtet werden können, aus denen mithin geschlossen werden kann, dass der Insolvenzverwalter positiv wusste, dass Zweifel an der Erfüllbarkeit der Mehllieferungsverträge bestanden – **demgegenüber ist nicht erforderlich, dass der Insolvenzverwalter darüber hinaus wusste, dass er die Verträge nicht würde erfüllen können, da dies seine Pflichtverletzung zu eng fassen würde: Der Insolvenzverwalter darf einen Vertrag bereits dann nicht abschließen, wenn er bloße Zweifel an der Erfüllbarkeit hat.** Die unter Zeugenbeweis gestellte Behauptung der Klägerin, Rechtsanwalt L. habe nicht gewusst, dass er die Bestellungen nicht bezahlen könne, ist daher unerheblich. Entscheidend ist allein, dass Rechtsanwalt L. positiv wusste, dass er eine Verbindlichkeit begründete, hinsichtlich der zweifelhaft war, dass er sie auch erfüllen können würde. Dies kann der Senat feststellen.

[47] Rechtsanwalt L. wusste unstreitig, dass sämtliche Rechnungen der Klägerin nicht bezahlt wurden, obwohl diese bereits sofort fällig waren; ein Zahlungsziel war gerade nicht eingeräumt. Etwas anderes ergibt sich nicht aus dem Vortrag der Klägerin, die lediglich eine Kenntnis des Umstands, dass der Insolvenzverwalter die Rechnungen nicht würde bezahlen können, bestritten hat. Dass dem Insolvenzverwalter die fehlende Zahlung der Rechnungen unbekannt war und er mithin von der Bezahlung der Rechnungen ausging – obwohl er eine solche gerade nicht veranlasst hatte –, ist von der Klägerin schon nicht dargelegt worden und wäre auch lebensfremd, da nicht erkennbar ist, wer sonst – wenn nicht der Insolvenzverwalter – eine entsprechende Zahlung hätte veranlassen können bzw. sollen.

[48] Jedenfalls für die Rechnungen ab dem 20.02.2014 war klar, dass die Erfüllbarkeit dieser Forderungen der Klägerin zweifelhaft war, da die bereits fällige Forderung vom 07.02.2014 nicht beglichen wurde. Die unstreitige Kenntnis von der ausstehenden Bezahlung sämtlicher Rechnungen ab dem 07.02.2014 lässt von vernünftigen Zweifeln frei (nur) den Schluss auf Zweifel des Insolvenzverwalters an der Erfüllbarkeit zu, so dass es nun an dem Versicherungsnehmer bzw. der

Klägerin als seiner Rechtsnachfolgerin ist, im Rahmen der sekundären Darlegungslast Umstände aufzuzeigen, warum die wissentliche Nichtzahlung der Rechnungen nicht den Schluss auf eine wissentliche Pflichtverletzung zulassen soll. Der Versicherungsnehmer bzw. die Klägerin als Rechtsnachfolgerin hatte nun vorzutragen, warum aus dem Umstand, dass die Rechnung vom 07.02.2014 nicht bis zum 20.02.2014 trotz sofortiger Fälligkeit bezahlt worden war, obwohl die ständige Belieferung mit Mehl existentiell wichtig für den Betrieb der Insolvenzschuldnerin war, nicht zu schließen ist, dass Rechtsanwalt L. bei Begründung der anschließenden Verbindlichkeiten keine Zweifel an der Erfüllbarkeit hatte. Die Klägerin müsste mithin zum einen darlegen, warum die Rechnungen seinerzeit nicht bezahlt worden sind, und zum anderen, warum Rechtsanwalt L. dennoch keinerlei Zweifel an der Erfüllbarkeit der Kaufpreisforderungen der Klägerin gehabt haben soll.

[49] Diesbezüglich fehlt indes jeglicher Vortrag der Klägerin, insbesondere zu den Gründen, warum die Rechnungen nicht beglichen wurden. Die Beklagte hat zumindest konkludent behauptet, dass die Rechnungen mangels Liquidität nicht bezahlt worden sind. Dem ist die Klägerin nur pauschal entgegen getreten, ohne darzutun, aus welchem anderen Grund die Rechnungen nicht bezahlt worden sind. Dabei müsste die Klägerin konkrete Umstände dartun, aus denen sich ergibt, dass dennoch keine Zweifel an der Erfüllbarkeit der Forderungen bestanden – daran fehlt es. Insbesondere ergibt sich aus den von der Klägerin vorgelegten Unterlagen (EA-Summen- und Saldenliste, Debitorenliste, Prognoseberechnung vom 11.03.2014) nicht, warum trotz dieser Unterlagen seit Anfang Februar 2014 die Rechnungen der Klägerin nicht beglichen wurden; solches ergibt sich auch nicht aus dem ergänzenden Vortrag der Klägerin nach dem Hinweis in der Terminsverfügung vom 26.07.2018. Soweit sie vorträgt, dass es in der Folgezeit, nach der ordnungsgemäßen Abwicklung und Zahlung der Mehllieferungen bis einschließlich Januar 2014, zu Unstimmigkeiten zwischen dem Insolvenzverwalter und den weiterhin im Betrieb mitarbeitenden Eheleuten S. wegen einer Anspannung in der Liquidität aufgrund geringerer Kasseneinnahmen gekommen sei, die nicht nachvollziehbar durch die Eheleute S. geklärt werden konnten und die zu dem Verdacht des Insolvenzverwalters führten, dass Einnahmen anderweitig verwendet würden, legt dies im Gegenteil sogar nahe, dass die hier streitgegenständlichen Rechnungen wegen einer dem Insolvenzverwalter bekannten angespannten Liquiditätssituation nicht bezahlt werden konnten.

[50] Da die Klägerin jedenfalls keine andere Erklärung für die Nichtzahlung der Rechnungen vorgetragen hat, liegt es dann auf der Hand, dass der Insolvenzverwalter seinerzeit Zweifel gehabt hat, die Kaufpreise zahlen zu können, wenn er bereits den Kaufpreis für die Lieferung vom 07.02.2014 nicht zahlen konnte; alles andere wäre lebensfremd. Der Senat erkennt

dabei nicht, dass es für die Klägerin schwierig ist, ihrer sekundären Darlegungslast nachzukommen, da sie keine eigene Kenntnis über die seinerzeitigen Vorgänge bei der Insolvenzschriftstellerin hat. Diese Schwierigkeiten führen aber nicht dazu, Abstriche an ihrer sekundären Darlegungslast vorzunehmen, da sie Ansprüche als Rechtsnachfolgerin des Versicherungsnehmers geltend macht und auch im Hinblick auf die Vortragslast in die Rechtsposition des Versicherungsnehmers einrückt.

[51] Unerheblich ist der Ansatz des Landgerichts, dass die Insolvenzschriftstellerin erst 30 Tage nach Zugang der Rechnung in Verzug geraten ist. Abgesehen davon, dass Rechtsanwalt L. auch nach 30 Tagen keine Zahlung veranlasste, kommt es auf den Verzug nicht an. Die Insolvenzschriftstellerin war sofort zur Zahlung verpflichtet – warum sie dieser Verpflichtung nicht nachkam, hat die Klägerin nicht vorgetragen.

[52] Da die Rechnungen vor dem 07.02.2014 unstreitig noch bezahlt wurden und damit keine konkreten Anhaltspunkte vorliegen, warum Rechtsanwalt L. bereits am 07.02.2014 von Zweifeln an der Erfüllbarkeit ausgegangen ist, kann eine wesentliche Pflichtverletzung hinsichtlich der Rechnung vom 07.02.2014 nicht festgestellt werden; insoweit besteht ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte.

f)

[53] Die wesentliche Pflichtverletzung war für den Schaden auch ursächlich, da die Kaufverträge ansonsten nicht geschlossen worden wären.

4.

[54] Die Beklagte ist daher gemäß A. § 3 II. Nr. 1 AVB zur Befriedigung des auf Zahlung der Rechnung vom 07.02.2014 in Höhe von 2118,60 Euro gerichteten Anspruchs verpflichtet, wobei die Umsatzsteuer in Höhe von 138,60 Euro aufgrund der Bindungswirkung des Haftpflichturteils in Abzug zu bringen ist, was die Klägerin auch bereits von sich aus getan hat. Von dem Nettobetrag der Rechnung in Höhe von 1980 Euro hat die Beklagte gemäß A. § 3 II. Nr. 3 Satz 1 AVB indes lediglich 90 %, also 1782 Euro, zu ersetzen.

[55] Ferner gehen die gegen Rechtsanwalt L. in Höhe von 2143,86 Euro festgesetzten Kosten des Verfahrens 10 O 260/14, LG Duisburg, gemäß A. § 3 II. Nr. 6 Satz 1 AVB teilweise zu Lasten der Beklagten. Da die Klägerin gegen Rechtsanwalt L. aus den vorgenannten Gründen zum Großteil einen nicht gedeckten Haftpflichtanspruch geltend gemacht hat, sind die Kosten des Haftpflichtverfahrens entsprechend zu quoteln. Es errechnet sich eine Quote von 13 Prozent (1980 Euro ./ 15.119,10 Euro), so dass die Beklagte 278,70 Euro zu zahlen hat.

[56-61] (...)

Steuerberaterhaftung

- Fehlerhafter Jahresabschluss
- Unrichtige Rückstellungen
- Neue Finanzbuchhaltung
- Klagevortrag

(LG Münster, Urt. v. 24.10.2018 – 110 O 36/17)

Leitsätze (der Redaktion)

1. Die angebliche Fehlerhaftigkeit eines Jahresabschlusses durch die Bildung von Rückstellungen erfordert substantiierten Klagevortrag, in welcher Höhe Rückstellungen hätten vorgenommen werden müssen.
2. Die angeblichen objektiven Unrichtigkeiten des Jahresabschlusses müssen auf einer Fehlleistung des Steuerberaters beruhen.

Zum Sachverhalt:

Der Kläger betreibt eine Versicherungsagentur in S. Der Beklagte war bis 2013 sein Steuerberater und in dieser Eigenschaft im Jahr 2013 unter anderem mit der Erstellung des Jahresabschlusses für das Jahr 2012 befasst. Aufgrund von Zweifeln des Klägers an der Korrektheit der von dem Beklagten insoweit erstellten Unterlagen übergab er diese an einen anderen Steuerberater zur Überprüfung.

Der Kläger behauptet, der Beklagte habe ihm nach erfolgten Rücksprachen eine finale Fassung des Jahresabschlusses zugeleitet, die in der Klageschrift näher dargelegte schwerwiegende Fehler aufgewiesen habe. Aufgrund dieser Fehler sei der übermittelte Jahresabschluss für 2012 unverwertbar gewesen und habe durch den nachfolgenden Steuerberater vollständig neu erstellt werden müssen. Dies habe Kosten in Höhe von 2722,72 € verursacht. Des Weiteren seien ihm wegen vom Beklagten nicht gebildeter Rückstellungen in den Jahren 2009 bis 2012 nach Berechnung des neuen Steuerberaters Zinsnachteile in Höhe von insgesamt 2 300,00 € entstanden.

Der Beklagte behauptet, bei der von ihm erstellten und dem Kläger übermittelten Fassung des Jahresabschlusses 2012 habe es sich um eine Entwurfsfassung gehandelt. Soweit Positionen unzutreffend verbucht worden seien, habe es sich um unklare Geschäftsvorfälle gehandelt, die zunächst unter „durchlaufende Posten“ verbucht worden seien. Soweit der Jahresabschluss objektiv unrichtig sein sollte, sei dies auf falsche Informationen des Klägers zurückzuführen.

Er erhebt die Einrede der Verjährung.

Aus den Gründen:

Die Klage ist unbegründet.

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Erstattung des Steuerberaterhonorars

1. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Erstattung des Steuerberaterhonorars des neuen Steuerberaters in Höhe von EUR 2 722,72 sowie von Zinsnachteilen in Höhe von EUR 2 300. Es liegt keine Pflichtverletzung vor

a) Er hat schon nicht dargelegt, dass der Beklagte eine Pflichtverletzung im Steuerberatungsverhältnis begangen hat. Schon die behaupteten objektiven Unrichtigkeiten des vom Beklagten erstellten Jahresabschlusses für das Jahr 2012 sind nicht hinreichend substantiiert dargetan worden. Es ist beispielsweise in Bezug auf die vom Kläger aufgeführten fehlerhaften Rückstellungen **nicht dargelegt worden, in welcher Höhe Rückstellungen geboten gewesen wären und in welcher Höhe tatsächlich Rückstellungen vorgenommen** worden sind. Hinsichtlich des Umfangs der objektiven Unrichtigkeit des Jahresabschlusses ist der Klägervortrag auch widersprüchlich. Einerseits wird behauptet, der Jahresabschluss sei völlig unbrauchbar gewesen und habe völlig neu erstellt werden müssen. Andererseits wird jedoch eine Liste „zusätzlicher“ erforderlicher Buchungen vorgelegt, die der neue Steuerberater habe vornehmen müssen. Objektive Unrichtigkeiten des Jahresabschlusses sind nicht ersichtlich

b) Es fehlt jeder Vortrag dazu, inwieweit die vermeintlichen objektiven Unrichtigkeiten des Jahresabschlusses auf einer Fehlleistung des Steuerberaters beruhen. Dem Einwand der Beklagtenseite, etwaige Unrichtigkeiten seien auf **Fehlinformationen durch die Klägerseite** zurückzuführen, ist der Kläger nicht entgegengetreten.

c) Im Übrigen fehlt es auch an jeglicher **Schadendarlegung**. Die Behauptung, der neue Steuerberater habe eine **neue Finanzbuchhaltung erstellen** müssen, ist insoweit zu pauschal (vergleiche Gräfe u.a., Steuerberaterhaftung, 6. Auflage, Randnummer 595 am Ende). Im Hinblick auf die behaupteten Zinsnachteile fehlt es an jeglichem Vortrag.

d) Ob dem Beklagten unter diesen Umständen bei etwaigen Fehlern vor der Beauftragung eines neuen Steuerberaters Gelegenheit zur **Nacherfüllung** hätte gegeben werden müssen (vgl. BGH, Urt. v. 11.5.2006, IX ZR 63/05; Gräfe u.a., Steuerberaterhaftung, 6. Auflage, Rn. 541), kann deshalb dahinstehen.

e) Auf sämtliche vorgenannten Darlegungsmängel ist der Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung vom 24.10.2018 eingehend hingewiesen worden. Zu den angesprochenen Punkten war ihm auch in der mündlichen Verhandlung ein konkreter Vortrag nicht möglich.

Steuerberaterhaftung

- Bescheinigung nach § 27 III KStG
- GmbH als Entrichtungsschuldnerin
- Konsolidierte Schadenbetrachtung
(*OLG Hamm, Urt. v. 04.05.2021 – I-25 U 26/19*)

Leitsätze (der Redaktion)

1. Das Ausstellen einer Bescheinigung nach § 27 III KStG zur entsprechenden Verwendung des steuerlichen Einlagenkontos zielt im Wesentlichen auf den Schutz der Interessen der Gesellschafter ab.
2. Macht eine GmbH die Steuern, die sie nach § 44 I 3, 5 EStG als Entrichtungsschuldnerin für Rechnung ihrer Gesellschafter abgeführt hat, als eigenen Schaden geltend, so ist im Rahmen einer konsolidierten Schadensbetrachtung auch die Vermögenssituation zu berücksichtigen, die sich aus den tatsächlichen Geschehnissen aufseiten ihrer Gesellschafter ergeben hat.

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten - erstinstanzlich noch im Wege gewillkürter Prozessstandschaft - Schadensersatz wegen fehlerhafter steuerlicher Beratung. Die ursprünglich auch gegen den Beklagten zu 2) als sachbearbeitenden Gesellschafter der Beklagten gerichtete Klage hat die Klägerin erstinstanzlich zurückgenommen.

Die Klägerin ist eine Gesellschaft, die sich mit der Koordination und Förderung des Tourismus im Landkreis W beschäftigt, insbesondere mit der Organisation und Ausführung von Aufgaben des Marketings, des Vertriebs, der Werbung und der Beratung im Bereich des Fremdenverkehrs. Gesellschafter der Klägerin sind neben dem Touristikverband W e.V. insgesamt elf Städte und Gemeinden, also Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts in dem betreffenden Gebiet.

Die Beklagte, eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, war von der Klägerin mit der Prüfung, des Jahresabschlusses 2013 und der Erstellung der Körperschafts-, Gewerbe- und Umsatzsteuererklärungen für 2013 beauftragt.

Nachdem die Beklagte für die Klägerin die betreffenden Erklärungen erstellt und eingereicht hatte, vertrat das zuständige Finanzamt K mit Schreiben vom 13.10.2015 die Auffassung, dass 2013 - entgegen der Erklärung der Klägerin und der zunächst erfolgten Steuerfestsetzung - von einer verdeckten Gewinnausschüttung (vGA) der Klägerin an ihre Gesellschafter in Höhe, des im Jahresabschluss ausgewiesenen Verlusts von 406.002,41 € auszugehen sei, weil die Klägerin in den Jahren

2012 bis 2015 dauerdefizitär gewesen sei, ohne ein begünstigtes Dauerverlustgeschäft i.S.d. § 8 VII 2 KStG zu betreiben. Das Finanzamt nahm daraufhin eine Außenprüfung der steuerlichen Belange, der Klägerin vor, aufgrund derer es mit Änderungsbescheid vom 14.06.2017 gegen die Klägerin als Entrichtungsschuldnerin eine Nachzahlung von Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag zur Kapitalertragsteuer für das Jahr 2013 in Höhe von 60.900,00 € und 3.349,52 € festsetzte, weil sie nach § 44 I 3, 5 EStG verpflichtet gewesen wäre, die betreffenden Beträge einzubehalten und abzuführen.

Gegen diesen Bescheid legte der ehemalige Beklagte zu 2) für die Klägerin Einspruch ein, über den zunächst nicht entschieden worden ist, weil das Verfahren im Hinblick auf gegen andere in diesem Zusammenhang ergangene Bescheide geführte Rechtsmittelverfahren ruhend gestellt worden ist. In einem dieser Verfahren schlossen die Klägerin und das Finanzamt K vor dem Hessischen Finanzgericht (4 K 618/18) am 15.12.2020 folgende tatsächliche Verständigung:

1. Die Beteiligten sind sich darüber einig, dass für die Streitjahre wegen hoheitlicher Tätigkeit 10% der verdeckten Gewinnausschüttungen unter § 8 Abs. 7 KStG fallen.

2. Der Beklagte verpflichtet sich, die Bescheide über Körperschaftsteuer, Gewerbesteuermessbeträge, gesonderter Feststellung des verbleibenden Verlustabzugs zur Körperschaftsteuer, gesonderter Feststellung des vortragsfähigen Gewerbeverlustes und gesonderter Feststellung von Besteuerungsgrundlagen nach § 27 Abs. 2 KStG und § 28 Abs. 1 Satz 3 KStG für 2012 bis 2015 jeweils, vom 19.06.2017 und den Nachforderungsbescheid vom 14.06.2017 dahingehend zu ändern, dass jeweils die verdeckte Gewinnausschüttung bzw. Leistung aus dem steuerlichen Einlagekonto um 10% herabgesetzt werden.

3. Im Hinblick auf die Verpflichtung des Beklagten erklären die Beteiligten, sowohl den vorliegenden Rechtsstreit als auch die außergerichtlichen Rechtsbehelfsverfahren bzgl. Nachforderung von Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag für 2012 und 2013 und für gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen nach § 27 Abs. 2 KStG und § 28 Abs. 1 Satz 3 KStG bereits jetzt in der Hauptsache für erledigt.

Aufgrund dieser tatsächlichen Verständigung, änderte, das Finanzamt K den streitgegenständlichen Bescheid, vom 14.06.2017 am 03.03.2021 entsprechend ab, sodass die Klägerin insgesamt eine Erstattung in Höhe von 6.424,95 € erhielt.

Im Rahmen ihrer Tätigkeit wies die Beklagte die Klägerin nicht

darauf hin, dass in Höhe der jährlichen Verluste eine vGA angenommen werden und daher Kapitalertragsteuern anfallen könnten.

Der Anfall von Kapitalertragsteuern für eine vGA wäre zu vermeiden gewesen, wenn die Beklagte für die Klägerin eine Bescheinigung zur Verwendung des steuerlichen Einlagekontos gern. § 27 III KStG vorgelegt hätte, und zwar bis zur Bekanntgabe der erstmaligen Feststellung des steuerlichen Einlagekontos zum 31.12.2013 am 14.10.2014. Nach Durchführung der steuerlichen Außenprüfung war dies ausgeschlossen.

In den Folgejahren verhinderte die Klägerin die entsprechende Annahme von vGAen durch Vorlage entsprechender Bescheinigungen nach § 27 III KStG.

Die Gesellschafter der Klägerin erklärten mit gleichlautenden Schreiben aus Mai 2018, diese zur bevollmächtigen, ihre jeweiligen Schadenersatzansprüche „im eigenen Namen und auf unsere Rechnung geltend zu machen (gewillkürte Prozessstandschaft)“; in dem Schreiben heißt es u.a. auch, dass die Klägerin die „angefallenen Kapitalertragssteuern nebst Solidaritätszuschlag für unsere Rechnung an die zuständigen Finanzbehörden gezahlt“ habe.

Die Klägerin hat behauptet, sie übe eine Tätigkeit gewerblicher Natur aus, damit kein begünstigtes Dauerverlustgeschäft i.S.d. § 8 VII 2 KStG. Die Übernahme einer solchen defizitären Tätigkeit durch eine Eigengesellschaft einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ohne Verlustausgleich durch die Gesellschafter führe nach dem Urteil des BFH vom 22.08.2007 zu einer vGA an diese Gesellschafter, welche bei diesen als Einkünfte aus Kapitalvermögen zu versteuern seien (§§ 20 I Nr. 1 S. 2 EStG, 43 I 1 Nr. 1, 44a VIII KStG). Auch wenn Schuldner dieser Kapitalertragsteuer die Gesellschafter gewesen seien, habe die Klägerin die angefallenen Steuern zahlen müssen, weil sie als die Kapitalerträge auszahlende Stelle verpflichtet gewesen wäre, den Steuerabzug für Rechnung der Gläubiger der Kapitalerträge vorzunehmen (§ 44 I 3, 4 EStG). Dementsprechend habe die Klägerin ein eigenes Interesse an der Geltendmachung der Ansprüche ihrer Gesellschafter.

Der von der Klägerin mit der Beklagten geschlossene Beratungsvertrag habe Schutzwirkung auch zugunsten ihrer Gesellschafter. Im Rahmen ihrer Tätigkeit hätte die Beklagte die Klägerin auf die Möglichkeit der Annahme von vGAen zugunsten ihrer Gesellschafter und den damit drohenden Anfall von Kapitalertragsteuern sowie die Möglichkeit der Vorlage einer Bescheinigung nach § 27 III KStG hinweisen müssen. Die Übergangsregelung der §§ 8 VII, 34 VI 5 KStG sei ihr nicht bekannt gewesen.

Hätte die Beklagte die Klägerin entsprechend aufgeklärt,

hätte diese die Annahme von vGAen und damit die Entstehung von Kapitalertragssteuern - wie in den Folgejahren - durch das Ausstellen einer, steuerlichen Bescheinigung nach § 27 III KStG verhindert. Durch das Unterbleiben dieser Maßnahme für 2013 seien den Gesellschaftern der Klägerin auch keine Vorteile entstanden. Weil die Klägerin öffentliche Aufgaben wahrnehme und nicht beabsichtige, Gewinne zu erzielen, seien die Gesellschaftsanteile praktisch unverkäuflich.

Der Klägerin sei der geltend gemachte Schaden tatsächlich entstanden, weil sie die betreffenden Steuern gezahlt habe. Der theoretischen Möglichkeit einer künftigen Erstattung der Steuern nach erfolgreichem Klageverfahren habe sie damit Rechnung getragen, dass sie der Beklagten die Abtretung dieser Erstattungsansprüche angeboten habe (§ 255 BGB analog). Ihren Gesellschaftern sei der Schaden

dadurch entstanden, dass sie verpflichtet seien, der Klägerin, die Steuerschuld anteilig zu ersetzen. Diese Zahlungen könnten von den Gesellschaftern nicht steuermindernd an anderer Stelle angesetzt werden, weil die Gesellschafter als Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht einkommensteuerverpflichtig seien (§§ 36 II Nr. 2, 36a EStG).

(Anträge: ...)

Sie ist der Ansicht gewesen, die Klage sei bereits unzulässig, weil der Klägerin das notwendige Eigeninteresse an der Prozessführung fehle. Ein etwaiger Schaden sei allenfalls den Gesellschaftern, nicht aber der Klägerin entstanden; diese sei hinsichtlich der Kapitalertragsteuer lediglich Entrichtungsschuldnerin (§ 44 V 1 EStG), erfülle damit aber eine fremde Steuerschuld. Etwaige Ersatzansprüche der Gesellschafter gegenüber der Klägerin bestünden nicht. Darüber hinaus seien die Zahlungsanträge unzulässig, weil sämtliche streitgegenständlichen Steuerbescheide Gegenstand von noch nicht abgeschlossenen Rechtsmittelverfahren seien.

Den Gesellschaftern der Klägerin stünden gegenüber der Beklagten keine Schadenersatzansprüche zu, weil diese nicht in den Schutzbereich des zwischen, der Klägerin und der Beklagten bestehenden Vertrages einbezogen seien.

Der Beklagten sei auch keine Pflichtverletzung vorzuwerfen. Sie hätte der Klägerin nicht die Erstellung einer Bescheinigung nach § 27 III KStG für das Jahr 2013 empfehlen müssen, weil die Klägerin nicht verpflichtet gewesen sei, eine solche Bescheinigung auszustellen. Denn - wie die Klägerin selbst im Verfahren vor dem Finanzgericht geltend mache - die Übernahme der dauerdefizitären Tätigkeit der Klägerin sei nicht als vGA zu qualifizieren, weil ihre Tätigkeit gern. § 8 VII 1 Nr. 2 KStG ein privilegiertes Dauerverlustgeschäft sei. Nach § 8 VII

2, 2. Hs KStG würden solche Tätigkeiten einer GmbH privilegiert, die - würden sie von den Gesellschaftern der Klägerin (Gemeinden/Kreise) selbst ausgeführt - als hoheitliche Tätigkeiten eingeordnet werden. Das sei für Tätigkeiten im Bereich des Fremdenverkehrs nach dem äußeren Erscheinungsbild anzunehmen. Außerdem habe das Finanzamt mit den ursprünglichen Steuerbescheiden für 2013 entsprechend den von der Beklagten eingereichten Steuererklärungen keine vGAen berücksichtigt und damit - in Kenntnis der dauerdefizitären Situation der Klägerin - eine Steuerfestsetzung aus Billigkeitsgründen des Inhalts getroffen, dass der Verlust des Jahres 2013 als i.S.v. § 8 VII KStG begünstigt behandelt würde.

Dementsprechend sei bereits für das Veranlagungsjahr 2012 die Übernahme der Tätigkeit als privilegierte Tätigkeit und damit nicht als vGA einzuordnen gewesen, sodass - wenn überhaupt - nur eine Pflichtverletzung vorgelegen habe, die ihren Ursprung in der Erstellung der Steuererklärung für das Jahr 2012 gehabt habe.

Schließlich sei den Gesellschaftern der Klägerin auch kein ersatzfähiger kausaler Schaden entstanden. Zum einen habe die Klägerin nicht den gebotenen Gesamtvermögensvergleich für die einzelnen Gesellschafter, d.h. die steuerlichen Folgen der behaupteten vGAen für jeden einzelnen Gesellschafter dargestellt. Darüber hinaus werde die von der Klägerin für ihre Gesellschafter gezahlte Kapitalertragsteuer gern. § 31 I 1 KStG i.V.m. § 36 II Nr. 2 EStG auf die von den Gesellschaftern zu zahlende Körperschaftsteuer angerechnet, sodass sich diese Körperschaftsteuerverbindlichkeit verringere. Zum anderen wäre ein etwaiger Schaden durch das Vorliegen einer vGA aufgrund des Fehlens der rechtzeitigen Erstellung einer Steuerbescheinigung nur temporärer Natur. Denn mit der Bescheinigung einer Einlagenrückgewähr nach § 27 III KStG wäre der Bestand des steuerlichen Einlagekontos der Klägerin nach § 27 I 1 KStG zum 31.12.2013 um 406.000,00 € niedriger gewesen, d.h. die Anschaffungskosten aller Gesellschafter der Klägerin für die Klägerin um diesen Betrag gemindert gewesen. Die tatsächlich nun höheren Anschaffungskosten, würden entweder im Falle einer Veräußerung der Anteile durch die Gesellschafter oder spätestens im Zeitpunkt der Liquidation der Klägerin steuerlich vorteilhaft sein. Aufgrund des höheren festgestellten Einlagekontos bestehe zudem ein um 406.000,00 € höheres Potential für die Vornahme künftiger Einlagerückgewährungen. Diese Vorteile kompensierten den bisherigen steuerlichen Nachteil.

Das Landgericht hat der Klage in der Hauptsache stattgegeben und sie wegen der Höhe der Zinsforderung sowie hinsichtlich der Rechtsanwaltskosten abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Beklagte sei verpflichtet gewesen, die Klägerin bei Erstellung der Steuererklärungen auf das Risiko der Annahme von vGAen nach § 8 VII KStG

und die insoweit geltende Übergangsregelung (§ 34 VI 5 KStG) sowie die Notwendigkeit der Vorlage einer Bescheinigung zur Verwendung des steuerlichen Einlagekontos nach § 27 III KStG hinzuweisen, und zwar bis zur Bekanntgabe der erstmaligen Feststellung des steuerlichen Einlagekontos zum 31.12.2013. Zu dieser Aufklärung habe umso mehr Anlass bestanden, als das Finanzamt seit der BFH-Entscheidung 2007 keine Steuernachforderungen erhoben habe. Auch wenn die Beklagte selbst rechtlich anderer Auffassung gewesen wäre, hätte ihr die Ansicht des Finanzamtes, welche dieses in seiner Einspruchsentscheidung eingehend dargelegt habe, bekannt sein müssen und hätte sie die Klägerin entsprechend umfassend aufklären müssen.

Diese Pflichten habe die Beklagte schuldhaft verletzt (§ 280 I 2 BGB), wodurch der Klägerin ein zu ersetzender Schaden in Höhe von 64.249,52 € entstanden sei, der bei zutreffender Beratung nicht entstanden wäre. Die Klägerin sei insoweit vom Finanzamt als Entrichtungsschuldnerin in Anspruch genommen worden und habe geleistet. Inwieweit sie bei ihren Gesellschaftern Rückgriff nehmen könne, folge aus und betreffe das jeweilige Innenverhältnis zwischen der Klägerin und ihren Gesellschaftern. Eine Rückgriffsmöglichkeit stelle keinen im Wege der Vorteilsausgleichung anzurechnenden Vorteil dar und ändere auch nichts daran, dass die Klägerin zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Geschädigte sei und als Vertragspartnerin der Beklagten den Schaden ihr gegenüber geltend machen könne. Hätte die Beklagte die Klägerin ordnungsgemäß aufgeklärt, hätte diese - wie in den Folgejahren - die Entstehung der Steuerschuld durch die Ausstellung einer Bescheinigung nach § 27 III KStG verhindert.

Verzugszinsen schulde die Beklagte nur in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz. Ein Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen Anwaltskosten bestehe nicht, weil nicht vorgetragen sei, dass diese erst nach Verzugsseintritt entstanden seien.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, mit der sie weiterhin ihren Klageabweisungsantrag verfolgt. Die Klägerin hat sich dieser Berufung mit unselbständiger Anschlussberufung angeschlossen, mit der sie ihren Antrag auf Ersatz der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten weiterverfolgt. Zudem „wiederholt“ sie in der Hauptsache hilfsweise den Freistellungsantrag in Bezug auf die im Bescheid vom 14.12.2017 festgesetzten Beträge und stellt darüber hinaus ebenfalls hilfsweise einen Feststellungsantrag, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr jegliche Schäden zu ersetzen, die ihr im Rahmen der Festsetzung der Schuldnerkapitalertragsteuer und des Solidaritätszuschlags zur Schuldnerkapitalertragsteuer des Jahres 2013 entstanden sind, weil die Beklagte zu 1) sie nicht auf die Gefahr hingewiesen hat, dass

das Finanzamt ihre Tätigkeit nicht als privilegiertes Dauerverlustgeschäft i.S.d. § 8 VII 1 Nr. 2 KStG ansieht und daher von einer verdeckten Gewinnausschüttung in Höhe des 2013 erwirtschafteten Verlustes von rd. 406.000,00 € ausgeht und die Klägerin auch nicht darauf hingewiesen hat, dass die Ausstellung einer Bescheinigung an ihre Gesellschafter über die Verwendung des Guthabens des steuerlichen Einlagenkontos in entsprechender Höhe nach § 27 III KStG erforderlich ist.

Im Übrigen haben die Parteien die Hauptsache in Höhe der nach Abschluss des finanzgerichtlichen Verfahrens aufgrund der geschlossenen tatsächlichen Verständigung erhaltenen Erstattung von 6.424,95 € übereinstimmend für erledigt erklärt.

Die Beklagte beanstandet, die Klägerin hätte; weil sie den Streitgegenständlichen Schadensersatzanspruch im Wege offener gewillkürter Prozessstandschaft geltend mache, Zahlung nicht an sich, sondern an ihre Gesellschafter, beantragen müssen. Die gewillkürte Prozessstandschaft sei - allerdings ohnehin unzulässig, weil der Klägerin das erforderliche schutzwürdige Eigeninteresse an der Geltendmachung des Anspruchs fehle, denn ihr stehe jedenfalls - unabhängig vom Ausgang dieses Verfahrens - ein Erstattungsanspruch in Höhe der von ihr entrichteten Kapitalertragsteuer gegenüber ihren Gesellschaftern zu (§ 812 I 1 BGB; § 426 I BGB i.V.m. § 44 V EStG). Insofern sei die Klägerin auch - entgegen der Auffassung des Landgerichts - jedenfalls nicht selbst Geschädigte. Unabhängig davon wäre ein etwaiger Schaden nach dem Grundsatz der konsolidierten Schadensbetrachtung unter Einbeziehung der Vermögenslage der Gesellschafter zu berechnen. Soweit die Klägerin in der Berufungsinstanz einen eigenen Schaden geltend mache, handele es sich ohnehin um ein verspätetes Angriffsmittel.

Die Beklagte habe keine ihr obliegende Pflicht verletzt, weil das Finanzamt zu Unrecht von vGAen ausgegangen sei und die Klägerin daher ihren Gesellschaftern keine Bescheinigung nach § 27 III KStG hätte ausstellen müssen. Diese Bescheinigung hätte auch nicht bis zum 31.12.2013 ausgestellt werden können und müssen, weil zu diesem Zeitpunkt nicht einmal die Höhe der erbrachten Leistungen habe feststehen können.

Das Landgericht sei zu Unrecht der Schadensberechnung der Klägerin gefolgt, obwohl diese den gebotenen Gesamtvermögensvergleich auf der maßgeblichen Ebene ihrer Gesellschafter nicht angestellt und nachgewiesen habe. Konkret habe die Klägerin nicht dargelegt, ob und inwieweit im vorliegenden Fall zugunsten ihrer Gesellschafter die Steuervergünstigungsnorm des § 8b KStG zur Anwendung gelange, was zumindest für den mit 60% beteiligten Landkreis W und die mit 10% beteiligte Gemeinde B W gelten müsse. Bei Anwendung von § 8b KStG würden die Ausschüttungsbeträge bis auf die „We-

gelagerersteuer" nicht besteuert. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass mangels Verwendung des auf dem steuerlichen Einlagekonto vorhandenen Betrages für die streitgegenständliche vGA in 2013 der entsprechende Betrag für die Folgejahre im Einlagekonto verblieben und dann für 2014 und 2015 für eine steuerfreie Einlagenrückgewähr genutzt worden sei. Ein etwaiger Schaden sei damit tatsächlich kompensiert worden.

Ein Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten bestehe nicht, weil die Klägerin ihren Anwalt vor Verzugseintritt beauftragt gehabt habe. Die Klägerin hätte ein verzugsbegründendes Schreiben im Übrigen auch ohne anwaltliche Hilfe verfassen können, sodass die Beauftragung nicht erforderlich oder zweckmäßig gewesen sei.

(Anträge: ...)

Die Klägerin meint nunmehr - wie das Landgericht und abweichend zu ihrer erstinstanzlichen Auffassung -, ihr sei selbst ein eigener Schaden entstanden, den die Beklagte zu ersetzen habe. Das Finanzamt habe die Klägerin selbst durch Nachforderungsbescheid auf die abzuführende Kapitalertragsteuer in Anspruch genommen und insoweit an ein eigenes Fehlverhalten der Klägerin - Abgabe einer fehlerhaften Steuererklärung ohne Anmeldung der vGA - angeknüpft. Die Klägerin haftete daher persönlich für die Steuer und habe diese aus ihrem Vermögen geschuldet und beglichen. Etwaige Rückgriffsansprüche der Klägerin gegen ihre Gesellschafter könnten ihrem Schadensersatzanspruch nicht entgegengehalten werden, weil die Beklagte als Schädigerin dadurch unbillig begünstigt würde.

Die Klägerin habe den geltend gemachten Schaden hinreichend dargelegt; für einen etwaigen Vorteilsausgleich sei die Beklagte darlegungs- und beweispflichtig. Insofern behaupte die Beklagte zu Unrecht, dass auf dem steuerlichen Einlagenkonto zum 31.12.2013 ein positiver Betrag vorhanden und verblieben sei, der für die Folgejahre zur Verfügung gestanden habe. Die Gesellschafter hätten bei der Klägerin keinerlei positive steuerliche Einlagenkonten unterhalten, weil bis zum Jahr 2011 keine Steuerschulden entstanden seien. Das Entstehen der streitgegenständlichen Steuerbelastung für 2013 wäre durch richtiges Verhalten der Beklagten vermeidbar gewesen, ohne dass ein etwaig vorhandenes steuerliches Einlagenkonto hierfür verbraucht worden wäre. § 8b KStG verfange nicht, weil die Gesellschafter der Klägerin als Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht der Körperschaftsteuerpflicht unterlägen (§ 1 S. 2 KStG).

Im Übrigen wiederholt die Klägerin ihr erstinstanzliches Vorbringen und verteidigt das angefochtene Urteil zur Hauptsache.

Zu ihrer Anschlussberufung macht die Klägerin geltend, die Beklagte schulde den Ersatz der Anwaltskosten als notwendige Kosten der Rechtsverfolgung und damit unmittelbare kausale Folge ihrer Schlechtleistung, nämlich die Ansprüche durch einen Rechtsanwalt prüfen und durchsetzen zu lassen. Die Kosten seien angefallen und von der Klägerin bezahlt worden.

Nach der ersten mündlichen Verhandlung vom 24.04.2020 hat der Senat der Klägerin folgende Hinweise erteilt,

„Die Klägerin hat den Eintritt eines kausalen Schadens und insbesondere dessen Höhe bislang nicht hinreichend dargelegt.

1.

Der Senat hat als zuständiges Regressgericht auf Grund der gesamten Sach- und Rechtslage selbstständig darüber zu befinden, ob die Steuerfestsetzung, mit welcher die Klägerin ihren Schaden begründet, rechtmäßig erfolgt ist oder nicht (BGH NJW-RR 2014, 1015 Rn 24). Insofern hat der Senat zu prüfen, ob die Tätigkeit der Klägerin als privilegiert i.S.d. § 8 VII 2 KStG anzusehen ist.

Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand geht der Senat nicht davon aus, dass die Klägerin aus den in § 8 VII 2, 1. Alt. KStG genannten politischen Gründen dauerdefizitär tätig ist; weil ihre Aufgaben im Wesentlichen der Wirtschaftsförderung dienen dürften. Allerdings ist die Klägerin - wie sie selbst gegenüber dem Finanzgericht argumentiert - jedenfalls teilweise auch hoheitlich tätig, soweit sich ihre Aufgaben auf den Fremdenverkehr beziehen (§ 8 VII 2, 2. Alt. KStG). Werden sowohl hoheitliche als auch wirtschaftliche Tätigkeiten ausgeübt, sind diese Tätigkeiten zu trennen und entsprechende Sparten zu bilden (§ 8 IX KStG). Können sie nicht eindeutig abgegrenzt werden, weil hoheitliche und wirtschaftliche Tätigkeit derart eng miteinander verflochten sind oder ineinander greifen, dass eine Trennung nicht möglich oder nicht zumutbar ist, kommt es darauf an, welcher Bereich überwiegt bzw. welcher Bereich der Tätigkeit das Gepräge gibt. Sind die Tätigkeiten überwiegend dem hoheitlichen Bereich zuzuordnen, wird kein Betrieb gewerblicher Art begründet (Blümlich-Erhard, KStG, Stand: August 2019, § 4 Rn 94). Überwiegt hingegen die wirtschaftliche Tätigkeit, fließen hoheitliche Tätigkeiten in die Gewinnermittlung ein (Gosch-Martens, KStG, 3. Aufl. 2015, § 4 Rn 106).

Die bisherigen Angaben der Klägerin zu ihren Aufgaben und Tätigkeiten, insbesondere welchen Umfang diese jeweils einnehmen, sind in ihrer Pauschalität nicht geeignet, eine konkrete Zuordnung zum hoheitlichen und wirtschaftlichen Handeln vorzunehmen. Dementsprechend ist auf der bisherigen Grundlage nicht festzustellen, inwiefern die Steuerfestsetzung

insgesamt oder auch nur in Teilen zu Recht erfolgt ist.

2.

Der Senat ist der Auffassung, dass im vorliegenden Fall im Rahmen des gebotenen Gesamtvermögensvergleichs eine konsolidierte Schadensbetrachtung zu erfolgen hat. Denn, die streitgegenständliche Beratungspflicht(verletzung) - Hinweis auf die mögliche Annahme einer vGA, welche zu einer Körperschaftsteuerpflicht bei den Gesellschaftern der Klägerin führen könnte, die nur durch das Ausstellen einer Bescheinigung nach § 27 III KStG zur entsprechenden Verwendung des steuerlichen Einlagenkontos verhindert werden kann - zielt im Wesentlichen auf den Schutz der Interessen der Gesellschafter der Klägerin ab, weil diese am Ende tatsächlich die Steuerlast zu tragen haben.

Dementsprechend hat die Klägerin nicht nur - wie im Einzelnen ausgeführt - die rechtmäßige Steuerfestsetzung darzulegen, sie hat auch mögliche Vorteile, die auf ihrer oder auf Seiten ihrer Gesellschafter infolge der Annahme einer vGA in Höhe des Jahresverlusts 2013 eingetreten sind, darzulegen und zu berücksichtigen.

a)

Weil die Klägerin für das Jahr 2013 keine Bescheinigung nach § 27 III KStG zugunsten ihrer Gesellschafter ausgestellt hat, ist der Bestand des steuerlichen Einlagenkontos um den betreffenden Betrag von 406.002,00 € höher als es anderenfalls gewesen wäre. Denn das steuerliche Einlagekonto wird nur um den bescheinigten Betrag gemindert (Rückschluss aus § 27 V 6 KStG, Gosch-Bauschatz, KStG, 3. Aufl. 2015, § 27 Rn 102 iVm 105). Der aus einer zu niedrigen Bescheinigung resultierende höhere Bestand des steuerlichen Einlagekontos steht grundsätzlich für zukünftige steuerfreie Ausschüttungen zur Verfügung (Klett/Peitsmeyer, BB 2011, 2121 (2124)).

Insoweit hat der Geschäftsführer der Klägerin in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass das steuerliche Einlagenkonto auf Grundlage eines jährlich gefertigten Wirtschaftsplans in Höhe des für das betreffende Jahr erwarteten Verlusts durch die Gesellschafter in unterschiedlichen Anteilen gespeist wird. Aufgrund der streitgegenständlichen Pflichtverletzung der Beklagten stünde den Gesellschaftern der Klägerin ein um 406.002,00 € höherer Bestand des steuerlichen Einlagenkontos zur Verfügung, mit welchem durch Erteilung von Bescheinigungen nach § 27 III KStG künftige Kapitalertragsteuerlasten auf Grundlage von vGAen kompensiert werden können, ohne dass die Gesellschafter entsprechende Einzahlungen auf das Konto vornehmen müssten. Hierdurch ersparten die Gesellschafter künftig - ohne weitere Einzahlungen leisten zu müssen - gerade die Steuerlast, welche sie vorliegend von der Beklagten ersetzt verlangen. Ein ersatzfähiger Schaden dürfte dann nicht vorliegen.

b)

Nach Auffassung des Senats ist § 8b KStG vorliegend anwendbar, sodass die Klägerin etwaige Steuervorteile ihrer Gesellschafter, die sich aus dieser Vorschrift ergeben, bei ihrer Schadensberechnung zu berücksichtigen hat.

c)

Weil die Klägerin in Bezug auf die streitgegenständlichen Steuern nach § 44 I 3, 5 EStG nur Entrichtungsschuldnerin gewesen ist, welche die entsprechenden Beträge nur für Rechnung ihrer Gesellschafter gezahlt hat, die tatsächlich die Steuerschuldner sind (§§ 44 I 1, 43 I Nr. 1, 20 I Nr. 1 S. 2 EStG), haben ihre Leistungen für die Gesellschafter den Charakter von Vorauszahlungen, die anschließend nach § 31 I 1 KStG i.V.m. § 36 II Nr. 2

EStG auf Körperschaftsteuerschulden der Gesellschafter angerechnet werden; etwaige Überzahlungen werden an den betreffenden Gesellschafter erstattet.

Die Klägerin hat daher im Einzelnen darzulegen und ggf. nachzuweisen, welche Steuerlast bei den einzelnen Gesellschaftern schlussendlich nach erfolgter An- und Verrechnung verblieben ist.“

Auf diese Hinweise hin ergänzt die Klägerin ihr Vorbringen dahingehend, dass sie ihre Tätigkeiten erneut aufschlüsselt und darlegt. Im Rahmen einer umsatzsteuerlichen Außenprüfung betreffend die Jahre 2012 bis 2015 sei das zuständige Finanzamt zu dem Ergebnis gekommen, dass die von der Klägerin generierten Umsätze zu 90% gewerblicher Natur seien. Zur Begründung verweist die Klägerin auf den betreffenden Betriebsprüfungsbericht des Finanzamts K vom 27.09.2016 und meint, die Auffassung der Finanzverwaltung, die Tätigkeit der Klägerin sei ein dauerdefizitäres Verlustgeschäft, welches nicht zu den begünstigten Dauerverlustgeschäften nach § 8 VII 2 KStG gehöre, weil es sich in weit überwiegendem Umfang um eine Tätigkeit der allgemeinen Wirtschaftsförderung handele, sei deshalb völlig zutreffend.

Entgegen der Auffassung des Senats habe eine konsolidierte Schadensberechnung nicht zu erfolgen, weil die Klägerin aufgrund eigenen Fehlverhaltens vom Finanzamt in Anspruch genommen worden sei, d.h. persönlich hafte. Dementsprechend bestehe kein Erstattungsanspruch in Höhe der geleisteten Kapitalertragsteuer gegenüber ihren Gesellschaftern, jedenfalls nicht nach § 44 EStG. Allenfalls sei ein Gesamtschuldnerausgleich vorzunehmen. Mangels anderweiter Bestimmungen hätten die Gesellschafter der Klägerin daher nach § 426 BGB allenfalls 1/2 des streitgegenständlichen Schadens zu erstatten.

Soweit im Öffentlichen Betrauungsakt des Landkreises W betreffend die Klägerin vom 21.07.2015 - und auch für die Vergangenheit - unter § 3 vereinbart sei, dass der Landkreis die der Klägerin jährlich entstehenden Defizite ausgleiche, stehe der Annahme eines Schadens der Klägerin nicht entgegen. Nach der Rechtsprechung des BFH (1 R 32/06) seien verdeckte Gewinnausschüttungen an die Gesellschafter einerseits und der Ausgleich der Verluste durch den Landkreis als verdeckte Einlage völlig getrennt voneinander zu betrachten. Auch nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung seien die Leistungen des Landkreises nicht zugunsten der Beklagten zu berücksichtigen.

Ein etwaig höherer Bestand des steuerlichen Einlagenkontos entspreche auch nicht einem realen Kapitalguthaben und führe nicht zu einem Auszahlungsanspruch der Gesellschafter gegenüber der Klägerin. Auch ansonsten hätten die Gesellschafter der Klägerin aus einem höheren Bestand des steuerlichen Einlagenkontos keine finanziellen Vorteile, weil die Klägerin ab 2014 - unstrittig - die Bescheinigungen nach § 27 III KStG ausgestellt habe und daher keine Kapitalertragsteuern wegen vGAen mehr entstanden seien.

Die streitgegenständliche Kapitalertragsteuer sei auch auf Ebene der Gesellschafter nicht mit anderen Steuerschulden zu verrechnen. Soweit die Gesellschafter der Klägerin ihre Beteiligung an der Klägerin im hoheitlichen Vermögen und nicht als Betrieb gewerblicher Art hielten, schuldeten sie systematisch keine Körperschaftssteuer. Soweit die Anteile von den Gesellschaftern im gewerblichen Vermögen gehalten würden, käme eine Verrechnung nur mit sonstigen Steuerschulden der jeweiligen Gesellschafter in Betracht. Nach entsprechenden Mitteilungen der Gesellschafter hätten diese im betreffenden Jahr 2013 aber wegen entsprechender Verlustvorträge, die auch künftig nicht mehr genutzt werden könnten, keine Körperschaftsteuer geschuldet. Der Touristikverband W e.V. sei nicht mehr aktiv tätig, sodass eine Verrechnung mit anderweitigen Steuerschulden des Vereins nicht stattgefunden habe und nicht mehr stattfinden könne.

Die Beklagte hält dieses, weitere Vorbringen der Klägerin - mit weiteren Ausführungen - für unzureichend, um den Hinweisen und Auflagen des Senats im vorgenannten Beschluss vom 24.04.2020 gerecht zu werden und einen etwaigen Schadensersatzanspruch zu begründen. Insbesondere seien ihre Angaben zu ihren Tätigkeiten und deren Umfang weiterhin zu pauschal, um eine konkrete Zuordnung zu hoheitlichem oder wirtschaftlichem Handeln und damit eine Spartenbildung nach § 8 IX KStG vorzunehmen, sodass weiterhin nicht festzustellen sei, ob die streitgegenständliche Steuerfestsetzung zu Recht erfolgt sei. Zudem sei nach dem eigenen Vortrag der Klägerin der betreffend das Jahr 2013 auf dem steuerlichen Einlagenkonto verbliebene Betrag in den Folgejahren zur Ver-

meidung des Anfalls von Körperschaftssteuern verwandt worden. Ein ersatzfähiger Schaden liege damit nicht vor. Im Übrigen erklärt sich die Beklagte mit Nichtwissen zum Vorbringen der Klägerin zu den etwaig (nicht) verbleibenden oder verbliebenen Steuerschäden ihrer Gesellschafter.

Allenfalls könnte die Klägerin daher eine Zug-um-Zug-Verurteilung beanspruchen, und zwar gegen Auskunft über jährlich ihren Gesellschaftern etwa entstehende steuerliche Vorteile aus der zukünftigen Nutzung des steuerlichen Einlagekontos in Höhe von den streitgegenständlichen 406.002,00 € und der Feststellung, dass die Klägerin verpflichtet sei, die steuerlichen Vorteile, über welche sie Auskunft zu geben habe, an die Beklagte auszus zahlen. Dementsprechend habe sie für den Fall, dass der Klägerin der streitgegenständliche Schadensersatzanspruch zustehe, Hilfswiderklage erhoben. (...)

Aus den Gründen:

A.

Die zulässige Berufung der Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil ist begründet.

Das Landgericht hat der Klage zu Unrecht teilweise stattgegeben. Der Klägerin steht der geltend gemachte Schadensersatzanspruch gegenüber der Beklagten aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.

Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass die Beklagte ihre steuerberaterlichen Pflichten gegenüber der Klägerin dadurch verletzt hat, dass sie nicht auf die Gefahr hingewiesen hat, das Finanzamt könnte die Tätigkeit der Klägerin nicht als privilegiertes Dauerverlustgeschäft i.S.d. § 8 VII 1 Nr. 2 KStG ansehen und daher von einer vGA in Höhe des 2013 erwirtschafteten Verlusts von rd. 406.000,00 € ausgehen, und der Klägerin nicht die Ausstellung einer Bescheinigung an ihre Gesellschafter über die Verwendung des Guthabens des steuerlichen Einlagenkontos in entsprechender Höhe nach § 27 III KStG empfohlen hat, begründet dies nicht den geltend gemachten Schadensersatzanspruch der Klägerin.

Denn die Klägerin hat einen etwaigen, aus einer solchen Pflichtverletzung resultierenden kausalen Schaden nicht hinreichend konkret und schlüssig dargelegt.

1.

Denn der Senat kann auf Grundlage des Klägervortrages nicht prüfen und feststellen, inwiefern die streitgegenständliche Steuerfestsetzung gegen die Klägerin zu Recht erfolgt ist und damit der streitgegenständliche Schaden tatsächlich als von der Beklagten zu ersetzender Schaden entstanden ist. Die zwar inzwischen bestandskräftige, aber auf einer tatsächlichen Verständigung der Beteiligten beruhende Steuerfestsetzung ist insoweit nicht maßgeblich. **Denn der Senat als das für**

den Regressprozess zuständige Gericht hat bei der Beurteilung, ob einem Kläger aus fehlerhafter Beratung ein Schaden entstanden ist, grundsätzlich nicht darauf abzustellen, wie die zuständige Verwaltungsbehörde oder das angerufene Gericht tatsächlich entscheidet, sondern auf Grund der gesamten Sach- und Rechtslage selbstständig darüber zu befinden, wie das betreffende Verfahren richtigerweise hätte ausgehen müssen (vgl. BGH NJW-RR 2014, 1015 Rn 24).

Dem Senat fehlt aber die tatsächliche Grundlage, um überprüfen zu können, ob das zuständige Finanzamt zu Recht davon ausgegangen ist, dass oder in welchem Umfang die Klägerin einem nicht i.S.d. § 8 VII KStG privilegierten Dauerverlustgeschäft nachgeht und die streitgegenständliche Steuerfestsetzung gegen die Klägerin daher zu Recht erfolgt ist.

a)

Zwar handelt es sich bei der Tätigkeit der Klägerin unstreitig um ein Dauerverlustgeschäft i.S.d. § 8 VII 1 KStG. Denn die Klägerin unterhält eine Betätigung, hinsichtlich welcher auf Grund einer Prognose nach den Verhältnissen des jeweiligen Veranlagungszeitraums nicht mit einem positiven oder ausgeglichenen Ergebnis oder nicht mit einem steuerlichen Totalgewinn zu rechnen ist (BStBl I 1998, 1303 Rn 36).

Ihre Tätigkeit erfolgt aber - auch nach ihrem eigenen Vortrag - nicht aus den in § 8 VII 2, 1. Alt. KStG im Einzelnen aufgeführten, privilegierten politischen Gründen, also aus Verkehrs-, umwelt-, sozial-, kultur-, bildungs- oder gesundheitspolitischen Gründen (vgl. Blümich-Rengers, KStG, Stand: August 2019, § 8 Rn 1123). Mit ihrer Fremdenverkehrsförderung und dem kommunalen Standort- und Touristikmarketing trägt sie vielmehr zu einer Belebung der Wirtschaft in der Region bei. Zudem ergibt sich aus dem von der Klägerin vorgelegten Öffentlichen Betrauungsakt, dass ihre Aufgaben als „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ bezeichnet werden, auch wenn sie nach diesem Betrauungsakt auch Dienstleistungen erbringen kann, die nicht zu solchen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zählen.

b)

Die Klägerin hat aber auch nicht hinreichend substantiiert und schlüssig dargelegt, dass sie ihre Tätigkeit als Betrieb gewerblicher Art (BgA) i.S.d. § 8 VII 1 Nr. 1 KStG ausübt und das Geschäft nicht Ausfluss einer Tätigkeit ist, die bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu einem Hoheitsbetrieb gehört (§ 8 VII 2, 2. Alt. KStG).

aa)

Nach § 4 I KStG sind BgA von juristischen Personen des öffentlichen Rechts i.S.d. § 1 I Nr. 6 KStG - mit Ausnahme von Betrieben, die überwiegend der Ausübung der öffentlichen

Gewalt dienen (Hoheitsbetriebe, § 4 V KStG) - alle Einrichtungen, die einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen außerhalb der Land- und Forstwirtschaft dienen und die sich innerhalb der Gesamtbetätigung der juristischen Person wirtschaftlich herausheben. Die Absicht, Gewinn zu erzielen, und die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr sind nicht erforderlich.

Es liegt also kein Hoheitsbetrieb vor, wenn sich die juristische Person des öffentlichen Rechts am wirtschaftlichen Verkehr beteiligt und Tätigkeiten übernimmt, die sich ihrem Inhalt nach von Tätigkeiten privater Unternehmen nicht wesentlich unterscheiden (Blümich-Erhard, KStG, Stand: August 2019, § 4. Rn 92; Gosch-Märtens, KStG, 3. Aufl. 2015, § 4 Rn 109). Dann bewegt sich auch die juristische Person des öffentlichen Rechts in Bereichen der unternehmerischen Berufs- und Gewerbeausübung, in denen private Unternehmen durch den - tatsächlichen oder auch nur potentiellen - Wettbewerb mit (grundsätzlich nicht steuerpflichtigen) Körperschaften des öffentlichen Rechts ihrerseits nicht benachteiligt werden dürfen (stRspr BFH DStR 2012, 1912 (1913)).

Wie sich nicht zuletzt bereits aus dem o.g. Betrauungsakt ergibt, übt die Klägerin sowohl hoheitliche als auch wirtschaftliche Tätigkeiten aus. In diesem Fall sind diese Tätigkeiten zu trennen und - ggf. im Wege der Schätzung - gem. § 8 IX KStG Sparten zu bilden. Können sie nicht eindeutig abgegrenzt werden, weil hoheitliche und wirtschaftliche Tätigkeit derart eng miteinander verflochten sind oder ineinander greifen, dass eine Trennung nicht möglich oder nicht zumutbar ist, kommt es darauf an, welcher Bereich überwiegt bzw. welcher Bereich der Tätigkeit das Gepräge gibt. Sind die Tätigkeiten, überwiegend dem hoheitlichen Bereich zuzuordnen, wird kein BgA begründet (Blümich-Erhard, KStG, Stand: August 2019, § 4 Rn 94). Überwiegt hingegen die wirtschaftliche Tätigkeit, fließen hoheitliche Tätigkeiten in die Gewinnermittlung ein (Gosch-Märtens, KStG, 3. Aufl. 2015, § 4 Rn 106).

bb)

Trotz des umfassenden Hinweises des Senats hat die Klägerin bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht konkret dargelegt, in welchem Umfang sie, im betreffenden Steuerjahr hoheitlich und in welchem Umfang sie wirtschaftlich tätig gewesen ist.

(1)

Zwar können die einzelnen, von ihr aufgelisteten Tätigkeiten an sich eher hoheitlichem (z.B. Errichtung und Unterhaltung von Wander- und Radwegen) oder wirtschaftlichem (z.B. Vermittlung von Beherbergungsangeboten oder Werbemaßnahmen) Handeln zugeordnet werden. Es fehlen jedoch jegliche konkrete, nachvollziehbare und nachprüfbare Angaben der

Klägerin zum Umfang der jeweils von ihr dargestellten Aufgaben. Allein die Aufzählung ihrer Tätigkeiten liefert insofern keine geeignete Grundlage, um Rückschlüsse auf den Umfang der betreffenden Tätigkeit zu ziehen. Insofern fehlt auch jegliche Tatsachengrundlage für eine mögliche Schätzung.

(2)

Auch der Hinweis der Klägerin auf die Feststellungen des Finanzamts sowie die tatsächliche Verständigung vor dem Finanzgericht verhelfen ihrer Klage nicht zum Erfolg.

Zwar ergibt sich aus dem zuletzt von der Klägerin vorgelegten Betriebsprüfungsbericht nach einer umsatzsteuerlichen Sonderprüfung, dass das Finanzamt davon ausging, 90% der von ihr generierten Umsätze seien gewerblicher Natur.

Zum einen muss der Senat aber - wie ausgeführt - selbst prüfen, ob die Tätigkeit der Klägerin als privilegiert i.S.d. § 8 VII 2 KStG anzusehen ist.

Der Hinweis auf Feststellungen eines Finanzamtes im Rahmen einer umsatzsteuerlichen Außenprüfung ermöglicht dem Senat gerade nicht, insoweit eine eigene Prüfung vorzunehmen. Das Ergebnis der Prüfung des Finanzamtes ist für den Senat unerheblich. Gleiches gilt für die tatsächliche Verständigung vor dem Finanzgericht.

Zum anderen ergibt sich weder aus dem in Bezug genommenen Betriebsprüfungsbericht noch aus dem Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Finanzgericht oder der tatsächlichen Verständigung etwas zu den konkreten Grundlagen, welche die Beteiligten jeweils ihrer Bewertung zugrunde gelegt haben.

Nach den Ausführungen im Betriebsprüfungsbericht hat das Finanzamt auf Grundlage der Auswertung nicht weiter erläuterter Kosten eine Umrechnung vorgenommen, um „möglichst einfach“ die steuerpflichtigen Umsätze der Klägerin zu ermitteln. Nicht nur ist diese Auswertung, Umrechnung und Ermittlung durch das Finanzamt nicht weiter nachzuvollziehen. Es ist nicht ersichtlich, dass das Finanzamt im Einzelnen die Tätigkeiten der Klägerin analysiert und dem hoheitlichen oder wirtschaftlichen Tätigkeitsbereich zugeordnet hätte. Vielmehr hat es für eine „möglichst einfache Ermittlung“ eine wie auch immer geartete Umrechnung und Pauschalierung zur Ermittlung steuerpflichtiger Umsätze vorgenommen. Daraus ergeben sich keine Grundlagen für eigene Feststellungen des Senats zum Umfang hoheitlicher oder wirtschaftlicher Tätigkeit der Klägerin.

Des Weiteren ist zu beachten, dass - nach dem vorliegenden Verhandlungsprotokoll - der zuständige Senat des Hessischen Finanzgerichts selbst von einem Anteil hoheitlicher Tätigkeit

von nur 5% ausgegangen ist, also insoweit anderer Auffassung als das Finanzamt gewesen ist. Wiederum ist aber völlig offen, was konkret Grundlage dieser (abweichenden) Einschätzung gewesen ist.

Damit nimmt die Klägerin die erforderliche Aufteilung oder Spartenbildung im Hinblick auf ihre Tätigkeiten weiterhin nicht vor, d.h. sie führt weiterhin nicht aus, mit welchem Anteil ihre Tätigkeit hoheitlichem oder wirtschaftlichem Handeln zuzuordnen sein sollen.

Dem Senat fehlt daher die Grundlage, um überprüfen zu können, ob das zuständige Finanzamt zu Recht davon ausgegangen ist, dass es sich bei der Klägerin um einen BgA i.S.d. § 8 VII 1, Nr. 1 KStG handelt, dessen Tätigkeit nicht nach § 8 VII 2, 2. Alt. KStG privilegiert ist, und die streitgegenständliche Steuerfestsetzung gegen die Klägerin überhaupt zu Recht erfolgt ist.

Dies geht zu Lasten der Klägerin, weil diese als Anspruchstellerin im vorliegenden Verfahren darlegungs- und beweisbelastet für das Entstehen eines kausalen Schadens ist.

2.

Selbst wenn die inzwischen bestandskräftige Steuerfestsetzung gegen die Klägerin zu Recht erfolgt wäre, wäre die Klage unbegründet.

Denn die Klägerin hat trotz des ausführlichen Hinweises des Senats vom 24.04.2020 bis zuletzt auch den **notwendigen Gesamtvermögensvergleich nicht angestellt**.

a)

Ausgangspunkt der **Schadensberechnung** ist die **Differenzhypothese**. Ob und inwieweit ein nach §§ 249 ff BGB zu ersetzender Vermögensschaden vorliegt, beurteilt sich regelmäßig nach einem Vergleich der in Folge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre. Erforderlich ist ein

Gesamtvermögensvergleich, der alle von dem haftungsbegründenden Ereignis betroffenen finanziellen Positionen umfasst. Dieser erfordert hierbei nicht lediglich eine Berücksichtigung von Einzelpositionen, sondern eine Gegenüberstellung der hypothetischen und der tatsächlichen Vermögenslage. (BGH NJW-RR 2017, 52 Rn 9; BGH NJW 2015, 1373 Rn 7; BGH NJOZ 2011, 1736 (1738)). Hierbei ist grundsätzlich die gesamte Schadensentwicklung bis zum prozessual spätesten möglichen Zeitpunkt, nämlich der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz, in die Schadensberechnung einzubeziehen (OLG Köln DStR 2014, 1355 juris-Rn 63). **Außerdem kommen dabei die allgemeinen Grundsätze der Schadenszurechnung und Vorteilsausgleichung zur Anwendung. Danach sind nicht alle Vorteile berücksichtigungsfähig, die durch die**

Nichterfüllung adäquat kausal verursacht wurden, sondern nur solche, deren Anrechnung dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht entspricht, d.h. den Geschädigten nicht unzumutbar belastet und den Schädiger nicht unbillig begünstigt (BGH NJW 1997, 2378 juris-Rn 7).

b)

Hier ist im vorliegenden Fall - entgegen der Auffassung der Klägerin - **im Rahmen einer konsolidierten Schadensbetrachtung auch die Vermögenssituation zu berücksichtigen**, die sich aus den tatsächlichen Geschehnissen auf Seiten ihrer **Gesellschafter** ergeben hat.

Nach der konsolidierten Schadensberechnung können die Vermögen von mehreren Personen im Rahmen der Schadensberechnung konsolidiert werden, wenn diese Personen als **wirtschaftliche Einheit zu verstehen sind** (vgl. Gräfe/Lenzen/Schmeer- Gräfe, Steuerberaterhaftung, 6. Aufl. 2017, Rn 563). Entscheidend ist hierbei der **konkrete Auftrag**, den der Mandant dem Berater ausdrücklich oder den Umständen nach erteilt hat. War die **Einbeziehung der Vermögensinteressen des oder der jeweiligen Dritten nach dem Inhalt des Beratungsvertrages geschuldet**, ist die Schadensberechnung auch unter Einbeziehung dieser Drittinteressen vorzunehmen (BGH MDR 2016, 272 Rn 15; BGH NJW 2015, 1373 juris-Rn 10). Maßgeblich ist dabei, ob die vereinbarungsgemäß zu berücksichtigenden Vermögen rein tatsächlich so miteinander verbunden sind, dass **bei wirtschaftlicher Betrachtung von einem Gesamtvermögen** ausgegangen werden kann (BGH DStR 2021, 546 juris-Rn 18).

Auch wenn der BGH in seinem Urteil vom 18.12.1997 (IX ZR 153/96; NJW 1998, 1486) eine konsolidierte Schadensbetrachtung bei einer vGA an den Gesellschafter- Geschäftsführer einer "Einmann"-GmbH abgelehnt hat (juris-Rn 21-23), ist eine solche Trennung der Vermögensmassen im vorliegenden Fall unter Berücksichtigung der o.g. Grundsätze nicht anzunehmen.

Die hier streitgegenständliche Beratungspflicht(verletzung) - Hinweis auf die möglicher Annahme von vGA, welche zu einer Körperschaftsteuerpflicht bei den Gesellschaftern der Klägerin führen könnte, die nur durch das **Ausstellen einer Bescheinigung nach § 27 III KStG** zur entsprechenden Verwendung des steuerlichen Einlagenkontos verhindert werden kann - **zielt im Wesentlichen auf den Schutz der Interessen der Gesellschafter der Klägerin ab, weil diese am Ende die tatsächlich Steuerpflichtigen sind**. Denn die Klägerin ist in Bezug auf die streitgegenständlichen Steuern nach § 44 I 3, 5 EStG nur Entrichtungsschuldnerin gewesen, welche die entsprechenden Beträge nur für Rechnung ihrer Gesellschafter gezahlt hat, die tatsächlich die Steuerschuldner sind (§§ 44 I 1, 43 I Nr. 1, 20

I Nr. 1 S. 2 EStG). Ihre Leistungen haben also für die Gesellschafter den Charakter von Vorauszahlungen, die anschließend nach § 31 I 1. KStG i.V.m. § 36 II Nr. 2 EStG auf Körperschaftsteuerschulden der Gesellschafter angerechnet werden; etwaige Überzahlungen werden an den betreffenden Gesellschafter erstattet. Dementsprechend hat die Klägerin selbst geltend gemacht, der von der Klägerin mit der Beklagten geschlossene **Beratungsvertrag habe Schutzwirkung auch zugunsten ihrer Gesellschafter entfaltet**.

c)

Die Klägerin hätte daher im Einzelnen darzulegen und ggf. nachzuweisen gehabt, welche Steuerlast unter Berücksichtigung der von der Klägerin geleisteten, streitgegenständlichen (Voraus)zahlung bei den einzelnen Gesellschaftern schlussendlich nach erfolgter An- und Verrechnung verblieben ist.

Hierzu ist das Vorbringen der Klägerin entweder unzureichend oder es ergibt, dass eine tatsächliche Steuerbelastung in Höhe der insoweit von der Klägerin anteilig geleisteten Vorauszahlung oder ein sonstiger Vermögensnachteil in entsprechender Höhe bei den Gesellschaftern nicht verbleibt.

(aa) Schriftsätzlich hat die Klägerin behauptet, diejenigen ihrer Gesellschafter, welche die betreffenden Gesellschaftsanteile in ihrem hoheitlichen Vermögen hielten, schuldeten „aus systemischen Gründen“ keine Körperschaftsteuer. Dann wären die von der Klägerin für diese Gesellschafter geleisteten Vorauszahlungen als Überzahlungen zu erstatten, sodass ein Vermögensschaden nicht verbliebe.

In der letzten mündlichen Verhandlung hat der Klägerevertreter das Vorbringen dahingehend klargestellt, dass diese Gesellschafter, auch wenn sie die Gesellschaftsanteile an der Klägerin im hoheitlichen Vermögen hielten, ggf. in Bezug auf diesen Anteil körperschaftsteuerpflichtig seien. Auf dieser Grundlage fehlen dann aber jegliche Angaben der Klägerin zur konkreten, tatsächlichen Steuerlast betreffend diese Gesellschafter für das Steuerjahr 2013.

(bb) Soweit Gesellschafter der Klägerin ihren Gesellschaftsanteil in ihrem wirtschaftlichen Vermögen halten, ergibt sich aus den von der Klägerin von diesen vorgelegten Mitteilungen, dass diese überwiegend für das Steuerjahr 2013 keine Körperschaftsteuer zahlen mussten, weil sie über entsprechend hohe Verlustvorträge verfügten. Auch in diesem Fall wäre die streitgegenständliche, von der Klägerin (voraus)gezahlte Körperschaftsteuer vom Finanzamt an diese Gesellschafter zu erstatten, weil die betreffende (anteilige) vGA von den Verlustvorträgen aufgebraucht und daher keine Kapitalertragsteuer für 2013 zu zahlen wäre.

Soweit die betreffenden Gesellschafter darauf verweisen, dass bei ihnen durch den notwendigen Verbrauch der Verlustvorträge ein Schaden verbleiben würde, der in Höhe der betreffenden Kapitalertragsteuer zzgl. Solidaritätszuschlag zu bewerten sei, trifft diese Auffassung nicht zu.

Nach der Rechtsprechung kann der Schaden durch den Verbrauch des Verlustvortrages nicht in der Weise bemessen werden, dass die Steuerbelastung zugrunde gelegt wird, die sich ohne den Einsatz des Verlustvortrags ergeben hätte. Ein Schaden ist vielmehr erst dann entstanden, wenn sich der Verbrauch des Verlustvortrags zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz konkret ausgewirkt hat oder die Auswirkungen zumindest absehbar sind. Künftige Entwicklungen sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sie aufgrund der vorgetragenen Tatsachen mit einer für die Anwendung von § 287 ZPO ausreichenden Wahrscheinlichkeit beurteilt werden können (BGH NJW 2009, 1591 juris-Rn 20; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.11.2010, Az. I-23 U 98/09 juris-Rn 41).

Hierzu fehlt jeglicher substantiierte Vortrag der Klägerin. Vielmehr ergibt sich aus dem eigenen Vortrag der Klägerin, dass einzelne Gesellschafter über „hohe Verlustvorträge“ verfügten bzw. „gegenwärtig und in der Vergangenheit seit dem Steuerjahr 2013“ keine Körperschaftssteuer gezahlt worden sei. Lediglich in der Mitteilung der Gemeinde W heißt es, „Die letzten Jahre hatten wir in dem GbA Überschüsse, wodurch der Verlustvortrag langsam aufgebraucht wird“; danach könnte anklingen, dass der für 2013 verbrauchte Verlustvortrag irgendwann relevant werden könnte. Konkretes ergibt sich daraus jedenfalls nicht, anhand dessen mit einer ausreichenden Wahrscheinlichkeit angenommen werden könnte, in absehbarer Zeit würde dadurch eine Steuerbelastung der Gemeinde entstehen. Vielmehr ergibt sich auch aus dieser Mitteilung, dass seit 2013 bis Juni 2020 auch trotz des verbrauchten Verlustvortrages noch genügend Verluste vorhanden waren, um Steuerlasten abzuwenden.

Hinsichtlich der Stadt D fehlt wiederum jeglicher konkrete Vortrag zu einer tatsächlich verbleibenden Steuerlast für 2013.

Insgesamt ergibt sich damit aus dem eigenen Vortrag der Klägerin nicht, dass die streitgegenständliche Steuerbelastung, welche die Klägerin für ihre Gesellschafter vorausgezahlt hat, schlussendlich also Steuerbelastung in entsprechender Höhe bei den Gesellschaftern als Steuerschuldnern verbleiben würde. Entsprechende Erstattungsansprüche der Gesellschafter gegenüber dem Finanzamt wegen überzahlter Körperschaftssteuer sind - wie im Einzelnen ausgeführt - im Rahmen der konsolidierten Schadensberechnung beim anzustellenden Gesamtvermögensvergleich zu beachten.

B.

Die zulässige Anschlussberufung der Klägerin ist unbegründet. Mangels Bestehens eines Schadensersatzanspruchs in der Hauptsache, schuldet die Beklagte der Klägerin auch keine Zinsen oder vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten.

(...)

Insolvenzverwalterhaftung

- Verjährung
- Aufhebung/Rechtskraft der Einstellung des Insolvenzverfahrens

(BGH, *Beschl. v. 25.2.2021 – IX ZR 79/20*)

Leitsatz

Die dreijährige Verjährungshöchstfrist des § 62 Satz 2 InsO beginnt bereits mit der Aufhebung oder der Rechtskraft der Einstellung des Insolvenzverfahrens.

Aus den Gründen:

[1] Die Nichtzulassungsbeschwerde ist statthaft (§ 544 Abs. 1 ZPO) und zulässig (§ 544 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 ZPO). Sie hat jedoch keinen Erfolg. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Die geltend gemachten Verletzungen von Verfahrensgrundrechten hat der Senat geprüft, aber für nicht durchgreifend erachtet.

[2] Die von der Beschwerde aufgeworfene Frage, ob die dreijährige Verjährungshöchstfrist des § 62 Satz 2 InsO nicht bereits mit der Aufhebung oder der Rechtskraft der Einstellung des Insolvenzverfahrens, sondern entsprechend § 199 Abs. 1 BGB erst mit Ablauf des Jahres, in welchem der Aufhebungsbeschluss ergangen oder der Einstellungsbeschluss rechtskräftig geworden ist, beginnt, bedarf keiner Entscheidung durch ein Revisionsurteil. Sie ist im Blick auf die **Entstehungsgeschichte des § 62 InsO** (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Juni 2018 - IX ZR 171/16, NZI 2018, 744 Rn. 3), den insoweit **eindeutigen Wortlaut des § 62 Satz 2 InsO** und in **Übereinstimmung mit der im Schrifttum einhellig vertretenen Meinung** (Jaeger/Gerhardt, InsO, § 62 Rn. 9; BeckOK-InsO/Desch/ Hochdorfer, 2020, §62 Rn. 16; Nerlich/Römermann/Rein, InsO, 2017, §62 Rn. 7 f; Uhlenbruck/Sinz, InsO, 15. Aufl., §62 Rn. 8; Lind in Ahrens/Gehrlein/ Ringstmeier, Insolvenzrecht, 4. Aufl., § 62 Rn. 5; Schmidt/Thole, InsO, 19. Aufl., § 62 Rn. 7; vgl. auch MünchKomm-InsO/Schoppmeyer, 4. Aufl., § 62 Rn. 5; Luke in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2018, §62 Rn. 3; FK-InsO/Jahntz, 9. Aufl., §62 Rn. 5; HK-InsO/Lohmann, 10. Aufl., §62 Rn. 7; HmbKomm-InsO/Weitzmann, 8. Aufl., § 62 Rn. 3; KölnKomm-

InsO/Hess, § 62 Rn. 2; Graf-Schlicker/Webel, InsO, 5. Aufl., §62 Rn. 6 f; Braun/Baumert, InsO, 8. Aufl., §62 Rn. 2; Andres/Leithaus/Andres, InsO, 4. Aufl., § 62 Rn. 4) zu verneinen.

Haftung von Gründungsgesellschaftern

- Gründungskommanditist
 - Treuhandkommanditist
 - Spezialgesetzliche Prospekthaftung
 - Vorvertragliche Haftung
- (BGH, Beschl. v. 19.1.2021 – XI ZB 35/18)

Leitsatz

Die spezialgesetzliche Prospekthaftung gemäß den § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG in der bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung schließt in ihrem Anwendungsbereich eine Haftung der Gründungsgesellschafter als Prospektveranlasser unter dem Aspekt einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung gemäß § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB aus (Fortführung von Senatsbeschluss vom 23. Oktober 2018 – XI ZB 3/16, BGHZ 220, 100 Rn. 55).

Zum Sachverhalt:

[1] Die Parteien streiten im Rahmen eines Verfahrens nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz in der Rechtsbeschwerdeinstanz noch über die Unrichtigkeit des Verkaufsprospekts der M. P.KG(künftig: Fondsgesellschaft) und eine daraus resultierende Haftung der Musterbeklagten.

[2] Die Musterbeklagte zu 1 (damals noch H. H.S. GmbH) und die Musterbeklagte zu 2 (damals noch H.H. KG) sind (Rechtsnachfolger der) Gründungsgesellschafter der Fondsgesellschaft. Die Musterbeklagte zu 1 fungierte zugleich als Treuhänderin für mittelbar an der Fondsgesellschaft beteiligte Anleger. Gegenstand des Unternehmens der Fondsgesellschaft war der Betrieb des Seeschiffs M. H. P., das die Fondsgesellschaft von der M. H.P. KG gemäß Kaufvertrag vom 25. Mai 2007 erworben hatte. Komplementärin dieser Gesellschaft war die M. H. T. GmbH. Deren Geschäftsführer waren zugleich Geschäftsführer der M. P. GmbH als Komplementärin der Fondsgesellschaft. Treuhänderisch vermittelte Anteile an der Fondsgesellschaft wurden auf der Grundlage eines am 5. Juli 2007 aufgestellten Verkaufsprospekts vertrieben, für dessen Inhalt die H. H. C. mbH die Prospektverantwortung übernahm. Die Geschäfte der Fondsgesellschaft entwickelten sich ungünstig. Im Jahr 2014 wurde über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet.

[3] Seit dem Jahr 2014 haben zahlreiche Anleger Klagen gegen die Musterbeklagten anhängig gemacht. Das Landgericht hat daraufhin mit Beschluss vom 11. Juni 2015 dem Oberlandesgericht Feststellungsziele zum Zwecke des Musterentscheids vorgelegt. Das Oberlandesgericht hat auf Antrag des Musterklägers das Musterverfahren durch Beschlüsse vom 13. Oktober 2017 und 9. November 2017 erweitert.

[4] Mit Musterentscheid vom 17. Januar 2018 hat das Oberlandesgericht nach Beweisaufnahme festgestellt, dass zwischen den Treugebern der Fondsgesellschaft und den Musterbeklagten ein vorvertragliches Schuldverhältnis zustande gekommen sei (Feststellungsziel 2), dass eine Verletzung von Pflichten aus diesem vorvertraglichen Schuldverhältnis den § 311 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 BGB "und/oder § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB" unterfalle (Feststellungsziel 3), dass Ansprüche wegen einer Pflichtverletzung im Rahmen dieses Schuldverhältnisses "in Anspruchskonkurrenz zu einer etwa gegebenen spezialgesetzlichen Prospekthaftung" stünden (Feststellungsziel 4), dass für etwaige Pflichtverletzungen aus diesem Schuldverhältnis die Regelverjährung gelte "und diese nicht durch eine spezialgesetzlich geregelte Verjährung einer etwa gegebenen Prospekthaftung im engeren Sinne verdrängt" werde (Feststellungsziel 5), dass § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB auch für Pflichtverletzungen im Rahmen dieses Schuldverhältnisses gelte (Feststellungsziel 7) und dass die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens auch auf Pflichtverletzungen im Rahmen dieses Schuldverhältnisses anwendbar sei (Feststellungsziel 8). Im Übrigen hat es die Anträge zurückgewiesen.

[5] Dagegen hat der Musterkläger Rechtsbeschwerde eingelegt, dem im Rechtsbeschwerdeverfahren 24 Beigeladene beigetreten sind. Der Musterkläger und die Beigetretenen begehren die Abänderung des Musterentscheids insoweit, als das Oberlandesgericht die Feststellungsziele betreffend die Fehlerhaftigkeit der Prospektangaben gemäß den Feststellungszielen 1 (2) und 11 nicht getroffen hat. Außerdem greifen sie die Zurückweisung der Anträge zu den Feststellungszielen 6 (Bestehen einer Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung des Prospekts), 9 (unterlassene Richtigstellung fehlerhafter Prospektangaben) und 10 (Verpflichtung zur Erteilung weiterer Informationen "vor und/oder nach Vertragsschluss") an.

[6] Der Prozessbevollmächtigte der Musterbeklagten zu 2 hat innerhalb der Beitritts- und Beitrittsbegründungsfrist die Vertretung der Musterbeklagten zu 2 angezeigt und beantragt, die Rechtsbeschwerde des Musterklägers zurückzuweisen. Eine Beitrittsbegründungsschrift hat er innerhalb der Beitrittsbegründungsfrist nicht eingereicht. Mit Beschluss vom 4. November 2019 ist die Musterbeklagte zu 1 zur Musterrechtsbeschwerdegegnerin bestimmt worden. Die Musterbeklagte zu 2, der dieser Beschluss am 22. November 2019 zugestellt worden ist, hat daraufhin mit Schriftsatz vom 26. November 2019

erklärt, "ihre Vertretungsanzeige" sei "als Beitrittserklärung zu verstehen", sie erkläre vorsorglich erneut den Beitritt und verweise zur Begründung ihres rechtlichen Interesses an diesem Beitritt auf die Rechtsbeschwerdeerwiderung vom 25. Juni 2018.

Aus den Gründen:

[7] Der Beitritt der Musterbeklagten zu 2, der nicht in eine Anschlussrechtsbeschwerde umgedeutet werden kann, ist unzulässig, was der Senat zugleich mit der instanzbeendenden Entscheidung aussprechen kann. Die Musterbeklagte zu 2, die innerhalb der Frist lediglich beantragt hat, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen, hat ihren Beitritt auf Seiten der Musterbeklagten zu 1 nicht innerhalb der Frist des § 20 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 KapMuG begründet.

[8] § 20 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 KapMuG gilt, was der Senat in seinem Beschluss vom 1. Dezember 2020 (XI ZB 27/19, juris Rn. 2 ff.) unter Verweis auf seine ständige Rechtsprechung nochmals im Einzelnen ausgeführt und begründet hat, auch für den Musterbeklagten, der nicht zum Musterrechtsbeschwerdegegner bestimmt wird. Die Vorschrift unterscheidet bei der Frage, ob der Beitritt zu begründen ist, nicht zwischen Beitretenden auf Seiten des Musterrechtsbeschwerdeführers und Beigetretenen auf Seiten des Musterrechtsbeschwerdegegners. Deshalb muss, obwohl im Revisions- und Rechtsbeschwerdeverfahren der Rechtsmittelgegner sonst nicht gehalten ist, innerhalb bestimmter Fristen die angegriffene Entscheidung zu verteidigen, auch der auf Seiten des Musterrechtsbeschwerdegegners beitretende Beteiligte des Musterverfahrens - hier nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 KapMuG - seinen Beitritt innerhalb der gesetzlichen Frist begründen (st. Rspr., vgl. nur Senatsbeschlüsse vom 29. Mai 2018 - XI ZB 3/18, juris Rn. 2, vom 13. November 2018 - XI ZB 19/18, juris Rn. 2 und vom 26. Mai 2020 - XI ZB 22/19, juris Rn. 2). Der vorsorglich auf Seiten des Rechtsbeschwerdegegners beitretende Musterbeklagte kann ggf. nach § 20 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 KapMuG, § 551 Abs. 2 Satz 5 und 6 ZPO die Verlängerung der Frist für die Begründung seines Beitritts beantragen. Wird er später als Musterrechtsbeschwerdegegner ausgewählt, erledigt sich sein Beitritt (BGH, Beschluss vom 4. November 2019 - II ZB 2/18, n.v.).

[9] Eine Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Begründung des Beitritts ist, was der Senat für das bis zum 31. Oktober 2012 geltende Recht bereits entschieden hat (Senatsbeschluss vom 19. August 2014 - XI ZB 12/12, WM 2014, 1764 Rn. 5), für das ab dem 1. November 2012 geltende Recht freilich entsprechend gilt, nicht statthaft.

[10] Der unzulässige Beitritt ist nicht in eine Anschlussrechtsbeschwerde umzudeuten (vgl. dazu Senatsbeschlüsse vom 21. Oktober 2014 - XI ZB 12/12, BGHZ 203, 1 Rn. 52 und vom 19.

August 2014 - XI ZB 12/12, WM 2014, 1764 Rn. 6 ff.). Die Rechtsbeschwerdeerwiderung (auch) der Musterbeklagten zu 2 ging nach Ablauf der Frist der § 21 Abs. 1 Satz 3 KapMuG, § 574 Abs. 4 Satz 1 ZPO und damit nicht fristgerecht ein. Eine Umdeutung einer unzulässigen prozessualen Handlung in eine andere unzulässige prozessuale Handlung kommt nicht in Betracht. Davon abgesehen enthält die Rechtsbeschwerdeerwiderung keinen eigenen Angriff gegen den Musterentscheid, sondern beschränkt sich auf Ausführungen dazu, warum der Musterentscheid - soweit vom Musterkläger angegriffen - Bestand haben solle.

[11] Der Senat kann die Entscheidung über die Zulässigkeit des Beitritts der Musterbeklagten zugleich mit der Endentscheidung über die Rechtsbeschwerde treffen, ohne dass es vorab einer Zwischenentscheidung bedürfte. § 71 ZPO findet keine entsprechende Anwendung (KK-KapMuG/Rimmelspacher, 2. Aufl., § 20 Rn. 73).

C.

[12] Die zulässige Rechtsbeschwerde des Musterklägers hat nur zu einem geringen Teil Erfolg.

I.

[13] Die Rechtsbeschwerde ist insgesamt zulässig. Sie ist rechtzeitig eingelegt und begründet worden (§ 20 Abs. 1 Satz 1 KapMuG i.V.m. § 575 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 ZPO). Gleiches gilt für die Beitritte der noch am Rechtsbeschwerdeverfahren Beteiligten, die der Rechtsbeschwerde des Musterklägers zur Unterstützung beigetreten sind (§ 20 Abs. 3 Satz 1 und 2 KapMuG).

[14] Zwar setzt ein ordnungsgemäßer Rechtsbeschwerdeantrag im Sinne von § 20 Abs. 1 Satz 1 KapMuG i.V.m. § 575 Abs. 3 Nr. 1 ZPO grundsätzlich die genaue Benennung der angegriffenen Teile des Musterentscheids voraus, die aufgehoben oder abgeändert werden sollen. Dementsprechend müssen die Feststellungsziele, hinsichtlich derer eine Abänderung des Musterentscheids im Wege der Rechtsbeschwerde begehrt wird, im Rechtsbeschwerdeantrag im Einzelnen bezeichnet werden. Zugleich müssen die Feststellungen, die durch das Rechtsbeschwerdegericht getroffen werden sollen, im Antrag wiedergegeben werden. Es genügt allerdings, wenn aus der Rechtsbeschwerdebegründung ersichtlich ist, welche einzelnen Feststellungsziele des Musterentscheids angegriffen sind (Senatsbeschlüsse vom 21. Oktober 2014 - XI ZB 12/12, BGHZ 203, 1 Rn. 55 ff. und vom 23. Oktober 2018 - XI ZB 3/16, BGHZ 220, 100 Rn. 35 f.). Das ist hier der Fall. Aus dem Rechtsbeschwerdeantrag in Verbindung mit der Rechtsbeschwerdebegründung ergibt sich, dass der Musterentscheid insgesamt zur Überprüfung gestellt ist, soweit das Oberlandesgericht den Anträgen des Musterklägers nicht entsprochen hat.

II.

[15] Die Rechtsbeschwerde des Musterklägers hat nur in geringem Umfang Erfolg. Das Oberlandesgericht ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass eine Feststellung gemäß dem Feststellungsziel 6 nicht zu treffen ist. Die Rechtsbeschwerde führt nur insoweit zur Aufhebung des Musterentscheids, als das Oberlandesgericht Feststellungen getroffen hat, auf die es nicht mehr ankommt, und in der Sache zu im Musterverfahren unstatthaften Feststellungszielen entschieden hat.

[16] 1. Das Oberlandesgericht hat zur Begründung des Musterentscheids - soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren noch von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:

[17] Der Prospekt enthalte keine Fehler (Feststellungsziele 1 [2] und 11). Weil die Feststellungsanträge zu den behaupteten inhaltlichen Mängeln des Prospekts sämtlich keinen Erfolg hätten, sei nicht festzustellen, dass eine Verwendung des Prospekts "Verletzungen von Pflichten" durch die Musterbeklagten gegenüber den Treugebern darstellten (Feststellungsziel 6). Aus diesem Grund ebenfalls nicht festzustellen sei, der unterbliebene Hinweis der Musterbeklagten nach Abschluss der Beteiligung der Treugeber an der Fondsgesellschaft auf die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Prospekts stelle eine Pflichtverletzung aus einem zwischen den Treugebern und den Musterbeklagten zustande gekommenen vorvertraglichen Schuldverhältnis dar (Feststellungsziel 9). Gleiches gelte für die Feststellung, die Musterbeklagten hätten "vor und/oder nach Vertragsschluss" bestimmte Informationen erteilen müssen (Feststellungsziel 10). Dagegen seien Feststellungen gemäß den Feststellungszielen 2 bis 5 und 7 bis 8, die allgemeine Grundsätze der Prospekthaftung im weiteren Sinne betreffen, zu treffen.

[18] 2. Soweit die Entscheidung des Oberlandesgerichts Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens ist (Feststellungsziele 1 [2], 6 und 9 bis 11), führt sie - wie oben ausgeführt - nur zu einem geringen Teilerfolg.

[19] a) Das Oberlandesgericht hat allerdings, was auf die Rechtsbeschwerde zu korrigieren ist, verkannt, dass die Feststellungsziele 9 und 10 nicht die Verwendung einer öffentlichen Kapitalmarktinformation im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 KapMuG betreffen und daher im Musterverfahren unstatthaft sind. Aufklärungsfehler, die ohne Bezug zu einer öffentlichen Kapitalmarktinformation begangen worden sein sollen, können auch nach der Novelle des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes im Jahr 2012 nicht - auch nicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 KapMuG - Gegenstand eines Musterverfahrens sein (Senatsbeschluss vom 30. April 2019 -XI ZB 13/18, BGHZ 222, 15 Rn. 16). Die Feststellungsziele 9 und 10 beziehen sich nicht

auf die Verwendung einer öffentlichen Kapitalmarktinformation, sondern allgemein auf vorvertragliche und gesellschaftsvertragliche Aufklärungspflichten, deren Erfüllung durch die Verwendung einer öffentlichen Kapitalmarktinformation sie nicht voraussetzen.

[20] b) Dagegen ist die Annahme des Oberlandesgerichts, der Antrag zum Feststellungsziel 6 sei als unbegründet zurückzuweisen, im Ergebnis zutreffend.

[21] aa) Das Ziel festzustellen, die Verwendung des Prospekts stelle Verletzungen von Pflichten durch die Musterbeklagten als (Rechtsnachfolger der) Gründungsgesellschafter gegenüber den Treugebern der Fondsgesellschaft dar, soll die Frage allein für einen möglichen Anspruch der Anleger gegen die Musterbeklagten beantworten, der sich daraus ergeben kann, dass die Musterbeklagten die ihnen als künftiger Vertragspartner des Gesellschaftsvertrags gemäß § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB obliegenden vorvertraglichen Pflichten durch Verwenden eines unrichtigen oder unvollständigen Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung verletzt haben (so für den parallelen Fall der vorvertraglichen Haftung - dort Feststellungsziel 10- einer Kapitalanlagegesellschaft Senatsbeschluss vom 23. Oktober 2018 - XI ZB 3/16, BGHZ 220, 100 Rn. 15 und 59). Dies lässt sich dem Antrag im Wege der Auslegung entnehmen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann das Revisionsgericht die Würdigung prozessualer Erklärungen einer Partei uneingeschränkt nachprüfen und Erklärungen selbst auslegen (vgl. Senatsurteile vom 27. Mai 2008 - XI ZR 132/07, WM 2008, 1260 Rn. 45 und vom 16. Mai 2017 - XI ZR 586/15, WM 2017, 1258 Rn. 11). Das gilt auch für ein zur Entscheidung gestelltes und in den Vorlagebeschluss aufgenommenes Feststellungsziel. Das Auslegungsergebnis folgt dem Grundsatz, dass Prozessurteilungen so auszulegen sind, dass ein prozessual zulässiges Ergebnis erreicht wird. Feststellungen zu einem Schadensersatzanspruch, der nicht an eine falsche, irreführende oder unterlassene öffentliche Kapitalmarktinformation als Mittel der schriftlichen Aufklärung (Senatsbeschluss vom 30. April 2019 -XI ZB 13/18, BGHZ 222, 15 Rn. 17) anknüpft, wären im Kapitalanleger-Musterverfahren unstatthaft (Senatsbeschluss vom 23. Oktober 2018, aaO, Rn. 59).

[22] bb) Die mit dem Antrag begehrte Feststellung ist nicht zu treffen, weil eine **Haftung** der Musterbeklagten als (Rechtsnachfolger der) **Gründungsgesellschafter aus § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB nicht auf die Verwendung eines Prospekts als solche gestützt** werden kann. **Ein Anspruch auf dieser Grundlage wird vielmehr durch die Regelungen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung verdrängt.**

[23] (1) Auf den am 5. Juli 2007 veröffentlichten Prospekt findet die Regelung des § 8g VerkProspG in der vom 1. Juli 2005

bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung (künftig: aF) in Verbindung mit § 32 Abs. 2 Satz 1 VermAnlG Anwendung. Damit ist auch der Anwendungsbereich der § 13 VerkProspG, §§44 ff. BörsG in der bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung (künftig: aF) eröffnet.

[24] (2) Nach § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG aF haften neben denjenigen, die **für den Prospekt** im Sinne des § 8g VerkProspG aF die **Verantwortung übernommen** haben, im Falle von dort enthaltenen unrichtigen oder unvollständigen wesentlichen Angaben auch diejenigen, von denen der Erlass des Prospekts ausgeht, § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG aF. 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 (vgl. Senatsurteil vom 18. September 2012-XI ZR 344/11, BGHZ 195, 1 Rn. 35 ff.; BGH, Urteile vom 6. Oktober 1980 - II ZR 60/80, BGHZ 79, 337, 340 ff., vom 22. März 1982 - II ZR 114/81, BGHZ 83, 222, 223 f., vom 5. Juli 1993 - II ZR 194/92, BGHZ 123, 106, 109 f. und vom 2. Juni 2008 - II ZR 210/06, BGHZ 177, 25 Rn. 12). **Veranlasser ist, wer hinter dem Emittenten steht und neben der Geschäftsleitung besonderen Einfluss ausübt.** Durch die Regelung soll eine Lücke bei den Haftungsverpflichteten geschlossen werden; insbesondere sollen auch Konzernmuttergesellschaften in die Haftung einbezogen werden (Senatsurteil vom 18. September 2012, aaO, Rn. 36). Nach § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG aF ist von einer Prospektverantwortlichkeit eines Hintermannes unter anderem dann auszugehen, wenn dieser auf die Konzeption des konkreten, mit dem Prospekt beworbenen und vertriebenen Modells maßgeblich Einfluss genommen hat und damit letztendlich auch für die Herausgabe des Prospektes verantwortlich ist. Dabei können die gesellschaftsrechtliche Funktion des Hintermannes sowie ein erhebliches wirtschaftliches Eigeninteresse für eine Einflussnahme auf die Konzeption des Modells sprechen. Nicht entscheidend ist, ob eine Mitwirkung unmittelbar bei der Gestaltung des Prospektes gegeben ist; ausschlaggebend dagegen ist, ob der Prospekt mit Kenntnis des Verantwortlichen in den Verkehr gebracht worden ist (Senatsurteil vom 18. September 2012, aaO, Rn. 37).

[25] Nach diesen Grundsätzen sind die Musterbeklagten **Prospektverantwortliche** im Sinne von § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG aF. Sie sind **Gründungsgesellschafter der Fondsgesellschaft**. Beide Musterbeklagte waren bei Aufstellung des Prospekts zu jeweils **50% Gesellschafter der Komplementärin** der Fondsgesellschaft. Die Musterbeklagte zu 1 war außerdem die Schwestergesellschaft der Prospektverantwortlichen nach § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BörsG aF und fungierte als **Treuhandkommanditistin**. Die Musterbeklagte zu 2 übernahm von den ursprünglich auf 275.000 € bezifferten Pflichteinlagen eine Pflichteinlage von 200.000 €. Beide Musterbeklagten hafteten

mithin als Veranlasser für unrichtige oder unvollständige wesentliche Angaben nach den Grundsätzen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung.

[26] (3) **Neben der spezialgesetzlichen Prospekthaftung aus § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG aF ist eine Haftung der Musterbeklagten unter dem Aspekt einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung des unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung ausgeschlossen** (vgl. zu § 127 InvG in der bis zum 30. Juni 2011 geltenden Fassung [künftig: aF] Senatsbeschluss vom 23. Oktober 2018 -XI ZB 3/16, BGHZ 220, 100 Rn. 55). Die Veranlasserhaftung nach § 13 VerkProspG, §44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG aF erfasst den Gründungsgesellschafter als Veranlasser und als künftigen Vertragspartner des Gesellschaftsvertrags der Anlagegesellschaft. **Die Haftung nach § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG aF verwirklicht in der Person des Gründungsgesellschafters stets auch die Voraussetzungen des Verschuldens bei Vertragsschluss mittels Verwendens eines fehlerhaften Verkaufsprospekts (§ 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB).** Wollte man diese allgemeinen Haftungsgrundsätze neben § 13 VerkProspG, §§44 ff. BörsG aF ohne jede Einschränkung zur Anwendung bringen, liefere die gesetzgeberische Entscheidung, dem Gründungsgesellschafter als Veranlasser im Sinne des § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG aF die Möglichkeit zu eröffnen, sich mit dem Nachweis einfach fahrlässiger Unkenntnis der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Verkaufsprospekts zu entlasten (§ 45 Abs. 1 BörsG aF), und eine Sonderverjährungsfrist (§ 46 BörsG aF) anzuordnen, vollständig leer. Eine Haftung des Gründungsgesellschafters nach § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB kommt daher nur bei Sachverhaltskonstellationen in Betracht, die von der Regelung der § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG aF nicht erfasst sind.

[27] (4) **Die Übertragung dieser vom Senat zuerst für die nach § 127 InvG aF haftende Kapitalanlagegesellschaft entwickelten Grundsätze (Senatsbeschluss vom 23. Oktober 2018 - XI ZB 3/16, BGHZ 220, 100 Rn. 55) auf den nach § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG aF haftenden Gründungsgesellschafter steht § 47 Abs. 2 BörsG aF nicht entgegen.** Nach dieser Vorschrift bleiben weitergehende Ansprüche, die nach den Regeln des bürgerlichen Rechts auf Grund von Verträgen oder vorsätzlichen unerlaubten Handlungen erhoben werden können, unberührt. Eine Aussage zu vorvertraglichen Ansprüchen unter denselben Haftungsvoraussetzungen lässt sich dem Wortlaut der Vorschrift nicht entnehmen. Der **Wille des Gesetzgebers** spricht für einen Ausschluss von Ansprüchen aus § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB neben solchen nach § 13 VerkProspG aF. Der Gesetzgeber des Anlegerschutzverbesserungsgesetzes vom 28. Oktober 2004 (BGBl. I 2630) hielt im Zusammenhang mit der Anfügung einer neuen Nummer 3 in § 13 Abs. 1 VerkProspG aF ausdrücklich fest, Ansprüche aus

zivil- rechtlicher Prospekthaftung im weiteren Sinne gegen von § 13 VerkProspG, § 44 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 lässt sich im Gegenschluss der gesetzgeberische Wille entnehmen, vorvertragliche Ansprüche gegen Adressaten der spezialgesetzlichen Prospekthaftung nicht zur Anwendung zu bringen.

[28] cc) Der Bestätigung der Zurückweisung des Antrags zum Feststellungsziel 6 steht nicht entgegen, dass das Oberlandesgericht - von den Musterbeklagten weder mit einer Rechtsbeschwerde noch mit einer Anschlussrechtsbeschwerde angegriffen - in Ziffer 3 der Entscheidungsformel des Musterentscheids entsprechend dem Feststellungsziel 4 festgestellt hat, Ansprüche wegen Pflichtverletzung im Rahmen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses zwischen den Treugebern der Fondsgesellschaft und den Musterbeklagten stünden "in Anspruchskonkurrenz zu einer etwa gegebenen spezialgesetzlichen Prospekthaftung". Das Oberlandesgericht, das das Vorhandensein von Prospektfehlern verneint hat, hat - wenn auch unter Verkennung der gegenständlichen Grenzen des Musterverfahrens - sämtliche Feststellungen zu einer Haftung der Musterbeklagten aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis auf Pflichtverletzungen bezogen, die nicht an eine falsche, irreführende oder unterlassene öffentliche Kapitalmarktinformation als Mittel der schriftlichen Aufklärung anknüpfen. Schon aus diesem Grund ergeben sich für die Prozessgerichte in den Ausgangsverfahren keine widersprüchlichen rechtlichen Vorgaben.

[29] c) Weil der Antrag zu dem Feststellungsziel 6 in der Sache unbegründet ist, ist der Vorlagebeschluss hinsichtlich des Feststellungsziels 1 (2) und sind die Erweiterungsbeschlüsse vom 13. Oktober 2017 und 9. November 2017 hinsichtlich der Feststellungsziele 1 (2) (Ergänzung) und 11 gegenstandslos.

[30] Gegenstandslos wird der dem Musterverfahren zugrundeliegende Vorlagebeschluss und ein Erweiterungsbeschluss hinsichtlich eines Feststellungsziels, wenn die Entscheidungserheblichkeit dieses Feststellungsziels aufgrund der vorausgegangenen Prüfung im Musterverfahren entfallen ist (Senatsbeschlüsse vom 22. November 2016 -XI ZB 9/13, BGHZ 213, 65 Rn. 106, vom 19. September 2017-XI ZB 17/15, BGHZ 216, 37 Rn. 49, vom 23. Oktober 2018 -XI ZB 3/16, BGHZ 220, 100 Rn. 61 und vom 6. Oktober 2020 -XI ZB 28/19, WM 2020, 2411 Rn. 54).

[31] Das ist hier für die von der Rechtsbeschwerde weiterverfolgten Feststellungsziele 1 (2) und 11, die sämtlich vom Musterkläger behauptete Fehler des Prospekts zum Gegenstand haben, der Fall. Sowohl der Vorlagebeschluss als auch die Er-

weiterungsbeschlüsse sind dahin auszulegen, dass Prospektfehler ausschließlich als anspruchsbegründende Voraussetzung einer Haftung der Musterbeklagten unter dem Aspekt einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung festgestellt werden sollen (Senatsbeschluss vom 19. September 2017 -XI ZB 17/15, BGHZ 216, 37 Rn. 54). Da eine solche Haftung - wie unter b) ausgeführt - aus Rechtsgründen nicht gegeben ist, kommt es auf Feststellungen zu Prospektfehlern nicht mehr an.

III.

[32] Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens folgt aus § 26 Abs. 1 und 3 KapMuG i.V.m. §§ 91,92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO entsprechend. Danach haben der Musterkläger und die auf seiner Seite Beigetretenen die gesamten Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Musterbeklagten zu 2, deren Beitritt unzulässig ist, nach dem Grad ihrer Beteiligung zu tragen.

[33] Soweit der Senat auf die (teilweise) Gegenstandslosigkeit des Vorlagebeschlusses und der Erweiterungsbeschlüsse erkennt, ist damit eine der Rechtsbeschwerde günstige Entscheidung in der Sache, die eine Belastung der Musterbeklagten zu 1 mit Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens rechtfertigte, nicht verbunden (Senatsbeschluss vom 23. Oktober 2018 -XI ZB 3/16, BGHZ220, 100 Rn. 76). Auch hinsichtlich der Feststellungsziele 9 und 10, die im Musterverfahren unstatthaft sind, hat der Senat eine eigene Sachentscheidung nicht getroffen.

IV.

[34] Die Entscheidung über die Festsetzung des Streitwerts für die Gerichtskosten folgt aus § 51a Abs. 2 GKG.

[35] Gemäß § 51a Abs. 2 GKG ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz bei der Bestimmung des Streitwerts von der Summe der in sämtlichen Ausgangsverfahren geltend gemachten Ansprüche auszugehen, soweit diese von den Feststellungszielen des Musterverfahrens betroffen sind. Infolgedessen sind bei der Streitwertbemessung auch die in den Ausgangsverfahren geltend gemachten Ansprüche der Beigeladenen zu berücksichtigen, die zwar dem Rechtsbeschwerdeverfahren nicht beigetreten sind, ihre Klage aber nicht innerhalb der Monatsfrist des § 8 Abs. 3 Nr. 2, § 24 Abs. 2 KapMuG zurückgenommen haben (vgl. Senatsbeschlüsse vom 22. November 2016 - XI ZB 9/13, BGHZ213, 65 Rn. 117 und vom 23. Oktober 2018 -XI ZB 3/16, BGHZ220, 100 Rn. 80). Der Gesamtwert der in sämtlichen ausgesetzten Ausgangsverfahren geltend gemachten Ansprüche beträgt vorliegend 1.525.200 €.

[36] Die Festsetzung des Gegenstandswerts für die außergerichtlichen Kosten der Prozessbevollmächtigten des Rechtsbeschwerdeverfahrens beruht auf § 22 Abs. 1, § 23b RVG.

Rechtsanwaltshaftung

- Wiedereinsetzung
- Ausgangskontrolle
- Stichproben
- Zuverlässige Bürokraft

(BGH, Beschl. v. 2.7.2020 – VII ZB 46/19)

Leitsatz

Der Rechtsanwalt ist nicht verpflichtet, durch Stichproben eine allgemeine Anweisung zur Ausgangskontrolle der Schriftsätze zu überwachen, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die mit dieser Aufgabe betraute Bürokraft während ihrer langjährigen Tätigkeit noch nie eine Frist versäumt hatte und es sich um einen einmaligen Fehler handelte (im Anschluss an BGH, Beschluss vom 22. Juni 1988 - VIII ZR 72/88, VersR 1988, 1141).

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin macht gegenüber der Beklagten wegen angeblich mangelhafter Architektenleistungen Schadensersatz sowie die Feststellung geltend, dass diese ihr weitere Schäden zu ersetzen habe.

Die Klägerin schloss mit der Beklagten Anfang des Jahres 2002 einen Architektenvertrag über den Neubau zweier Mehrfamilienhäuser mit Tiefgarage bezüglich der Wohnanlage P. Straße in F. Die Beklagte war gegen ein Pauschalhonorar von 168.726,32 € mit den Leistungsphasen 1 - 9 gemäß § 15 Abs. 2 HOAI a.F. beauftragt worden.

In einem von der Wohnungseigentümergeinschaft P. Straße gegen die Klägerin geführten Vorprozess wurde diese rechtskräftig zur Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von 138.984,24 € verurteilt; zugleich wurde die Feststellung getroffen, dass die Klägerin der Wohnungseigentümergeinschaft zum Ersatz der Mängelbeseitigungskosten wegen eines weiteren Mangels verpflichtet sei.

Mit der Klage nimmt die Klägerin die Beklagte in Höhe des ihr auferlegten Kostenvorschusses sowie der von ihr zu tragenden Verfahrenskosten, insgesamt auf Zahlung von 145.529,18 €, sowie auf Feststellung in Anspruch, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche diesen Betrag übersteigende materielle Schäden zu ersetzen. Die Klägerin ist der Auffassung, die Beklagte habe ihre Pflicht zur Objektüberwachung schuldhaft verletzt.

Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme abgewiesen. Das Urteil des Landgerichts ist der Klägerin am 26. Juli 2019 zugestellt worden. Mit Schriftsatz vom 22. August 2019, eingegangen bei Gericht am 26. August 2019, hat die Klägerin gegen das Urteil Berufung eingelegt. Mit nicht unterschriebenem Schreiben vom 25. September 2019, an diesem Tag vorab per Fax bei Gericht eingegangen, hat die Klägerin beantragt, die Frist zur Berufungsbegründung bis zum 24. Oktober 2019 zu verlängern. Mit gerichtlicher Verfügung vom 27. September 2019, zugestellt am 1. Oktober 2019, ist die Klägerin darauf hingewiesen worden, dass Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berufung bestehen, weil das am 25. September 2019 eingegangene Fristverlängerungsgesuch nicht unterschrieben gewesen sei. Mit Schriftsatz vom 15. Oktober 2019, am gleichen Tag per Fax bei Gericht eingegangen, hat die Klägerin wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Dem Fax war ein nunmehr unterschriebener Schriftsatz vom 25. September 2019 mit einem Antrag zur Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 24. Oktober 2019 beigelegt. Mit am 24. Oktober 2019 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz hat die Klägerin ihre Berufung begründet.

Zur Begründung ihres Wiedereinsetzungsantrags hat die Klägerin unter Vorlage eidesstattlicher Versicherungen ihres Prozessbevollmächtigten und dessen Mitarbeiterin S. ausgeführt, die Fristversäumung beruhe auf einem Versehen der sonst zuverlässigen Kanzleiangestellten S. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin habe seine Angestellte angewiesen, sämtliche ausgehenden Schriftsätze vor der Absendung auf das Vorhandensein der Unterschrift zu überprüfen. Die Mitarbeiterin S. sei mit einer viermonatigen Unterbrechung seit nahezu drei Jahren bei dem Prozessbevollmächtigten beschäftigt gewesen und habe sich bei der ihr obliegenden Fristenkontrolle stets als zuverlässig erwiesen. Es handele sich um einen einmaligen Fehler.

Mit Beschluss vom 28. Oktober 2019 hat das Berufungsgericht die Berufung der Klägerin als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Berufung sei nicht innerhalb der bis zum 26. September 2019 laufenden Frist begründet worden. Ein Fristverlängerungsantrag sei innerhalb der Berufungsbegründungsfrist nicht wirksam gestellt worden, weil der rechtzeitig eingegangene Fristverlängerungsantrag vom 25. September 2019 nicht unterschrieben und der am 15. Oktober 2019 gestellte Antrag wegen Ablaufs der Begründungsfrist nicht mehr zur berücksichtigen gewesen sei. Dem Antrag auf Wiedereinsetzung sei nicht stattzugeben. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin habe zwar dargelegt und glaubhaft gemacht, dass er seine bis dahin zuverlässige Kanzleiangestellte angewiesen habe, sämtliche ausgehenden Schriftsätze vor der Absendung auf das Vorhandensein der Unterschrift zu überprüfen. Jedoch habe er weder dargelegt

noch glaubhaft gemacht, dass er die Zuverlässigkeit der Kanzleiangestellten stichprobenartig überwacht habe. Eine Beschäftigung von drei Jahren sei nicht ausreichend, um eine Ausnahme von einer stichprobenartigen Überprüfung zu rechtfertigen.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der Rechtsbeschwerde, mit der sie die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der versäumten Berufungsbegründungsfrist erreichen möchte.

II.

Die Rechtsbeschwerde der Klägerin hat Erfolg.

1. Die gemäß § 238 Abs. 2 Satz 1, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthafte

Rechtsbeschwerde ist zulässig, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO). Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist mit einer Begründung als unzulässig verworfen, die die Anforderungen an die Sorgfaltspflichten eines Rechtsanwalts in aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise erschwert. Das verletzt die Klägerin in ihrem Verfahrensgrundrecht auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes gemäß Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG (BVerfG, Beschluss vom 9. Oktober 2007 - 1 BvR 1784/05, NJW-RR 2008, 446, juris Rn. 9; vgl. BGH, Beschluss vom 23. Januar 2019 - VII ZB 43/18 Rn. 8, NJW-RR 2019, 500; Beschluss vom 16. November 2016 - VII ZB 35/14 Rn. 8, NJW-RR 2017, 253; Beschluss vom 10. März 2011 - VII ZB 28/10 Rn. 3, NJW-RR 2011, 790).

2. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht den Antrag der Klägerin auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der von ihr versäumten Berufungsbegründungsfrist zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen.

a) Nach § 233 Satz 1 ZPO ist einer Partei, die ohne Verschulden verhindert war, die Frist zur Begründung der Berufung einzuhalten, auf ihren Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Ein Verschulden des Prozessbevollmächtigten steht einem Verschulden der Partei gleich, § 85 Abs. 2 ZPO. Die die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen sind bei der Antragstellung oder im Verfahren über den Antrag glaubhaft zu machen, § 236 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz ZPO. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann bei fristgerechter Einreichung einer nicht unterzeichneten Rechtsmittelbegründung Wiedereinsetzung in den vorigen

Stand gewährt werden, wenn der Prozessbevollmächtigte sein Büropersonal allgemein angewiesen hatte, sämtliche ausgehende Schriftsätze vor der Absendung auf das Vorhandensein der Unterschrift zu überprüfen (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Juli 2014 - VI ZB 15/14 Rn. 9, NJW 2014, 2961; Beschluss vom 13. März 2014 - IX ZB 47/13 Rn. 5; Beschluss vom 17. Oktober 2011 - LwZB 2/11 Rn. 12, NJW 2012, 856; jeweils m.w.N.). Gleiches gilt, wenn die Rechtsmittelbegründungsfrist deshalb versäumt worden ist, weil ein rechtzeitig gestellter erstmaliger Antrag auf Verlängerung der Rechtsmittelbegründungsfrist, mit dessen Stattgabe die Partei rechnen durfte, nicht unterzeichnet war (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Januar 1985 - VIII ZB 18/84, NJW 1985, 1558).

Der Prozessbevollmächtigte einer Partei darf die Unterschriftenkontrolle einer sorgfältig überwachten und als zuverlässig erprobten Bürokräften überlassen (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Februar 2020 - XII ZB 458/19 Rn. 12, MDR 2020, 625; Beschluss vom 18. Februar 2016 - IX ZB 30/15 Rn. 5, JurBüro 2017, 334; Urteil vom 25. September 2014 - III ZR 47/14 Rn. 8 m.w.N., NJW 2014, 3452). **Eine Pflicht zur stichprobenartigen Überprüfung besteht regelmäßig dann, wenn die Bürokräft erst seit kurzem bei dem Prozessbevollmächtigten beschäftigt ist** (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2007 - XI ZB 14/07 Rn. 10: Tätigkeit von 2 Wochen) oder sonst Umstände ersichtlich sind, die eine Kontrolle erforderlich machen (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Januar 2016 - XII ZB 653/14 Rn. 9, NJW-RR 2016, 312; Beschluss vom 11. März 2014 - VI ZB 45/13 Rn. 9 m.w.N., NJW-RR 2014, 634). Vortrag dazu, dass die Bürokräft stichprobenartig kontrolliert worden ist, ist jedoch entbehrlich, wenn glaubhaft gemacht wird, dass während der langjährigen Tätigkeit der Bürokräft keine Fehler aufgetreten sind und diese sich daher als zuverlässig erwiesen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juni 1988 - VIII ZR 72/88, VersR 1988, 1141, juris Rn. 7 m.w.N.).

b) Nach diesen Maßgaben rechtfertigen es die vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen nicht, der Klägerin Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu verweigern.

aa) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin hinreichend glaubhaft gemacht, dass ihr Prozessbevollmächtigter seine Kanzleiangestellte allgemein angewiesen hatte, sämtliche ausgehenden Schriftsätze vor der Absendung auf das Vorhandensein der Unterschrift zu überprüfen. Dies nimmt die Rechtsbeschwerde als ihr günstig hin.

bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts liegt ein Verschulden des Prozessbevollmächtigten der Klägerin, welches diese sich nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen müsste, nicht darin, dass er die mit der Fristen- und Ausgangskontrolle betraute Bürokräft nicht ausreichend überwacht hat und ihm daher deren Versehen, den nicht unterschriebenen Antrag vom

25. September 2019 auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist an das Gericht zu übermitteln, als eigenes Verschulden zuzurechnen ist. Mit dem in seiner Kanzlei angeordneten Verfahren, soweit es hier zu beurteilen ist, hat der Prozessbevollmächtigte vielmehr grundsätzlich eine zutreffende und zuverlässige Fristen- und Ausgangskontrolle sichergestellt, auf die er sich verlassen durfte. Zwar hat die Klägerin nicht vorgebracht, dass sich ihr Prozessbevollmächtigter durch Stichproben von der Zuverlässigkeit seiner Mitarbeiterin S. überzeugt hatte. Dessen bedurfte es hier jedoch auch nicht, weil glaubhaft gemacht ist, dass diese während ihrer nahezu dreijährigen Tätigkeit noch nie eine Frist versäumt hatte und ihr bisher auch keine Ungenauigkeit im Zusammenhang mit Terminen oder Fristen unterlaufen war. Zu einer besonderen Kontrolle durch den Prozessbevollmächtigten bestand danach keine Veranlassung. Eine Tätigkeit von nahezu drei Jahren bietet eine hinreichende Grundlage, um die Zuverlässigkeit der mit der Fristen- und Ausgangskontrolle betrauten Bürokraft beurteilen zu können.

cc) Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin durfte im vorliegenden Fall auch darauf vertrauen, dass die mit Schriftsatz vom 25. September 2019 vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist beantragte erstmalige Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 24. Oktober 2019 bewilligt werden würde. Dies ist bei einem ersten Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist dann der Fall, wenn entweder der Antragsgegner bereits seine Einwilligung erklärt hat (§ 520 Abs. 2 Satz 2 ZPO) oder vom Antragsteller erhebliche Gründe im Sinne des § 520 Abs. 2 Satz 3 ZPO geltend gemacht werden (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2018 - XII ZB 565/16 Rn. 19, NJW 2018, 1400; Beschluss vom 9. Juli 2009 - VII ZB 111/08 Rn. 8 m.w.N., NJW 2009, 3100). Der Prozessbevollmächtigte hat zur Begründung seines Fristverlängerungsantrags angeführt, er habe die Berufungsbegründung wegen hohen Arbeitsaufkommens und des Erfordernisses von Gesprächen mit den Beteiligten, zu denen Termine nicht vor der gesetzten Frist hätten vereinbart werden können, nicht innerhalb der gesetzlichen Frist zur Berufungsbegründung erstellen können. Damit hat er erhebliche Gründe benannt, die eine Fristverlängerung ohne weiteres gerechtfertigt hätten.

c) Der angefochtene Beschluss des Berufungsgerichts kann danach keinen Bestand haben. Er ist aufzuheben und der Klägerin ist hinsichtlich der versäumten Berufungsbegründungsfrist gemäß § 233 ZPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Der Senat kann gemäß § 577 Abs. 5 Satz 1 ZPO in der Sache selbst entscheiden, weil die Aufhebung der Entscheidung nur wegen einer Rechtsverletzung bei Anwendung des Rechts auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist. Die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

liegen im Übrigen vor. Die Klägerin hat den Wiedereinsetzungsantrag rechtzeitig innerhalb der Frist des § 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO gestellt und die versäumte Prozesshandlung innerhalb dieser Frist auch nachgeholt (§ 236 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

Rechtsanwaltshaftung

- Gescheiterter Faxversand
- Pflicht zur Nutzung des beA?
- Wiedereinsetzung

(BGH, Beschl. v. 17.12.2020 – III ZB 31/20)

Leitsatz

Zur Zumutbarkeit der Benutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs zur Übermittlung der Berufungsbegründung an das Berufungsgericht, wenn am Abend des Ablaufs der Berufungsbegründungsfrist eine Übermittlung per Telefax aus von der Prozessbevollmächtigten des Berufungsklägers nicht zu vertretenden Gründen scheitert (Defekt des gerichtlichen Empfangsgerätes) und diese mit der aktiven Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs nicht vertraut ist.

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger macht gegen den Beklagten Schadensersatzansprüche aus Prospekthaftung geltend. Mit Urteil vom 28. Mai 2019 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Gegen das den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 3. Juni 2019 zugestellte Urteil haben diese für den Kläger mit am selben Tag beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz vom 3. Juli 2019 Berufung eingelegt. Die Frist zur Begründung der Berufung ist antragsgemäß bis zum 5. September 2019 verlängert worden. Am Tag des Fristablaufs hat die Prozessbevollmächtigte des Klägers zwischen 17:00 und 19:45 Uhr mehrfach versucht, die Berufungsbegründung per Telefax an das Berufungsgericht zu übersenden. Dies gelang nicht, weil das für Schriftsätze in Zivilsachen zur Verfügung stehende Faxgerät des Gerichts seit dem Nachmittag des 5. September 2019 für mehrere Tage defekt war. Nachdem ein Justizwachtmeister des Berufungsgerichts der Prozessbevollmächtigten des Klägers kein anderes empfangsbereites Faxgerät nennen konnte, hat diese die eingescannte Berufungsbegründung per E-Mail am 5. September 2019 um 19:30 Uhr an das Verwaltungspostfach des Berufungsgerichts übersandt. Diese E-Mail ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts am 6. September 2019 vom Gericht ausgedruckt worden. Das Original der Berufungsbegründung ist am 9. September 2019 bei Gericht eingegangen.

[2] Mit am selben Tag bei Gericht eingegangenen Schriftsatz vom 16. September 2019 haben die Prozessbevollmächtigten

des Klägers Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beantragt. Das Berufungsgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Hiergegen richtet sich die fristgerecht eingelegte und begründete Rechtsbeschwerde der Nebenintervenientin, bei der es sich um die vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten des Klägers handelt.

Aus den Gründen:

[3] Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthaft. Sie ist zulässig, weil die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (§ 574 Abs. 2 Nr. 2, Alt. 1 ZPO). Der Beitritt der Nebenintervenientin ist gemäß § 66 Abs. 1 und 2 ZPO zulässig. Er genügt den Voraussetzungen des § 70 Abs. 1 und 2 ZPO. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

[4] 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei unbegründet, weil der Kläger nicht ohne sein Verschulden an der Einhaltung der versäumten Berufungsbegründungsfrist gehindert gewesen sei (§ 233 ZPO). Ein Verschulden seiner Prozessbevollmächtigten, das er sich gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen müsse, liege darin, dass diese nicht alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen zur Fristwahrung ergriffen habe. Sie habe zwar einen Großteil der Sorgfaltsanforderungen erfüllt. Dennoch sei ihr vorwerfbar eine frist- und formgerechte Vorlage der Berufungsbegründung beim Gericht nicht gelungen. Sie habe, statt die eingescannte Berufungsbegründung an das für den Empfang formgebundener Schriftsätze in Zivilsachen nicht eröffnete Verwaltungspostfach des Gerichts zu senden, das besondere elektronische Anwaltspostfach verwenden können, um eine frist- und formgerechte Übersendung zu gewährleisten. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers sei die Verwendung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs möglich und zumutbar gewesen. Sie sei zu dessen passiver Nutzung gesetzlich verpflichtet. Gemäß § 130a Abs. 3 Variante 2 ZPO hätte eine Einreichung der Berufungsbegründung über das besondere elektronische Anwaltspostfach als sicheren Übermittlungsweg im Sinne von § 130a Abs. 3 i.V.m. Abs. 4 Nr. 2 ZPO zur Fristwahrung ausgereicht. Es sei von einer Prozessbevollmächtigten, der die Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs grundsätzlich zur Verfügung stehe, zu verlangen, dass sie diesen sicheren Übermittlungsweg nutze.

[5] Die Berufung sei gemäß § 522 Abs. 1 ZPO als unzulässig zu verwerfen, da die Berufungsbegründung erst nach Ablauf der (verlängerten) Frist des § 520 Abs. 2 ZPO eingegangen sei. Die als Anhang an eine E-Mail noch am Tag des Fristablaufs übersandte Datei mit der unterzeichneten und eingescannten

Berufungsbegründung habe die Frist nicht wahren können, da die angehängte Bilddatei erst nach Fristablauf ausgedruckt worden sei. Zur Rechtzeitigkeit des Eingangs komme es auf den Ausdruck an.

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

[7] a) Das Berufungsgericht hat allerdings zutreffend angenommen, dass die Berufungsbegründung erst nach Ablauf der bis zum 5. September 2019 verlängerten Berufungsbegründungsfrist eingegangen ist. Die als Anhang zur E-Mail der Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 5. September 2019 übersandte Berufungsbegründung ist erst am 6. September 2019 - wie erforderlich (§ 520 Abs. 3 Satz 1, Abs. 5 ZPO i.V.m. § 130 ZPO) - in schriftlicher Form eingegangen. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist sie an diesem Tag vom Gericht ausgedruckt worden.

[8] aa) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist geklärt, dass eine im Original unterzeichnete Rechtsmittel- oder Rechtsmittelbegründungsschrift, die eingescannt und im Anhang einer elektronischen Nachricht als PDF-Datei übermittelt wird, in schriftlicher Form erst bei Gericht eingereicht ist, sobald dem Gericht ein Ausdruck der den vollständigen Schriftsatz enthaltenden PDF-Datei vorliegt. Denn erst der Ausdruck erfüllt die Schriftform, weil durch ihn die Rechtsmittel- oder Rechtsmittelbegründungsschrift in einem Schriftstück verkörpert wird und dieses mit der Unterschrift des Verfahrens- oder Prozessbevollmächtigten abgeschlossen wird. Dass die Unterschrift nur in Kopie wiedergegeben ist, ist entsprechend § 130 Nr. 6 Alt. 2 ZPO unschädlich, weil der im Original unterzeichnete Schriftsatz elektronisch übermittelt und von der Geschäftsstelle entgegengenommen worden ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 8. Mai 2019 - XII ZB 8/19, NJW 2019, 2096 Rn. 12; vom 4. November 2014 - II ZB 25/13, NJW 2015, 1027 Rn. 17; vom 4. Dezember 2008 - IX ZB 41/08, NJW-RR 2009, 357 Rn. 9 f und vom 15. Juli 2008 - X ZB 8/08, NJW 2008, 2649 Rn. 12 f; BAG, NZA 2013, 983 Rn. 12).

[9] Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde lässt sich ein anderes Ergebnis auch nicht unter Heranziehung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Übermittlung einer Rechtsmittelschrift per Telefax herleiten. Danach kommt es für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Eingangs eines per Telefax übersandten Schriftsatzes zwar allein darauf an, ob die gesendeten Signale noch vor Ablauf des letzten Tages der Frist vom Telefaxgerät des Gerichts vollständig empfangen (gespeichert) worden sind (BGH, Beschlüsse vom 25. April 2006 - IV ZB 20/05, BGHZ 167, 214 Rn. 16 ff und vom 15. Juli 2008 aaO Rn. 11 mwN). Diese Rechtsprechung kann jedoch auf die Übermittlung einer E-Mail mit einem eingescannten Schriftsatz, die die Voraussetzungen für ein elektronisches Dokument nach § 130a ZPO nicht erfüllt, nicht übertragen werden. Insoweit

wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die ausführliche Begründung des Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 8. Mai 2019 Bezug genommen (aaO Rn. 14 ff; zustimmend Bacher, MDR 2019, 851, 852; Degen, LMK 2009, 276151; Zöller/Heßler, ZPO, 33. Aufl., § 519 Rn. 18a; MüKoZPO/Rimmelpacher, 6. Aufl., § 519 Rn. 29).

[10] bb) Vorliegend kann nicht davon ausgegangen werden, dass der zur Fristwahrung somit erforderliche Ausdruck der - als Anhang zur E-Mail vom 5. September 2019 übersandten - Berufungsbegründung dem Berufungsgericht bereits an diesem Tag vorgelegen hat.

[11] (1) Der Berufungskläger trägt die Beweislast dafür, dass seine Berufungsbegründungsschrift rechtzeitig bei Gericht eingegangen ist (Althammer in Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., § 520 Rn. 4 mwN; vgl. zur Beweislast betreffend die Einhaltung der Berufungsfrist BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZB 39/19, NJW-RR 2020, 499 Rn. 13). Dabei erbringt gemäß § 418 Abs. 1 ZPO der gerichtliche Eingangsstempel den vollen Beweis für einen an diesem Tag erfolgten Eingang der Berufungsbegründung (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 aaO zum Eingang der Berufungsschrift).

[12] (2) Der Kläger hat den Beweis dafür, dass seine Berufungsbegründung am 5. September 2019 bei Gericht eingegangen ist, nicht erbracht.

[13] (a) Der auf den Ausdrucken der E-Mail vom 5. September 2019 und der Berufungsbegründung als deren Anhang angebrachte Eingangsstempel mit dem Vermerk "- per E-Mail -" und dem Datum "05.SEP.2019" beweist entgegen der Auffassung der Nebenintervenientin nicht gemäß § 418 Abs. 1 ZPO, dass - wie erforderlich - die Berufungsbegründung dem Berufungsgericht am 5. September 2019 in ausgedruckter Form zugegangen ist. Der Stempel beweist vielmehr lediglich einen Eingang der Dokumente am 5. September 2019 "- per E-Mail -". Zum Zeitpunkt ihres Ausdrucks verhält er sich dagegen nicht (vgl. zu einer ähnlichen Fallkonstellation BAG, NZA 2013, 983 [Eingangsstempel vom 29.11.2012; Ausdruck der E-Mail am 30.11.2012]).

[14] (b) Aus dem vom Berufungsgericht eingeholten Bericht der dortigen stellvertretenden Geschäftsleiterin vom 13. September 2019 ergibt sich vielmehr - wie vom Berufungsgericht festgestellt -, dass die am 5. September 2019 um 19:30 Uhr von der Prozessbevollmächtigten des Klägers an das Verwaltungspostfach des Gerichts übersandte E-Mail und die in ihrem Anhang befindliche Berufungsbegründung erst am 6. September 2019 und mithin nach Fristablauf ausgedruckt worden sind. Die von der Rechtsbeschwerde - erstmals - angeführte Variante, dass ein Bediensteter zur Zeit des Eingangs der E-Mail noch Überstunden geleistet und den Ausdruck noch am

5. September 2019 vollzogen haben könnte, musste das Berufungsgericht angesichts ihrer geringen Wahrscheinlichkeit im Rahmen der von Amts wegen erfolgenden Prüfung (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 aaO) des fristgerechten Eingangs der Berufungsbegründung nicht in Betracht ziehen. Dies gilt umso mehr, als den Prozessbevollmächtigten des Klägers der 6. September 2019 als Datum des Ausdrucks der E-Mail bereits mit Hinweis des Berufungsgerichts vom 30. September 2019 mitgeteilt worden war und sie hierauf weder das Datum des Ausdrucks in Frage gestellt noch Akteneinsicht genommen hatten, um dieses Datum zu überprüfen.

[15] b) Das Berufungsgericht hat jedoch zu Unrecht den Antrag des Klägers auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist abgelehnt. Ein dem Kläger zuzurechnendes (§ 85 Abs. 2 ZPO) Verschulden seiner Prozessbevollmächtigten liegt nicht vor.

[16] aa) Der Anspruch auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip) verbietet es den Gerichten, den Parteien den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise zu erschweren. Die Gerichte dürfen daher bei Auslegung der die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand regelnden Vorschriften die Anforderungen an das, was der Betroffene veranlasst haben muss, um Wiedereinsetzung zu erlangen, nicht überspannen. Allerdings sind die nach der jeweiligen prozessualen Lage gegebenen und zumutbaren Anstrengungen zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zu verlangen. Etwaige Fristversäumnisse, die auf der Verzögerung der Entgegennahme von Schriftsätzen durch das Gericht beruhen, dürfen dem Bürger aber nicht angelastet werden (BVerfG, NJW 2001, 3473; NZA 2000, 789, 790; NJW 1996, 2857 mwN).

[17] Die Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax ist in allen Gerichtszweigen uneingeschränkt zulässig. Wird dieser Übermittlungsweg durch ein Gericht eröffnet, so dürfen die aus den technischen Gegebenheiten des Kommunikationsmittels herrührenden besonderen Risiken nicht auf den Nutzer dieses Mediums abgewälzt werden. Das gilt im Besonderen für Störungen des Empfangsgeräts im Gericht. In diesem Fall liegt die entscheidende Ursache für die Friststäumnis in der Sphäre des Gerichts (BVerfG, NJW 2001, 3473; NZA 2000, 789, 790; NJW 1996, 2857; BGH, Beschlüsse vom 27. Juni 2017 - II ZB 22/16, NJW-RR 2017, 1084 Rn. 12; vom 4. November 2014 aaO Rn. 19 und vom 5. September 2012 - VII ZB 25/12, NJW 2012, 3516 Rn. 10).

[18] Von einem Rechtsanwalt, der sich und seine organisatorischen Vorkehrungen darauf eingerichtet hat, einen Schriftsatz weder selbst noch durch Boten oder per Post, sondern durch Telefax zu übermitteln, kann daher beim Scheitern der gewählten Übermittlung infolge eines Defekts des Empfangsgeräts oder wegen Leitungsstörungen nicht verlangt werden, dass er

innerhalb kürzester Zeit eine andere als die gewählte, vom Gericht offiziell eröffnete Zugangsart sicherstellt (BVerfG, NJW 2001, 3473; NZA 2000, 789, 790; NJW 1996, 2857, 2858; BGH, Beschlüsse vom 28. April 2020 - X ZR 60/19, NJW 2020, 2194 Rn. 15; vom 4. November 2014 aaO und vom 5. September 2012 aaO; jew. mwN). Wenn er feststellt, dass das Empfangsgerät gestört ist, ist es aber zumutbar, jedenfalls im gewählten Übermittlungsweg nach Alternativen zu suchen, die sich aufdrängen (BGH, Beschluss vom 27. Juni 2017 aaO Rn. 14 mwN; vgl. auch BGH, Beschluss vom 5. September 2012 aaO).

[19] bb) Nach Maßgabe dieser Grundsätze liegt ein dem Kläger zuzurechnendes Verschulden seiner Prozessbevollmächtigten nicht vor. Es ist insbesondere nicht darin zu sehen, dass sie die Berufungsbegründung am 5. September 2019 nicht über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) an das Berufungsgericht gesandt hat, nachdem dies mittels Telefax nicht möglich war.

[20] (1) Die Frage, ob ein Rechtsanwalt, der sich für den Versand eines fristwahrenden Schriftsatzes per Telefax entschieden hat, bei technischen Problemen kurz vor Fristablauf einen Übermittlungsversuch über das besondere elektronische Anwaltspostfach unternehmen muss, ist in der Instanzrechtsprechung und der Literatur umstritten.

[21] (a) Teilweise wird vertreten, in den vorgenannten Fällen stelle es eine dem Rechtsanwalt mögliche und zumutbare Maßnahme dar, den Schriftsatz über das besondere elektronische Anwaltspostfach zu versenden. Zu dessen passiver Nutzung seien Rechtsanwälte gemäß § 31a Abs. 6 BRAO verpflichtet, so dass davon auszugehen sei, dass in allen Anwaltskanzleien auch ein entsprechender Zugang existiere. Zwar sehe das Gesetz eine aktive Nutzungspflicht derzeit noch nicht vor. Mit erfolgreicher Anmeldung zum besonderen elektronischen Anwaltspostfach bestehe jedoch grundsätzlich die Möglichkeit, aus ihm heraus auch Nachrichten zu versenden (OLG Dresden, MDR 2020, 306, 307; NJW 2019, 3312 Rn. 8; LG Krefeld, NJW 2019, 3658 Rn. 7; BeckOKFamFG/Burschel, § 17 Rn. 19a [Stand: 01.10.2020]; Elzer, FD-ZVR 2019, 422420). Ein Rechtsanwalt könne daher nur dann nach einem gescheiterten Faxversuch eines fristgebundenen Schriftsatzes die Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs verweigern, wenn er glaubhaft mache, dass eine solche Übermittlung aufgrund technischer oder zwingender organisatorischer Einschränkungen ebenfalls nicht möglich sei (OLG Dresden aaO).

[22] (b) Nach anderer Auffassung kann einem Rechtsanwalt nicht vorgehalten werden, dass er anstelle der Übermittlung per Telefax eine solche im elektronischen Rechtsverkehr hätte

wählen müssen. Derzeit sei es Rechtsanwälten nicht zumutbar, sich im Falle einer Störung der Faxübermittlung innerhalb kurzer Zeit vor Fristablauf mit den Voraussetzungen einer anderen Zugangsart vertraut zu machen und eine Versendung per besonderem elektronischem Anwaltspostfach vorzunehmen (LG Mannheim, NJW 2020, 940 Rn. 12 ff; Siegmund, NJW 2020, 941 f; Günther, NJW 2020, 1785, 1786; Windau, NZFam 2020, 71, 72; zweifelnd auch BGH, Beschluss vom 28. April 2020 aaO Rn. 16). Zwar sei jeder Rechtsanwalt gemäß § 31a Abs. 6 BRAO verpflichtet, die für die Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs erforderlichen technischen Einrichtungen vorzuhalten sowie Zustellungen und den Zugang von Mitteilungen über das besondere elektronische Anwaltspostfach zur Kenntnis zu nehmen. Es könne aber - wie der Austausch mit der Anwaltschaft zum elektronischen Rechtsverkehr zeige - nicht davon ausgegangen werden, dass jeder Rechtsanwalt bereits in der Lage sei, unter Beachtung der technischen Rahmenbedingungen des § 130a ZPO elektronische Dokumente zu erstellen und diese in seiner Anwendung für das besondere elektronische Anwaltspostfach an das Gericht zu versenden beziehungsweise - mit qualifizierter elektronischer Signatur versehen - versenden zu lassen. Bis zum Eintritt der aktiven Nutzungspflicht des elektronischen Rechtsverkehrs für Rechtsanwälte bestehe keine allgemeine Pflicht, sich mit den Anforderungen und der Funktionsweise der jeweiligen Softwareanwendung für die Erstellung und den Versand elektronischer Dokumente auseinanderzusetzen. Habe sich ein Rechtsanwalt bislang noch nicht mit dem elektronischen Versand in einem allgemeinen Zivilverfahren befasst, könne hieraus kein Verschuldensvorwurf abgeleitet werden (LG Mannheim aaO; Günther aaO; Windau aaO).

[23] (2) Der Senat schließt sich für den vorliegenden Fall eines bisher nicht aktiv genutzten besonderen elektronischen Anwaltspostfachs der zuletzt genannten Auffassung an.

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

[25] Entscheidend ist somit neben der Möglichkeit einer bestimmten Übermittlungsart ihre Zumutbarkeit. Daher ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ebenfalls anerkannt, dass es dem Rechtsanwalt, wenn er feststellt, dass das Empfangsgerät gestört ist, zumutbar ist, jedenfalls im gewählten Übermittlungsweg nach Alternativen zu suchen, die sich aufdrängen. Maßgeblich ist hier der geringfügige Aufwand, der zur Nutzung der Übermittlungsalternative erforderlich gewesen wäre (BGH, Beschluss vom 27. Juni 2017 - II ZB 22/16, NJW-RR 2017, 1084 Rn. 14 mwN; vgl. auch BGH, Beschluss vom 5. September 2012 - VII ZB 25/12, NJW 2012, 3516 Rn. 11).

[26] Es erscheint erwägenswert, auch einen anderen als den gewählten Übermittlungsweg als zumutbar im vorgenannten Sinne zu erachten, wenn dieser Weg sich aufdrängt und der hierfür erforderliche Aufwand geringfügig ist. In diesem Rahmen kommt bei einer gescheiterten Übermittlung mittels Telefax eine Versendung über das besondere elektronische Anwaltspostfach in Betracht, wenn dieses von dem Prozessbevollmächtigten in der Vergangenheit bereits aktiv zum Versand von Schriftsätzen genutzt wurde, er also mit seiner Nutzung vertraut ist (so im Fall des OLG Dresden, MDR 2020, 306).

[27] Diese Frage bedarf indes vorliegend keiner Entscheidung. **Denn die Benutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs nach gescheiterter Übermittlung per Telefax ist jedenfalls dann kein zumutbarer, nur geringfügigen Aufwand verursachender alternativer Übermittlungsweg in vorstehendem Sinne, wenn der Prozessbevollmächtigte der Partei das besondere elektronische Anwaltspostfach bisher nicht aktiv zum Versand von Schriftsätzen genutzt hat und mit seiner Nutzung nicht vertraut ist.** Davon ist vorliegend auszugehen.

[28] (a) Rechtsanwälte sind derzeit **nur zur passiven Nutzung** des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs **verpflichtet** (§ 31a Abs. 6 BRAO). **Bis zum Eintritt der aktiven Nutzungspflicht des elektronischen Rechtsverkehrs für Rechtsanwälte spätestens ab dem 1. Januar 2022 (vgl. § 130d ZPO in der ab dem 1. Januar 2022 geltenden Fassung) besteht für die Rechtsanwaltschaft keine allgemeine Pflicht, sich mit den Anforderungen und der Funktionsweise der Erstellung und des Versands elektronischer Dokumente auseinanderzusetzen.** Dieser Übermittlungsweg stellt daher für einen Rechtsanwalt, der das besondere elektronische Anwaltspostfach bisher nicht aktiv genutzt und hierüber keine Dokumente versandt hat, keine sich aufdrängende, mit geringfügigem Aufwand nutzbare Alternative dar, wenn am Tag des Fristablaufs die von ihm gewählte Übermittlung mittels Telefax aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen scheitert. Es ist ihm nicht zuzumuten,

sich innerhalb kurzer Zeit vor Fristablauf erstmals mit den Voraussetzungen dieser für ihn neuen Zugangsart vertraut zu machen.

[29] (b) Vorliegend hat die Prozessbevollmächtigte des Klägers glaubhaft gemacht (§ 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO), dass sie mit der aktiven Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs nicht vertraut ist und dieses bisher nicht zum Versand von Schriftsätzen verwendet hat.

[30] (aa) Sie hat während des Rechtsstreits keine Schriftsätze über das besondere elektronische Anwaltspostfach eingereicht. Im Wiedereinsetzungsverfahren vor dem Berufungsgericht hat sie mit Schriftsätzen vom 10. Dezember 2019 und 26. Februar 2020 vorgetragen, bei Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs sei eine aktive Übermittlung mit Signatur mangels Vorliegen der dazu erforderlichen Voraussetzungen in ihrer Kanzlei nicht möglich gewesen. Die Kanzlei halte keine Signaturkarte vor, welche überhaupt erst die aktive Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs ermögliche. Ohne qualifizierte Signatur komme die Einreichung eines Schriftsatzes jedoch der Einreichung eines nicht unterschriebenen Schriftsatzes bei Gericht gleich, der die Frist nicht wahre. Wegen des Fehlens der zur aktiven Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs erforderlichen Signaturkarte sei bei dem Versuch der Übermittlung der Berufungsbegründungsschrift nicht auf das besondere elektronische Anwaltspostfach zurückgegriffen worden.

[31] Aus diesen - sachlich unzutreffenden - Ausführungen der Prozessbevollmächtigten des Klägers ergibt sich glaubhaft ihre mangelnde Vertrautheit und Erfahrung mit einer aktiven Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs. Hierzu ist, soweit das Postfach von dem Rechtsanwalt selbst genutzt wird, weder eine qualifizierte elektronische Signatur noch - zu ihrer Herstellung - eine besondere Signaturkarte erforderlich. Es genügt eine einfache Signatur (vgl. § 130a Abs. 3 Satz 1 Alt. 2. i.V.m. Abs. 4 Nr. 2 ZPO; vgl. hierzu Zöller/Greger aaO § 130a Rn. 9, 11). Die Wiedergabe des Namens am Ende des Textes ist ausreichend (vgl. Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten, BT-Drs. 17/12634, 25).

[32] Angesichts ihrer Unkenntnis der Funktionsweise einer aktiven Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs hätte sich die Prozessbevollmächtigte des Klägers am Tag des Fristablaufs, nachdem am Abend dieses Tages die Übermittlung der Berufungsbegründung mittels Telefax gescheitert war, innerhalb kürzester Zeit erstmals mit einer aktiven Nutzung des Postfachs vertraut machen müssen. Ein solcher alternativer Übermittlungsweg musste sich ihr in

Anbetracht ihrer mangelnden diesbezüglichen Erfahrung weder aufdrängen noch konnte sie ihn mit geringfügigem Aufwand beschreiben.

[33] (bb) Der Kläger hat auch rechtzeitig glaubhaft gemacht, dass seiner Prozessbevollmächtigten die Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs nicht zumutbar war. Zwar sind nach § 234 Abs. 1 Satz 1, § 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO alle Tatsachen, die für die Gewährung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von Bedeutung sein können, innerhalb der zweiwöchigen Antragsfrist vorzutragen. Jedoch dürfen lediglich ergänzungsbedürftige Angaben, deren Aufklärung nach § 139 ZPO geboten gewesen wäre, noch nach Fristablauf vervollständigt werden (Senat, Beschluss vom 27. Juli 2017 - III ZB 76/16, NJW 2017, 3309 Rn. 9 mwN). Nichts anderes gilt für Tatsachenvortrag, dessen Notwendigkeit zur Erlangung der beantragten Wiedereinsetzung auf der Grundlage der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht erkennbar war.

[34] So liegt der Fall hier. Die Prozessbevollmächtigte des Klägers durfte in ihrem rechtzeitig bei Gericht eingereichten Wiedereinsetzungsantrag vom 16. September 2019 davon ausgehen, dass sie auf der Grundlage der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung mit dem mehrfachen Versuch der Übermittlung der Berufungsbegründung mittels Telefax an das Empfangsgerät des Gerichts alles ihr Mögliche und Zumutbare unternommen hatte, so dass ein Verschulden ihrerseits ausgeschlossen und ein Wiedereinsetzungsgrund im Sinne von § 233 Abs. 1 Satz 1 ZPO gegeben war. Dies zeigt sich auch daran, dass selbst das Berufungsgericht in seinem Hinweis vom 30. September 2019 zunächst davon ausgegangen ist, dass Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren war. Erst auf die Schriftsätze des Beklagten vom 10. Oktober 2019 und 5. November 2019 sowie den weiteren ausführlichen Hinweis des Berufungsgerichts vom 20. Januar 2020 war für die Prozessbevollmächtigte des Klägers hinreichend erkennbar, dass seitens des Berufungsgerichts eine Pflicht zur Einreichung der Berufungsbegründung im Wege der aktiven Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs in Erwägung gezogen wurde und hierzu vorzutragen war. Dies ist rechtzeitig mit Schriftsatz vom 10. Dezember 2019 und - innerhalb der vom Berufungsgericht eingeräumten Stellungnahmefrist - mit Schriftsatz vom 26. Februar 2020 geschehen. Durch diese Schriftsätze hat die Prozessbevollmächtigte des Klägers - wie ausgeführt - ihre mangelnde Vertrautheit und bisher fehlende aktive Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs und damit zugleich deren fehlende Zumutbarkeit glaubhaft gemacht.

Rechtsanwaltshaftung

- Verjährung
- Kenntnis
- Aufforderung zur Meldung an Haftpflichtversicherer (BGH, Urt. v. 29.10.2020 – IX ZR 10/20)

Leitsätze

1) Eine Erklärung des Streithelfers mit Nichtwissen ist unzulässig, wenn sie eine Tatsache betrifft, die entweder eine eigene Handlung der unterstützten Hauptpartei oder Gegenstand von deren Wahrnehmung gewesen ist.

2) Die in der Rechtsberaterhaftung für den Beginn der Verjährungsfrist erforderliche Kenntnis von den den Schadensersatzanspruch begründenden Umständen liegt vor, wenn der Mandant aus den ihm bekannten Umständen den Schluss auf einen gegen den Berater gerichteten Schadensersatzanspruch gezogen hat (Ergänzung zu BGH, Urteil vom 6. Februar 2014 - IX ZR 245/12, BGHZ 200, 172).

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin nimmt die beklagte Rechtsanwältin auf Schadensersatz in Anspruch. Die Klägerin wirft der Beklagten vor, sie in dem Verfahren über den Versorgungsausgleich mit ihrem geschiedenen Ehemann fehlerhaft vertreten zu haben.

[2] Die Klägerin ist Finanzbeamtin (Besoldungsgruppe A 9). Sie wurde im November 1998 wegen Dienstunfähigkeit in den Ruhestand versetzt und erhält seitdem Versorgungsbezüge. Ihre Ehe wurde am 13. April 2011 geschieden. In dem abgetrennten Verfahren über den Versorgungsausgleich erteilte das dem vorliegenden Rechtsstreit auf Seiten der Klägerin als Streithelfer beigetretene Land durch das L. auf Anfrage des Familiengerichts mit Schreiben vom 25. März 2011 Auskunft über die von der Klägerin während der Ehezeit erworbenen Anwartschaften. Als ruhegehaltfähige Dienstbezüge berücksichtigte das L. D-Mark-Beträge, die es irrtümlich in Euro auswies. Dies führte dazu, dass der Vorschlag für den Ausgleichswert zu Lasten der Klägerin um nahezu das Doppelte übersetzt war.

[3] Die Beklagte stellte den Fehler nicht fest. Auch das Familiengericht nahm keinen Anstoß an der Auskunft. Mit Beschluss vom 23. Januar 2013 regelte es den Versorgungsausgleich auf Grundlage der erteilten Auskunft. Die Beklagte übersandte der Klägerin den Beschluss mit dem Hinweis auf das Rechtsmittel der Beschwerde und dem Bemerken, bei Durchsicht des Beschlusses seien keine Unrichtigkeiten aufgefallen. Der Beschluss wurde rechtskräftig. Nachdem der Fehler aufgefallen war, versuchte der Streithelfer, die Berichtigung oder Abänderung des Wertausgleichs zu erreichen. Sein Antrag wurde vom

Familiengericht zurückgewiesen, die Beschwerde des Streithelfers hatte keinen Erfolg. Nach Zurückweisung des Antrags des Streithelfers durch das Familiengericht machte die Beklagte im Namen der Klägerin Regressansprüche gegen den Streithelfer geltend. Der Streithelfer wies die Regressforderungen zurück und teilte mit, er sei an die im Versorgungsausgleich getroffenen Regelungen gebunden.

[4] Mit ihrer im Februar 2017 anhängig gemachten Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten Schadensersatz für die Nachteile, die ihr infolge des fehlerhaften Versorgungsausgleichs entstanden sind. Für den Zeitraum bis einschließlich Januar 2017 hat sie im ersten Rechtszug zuletzt Zahlung und Freistellung verlangt sowie ab Februar 2017 die Zahlung eines monatlichen Betrags in Höhe von 478,62 €. Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Dagegen hat der Streithelfer Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat den Streithelfer darauf hingewiesen, dass der geltend gemachte Schaden bislang nicht hinreichend dargelegt sei. Der Streithelfer hat daraufhin näher zum Schaden vorgetragen. Dabei hat er höhere (Monats-) Beträge angegeben, als die Klägerin ihrer Schadensberechnung bislang zugrunde gelegt hatte. Mit Schriftsatz vom 6. Mai 2019 hat daraufhin die Klägerin ihre Zahlungsanträge für die Zeit ab Februar 2017 bis einschließlich April 2019 angepasst und für den Zeitraum ab Mai 2019 einen Antrag auf Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten angekündigt. Wegen eines Teils der in der Berufungsinstanz erstmals geltend gemachten Mehrbeträge - betreffend die Ansprüche für die Zeit ab dem 1. Januar 2018 - hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Im Übrigen hat es die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision will die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage erreichen. Die Klägerin hat Anschlussrevision eingelegt. Ihr Ziel ist die Verurteilung der Beklagten auch soweit das Berufungsgericht die Klage abgewiesen hat.

Aus den Gründen:

[5] Die unbeschränkt zugelassene Revision hat Erfolg. Auch die Anschlussrevision ist begründet. Die Rechtsmittel führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils sowie zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

[6] Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Beklagte habe die ihr gegenüber der Klägerin obliegenden Pflichten fahrlässig verletzt, indem sie die dem Versorgungsausgleich zugrundeliegende Auskunft des L. nicht ausreichend sorgfältig überprüft habe. Als Schaden sei der Betrag zu ersetzen, um den die Klägerin infolge des fehlerhaften Versorgungsausgleichs zu geringe Versorgungsbezüge erhalte. Der Versorgungsausgleich wirke unmittelbar rechtsgestaltend und gehe der materiellen Rechtslage vor. Die Entscheidung über die Höhe des

Schadensersatzanspruchs bedürfe noch weiterer Aufklärung. Die Beklagte habe die Schadenshöhe bestritten, so dass im Betragsverfahren der vom Streithelfer angebotene Sachverständigenbeweis zu erheben sei.

[7] Die Ersatzpflicht der Beklagten sei nicht aufgrund eines Mitverschuldensanteils der Klägerin zu kürzen. Auch eine Kürzung der Schadensersatzpflicht nach den Grundsätzen über den gestörten Gesamtschuldnerausgleich komme nicht in Betracht. Es fehle schon an einem Gesamtschuldverhältnis zwischen der Beklagten und dem Streithelfer. Das aus § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB folgende Haftungsprivileg des Streithelfers stehe der Annahme einer haftungsrechtlichen Gesamtschuld entgegen.

[8] Gegenüber den ursprünglich geltend gemachten Ansprüchen könne sich die Beklagte auch nicht mit Erfolg auf Verjährung berufen. Die Klägerin habe die für den Beginn der Verjährungsfrist nötige Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen nicht schon im Laufe des Jahres 2013 erlangt. Die Verjährung sei erst mit Ablauf des Jahres 2014 in Lauf gesetzt worden. Das Landgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Klägerin die Beklagte schon im Dezembereaufgefordert habe, deren Haftpflichtversicherung einzuschalten, weil ihr ein Schaden entstanden sei. Die für den Lauf der Verjährungsfrist notwendige Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis sei aber auch dann nicht anzunehmen, wenn man von der Aufforderung zur Einschaltung der Haftpflichtversicherung im Jahr 2013 ausgehe. Die Beklagte (richtig: der Streithelfer) habe zunächst versucht, beim Familiengericht im Wege der Abänderung und Berichtigung eine Korrektur der Entscheidung über den Versorgungsausgleich zu erreichen. Dass dieser Versuch erfolglos geblieben sei, habe die Klägerin erst im Laufe des Jahres erfahren. Die Erhebung der Einrede der Verjährung wäre überdies auch treuwidrig. Durch ihren Versuch (richtig: den des Streithelfers), den Fehler des L. zu korrigieren, und die Geltendmachung von Regressansprüchen gegenüber dem Streithelfer habe die Beklagte ihre Pflichtverletzung vertuscht und die Klägerin von der rechtzeitigen Geltendmachung des gegen sie gerichteten Schadensersatzanspruchs abgehalten.

[9] Gegenüber den in der Berufungsinstanz klagerweiternd geltend gemachten Ansprüchen für die Zeit ab dem 1. Januar 2018 greife die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung hingegen durch. Die Verjährung der nachgeschobenen Erhöhungsbeträge sowie der mit dem Feststellungsantrag erstmals geltend gemachten Ansprüche sei selbständig zu beurteilen. Insoweit sei Verjährung eingetreten, weil der Lauf der Verjährungsfrist bereits mit Ablauf des Jahres 2014 in Gang gesetzt worden sei.

II.

[10] Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision nicht stand.

[11] 1. Die Revision der Beklagten ist aufgrund der Zulassung durch das Berufungsgericht (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) ohne Einschränkungen statthaft. Eine nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschluss vom 29. Januar 2004-VZR 244/03, NJW-RR2004, 1365 f; vom 17. Mai 2017- IV ZB 25/16, BGHZ 215, 109 Rn. 19) im Grundsatz mögliche Beschränkung der Revisionszulassung hat das Berufungsgericht nicht wirksam vorgenommen. Das hat zur Folge, dass die Revision unbeschränkt zugelassen ist (BGH, Urteil vom 20. Mai 2003 - XI ZR 248/02, NJW 2003, 2529).

[12] a) Die Zulassung der Revision kann auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Streitstoffs beschränkt werden, welcher Gegenstand eines Teilurteils sein kann oder auf den der Revisionskläger seine Revision beschränken könnte (BGH, Urteil vom 20. Mai 2003, aaO; vom 14. April 2010 - VIII ZR 123/09, NJW 2010, 2122 Rn. 12; st. Rspr.). Demgegenüber sind Beschränkungen der Revisionszulassung auf einzelne rechtliche oder tatsächliche Gesichtspunkte, bestimmte Rechtsfragen oder einzelne Urteilelemente unzulässig (BGH, Urteil vom 8. März 2006 - IV ZR 263/04, NJW-RR 2006, 877 Rn. 16).

[13] b) Das Berufungsgericht hat die Revision nicht im Urteilsausspruch der angefochtenen Entscheidung zugelassen. Die Zulassung der Revision findet sich erst am Ende der Urteilsgründe. Sie bezieht sich ausdrücklich auf die Frage, ob die Grundsätze des gestörten Gesamtschuldnerausgleichs auch im Fall des Haftungsprivilegs gemäß § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB anwendbar sind, sowie auf die Frage, ob sich die Pflicht des Rechtsberaters zur Überprüfung der Versorgungsauskunft auf offenbare Unstimmigkeiten und Fehler auch auf Auskünfte über den eigenen Mandanten bezieht. Dabei handelt es sich um bestimmte Rechtsfragen, die sich auf einzelne Voraussetzungen des mit der Klage verfolgten Schadensersatzanspruchs beziehen. Eine derart vorgenommene Beschränkung der Zulassung der Revision ist unzulässig.

[14] 2. Die Revision ist begründet. Nach den vom Berufungsgericht bisher getroffenen Feststellungen hat die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung Erfolg.

[15] a) Die **Verjährung** des (hier unterstellten) Schadensersatzanspruchs der Klägerin gegen die Beklagte richtet sich nach den **§§ 194 ff BGB**. Danach beträgt die Verjährungsfrist drei Jahre (§ 195 BGB). Da kein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, wurde die Verjährungsfrist in Lauf gesetzt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden war und die Klägerin von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person der Beklagten als Anspruchsschuldnerin

Kenntnis erlangt hatte oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen (§ 199 Abs. 1 BGB).

[16] aa) Der Schadensersatzanspruch war bereits im Jahr 2013 entstanden.

[17] (1) **Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entsteht der Schaden dann, wenn sich die Vermögenslage des Betroffenen durch die Pflichtverletzung des Rechtsberaters im Vergleich zu seinem früheren Vermögensstand objektiv verschlechtert hat.** Dafür genügt es, dass der Schaden wenigstens dem Grunde nach erwachsen ist, mag auch seine Höhe noch nicht beziffert werden können. Es muss nicht feststehen, dass die Vermögenseinbuße bestehen bleibt und damit endgültig wird. In der Regel verschlechtert sich die Vermögenslage des Mandanten bereits mit der ersten nachteiligen Gerichtsentscheidung infolge anwaltlichen Fehlverhaltens in einem Verfahren. **Seine frühere Auffassung, dass ein Schaden infolge eines Anwaltsfehlers im Prozess regelmäßig noch nicht eingetreten sei, solange nicht auszuschließen sei, dass die Entscheidung in einem weiteren Rechtszug zugunsten des Mandanten geändert werde, hat der Senat ausdrücklich aufgegeben** (BGH, Urteil vom 6. Juni 2019 - IX ZR 104/18, ZIP 2019, 1483 Rn. 17 mwN).

[18] (2) Im Streitfall ist danach der Schaden der Klägerin bereits mit dem Beschluss des Familiengerichts über den Versorgungsausgleich vom 23. Januar 2013 eingetreten, mit dem im Blick auf die von der Klägerin während der Ehezeit erworbenen Anwartschaften zu deren Lasten ein um nahezu das Doppelte übersetzter Ausgleichswert berücksichtigt worden ist. Zu diesem Zeitpunkt verschlechterte sich die Vermögenslage der Klägerin infolge der Pflichtverletzung der Beklagten (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juni 2019, aaO Rn. 18).

[19] bb) Die Klägerin hat bereits im Laufe des Jahres 2013 Kenntnis von den die Schadensersatzforderung begründenden Umständen und der Person der Beklagten als Anspruchsschuldnerin erlangt. Dies ergibt sich unter Berücksichtigung des im landgerichtlichen Tatbestand als unstreitig festgestellten Umstands, die Klägerin habe die Beklagte am 10. Dezember 2013 persönlich aufgefordert, den Haftpflichtversicherer zu informieren, weil ihr ein Schaden entstanden sei.

[20] (1) Die Revision rügt mit Recht, das Berufungsgericht habe die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe sie am 10. Dezember 2013 persönlich aufgefordert, den Haftpflichtversicherer zu informieren, weil ihr ein Schaden entstanden sei, als unstreitig behandeln müssen.

[21] (a) Dies folgt schon aus § 314 und § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Nach § 314 ZPO liefert der Tatbestand des Urteils Beweis für das mündliche Vorbringen. Dieser Beweis kann nur durch

das Sitzungsprotokoll entkräftet werden. Eine etwaige Unrichtigkeit tatbestandlicher Feststellungen kann nur im Berichtigungsverfahren nach § 320 ZPO behoben werden (BGH, Urteil vom 8. Januar 2007 - II ZR 334/04, NJW-RR 2007, 1434 Rn. 11; vom 9. Juli 2007 - II ZR 233/05, BGHZ 173, 159 Rn. 21; vom 18. September 2009 - VZR 75/08, NJW 2009, 3787 Rn. 35; vom 17. Januar 2012 - XI ZR 457/10, NJW-RR 2012, 622 Rn. 18). Wird die Berichtigung im ersten Rechtszug getroffener Feststellungen nicht beantragt, sind sie für das Berufungsverfahren bindend zu Grunde zu legen (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO; BGH, Urteil vom 18. September 2009, aaO; vom 17. Januar 2012, aaO).

[22] Danach war das Berufungsgericht an die tatbestandliche Feststellung des Landgerichts gebunden. Das Landgericht hatte die Aufforderung der Beklagten durch die Klägerin vom 10. Dezember 2013 zur Einschaltung des Haftpflichtversicherers im unstreitigen Tatbestand geschildert und in den Entscheidungsgründen ausdrücklich als unstreitig bezeichnet. Einen Tatbestandsberichtigungsantrag nach § 320 ZPO haben weder die Klägerin noch der Streithelfer gestellt.

[23] (b) Auch ohne die aus §§ 314, 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO folgende Bindungswirkung hätte das Berufungsgericht die Aufforderung zur Einschaltung des Haftpflichtversicherers nicht als streitig behandeln dürfen. Zu der seitens der Beklagten behaupteten Aufforderung hat sich lediglich der Streithelfer und dies auch nur mit Nichtwissen (§ 138 Abs. 4 ZPO) erklärt. Die Erklärung mit Nichtwissen war nicht zulässig, was zur Folge hat, dass die Behauptung als zugestanden gilt (BGH, Urteil vom 8. Januar 2019 - II ZR 139/17, NJW-RR 2019, 747 Rn. 34).

[24] Nach § 138 Abs. 4 ZPO ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist aus der Sicht der unterstützten Hauptpartei zu beurteilen. Die Erklärung ihres Streithelfers mit Nichtwissen ist daher unzulässig, wenn sie eine Tatsache betrifft, die (ihre Wahrheit unterstellt) eine eigene Handlung der Hauptpartei oder Gegenstand von deren Wahrnehmung gewesen ist.

[25] Die aus § 67 ZPO folgenden Befugnisse des Streithelfers gehen nicht weiter als die der unterstützten Hauptpartei (vgl. BGH, Urteil vom 28. März 1985 - VII ZR 317/84, NJW 1985, 2480; MünchKomm-ZPO/Schultes, 6. Aufl., § 67 Rn. 4; Stein/Jonas/Jacoby, ZPO, 23. Aufl., § 67 Rn. 10; Musielak/Voit/Weth, 17. Aufl., § 67 Rn. 4; BeckOK-ZPO/Dressler, 2020, § 67 Rn. 10). Ist demnach die unterstützte Hauptpartei nicht zu einer Erklärung mit Nichtwissen berechtigt, muss auch ihr Streithelfer (zumindest) einfach bestreiten. Ob die Voraussetzungen des § 138 Abs. 4 ZPO vorliegen, ist im Rahmen

eines Prozessrechtsverhältnisses einheitlich aus Sicht der Parteien zu beurteilen. Daran ändert nichts, dass eine der an dem Verhältnis beteiligten Parteien durch einen Streithelfer unterstützt wird. Entsprechendes gilt, wenn der unterstützten Hauptpartei qualifizierter Gegenvortrag obliegt, weil ihr Gegner außerhalb des von ihm darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während die Hauptpartei sie hat und ihr nähere Angaben zumutbar sind (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juni 1990 - II ZR 159/89, NJW 1990, 3151 f.). Dieser prozessualen Obliegenheit kann sich die Hauptpartei nicht dadurch entziehen, dass sie schweigt und ihr Streithelfer einfach bestreitet.

[26] (2) Unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Klägerin die Beklagte am 10. Dezember 2013 persönlich **aufgefordert** hat, den **Haftpflichtversicherer zu informieren**, weil ihr ein Schaden entstanden sei, ist davon auszugehen, dass sie bereits im Jahr 2013 **Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person der Beklagten als Anspruchsschuldnerin** hatte.

[27] (a) Allerdings machen es die **Besonderheiten der Rechtsberaterhaftung** erforderlich, nicht schon dann von einer Kenntnis im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB auszugehen, wenn dem Mandanten nur die tatsächlichen Umstände bekannt sind, aus denen der Schadensersatzanspruch gegen den Berater folgt. **Hinzukommen muss die Kenntnis von solchen Tatsachen, aus denen sich für den Mandanten - zumal wenn er juristischer Laie ist - ergibt, dass der Rechtsberater von dem üblichen rechtlichen Vorgehen abgewichen ist oder Maßnahmen nicht eingeleitet hat, die aus rechtlicher Sicht zur Vermeidung eines Schadens erforderlich waren** (BGH, Urteil vom 6. Februar 2014 - IX ZR 245/12, BGHZ 200, 172 Rn. 15). Dies findet seinen Grund darin, dass der Mandant in der Regel nicht fachkundig ist, seine rechtlichen Belange dem dazu berufenen Fachmann anvertraut und dessen etwaige Fehlleistungen - eben wegen seiner Rechtsunkenntnis - häufig nicht zu erkennen vermag. Die Fachkunde des Rechtsanwalts und das Vertrauen seines Auftraggebers begründen typischerweise im Rahmen eines Anwaltsvertrags eine Überlegenheit des Anwalts gegenüber seinem regelmäßig rechtsunkundigen Mandanten (vgl. BGH, Urteil vom 6. Februar 2014, aaO).

[28] Für ein fehlerhaftes Verhalten des Beraters ist aus der Sicht des Mandanten regelmäßig kein Anhalt im Sinne grob fahrlässiger Unkenntnis gegeben, wenn der in Betracht kommende Fehler im Rechtsstreit kontrovers beurteilt wird und der Berater gegenüber dem Mandanten oder in Ausübung des Mandats nach außen hin die Rechtsansicht vertritt, ein Fehlverhalten liege nicht vor. Der Mandant darf sich darauf verlassen, dass der von ihm beauftragte Berater die anstehenden Rechtsfragen fehlerfrei beantwortet und der erteilte Rechtsrat zutreffend ist. **Dem Mandanten obliegt es nicht, den Anwalt**

zu überwachen oder dessen Rechtsansichten durch einen weiteren Rechtsberater überprüfen zu lassen. Rät der Berater zur Fortsetzung des Rechtsstreits, hat der Mandant in der Regel sogar dann keine Kenntnis von der Pflichtwidrigkeit des Beraters, wenn das Gericht oder der Gegner zuvor auf eine Fristversäumung hingewiesen hat (BGH, Urteil vom 6. Februar 2014, aaO Rn. 17; vom 25. Oktober 2018 - IX ZR 168/17, WM 2019, 787 Rn. 9).

[29] (b) Anders liegt allerdings der Fall, wenn der Mandant aus den ihm bekannten Umständen selbst den Schluss auf einen gegen den Berater gerichteten Schadensersatzanspruch gezogen hat. Mit dem Schadensersatzverlangen gibt der Mandant zu erkennen, dass er dem Berater nicht mehr (uneingeschränkt) vertraut. Im Blick auf den Beginn der Verjährungsfrist ist der Mandant nun nicht mehr schutzwürdig. Er hat zumindest drei Jahre Zeit, den erkannten Schadensersatzanspruch durchzusetzen oder jedenfalls den Lauf der Verjährungsfrist zu hemmen. **Gelingt es dem Rechtsberater, das Vertrauen des Mandanten zurückzugewinnen, führt dies weder zu einer Hemmung noch zu einem Neubeginn der Verjährungsfrist. Allerdings kann die vom Rechtsberater erhobene Einrede der Verjährung rechtsmissbräuchlich sein, wenn er seinen Mandanten davon abhält, die Verjährung rechtzeitig zu hemmen.** Es gelten die vom Bundesgerichtshof hierzu entwickelten Grundsätze (vgl. BGH, Urteil vom 29. Februar 1996 - IX ZR 180/95, ZIP 1996, 791, 793; Beschluss vom 20. November 2008 - IX ZR 145/06, BeckRS 2008, 26023 Rn. 2; Urteil vom 14. November 2013 - IX ZR 215/12, WM 2014, 854 Rn. 15).

[30] (c) Danach begann der Lauf der Verjährung mit Ablauf des Jahres 2013. Die Klägerin kannte nicht nur die den Schadensersatzanspruch begründenden tatsächlichen Umstände. Sie hatte darüber hinaus aus den Umständen den Schluss auf eine Schadensersatzpflicht der Beklagten gezogen und dies durch die **Aufforderung** zum Ausdruck gebracht, die Beklagte möge den **Haftpflichtversicherer einschalten**, weil ihr ein Schaden entstanden sei.

[31] cc) Die Ende 2013 in Lauf gesetzte Verjährungsfrist endete mit Ablauf des 31. Dezember 2016. Die im Februar 2017 anhängig gemachte Klage konnte den Ablauf der Verjährung nicht mehr hemmen, wenn die Frist nicht schon zuvor gehemmt war oder neu begonnen hatte. Feststellungen zu einem Neubeginn oder einer vorangegangenen Hemmung der Verjährung hat das Berufungsgericht bisher nicht getroffen. Die von ihm getroffenen Feststellungen rechtfertigen auch nicht die Annahme, die Verjährungseinrede der Beklagten sei rechtsmissbräuchlich.

[32] (1) Der **Arglisteinwand** kann der **Einrede der Verjährung**

(§ 214 Abs. 1 BGB) indes nicht nur dann entgegengesetzt werden, wenn der Schuldner den Gläubiger absichtlich von der Erhebung der Klage abgehalten hat. Es reicht aus, dass der Schuldner durch sein Verhalten objektiv - sei es auch unab-sichtlich - bewirkt, dass die Klage nicht rechtzeitig erhoben wird, und die spätere Verjährungseinrede unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls mit dem Gebot von Treu und Glauben unvereinbar wäre. Insoweit ist ein strenger Maßstab anzulegen (BGH, Urteil vom 14. November 2013, aaO). Ist der Arglisteinwand begründet, macht es der Zweck der bereits eingetretenen Verjährung erforderlich, dass der Gläubiger seinen Anspruch binnen einer nach Treu und Glauben zu bestimmenden Frist gerichtlich geltend macht (BGH, Urteil vom 14. November 2013, aaO Rn. 18 f).

[33] (2) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen getroffen, welche die von der Beklagten erhobene Verjährungseinrede als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen könnten. Die mit dem Schluss des Jahres 2013 angelaufene Verjährung endete erst mit Ablauf des 31. Dezember 2016. Es ist nicht ersichtlich, wodurch die Beklagte die Klägerin von der rechtzeitigen Hemmung der Verjährung abgehalten haben sollte. Nicht die Beklagte, sondern der Streithelfer hat versucht, eine Berichtigung oder Abänderung der Entscheidung über den Wertausgleich zu erreichen. Dieser Versuch scheiterte. Die Beschwerde des Streithelfers wurde durch das Oberlandesgericht im September 2014 zurückgewiesen. Zu diesem Zeitpunkt lief die Verjährungsfrist noch mehr als zwei Jahre. Es kann auch nicht angenommen werden, dass die Beklagte die Klägerin durch die Geltendmachung von Regressansprüchen gegen den Streithelfer von der rechtzeitigen Hemmung der Verjährung des gegen sie gerichteten Schadensersatzanspruchs abgehalten hat. Ersichtlich hat der Streithelfer Regressansprüche von Anfang an abgelehnt. Wodurch es die Beklagte in Anbetracht dessen bewirkt haben könnte, dass die Klägerin von einer die Verjährungsfrist hemmenden Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs absah, ist nicht erkennbar. (...)

Rechtsanwaltshaftung

- Übermittlung eines Schriftsatzes per Telefax
- Prüfung des Sendeprotokolls
- Allmeine Kanzleianweisung
- Keine allabendliche Erledigungskontrolle
(BGH, Beschl. v. 11.11.2020 – XII ZB 354/20)

Leitsatz

Besteht die allgemeine Kanzleianweisung, nach der Übermittlung eines Schriftsatzes per Telefax anhand des Sendeprotokolls zu prüfen, ob die Übermittlung vollständig sowie an den richtigen Empfänger erfolgt ist, und die Frist im Fristenkalender erst anschließend zu streichen, muss das Sendeprotokoll bei der allabendlichen Erledigungskontrolle nicht - erneut - inhaltlich überprüft werden (im Anschluss an BGH Beschluss vom 23. Februar 2016 - II ZB 9/15 - NJW 2016, 1664).

Zum Sachverhalt:

[1] Der Beklagte begehrt Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsbegründungsfrist und wendet sich gegen die Verwerfung seiner Berufung.

[2] Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 11.459,70 € nebst Zinsen sowie vorgerichtlicher Anwaltskosten verurteilt. Gegen das ihm am 3. Dezember 2019 zugestellte Urteil hat der Beklagte mit am 3. Januar 2020 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt. Die Berufungsbegründungsfrist ist bis zum 3. März 2020 verlängert worden. Die Berufungsbegründung vom 3. März 2020 ist am 9. März 2020 per Post beim Oberlandesgericht eingegangen. Nachdem ihm am 23. März 2020 der gerichtliche Hinweis erteilt worden war, dass die Berufungsbegründung entgegen der Angabe auf dem Schriftsatz nicht vorab per Telefax eingegangen sei, hat der Prozessbevollmächtigte des Beklagten am 6. April 2020 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beantragt.

[3] Zur Begründung hat er anwaltlich versichert, dass die Überwachung der ablaufenden Fristen und in diesem Zusammenhang auch das Versenden von fristgebundenen Schriftsätzen zur Fristwahrung per Telefax einschließlich der Überprüfung der betreffenden Sendebereiche auf eine erfolgreiche Übertragung sowie die anschließende Löschung der Fristen als „erledigt“ im Computersystem seit rund 15 Jahren dem seit 20 Jahren als Sachbearbeiter bei ihm beschäftigten Mitarbeiter K. übertragen worden seien, der sich im Hinblick auf diese Aufgaben über Jahre als äußerst gewissenhaft und zuverlässig bewährt habe. Bei Schriftsätzen, die zur Fristwahrung entweder vorab oder ausschließlich per Telefax versandt würden, sehe der konkrete zeitliche Ablauf jeweils wie folgt aus: Nachdem

K. den zu faxenden Schriftsatz ihm zur Unterschrift vorgelegt und von ihm unterzeichnet zurückbekommen habe, belege er sich mit dem Schriftsatz zu dem im Empfang der Kanzlei befindlichen Faxgerät, gebe dort die Faxnummer ein, lese den zu faxenden Schriftsatz ein und warte zunächst die Anwahl ab. Soweit bei der ersten Anwahl eine erfolgreiche Verbindung aufgebaut werden könne, warte K. die Übertragung am Faxgerät ab und überprüfe nach Ausdruck des Sendebereiches, ob die Übertragung tatsächlich erfolgreich gewesen sei, was in der Zeile „ÜBERTR“ im Sendebereich durch ein „OK“ angezeigt werde, und vergewissere sich zugleich, dass die Anzahl der als übertragen angezeigten Seiten auch tatsächlich der Anzahl der Seiten des gefaxten Schriftsatzes entspreche. Sodann hefte K. die Seiten des zuvor gefaxten Originals des Schriftsatzes zusammen und tüte das Original mit den zugehörigen Abschriften für den Postversand ein. Den Faxbericht selbst hefte er zusammen mit einer Abschrift des gefaxten Schriftsatzes in die Handakte, die danach in den Aktschrank gehängt werde. Danach werde die Frist von K. im Fristenprogramm des Computersystems als „erledigt“ markiert. Im vorliegenden Fall habe K. den entsprechenden Sendebereich des Telefaxes vom 3. März 2020 um 15:14 Uhr, der die Angabe „keine Verbindung“ enthalten habe, dem Faxgerät entnommen und in der festen Überzeugung, dass das Telefax erfolgreich übertragen worden sei, das Original des Schriftsatzes zusammengeheftet und mit den Abschriften in einen Umschlag für den Postversand gegeben. Gleichzeitig habe er eine Kopie des Schriftsatzes zusammen mit dem Sendebereich in die Handakte geheftet und die Berufungsbegründungsfrist im Computersystem als „erledigt“ markiert. Dieses Vorgehen habe der Mitarbeiter sich selbst nicht erklären können, er müsse wohl in diesem Moment einen „Blackout“ gehabt haben. Ein solcher Fehler sei ihm bislang nicht unterlaufen; es handele sich um ein einmaliges Versagen eines bislang immer gewissenhaften und zuverlässigen Mitarbeiters. Das Oberlandesgericht hat den Antrag des Beklagten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seiner Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen:

[4] Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung, zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

[5] 1. Die Rechtsbeschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig (§§ 238 Abs. 2 Satz 1, 522 Abs. 1 Satz 4, 574 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

[6] Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, weil das Oberlandesgericht die vom Beklagten für eine Wiedereinsetzung in die Berufungsbegründungsfrist vorgetragenen Gründe

mit unzutreffenden Erwägungen übergangen und damit dessen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt hat. Nach gefestigter Rechtsprechung dient das Rechtsinstitut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in besonderer Weise dazu, den Rechtsschutz und das rechtliche Gehör zu garantieren. Daher gebieten es die Verfahrensgrundrechte auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip) und auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), den Zugang zu den Gerichten und den in den Verfahrensordnungen vorgesehenen Instanzen nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise zu erschweren (Senatsbeschluss vom 12. März 2008 - XII ZB 4/08 - WM 2008, 1134 Rn. 4 mwN). Gegen diesen Grundsatz verstößt die angefochtene Entscheidung.

[9] a) Das Oberlandesgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, nach dem Vorbringen des Beklagten könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Fristversäumung auf einem anwaltlichen Organisationsmangel bei der abendlichen Ausgangskontrolle in der Kanzlei seines Prozessbevollmächtigten beruhe, der ihm gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen sei. Ein Rechtsanwalt habe durch organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig gefertigt werde und innerhalb der laufenden Frist beim zuständigen Gericht eingehe. Zu diesem Zweck habe er seine Ausgangskontrolle so zu organisieren, dass sie einen gestuften Schutz gegen Fristversäumungen biete. Zum einen dürften die im Fristenkalender vermerkten Fristen erst dann gestrichen oder anderweitig als erledigt gekennzeichnet werden, wenn die fristwahrende Maßnahme tatsächlich durchgeführt, die weitere Beförderung der ausgehenden Post also organisatorisch zuverlässig vorbereitet worden sei. Zum anderen gehöre hierzu die Anordnung des Rechtsanwalts, dass die Erledigung von fristwahrenden Sachen am Abend eines jeden Arbeitstages anhand des Fristenkalenders durch eine dazu beauftragte Bürokraft überprüft werde. Die allabendliche Ausgangskontrolle fristgebundener Schriftsätze mittels Abgleichs mit dem Fristenkalender diene dabei nicht allein dazu zu überprüfen, ob sich aus den Eintragungen noch unerledigt gebliebene Fristen ergäben. Ihr Sinn und Zweck liege auch darin festzustellen, ob möglicherweise in einer bereits als erledigt vermerkten Fristsache die fristwahrende Handlung noch ausstehe. Daher sei ein Fristenkalender so zu führen, dass auch eine gestrichene Frist noch erkennbar und bei der Endkontrolle überprüfbar sei. Dem durch eidesstattliche Versicherung seines Prozessbevollmächtigten glaubhaft gemachten Vortrag des Beklagten sei indes nicht zu entnehmen, dass in seiner Kanzlei eine den vorstehenden Maßgaben entsprechende allabendliche Ausgangskontrolle fristgebundener Schriftsätze organisiert sei und eine entsprechende Anweisung hierfür bestehe. Es fehle mithin an dem nötigen gestuften Schutz gegen die Versäumung von Fristen. Die diesbezüglich fehlende Organisation habe es auch erst ermöglicht, dass der

dem Mitarbeiter unterlaufene Bearbeitungsfehler nicht habe auffallen können, und sei daher für die Fristversäumung ursächlich geworden.

[10] b) Damit entspricht die angefochtene Entscheidung nicht den Anforderungen, die die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an die Fristenkontrolle bei Versendung eines Telefaxes stellt.

[11] aa) Bei der Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax kommt der Rechtsanwalt seiner **Verpflichtung zu einer wirksamen Ausgangskontrolle** dann nach, **wenn er seinen Büroangestellten die Weisung erteilt, sich einen Sendebericht ausdrucken zu lassen, auf dieser Grundlage den Zugang und die Vollständigkeit der Übermittlung zu prüfen und die Notfrist erst nach Kontrolle des Sendeberichts zu löschen** (vgl. BGH Beschluss vom 23. Februar 2016 - II ZB 9/15 - NJW 2016, 1664 Rn. 10 mwN). Die von einem Rechtsanwalt im Rahmen der Fristenkontrolle geforderte allabendliche Ausgangskontrolle umfasst entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts nicht die erneute inhaltliche Überprüfung des Sendeprotokolls (BGH Beschluss vom 23. Februar 2016 - II ZB 9/15 - NJW 2016, 1664 Rn. 16).

[12] (1) **Zu einer wirksamen Ausgangskontrolle gehört zwar die Anordnung des Rechtsanwalts, dass die Erledigung von fristgebundenen Sachen am Abend eines jeden Arbeitstages durch eine dazu beauftragte Bürokraft anhand des Fristenkalenders nochmals selbständig überprüft wird.** Diese Überprüfung dient auch dazu festzustellen, ob möglicherweise in einer bereits als erledigt vermerkten Fristsache die fristwahrende Handlung noch aussteht. Deshalb ist dabei auch zu prüfen, ob die im Fristenkalender als erledigt gekennzeichneten Schriftsätze tatsächlich abgesandt worden sind (vgl. BGH Beschluss vom 23. Februar 2016 - II ZB 9/15 - NJW 2016, 1664 Rn. 17 mwN).

[13] (2) **Dies bedeutet aber nicht, dass das Übersendungsprotokoll abends erneut inhaltlich zu prüfen ist, wenn die allgemeine Anweisung besteht, nach der Übermittlung eines Schriftsatzes per Telefax anhand des Sendeprotokolls zu prüfen, ob die Übermittlung vollständig sowie an den richtigen Empfänger erfolgt ist, und die Frist im Fristenkalender erst anschließend zu streichen** (BGH Beschluss vom 23. Februar 2016 - II ZB 9/15 - NJW 2016, 1664 Rn. 18 mwN; Senatsbeschluss vom 1. Juni 2016 - XII ZB 382/15 - FamRZ 2016, 1355 Rn. 19 mwN). Nur dann, wenn diese allgemeine Kanzleianweisung fehlt, kann nicht von einer insoweit bereits durchgeführten wirksamen Ausgangskontrolle durch die Büroangestellten ausgegangen werden und nur dann muss die Prüfung der Erledigung der fristgebundenen Sachen am Abend auch eine in-

haltliche Prüfung des Sendeprotokolls umfassen (BGH Beschluss vom 23. Februar 2016 - II ZB 9/15- NJW 2016, 1664 Rn. 18mwN).

[14] bb) Diesen Maßstäben wird die Entscheidung des Oberlandesgerichts nicht gerecht.

[15] Auch wenn der Prozessbevollmächtigte des Beklagten die bezogen auf seinen Mitarbeiter K. übliche Vorgehensweise nicht ausdrücklich als Büroorganisation bezeichnet hat, ergibt sich indes aus den Umständen, dass damit das übliche und mithin in der Kanzlei - für alle Mitarbeiter erkennbar - für notwendig erachtete Procedere beim Absenden eines Telefaxes und damit eine entsprechende allgemeine Kanzleianweisung gemeint ist. Das hat ersichtlich auch das Oberlandesgericht so gesehen, weil es den diesbezüglichen Vortrag nicht in Frage gestellt hat. Diese - bereits dargestellten - Vorgaben genügen den Anforderungen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

[16] Soweit das Oberlandesgericht auf eine Entscheidung des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 29. Oktober 2019 - VIII ZB 103/18- FamRZ 2020, 268 Rn. 11 ff.) Bezug nimmt, hat es unberücksichtigt gelassen, dass sich diese Entscheidung auf das Verschicken fristgebundener Schriftsätze per Post bezieht, nicht aber auf die Absendung eines Telefaxes. Maßgeblich für letztgenannte Konstellation ist die von der Rechtsbeschwerde zu Recht angeführte Entscheidung des II. Zivilsenats (BGH Beschluss vom 23. Februar 2016 - II ZB 9/15 - NJW 2016, 1664 Rn. 18 mwN; s. auch Senatsbeschluss vom 1. Juni 2016 - XII ZB 382/15 - FamRZ 2016, 1355 Rn. 19 mwN).

[17] 3. Die angefochtene Entscheidung ist deshalb aufzuheben und die Sache und die Sache ist an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen (§ 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO). Hinsichtlich der Wiedereinsetzung ist die Sache zur Endentscheidung reif. Dem Beklagten ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist zu gewähren, weil auch die übrigen Voraussetzungen hierfür vorliegen. Das Wiedereinsetzungsgesuch ist rechtzeitig (§ 234 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ZPO) beim Oberlandesgericht eingereicht worden. Die nachzuholende Prozesshandlung war bereits mit Eingang der Berufungsbegründung am 9. März 2020 erfolgt.

GI Literaturhinweis

Deckenbrock/Henssler, Rechtsdienstleistungsgesetz: RDG

Das Rechtsdienstleistungsgesetz regelt die Zulässigkeit der berufsmäßigen Rechtsberatung. Seine Bedeutung entfaltet sich im besonderen Maße für Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, die nur eine eingeschränkte Befugnis zur Rechtsdienstleistung haben. Ebenso bedeutsam ist es für die Beratung durch Versicherer, Banken und Inkassounternehmen. Die Neuauflage befasst sich ausgiebig mit den neuen Entwicklungen auf dem Markt der Rechtsdienstleistungen: dem legal tech, den Law Clinics für Studierende und dem Legal Outsourcing. Es kommentiert die Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte und die Änderung der Finanzgerichtsordnung.

Die Herausgeber und Autoren sind ausgewiesene Kenner des anwaltlichen Berufsrechts und der Rechtsdienstleistungen.

Das Buch wendet sich an Rechtsanwälte, Rentenberater, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und alle Berufe, die auch Rechtsdienstleistungen erbringen wie Architekten, Erbenermittler, Bankberater etc.

Deckenbrock/Henssler, Rechtsdienstleistungsgesetz: RDG
C.H.Beck, 5. Auflage, 2021
XXX, 1080 S., In Leinen 119 EUR
ISBN 978-3-406-71532-7

Schmidt, Rechtsfragen zur Corona-Krise

Die Corona-Krise stellt immer noch alle Gesellschaftsbereiche vor Herausforderungen. Das Buch stellt in der aktuellen Neuauflage wesentliche Bereiche des täglichen Lebens im Hinblick auf die Besonderheiten dar, die durch die Corona-Pandemie ausgelöst wurden:

Kreditrecht
Mietrecht
WEG
Heimrecht
Bauvertrag
Reiserecht
Sport
Gesellschaftsrecht
Privatversicherungsrecht
Transportrecht
Vertriebsrecht

Sanierung und Insolvenz
Bildungsrecht: Kitas und Hochschulen
Arbeitsschutzrecht

Das Buch wendet sich an Rechtsanwälte, Notare und Berater.

Schmidt, Rechtsfragen zur Corona-Krise
C.H.Beck, 3. Auflage, 2021
XXXVI, 984 S., Softcover 59 EUR
ISBN 978-406-77148-4

Braun, StaRUG: Unternehmensstabilisierungs- und Restrukturierungsgesetz

Das Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen – StaRUG – vom 22.12.2020 wird ab sofort von Insolvenzverwaltern, Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern und allen, die sich mit Unternehmen in Krisenlagen befassen, beachtet werden müssen. Mit dem Restrukturierungsrahmen, der dem Insolvenzverfahren vorgelagert ist, steht auch dem Schuldner nun ein von ihm bestimmtes Verfahren zur Verfügung.

Herzstück der Kommentierung sind der Restrukturierungsplan, die Restrukturierungs- und Sanierungselemente, sowie die Rolle des Restrukturierungsbeauftragten.

Das Experten-Team von Schultze & Braun hat es geschafft, in kürzester Zeit eine Kommentierung des Gesetzes vorzulegen und allen Praktikern für das Restrukturierungsverfahren praxistaugliche Antworten zu geben.

Braun, StaRUG: Unternehmensstabilisierungs- und Restrukturierungsgesetz
C.H. Beck, 2021
XXI, 705 S., In Leinen 149,00 EUR
ISBN 978-3-406-71682-9

GI Literatur-Ecke

Bormann/Böttger: Befugnis zur Entbindung eines Berufsheimnisträgers von dessen Verschwiegenheitspflicht bei (insolventer) juristischer Person, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 27.1.2021 – StB 44/20, DStR 2021, 1015

Goez: Wann ist interdisziplinäre Beratung durch Rechtsanwalt und Steuerberater geboten? KP 2021, 73

Gräfe: Zur Einbeziehung fremden Vermögens in den im Rahmen der Rechtsanwalts- und Steuerberaterhaftung vorzunehmenden Gesamtvermögensvergleich, EWIR 2021, 205

Juretzek: Zur Wissenszurechnung und -zusammenrechnung innerhalb von Sozietäten, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26.5.2020 – VI ZR 186/17, DStR 2021, 687

Kilian: Neuordnung der Berufshaftpflichtversicherung, AnwBl 2021, 228

Looschelders: Grundfragen der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung und der Vertrauensschadenversicherung im Spiegel der neueren Rechtsprechung, VersR 2021 337

Lührig: Kommt Haftpflichtversicherung ins Spiel, startet Verjährung, AnwBl Online, 2021, 547

Matz/Hömig: Anmerkung zu OLG Koblenz, Urt. v. 30.10.2020 – 3 U 47/20, Zum Mitverschulden des Geschäftsführers in Insolvenzverschleppungsfällen, DStR 2021, 631

Meixner/Schröder: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 1.10.2020 – IX ZR 228/19, Zur konsolidierten Schadensbetrachtung bei der Steuerberaterhaftung, DStR 2021, 564

Nothaas: Abwehrschutz für wissentliche Pflichtverletzung, AnwBl 2021, 232

Ott: Ausschluss der Haftung der Gründungsgesellschafter durch Prospekthaftung, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 19.1.2021 – XI ZB 35/18, NJW 2021, 1318

Scaraggi-Kreitmayer: Steuerberater als Sondertäter der Geldwäsche: Die neue Qualifikation im § 261 StGB und weitere Änderungen im Geldwäsche-Straftatbestand, DStR 2021, 885

Schardt: Haftungsfallen der erbrechtlichen Beratung posthum, AnwBl 2021, 298

Scheuch: Rechtskenntnis als Voraussetzung des Verjährungsbeginns bei der Beraterhaftung, Bespr. des BGH-Urt. v. 29.10.2020 – IX ZR 10/20, DStR 2021, 820

Schwenker: Grenzen der Überwachungspflicht der Bürokraft durch den Rechtsanwalt, jurisPR-BGHZivilR 6/2021, Anm. 7

Schwenker: Vorliegen der für den Beginn der Verjährungsfrist erforderlichen Kenntnis von den den Schadensersatzanspruch begründenden Umständen bei Mandanten, jurisPR-BGHZivilR 8/2021, Anm. 4

Wacker: Beraterhaftung trotz Behördenverschuldens, DStR 2021, 749

GI service

Wichtige Info zur GI!

Nichts verpassen und GI als Newsletter abonnieren!

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

Service-Fax

(0511) 645 111 3661

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

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

Worauf Sie sich verlassen können:

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

Impressum

GI Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

Herausgeber

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

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

Redaktion

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

Erscheinungsweise

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

Abonnementservice

Telefax: 0511-6451113661