

# Glaktuell

> Ausgabe 2 / 4.2023 / 43. Jahrgang  
 > Informationen für wirtschaftsprüfende,  
 rechts- und steuerberatende Berufe

## Inhalt

<b>Editorial</b> .....	<b>63</b>	<b>Prospekthaftung</b> .....	<b>87</b>
<b>GI Entscheidungen</b> .....	<b>64</b>	Spezialgesetzliche Prospekthaftung / Prospekthaftung im weiteren Sinne (BGH, Beschl. v. 19.7.2022 – XI ZB 32/21)	
<b>GI Literaturecke</b> .....	<b>123</b>	<b>Prospekthaftung</b> .....	<b>92</b>
<b>Rechtsanwaltshaftung</b> .....	<b>64</b>	Spezialgesetzliche Prospekthaftung / Prospekthaftung im weiteren Sinne (BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – II ZR 22/22)	
Verkehrsunfall / Unfallversicherung / Mandatsinhalt / Hinweispflichten des Anwalts über Abfindung (OLG Schleswig, Urteil v. 10.2.2022 – 11 U 73/21)		<b>Rechtsanwaltsvergütung</b> .....	<b>98</b>
<b>Wiedereinsetzung</b> .....	<b>66</b>	Zwangsversteigerungsverfahren / Mehrere Bruchteile eines Grundstücks / Miteigentümer als Gesamtschuldner (BGH, Beschl. v. 22.9.2022 – V ZB 2/20)	
Keine Unterschrift des verfassenden Rechtsanwalts / Un- terzeichnung durch anderen Rechtsanwalt (BGH, Beschl. v. 6.12.2022 – VIII ZA 12/22)		<b>Wiedereinsetzung</b> .....	<b>102</b>
<b>Wirtschaftsprüferhaftung</b> .....	<b>68</b>	Elektronisches Anwaltspostfach / Bestätigung des Eingangs des elektronischen Dokuments / Stichprobeweise Überprüfung (BGH, Beschl. v. 11.5.2021 - VIII ZB 9/20)	
Bestätigungsvermerk / Keine Kapitalmarktinformation (LG Hamburg, Beschl. v. 26.8.2022 – 313 O 182/20)		<b>Steuerberaterhaftung</b> .....	<b>109</b>
<b>Wirtschaftsprüferhaftung</b> .....	<b>69</b>	Insolvenzverschleppungsschaden / Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters (KG Berlin, Urt. v. 15.11.2022 – 21 U 55/21)	
Bestätigungsvermerk / Kapitalmarktinformation (OLG München, Beschl. v. 20.5.2022 – 13 U 9056/21)		<b>Wiedereinsetzung</b> .....	<b>112</b>
<b>Notarhaftung</b> .....	<b>73</b>	Vorfrist / Mitarbeiter / Kontrolle des Endes der Berufungsbegründungsfrist (BGH, Beschl. v. 22.11.2022 – VIII ZB 2/22)	
Gesellschafterliste / Amtspflicht nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG (KG Berlin, Urt. v. 28.6.2022 – 9 U 1098/20)		<b>Abgabenordnung</b> .....	<b>115</b>
<b>Rechtsanwaltshaftung</b> .....	<b>81</b>	Wegfall der Geschäftsgrundlage / Vertragsgrundlage / Fehlerhafte Beratung durch Steuerberater (FG Niedersachsen, Urt. v. 14.12.2022 – 9 K 162/21)	
Rechtsschutzversicherer / Bankdarlehen / Widerrufsbe- lehrung / Musterbelehrung / Verjährung / Kenntnis der offensichtlichen Erfolglosigkeit der Berufung (OLG Celle, Urt. v. 16.12.21 – 3 U 171/21)			



## Ihre Sicherheit für alle Fälle.

 Rechtsanwälte → Vermögensschaden-Haftpflicht

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

**Wir sind HDI. #Möglichmacher**

Top-Konditionen und verbesserter Deckungsumfang



Dr. Jürgen Gräfe  
Rechtsanwalt



## Editorial

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

Das OLG Schleswig befasst sich mit dem **Mandatsumfang eines Rechtsanwalts**, der nach einem **Verkehrsunfall eingeschaltet** wurde. Der Auftrag beinhaltet die Durchsetzung der Ansprüche des Mandanten gegenüber dem Unfallgegner oder dessen Abwehr. Nicht beauftragt wird die Auseinandersetzung mit dem Unfallversicherer des Mandanten, dessen Krankenversicherung, dessen Vollkaskoversicherer oder seiner Autowerkstatt. **Darlegungs- und beweisbelastet** für einen erweiterten **Umfang des Verkehrsunfall-Mandats** ist der Auftraggeber.

Der BGH hat einen **fristwahren Schriftsatz** beurteilen müssen, der nicht vom verfassenden Rechtsanwalt, sondern einem **Kollegen unterschrieben** wurde. Zu einem Problem wurde dieser Vorgang, weil der Kollege in einem Zusatz unter seiner Unterschrift deutlich machte, dass er **nicht die Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes übernehme**. Das genügte dem BGH für die Fristwahrung des Schriftsatzes nicht.

Der BGH hat sich zu den Pflichten des Rechtsanwalts bei Nutzung des **elektronischen Anwaltspostfachs (beA)** geäußert. Wie bei der früheren Schriftsatz-Übersendung per Fax muss der Anwalt prüfen, ob der **Eingang** des elektronischen Dokuments bei Gericht gem. § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO bestätigt wurde. Andernfalls muss er erneut tätig werden. In diesem Sinne muss er auch das zuständige Personal in seiner Praxis einweisen.

Das KG Berlin hat entgegen der Rechtsprechung des 9. Zivilsenats des BGH den Schadensersatzanspruch eines Insolvenzverwalters gegen den Steuerberater der Insolvenzschuldnerin wegen eines **Insolvenzverschleppungsschadens** zurückgewiesen. Das KG folgt dem OLG Stuttgart v. 27.10.2020 – 12 U 82/20. Der BGH wird jetzt Gelegenheit haben seine Rechtsprechung zu überprüfen.



Ihr Dr. Jürgen Gräfe

## GI Entscheidungen

### Rechtsanwaltshaftung

- Verkehrsunfall
- Unfallversicherung
- Mandatsinhalt
- Hinweispflichten des Anwalts über Abfindung

(OLG Schleswig, Urt. v. 10.2.2022 – 11 U 73/21)

#### Leitsätze

1. Ein Mandat, das einem Rechtsanwalt „wegen Verkehrsunfall“ erteilt wird, erstreckt sich nicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber einem privaten Unfallversicherer auch wenn dieser mit dem Haftpflichtversicherer des Unfallgegners identisch ist.
2. Hat ein Unfallversicherer den Mandanten mehrfach verständlich über eine Ausschlussfrist belehrt und hat der Mandant den Hinweis verstanden, besteht keine Pflicht des Anwalts, diesen Hinweis zu wiederholen.

#### Zum Sachverhalt:

[1] Die Parteien streiten um Ansprüche wegen Pflichtverletzung aus einem Anwaltsvertrag.

[2] Der Kläger wurde als Motorradfahrer bei einem Verkehrsunfall mit einem Auto schwer verletzt. Der Beklagte zu 2, der zu diesem Zeitpunkt als Anwalt in Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit der Beklagten zu 1 tätig war, vertrat den Kläger bei der Abwicklung der Unfallschäden. Der Kläger war Inhaber einer Unfallversicherung bei der X-Versicherung, diese Gesellschaft war auch Haftpflichtversicherer des Unfallgegners. Der Unfallversicherer wies den Kläger mehrfach schriftlich darauf hin, dass Leistungen ausgeschlossen seien, wenn nicht eine ärztliche Feststellung der Invalidität erfolge. Die Schreiben des Versicherers übersandte der Kläger an den Beklagten zu 2., der gegenüber dem Unfallversicherer nicht tätig wurde. Der Versicherer lehnte später Leistungen ab, da die Invalidität nicht innerhalb der hierfür vereinbarten Frist festgestellt worden sei.

[3] Der Kläger hat dem Beklagten zu 2 vorgeworfen, dieser habe ihm wiederholt mitgeteilt, dass zunächst die Schuldfrage bei dem Unfall geklärt werden müsse.

[4] Mit der Klage verlangt er von den Beklagten Schadensersatz wegen fehlerhafter Beratung bei der Abwicklung der Unfallfolgen.

[5] Wegen des weiteren Sachverhalts wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

[6] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Kläger habe nicht ausreichend darlegen und beweisen können, dass die Angelegenheit der Unfallversicherung Gegenstand des Mandats gewesen sei. Die Darstellung des Klägers, darüber, wie er dem Beklagten zu 2 einen Auftrag erteilt haben wolle, sei nicht nachvollziehbar. Ein Vertrag ergebe sie nicht schon durch die Unterzeichnung der Vollmacht mit dem Betreff „wegen Verkehrsunfall“. Hierzu stehe im Widerspruch, dass der Kläger selbst ohne Hilfe durch den Beklagten zu 2 den Schaden bei der X-Versicherung gemeldet habe. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut des Schreibens der X-Versicherung vom 16.06.2015. Durch Zuleitung dieses Schreibens an den Beklagten zu 2 sei kein Mandatsverhältnis im Hinblick auf die eigene Unfallversicherung entstanden. Auch sei nicht bewiesen, dass der Beklagte zu 2 zugesagt habe, sich zu kümmern.

[7] Der Kläger habe auch keinen Anspruch wegen der Verletzung von Schutzpflichten. Zwar träfen den Anwalt besondere Warn- und Hinweispflichten, wenn ihm die außerhalb des konkreten Mandats liegenden Begleitumstände und die hieraus drohenden Gefahren offenkundig oder bekannt sein. Für die Beklagten sei aber nicht offenkundig gewesen, dass Ansprüche verloren zu gehen drohten. Der Beklagte zu 2 habe darauf vertrauen dürfen, dass der Kläger von der X-Versicherung ausdrücklich auf den drohenden Fristablauf hingewiesen und sich ausreichend um seine Angelegenheit bezüglich der Unfallversicherung kümmern werde.

[8] Gegen die Klageabweisung wendet sich der Kläger mit der Berufung. Er ist der Ansicht, dass ihm ein Anspruch wegen einer vertraglichen Pflichtverletzung gegen die Anwälte zustehe. Aus der Anhörung des Beklagten zu 2 in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht ergebe sich, dass diesem bekannt gewesen sei, dass er - der Kläger - Aufklärungsbedarf und sich aufgrund des Unfalls in einer beruflichen Ausnahmesituation befunden habe. Die Pflichten eines Rechtsanwalts erstreckten sich auch auf die Aufklärung über die versicherungsrechtlichen Ausschlussfristen, wenn er Grund zu der Annahme habe, sein Auftraggeber sei sich einer Gefahr nicht bewusst. Er habe den Mandanten insbesondere auf die versicherungsvertraglichen Ausschlussfristen für die Geltendmachung von Invaliditätsleistungen aus einer Unfallversicherung hinzuweisen und ihm zu verdeutlichen, dass innerhalb der Frist auch eine ärztliche Feststellung eines unfallbedingten Dauerschadens erfolgen müsse.

[9] Der Beklagte zu 2 habe zum Gang der Besprechungen im einzelnen auch keine konkreten Angaben gemacht, er habe

nicht angegeben, welche Belehrungen und Ratschläge er erteilt und wie darauf der Mandant reagiert habe.

[10-14] Der Kläger beantragt, (...)

[15-16] Die Beklagten beantragen, (...)

[17] Die Beklagten verteidigten das Urteil. Dem Kläger sei die im Rahmen der Unfallversicherung einzuhaltende Frist positiv bekannt gewesen. Er habe die persönlich adressierten Schreiben erhalten, in welchen auf den Fristablauf hingewiesen worden sei. Er habe diese auch verinnerlicht, also gewusst, dass er innerhalb des Fristablaufs für eine ärztliche Feststellung der Invalidität sorgen müsse. Der Beklagte habe nur das wiederholen können, was der Kläger ohnehin schon gewusst habe. Die Beschaffung der ärztlichen Feststellung innerhalb der Frist sei keine Pflicht des Rechtsanwalts. Den Arzt habe der Kläger auch selbst angeschrieben, ihm das Formular überlassen und um Beibringung der ärztlichen Feststellung gebeten.

[18] Selbst wenn aufgrund der handschriftlichen Notiz auf dem Schreiben vom 19.07.2016 noch Aufklärungsbedarf bestanden habe, so habe der Kläger darzulegen und zu beweisen, dass der Beklagte diese Aufklärung nicht erteilt habe. Der Beklagte zu 2 habe ausführlich vorgetragen, dass er im Anschluss an diese E-Mail ein Telefonat mit dem Kläger geführt und festgestellt habe, dass der Kläger die Frist gekannt und das Formular bereits selbst an den behandelnden Arzt gesendet habe. Es habe deshalb für den Beklagten zu 2 nichts mehr zu veranlassen gegeben.

[19] Es habe im vorliegenden Fall auch kein Mandatsverhältnis gegeben. Der Beklagte zu 2 sei nicht damit beauftragt worden, die Vertretung im Rahmen des privaten Unfallversicherungsvertrages zu übernehmen.

#### Aus den Gründen:

[20] Die Berufung des Klägers hat keinen Erfolg.

[21] Der Kläger hat keinen Anspruch gegen die Beklagten aus einem Anwaltsvertrag, denn die beklagten Anwälte haben keine vertraglichen Pflichten schuldhaft verletzt.

1.

[22] Eine zum Schadensersatz verpflichtende Pflichtverletzung besteht nicht deshalb, weil die Beklagten vom Kläger ausdrücklich oder schlüssig beauftragt worden sind, seine Ansprüche gegenüber dem Unfallversicherer durchzusetzen oder ihn hinsichtlich der Durchsetzung dieser Ansprüche zu beraten, beides aber unterlassen haben. Es steht nicht fest, dass sich das Mandat der Beklagten auf diesen Gegenstand erstreckte.

1.1.

[23] **Vertragspartner des Klägers** sind beide Beklagte geworden, auch wenn die Beratung und Vertretung nur durch den Beklagten zu 2 erfolgte. Zum Zeitpunkt der Mandatierung im Juni 2015 waren die **beiden beklagten Rechtsanwälte in Gesellschaft bürgerlichen Rechts tätig**.

1.2.

[24] **Darlegungs- und beweisbelastet für den Umfang des Mandats** ist der Kläger, er muss also beweisen, dass sich das Mandat auch auf den Gegenstand „Unfallversicherung“ erstreckte (vgl. Vill in Fischer/Vill/Fischer/Rinkler/Chab Handbuch der Anwaltshaftung, 4. Aufl., § 2 Rn. 32).

[25] Aus den schriftlichen Erklärungen, insbesondere aus der **Vollmachtsurkunde** ergibt sich kein Hinweis auf eine Mandatierung mit diesem Gegenstand. Zwar wird dort Vollmacht erteilt „wegen Verkehrsunfall“. Nach der Wortbedeutung mag die Interessenvertretung gegenüber dem Unfallversicherer darunter fallen, da auch diese Ansprüche durch den Verkehrsunfall verursacht worden sind, im weitesten Sinne also wegen Verkehrsunfalls bestehen konnten. Bei dieser weiten Auslegung wäre der Mandatsgegenstand indessen kaum einzugrenzen und würde eine Vielzahl von Rechtsverhältnissen umfassen. Denn auch eine mögliche Auseinandersetzung mit einem **Krankenversicherer** kann durch den Verkehrsunfall verursacht werden, ebenso wie die Auseinandersetzung mit einer **Autowerkstatt**, sollte es Probleme bei der Reparatur des Autos geben, oder mit dem eigenen **Vollkaskoversicherer**, sollte dieser eine Regulierung ablehnen. Üblicherweise steht bei der anwaltlichen Vertretung nach Verkehrsunfällen die Auseinandersetzung mit dem Unfallgegner im Vordergrund. Ein darüber hinausgehendes Mandat hätte zur Folge, dass hierfür Rechtsanwaltsgebühren anfallen können, die nicht vom Unfallgegner oder dem eigenen Kfz-Haftpflichtversicherer zu tragen sind. Anders als bei der Auseinandersetzung mit dem Unfallgegner bedarf es für die Interessenwahrnehmung gegenüber einem **Unfallversicherer** im Regelfall zunächst keiner anwaltlichen Beratung. Es wäre deshalb zu erwarten, dass bei einem Mandat, das sich auch auf die Auseinandersetzung mit den eigenen Versicherern erstreckt, ausdrücklich ein gesonderter Auftrag erteilt wird.

[26] Ein **mündlicher Auftrag**, auch in Sachen Unfallversicherung zu beraten und zu vertreten, steht ebenfalls nicht fest. Das Landgericht konnte sich nicht die Überzeugung bilden, dass ein solcher mündlicher Auftrag erteilt wurde. An diese Feststellung ist der Senat nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden, da keine konkreten Anhaltspunkte zu Zweifeln an dieser Feststellung vorliegen.

[27] Die Schilderung des Beklagten zu 2, er habe als Reaktion auf die E-Mail in der sich der Kläger über ihn beklagte, mit

diesem Kontakt aufgenommen, ist plausibel. Dies gilt auch für die Darstellung des Beklagten zu 2, man sei wegen der durch die Mandatierung entstehenden Kosten so verblieben, dass der Kläger sich selbst darum kümmere, dass der Arzt die notwendigen Angaben gegenüber dem Versicherer mache. Denn zur Wahrung der Frist bedurfte es einer anwaltlichen Tätigkeit tatsächlich nicht. Der Kläger benötigte nur eine formularmäßige ärztliche Bescheinigung. Diese konnte er ohne weiteres selbst beschaffen.

**[28]** Die Darstellung des **Beklagten zu 2 ist ausreichend detailliert**, so dass er damit einer möglichen **sekundären Darlegungslast genügt** hat. Dem Kläger obliegt deshalb der Beweis seiner abweichenden Darstellung. Einen solchen Beweis hat der Kläger aber nicht in geeigneter Weise angeboten. Da für seine Darstellung kein sogenannter Anbeweis spricht, war er hierzu auch nicht als Partei zu vernehmen. Dass sich der Beklagte in seinem Schreiben vom 09.10.2017 noch gar nicht auf die jetzt behauptete telefonische Beratung berufen hat, fällt zwar auf, begründet aber noch keinen ausreichenden Anbeweis dafür, dass es eine solche Beratung nicht gegeben hat.

1.3.

**[29]** Die Beklagten haften nicht wegen der Verletzung von Hinweis- oder Warnpflichten, denn der Kläger war über den Fristablauf und dessen Folgen informiert.

**[30]** Auch wenn ein Rechtsanwalt nur eingeschränkt beauftragt ist, besteht eine **Nebenpflicht, den Auftraggeber auf mögliche Fristversäumnisse hinzuweisen**. Dies gilt bei drohenden Nachteilen durch die Versäumung einer Ausschlussfrist in den allgemeinen Bedingungen einer Unfallversicherung (vgl. Vill, a.a.O., § 2 Rn. 171). Dabei hat der Anwalt grundsätzlich von der Belehrungsbedürftigkeit des Mandanten auszugehen.

**[31]** **Den anwaltlichen Berater trifft aber in der Regel keine weitere Beratungspflicht gegenüber seinem Mandanten, wenn diesem die Risiken bereits hinreichend deutlich geworden sind** (vgl. Vill a.a.O. § 2 Rn. 95). So stellte es sich für den Beklagten zu 2 dar. Den beiden Schreiben des Unfallversicherers durfte der Beklagte zu 2 entnehmen, dass der Kläger selbst den Unfall gegenüber dem Unfallversicherer gemeldet hatte und der Unfallversicherer daraufhin den Kläger zweimal schriftlich über die Ausschlussfrist belehrt hatte. Der Beklagte zu 2 hatte keinen Grund zu der Annahme, dass der Kläger diese inhaltlich einfachen Hinweise nicht verstanden habe oder vor Fristablauf wieder vergessen würde. Spätestens durch seine handschriftliche Beschwerde, dass er nicht auch vom Beklagten auf die Frist hingewiesen worden sei, hat der Kläger dokumentiert, dass er inzwischen Bescheid wusste.

**[32]** Der Beklagte zu 2 musste auch nicht in der bis zum Fristablauf noch verbleibenden Zeit von gut einem Monat sicherstellen, dass der Kläger die Frist nicht wieder vergessen würde.

(...)

## Wiedereinsetzung

- Keine Unterschrift des verfassenden Rechtsanwalts
- Unterzeichnung durch anderen Rechtsanwalt  
(BGH, *Beschl. v. 6.12.2022 – VIII ZA 12/22*)

### Leitsatz

Wird ein bestimmender, grundsätzlich von einem zur Vertretung berechtigten Rechtsanwalt eigenhändig zu unterzeichnender Schriftsatz - hier Berufungsbegründung (§ 520 Abs. 5, § 130 Nr. 6 ZPO) - von dem den Schriftsatz verfassenden Rechtsanwalt nicht unterzeichnet und vom unterzeichnenden Rechtsanwalt nicht verantwortet, fehlt es an einer wirksamen Unterschrift (im Anschluss an BGH, Urteil vom 19. Oktober 1988 - IVb ZR 5/88, NJW 1989, 394 unter II 1; BGH, Beschluss vom 23. Juni 2005 - V ZB 45/04, NJW 2005, 2709 unter III 2 a und BGH, Beschluss vom 14. März 2017 - VI ZB 34/16, NJW-RR 2017, 686 Rn. 7 ff.).

### Zum Sachverhalt:

**[1]** Die Klägerin macht gegen den Beklagten die Zahlung rückständiger Miete geltend. Widerklagend begehrt der Beklagte die Rückzahlung von - aus seiner Sicht - überzahlter Miete. Das Amtsgericht hat der Klage überwiegend stattgegeben und den Beklagten zur Zahlung von 1.022,29 € nebst Zinsen verurteilt. Seine Widerklage hat es abgewiesen.

**[2]** Die gegen das erstinstanzliche Urteil gerichtete Berufung des Beklagten hat das Landgericht als unzulässig verworfen. Die Berufung sei nicht fristgerecht in der gebotenen Form begründet worden. Es mangle an der eigenhändigen Unterschrift eines Rechtsanwalts (§ 520 Abs. 5, § 130 Nr. 6 ZPO). Zwar sei die Berufungsbegründung unterschrieben. Jedoch habe der unterzeichnende Rechtsanwalt seine Unterschrift mit folgendem Zusatz versehen:

"Unterzeichnend für den vom Kollegen verfassten und verantworteten Schriftsatz als Kammervertreter."

**[3]** Damit habe er unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht, den Inhalt des von ihm unterzeichneten Schriftsatzes nicht verantworten zu wollen. Da der Prozessbevollmächtigte des Beklagten, der den Schriftsatz verfasst habe, diesen nicht unterzeichnet habe, fehle es im Ergebnis an der Unterschrift eines

Rechtsanwalts, welcher für den Inhalt der Berufungsbegründungsschrift die Verantwortung übernehme.

[4] Der Beklagte beantragt für eine gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts beabsichtigte Rechtsbeschwerde die Bewilligung von Prozesskostenhilfe.

#### Aus den Gründen:

[5] Der Antrag des Beklagten auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Rechtsbeschwerdeverfahren ist abzulehnen, da die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (§ 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

[6] 1. Gegen einen Beschluss, mit dem die Berufung als unzulässig verworfen wird, findet gemäß § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO die Rechtsbeschwerde statt. Diese ist gemäß § 575 Abs. 1, 2 ZPO binnen einer Frist von einem Monat ab Zustellung des angefochtenen Beschlusses einzulegen und zu begründen. Vorliegend kann offen bleiben, ob dem Beklagten angesichts lückenhafter Angaben zu seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 233 ZPO) in die versäumte Frist zur Einlegung und Begründung der Rechtsbeschwerde zu gewähren wäre (vgl. hierzu BGH, Beschlüsse vom 16. November 2017 - IX ZA 21/17, NJW-RR 2018, 190 Rn. 4 ff.; vom 27. Juli 2021 - XI ZA 1/21, juris Rn. 3 ff.). Denn das Rechtsmittel ist nur unter den (weiteren) Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO zulässig, die hier nicht erfüllt sind. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts. Insbesondere verletzt der angefochtene Beschluss nicht den Anspruch des Beklagten auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG iVm dem Rechtsstaatsprinzip; vgl. Senatsbeschlüsse vom 28. Januar 2020 - VIII ZB 39/19, NJW-RR 2020, 499 Rn. 11; vom 13. April 2021 - VIII ZB 80/20, juris Rn. 9; jeweils mwN).

[7] 2. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Berufungsbegründung nicht den Anforderungen der § 520 Abs. 5, § 130 Nr. 6 ZPO genügt, wonach diese die Unterschrift der Person - hier des Rechtsanwalts (§ 78 Abs. 1 ZPO) - enthalten muss, die den Schriftsatz verantwortet, weil sich der die Berufungsbegründung unterzeichnende Rechtsanwalt von dem unterschriebenen Schriftsatz distanziert hat. Es hat deshalb die Berufung des Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil zu Recht als unzulässig verworfen.

[8] a) Als bestimmender Schriftsatz muss die Berufungsbegründung grundsätzlich von einem zur Vertretung berechtigten Rechtsanwalt eigenhändig unterschrieben sein (§ 520 Abs. 5, § 130 Nr. 6 ZPO; st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 23. Juni 2005 - V ZB 45/04, NJW 2005, 2709 unter III 2 a aa

mwN). Die Unterzeichnung der Berufungsbegründung durch einen postulationsfähigen Rechtsanwalt stellt **keine bloße Formalität** dar. Sie ist zugleich äußerer Ausdruck für die von dem Gesetz geforderte **eigenverantwortliche Prüfung des Inhalts der Begründungsschrift durch den Anwalt**. Mit den Regelungen über den Anwaltszwang (§ 78 Abs. 1 ZPO) und über den notwendigen Inhalt einer Berufungsbegründung (§ 520 Abs. 3 ZPO) soll erreicht werden, dass ein mit dem Verfahren vertrauter Rechtsanwalt dem Gericht und dem Gegner den Sachverhalt unter bestimmter Bezeichnung der im Einzelnen anzuführenden Anfechtungsgründe nach persönlicher Durcharbeitung des Prozessstoffes vorträgt. Die Berufungsbegründung muss deshalb Ergebnis der geistigen Arbeit des Berufungsanwalts sein (vgl. BGH, Urteil vom 19. Oktober 1988 - IVb ZR 5/88, NJW 1989, 394 unter II 1; Beschluss vom 23. Juni 2005 - V ZB 45/04, aaO unter III 2 a bb).

[9] Zwar ist der Anwalt nicht gehindert, die Berufungsbegründung von anderen Personen vorbereiten zu lassen. **Erforderlich ist aber, dass der unterzeichnende Anwalt die Berufungsbegründung selbständig prüft und aufgrund der Prüfung die volle Verantwortung für den Schriftsatz übernimmt** (vgl. BGH, Urteil vom 19. Oktober 1998 - IVb ZR 5/88, aaO; Beschlüsse vom 24. Januar 2008 - IX ZB 258/05, NJW 2008, 1311 Rn. 5; vom 14. März 2017 - VI ZB 34/16, NJW-RR 2017, 686 Rn. 7).

[10] Aus Gründen der Rechtssicherheit begnügt sich das Gesetz hinsichtlich dieser Anforderungen allerdings mit dem äußeren Merkmal der Unterschrift, ohne einen darüber hinausgehenden Nachweis zu fordern, dass der Anwalt den Prozessstoff eigenverantwortlich durchgearbeitet hat und die Verantwortung für dessen Inhalt tragen will. Für ein Berufungsgericht besteht deshalb in aller Regel kein Anlass, den Inhalt einer anwaltlich unterschriebenen Berufungsbegründung darauf zu überprüfen, in welchem Umfang und wie gründlich der Anwalt den Prozessstoff tatsächlich selbst durchgearbeitet hat (vgl. BGH, Beschlüsse vom 24. Januar 2008 - IX ZB 258/05, aaO Rn. 6; vom 14. März 2017 - VI ZB 34/16, aaO Rn. 8).

[11] Ausnahmen von diesem Grundsatz werden von der Rechtsprechung jedoch für **zwei Fallgruppen** anerkannt, nämlich zum einen, **wenn der Anwalt sich durch einen Zusatz von dem unterschriebenen Schriftsatz distanziert**, und zum anderen, **wenn nach den Umständen außer Zweifel steht, dass der Rechtsanwalt den Schriftsatz ohne eigene Prüfung, also unbeesehen, unterschrieben hat** (vgl. Senatsurteil vom 29. Oktober 1997 - VIII ZR 141/97, NJW-RR 1998, 574 unter II 2 a; BGH, Beschlüsse vom 23. Juni 2005 - V ZB 45/04, aaO; vom 24. Januar 2008 - IX ZB 258/05, aaO Rn. 7). Zur erstgenannten Fallgruppe rechnen insbesondere von Dritten entworfene Rechtsmittelbegründungen, die der Prozessbevollmächtigte nur rein formal unterzeichnet, dabei jedoch durch einen Zusatz deutlich

macht, dass er die volle Verantwortung für den gesamten Inhalt des Schriftsatzes ablehnt (vgl. BGH, Beschluss vom 14. März 2017 - VI ZB 34/16, aaO Rn. 9 mwN).

[12] b) Einen solchen Ausnahmefall hat das Berufungsgericht hier zu Recht angenommen.

[13] Der die Berufungsbegründung unterzeichnende Rechtsanwalt M. - der amtlich bestellte Vertreter des Prozessbevollmächtigten des Beklagten - hat durch den von ihm angebrachten **Zusatz ("Unterzeichnend für den vom Kollegen verfassten und verantworteten Schriftsatz als Kammervertreter")** nicht lediglich zu erkennen gegeben, als amtlich bestellter Vertreter zu handeln, sondern hinreichend deutlich gemacht, dass er jegliche Verantwortung für den Inhalt dieses Schriftsatzes ablehnt. Die Berufungsbegründung wurde, worauf das Berufungsgericht zutreffend abstellt, vom Prozessbevollmächtigten des Beklagten - nach dessen eigenen, späteren Erläuterungen - zwar verfasst, jedoch von diesem nicht unterzeichnet, so dass es im Ergebnis an der - gebotenen - Unterschrift eines Rechtsanwalts fehlt, der die Verantwortung für den Inhalt der Berufungsbegründung übernehmen wollte.

[14] Soweit der Beklagte geltend macht, der Inhalt der Berufungsbegründung sei durch Herrn Rechtsanwalt M. in seinem Beisein "geprüft" worden, führt dies zu keiner anderen Beurteilung der Erfolgsaussichten der Rechtsbeschwerde. Selbst wenn eine solche Prüfung stattgefunden hätte, woran der vorgenannte Zusatz zur Unterschrift zweifeln lässt, hat Herr Rechtsanwalt M. durch den einschränkenden Zusatz deutlich zu erkennen gegeben, dass er die Verantwortung für den (gesamten) Inhalt des Schriftsatzes ablehnt.

[15] 3. Anders als der Beklagte meint, ist der die Berufung zurückweisende Beschluss des Berufungsgerichts nicht deshalb unwirksam, weil es der Urschrift an den "Unterschriften" des Gerichts fehle. Es handelt sich um ein elektronisches Dokument, welches die sich aus § 329 Abs. 1 Satz 2, § 317 Abs. 2 Satz 2, § 315 Abs. 1, § 130b Satz 1 ZPO ergebenden Anforderungen erfüllt. Die qualifizierte elektronische Signatur aller mitwirkenden Richter ergibt sich aus der elektronischen Gerichtsakte und ist auch aus der (auszugsweisen) Papierakte ersichtlich.

## Wirtschaftsprüferhaftung

- Bestätigungsvermerk
- Keine Kapitalmarktinformation

(LG Hamburg, Beschl. v. 26.8.2022 – 313 O 182/20)

### Leitsatz (der Redaktion)

Bestätigungsvermerke können unter Beachtung der allgemeinen Auslegungsgrundsätze nicht unter die Regelbeispiele für öffentliche Kapitalmarktinformationen § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 5 KapMuG subsumiert werden.

### Aus den Gründen:

[1] Die Entscheidung über die Zulässigkeit des Musterverfahrensanspruchs obliegt gemäß §§ 11 Abs.1 S.2 KapMuG, 75 GVG der Kammer in voller Besetzung (vgl. Vollkommer, in: Kölner Kommentar zum KapMuG, 2. Aufl., 2014, § 6, Rn. 48). Die Verwerfungsentscheidung wiederum ergeht in unmittelbarer bzw. entsprechender Anwendung von § 3 Abs.1 KapMuG.

[2] Soweit die Klagepartei mit ihrem erneuten Musterverfahrensanspruch weitere Feststellungsziele hinsichtlich der angeblich fehlerhaften Jahresabschlüsse der ... Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG für das Geschäftsjahr 2011 bzw. der ... AG für das Geschäftsjahr 2010 und die hierauf bezogenen Bestätigungsvermerke der Beklagten formuliert, ist der Anwendungsbereich des § 1 Abs.1 KapMuG nicht eröffnet.

[3] Soweit sich die Klagepartei mit den Feststellungszielen V.1 und V.3 auf die Jahresabschlüsse der genannten Gesellschaften selbst bezieht, ist zwar eine öffentliche Kapitalmarktinformation i.S.v. § 1 Abs.1, Abs.2 S. 2 Nr. 5 KapMuG gegeben. Insoweit ist die Beklagte indessen nicht Urheberin der Jahresabschlüsse, die sie nicht aufgestellt, sondern lediglich testiert hat, so dass der persönliche Anwendungsbereich des KapMuG nach § 1 Abs.1 Nr.1 KapMuG nicht gegeben ist. Die Beklagte ist als Abschlussprüferin auch nicht Verwenderin dieser öffentlichen Kapitalmarktinformation i.S.v. § 1 Abs.1 Nr.2 KapMuG.

[4] Soweit sich die Klagepartei mit den Feststellungszielen V.2 und V.4 - und daran anknüpfend auch mit den Feststellungszielen V.5 und V.6 - auf die Bestätigungsvermerke der Beklagten bezieht, so ist die Beklagte zwar zweifellos Urheberin dieser Vermerke. Diese Bestätigungsvermerke sind indessen nicht als öffentliche Kapitalmarktinformationen i.S.v. § 1 Abs. 1, Abs. 2 KapMuG einzuordnen. **Die Bestätigungsvermerke können unter Beachtung der allgemeinen Auslegungsgrundsätze nicht unter die Regelbeispiele für öffentliche Kapitalmarktinformationen § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 5 KapMuG subsumiert werden, da dort nur die Jahresabschlüsse bzw. Lageberichte der Gesellschaften selbst erfasst sind.** Die Kammer geht ferner auch nicht

davon aus, dass die Bestätigungsvermerke der Abschlussprüferin als sonstige - **nicht in den Regelbeispielen nach § 1 Abs.2 S.2 KapMuG** ausdrücklich **aufgeführte** - öffentliche Kapitalmarktinformationen einzuordnen sind. **Die Kammer folgt somit explizit nicht der Rechtsauffassung des LG München I aus dem Vorlagebeschluss vom 14.03.2022 zum Az. 3 OH 2767/22.** Bei den Bestätigungsvermerken handelt es sich nicht um ein sonstiges Unternehmensdatum i.S.v. § 1 Abs.2 S.1 KapMuG, sondern um **eine subjektive Bewertung eines externen Dritten, die nicht unter den Begriff des Unternehmensdatums subsumiert werden kann.** In der Literatur (namentlich Möllers, BKR 2022, 339 ff.) wird ausführlich dargelegt, dass ein abweichendes Verständnis nach den von den Gerichten zu beachtenden Auslegungs- und Argumentationsgrundsätzen eine unzulässige, den Willen des Gesetzgebers nicht beachtende Ausdehnung der Normen des KapMuG bedeutet.

[5] Nur ergänzend weist die Kammer darauf hin, dass gerade im konkreten Fall der Serie von Parallelverfahren betreffend den .... mit einer Vorlage nach KapMuG auch keinerlei Erleichterung der Durchsetzung der Ansprüche der Anleger verbunden wäre. Da die Beklagte - zulässigerweise - in allen Parallelverfahren bestritten hat, dass die Anleger die Prospekte vor Zeichnung ihrer Beteiligung erhalten bzw. zur Kenntnis genommen haben, wäre vor einer Aussetzung nach § 8 Abs.1 KapMuG in jedem Einzelfall zu klären, ob der Prospekt mit den darin enthaltenen Bestätigungsvermerken übergeben worden ist.

## Wirtschaftsprüferhaftung

- Bestätigungsvermerk
  - Kapitalmarktinformation
- (*OLG München, Beschl. v. 20.5.2022 – 13 U 9056/21*)

### Leitsatz (der Redaktion)

1. Der Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers ist selbst eine öffentliche Kapitalmarktinformation.
2. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt nicht von den geltend gemachten Feststellungszielen ab, wenn die Sache ohne weitere Beweiserhebungen und ohne Rückgriff auf die Feststellungsziele eines Musterverfahrens entscheidungsreif ist.

### Aus den Gründen:

[1] I. Der Kläger nimmt die Beklagte wegen des Kaufs von Aktien der W. AG in Anspruch.

[2] Er behauptet, er habe im Zeitraum vom 29.03.2019 bis 30.06.2020 1990 Stück Aktien zum Preis von insgesamt 58.144,08 € (390 Stück vor dem 18.06.2020 und 1600 Stück nach dem 18.06.2020) gekauft und diese im Zeitraum vom 18.06.2020 bis 02.07.2020 für insgesamt 14.875,09 € wieder verkauft. Unter Berücksichtigung des Prinzips „first in first out“ ergebe sich hinsichtlich der Aktien, die vor der Ad-hoc-Mitteilung vom 18.06.2020 gekauft worden sind, ein Schaden in Höhe von 37.449,34 € (42.576,14 € Kaufpreis – 5.126,80 € Erlös). Die Käufe ab dem 18.06.2020 hätten auf einer emotionalen Ausnahmesituation beruht und sind nicht streitgegenständlich. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die als Anlage K 31 vorliegende Schadensberechnung Bezug genommen.

[3] Die Beklagte hat als Abschlussprüferin die Jahresabschlüsse der W. AG für die Geschäftsjahre 2015 - 2018 uneingeschränkt testiert. Ihr oblag auch die Prüfung der Konzernabschlüsse. Am 27.04.2020 wurde die für den 29.04.2020 geplante Veröffentlichung des Geschäftsberichts 2019 verschoben. Am 28.04.2020 wurde der KPMG-Sonderbericht veröffentlicht. Mit Ad-hoc-Mitteilung vom 18.06.2020 gab die W. AG bekannt, dass die Beklagte sie informiert habe, dass für Bankguthaben auf Treuhandkonten in Höhe von 1,9 Milliarden € noch keine ausreichenden Prüfnachweise vorhanden sind und die Abschlussprüfung daher nicht, wie geplant, bis 18.06.2020 abgeschlossen werden kann. Die W. AG teilte am 22.06.2020 ad - hoc mit, dass die genannten Bankguthaben auf Treuhandkonten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht bestehen, und am 25.06.2020, dass sie entschieden habe, Insolvenzantrag zu stellen. Die Beklagte versagte den Bestätigungsvermerk für den Jahresabschluss 2019. In der Zeit nach dem 18.06.2020 fiel der Kurs der W. Aktie stark.

[4] Die Klagepartei trägt unter Auswertung des als Anlage K 15 vorgelegten KPMG-Sonderprüfungsberichts vom 27.04.2020 vor, die Beklagte habe ab dem Geschäftsjahr 2015 die Jahresabschlüsse nicht mehr testieren dürfen bzw. das Testat zumindestens einschränken müssen. Die Beklagte habe derart nachlässig geprüft, dass sie den Anlegern unter anderem aus § 826 BGB hafte; sie habe insbesondere bewusst eine einfache Prüfungshandlung, nämlich die Einholung einer Saldenbestätigung der jeweiligen Bank, nicht durchgeführt, sondern sich mit Bestätigungen des Treuhänders begnügt. Den Eintritt eines Vermögensschadens bei den Anlegern habe die Beklagte zumindestens billigend in Kauf genommen. Es sei selbstverständlich, dass die Anleger den positiven Prüfvermerken erhebliche Relevanz bei ihren Investitionsentscheidungen beigemessen hätten. Bei richtiger Testaterteilung wäre, wie im Juni 2020 geschehen, der Bilanzskandal aufgedeckt worden, der zum Einbruch des Aktienkurses auf Pennystock-Niveau führte. Dann hätte die Klagepartei die streitgegenständlichen Wertpapiere nicht gekauft.

[5] Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf das Urteil des Landgerichts München I vom 30.11.2021 Bezug genommen.

[6] In der Berufungsinstanz vertiefte der Kläger seinen Vortrag auch unter Heranziehung des 2. Sachstandsberichts des Insolvenzverwalters vom 26.11.2021 sowie des als Anlage BK2 vorgelegten sogenannten Wambach-Berichts.

[7] II. Am 14.03.2022 erließ das Landgericht München I im Verfahren 3 OH 2767/22 KapMuG einen Vorlagebeschluss gemäß § 6 Abs. 1 KapMuG. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf diesen Beschluss, veröffentlicht im Bundesanzeiger am 16.03.2022, Bezug genommen.

[8] III. Der Senat beabsichtigt, das vorliegende Verfahren im Hinblick auf diesen Vorlagebeschluss gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG auszusetzen.

[9] Danach setzt das Prozessgericht nach der Bekanntmachung des Vorlagebeschlusses im Klageregister von Amts wegen alle bereits anhängigen oder bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Feststellungsziele im Musterverfahren noch anhängig werdenden Verfahren aus, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits von den geltend gemachten Feststellungszielen abhängt.

[10] 1. **Das Berufungsgericht ist ebenfalls Prozessgericht i. S. d. § 8 KapMuG** (Vorwerk/Wolf, KapMuG/Fullenkamp, 2. Aufl. 2020, KapMuG, § 8 Rn. 6 mwN, BGH, Beschluss vom 16.06.2020 – II ZB 30/19 –, Rn. 14, juris).

[11] 2. Ob die Vorlagevoraussetzungen der §§ 1 ff. KapMuG für die Streitgegenständlichen Klageansprüche vorliegen, ist im Aussetzungsverfahren gem. § 8 KapMuG nicht zu prüfen (unten a); im Übrigen ist dies auch der Fall (unten b).

[12] a. **Eine Prüfung, ob für die Klageansprüche des auszusetzenden Verfahrens der Anwendungsbereich des 1 Abs. 1 KapMuG eröffnet ist, ist nach aktueller Rechtsprechung nicht veranlasst** (BGH, Beschluss vom 16.06.2020 – II ZB 30/19 –, Rn. 20 f, juris entgegen BGH Beschl. v. 30.04.2019 – XI ZB 13/18, BeckRS 2019, 17221 Rn. 14, beck-online).

[13] Die Voraussetzungen der Aussetzung sind in § 8 Abs. 1 KapMuG abschließend geregelt. Erforderlich ist lediglich das Vorliegen eines Vorlagebeschlusses, nicht jedoch, dass die geltend gemachten Klageansprüche in den Anwendungsbereich des KapMuG fallen. Für diese Auslegung spricht auch die **Historie der Gesetzgebung** (OLG München Beschluss vom 06.05.2022 – 8 U 5530/21, BeckRS 2022, 9764 Rn. 31-33, beck-online). Weiter wäre es prozessökonomisch nicht sinnvoll, wenn zwar das Oberlandesgericht (hier: das Bayerische

Oberste Landesgericht) gemäß § 6 Abs. 2 KapMuG an den Vorlagebeschluss gebunden wäre, dem somit durchzuführenden Musterverfahren jedoch nicht alle von den Feststellungszielen abhängige Verfahren zugeführt würden. Schließlich wird die Frage, ob eine öffentliche Kapitalmarktinformation im Sinne des § 1 Abs. 2 Kap-MuG vorliegt, sinnvollerweise nicht in vielen Einzelverfahren, sondern nur einmal, nämlich im Musterverfahren abschließend geklärt.

[14] b. Letztlich kann dies jedoch offenbleiben, denn der Anwendungsbereich des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes ist eröffnet. Die nach Behauptung des Klägers **unrichtigen Bestätigungsvermerke stellen öffentliche Kapitalmarktinformationen im Sinne des § 1 Abs. 2 KapMuG dar**. Öffentliche Kapitalmarktinformationen sind gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KapMuG Informationen über Tatsachen, Umstände, Kennzahlen und sonstige Unternehmensdaten, die für eine Vielzahl von Kapitalanlegern bestimmt sind und einen Emittenten von Wertpapieren oder einen Anbieter von sonstigen Vermögensanlagen betreffen. **Die Aufzählung in § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis 6 KapMuG ist nicht abschließend** (Vorwerk/Wolf, KapMuG/Radtke-Rieger, 2. Aufl. 2020, KapMuG § 1 Rn. 32).

[15] **Der Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers ist selbst eine öffentliche Kapitalmarktinformation. Der bestätigte Jahresabschluss ist in § 1 Abs. 2 Nr. 5 Kap-MuG als Beispiel hierfür ausdrücklich genannt**. Der Bestätigungsvermerk ist zwar nicht Teil des Jahresabschlusses, jedoch ist er hierauf bezogen und enthält die Information, dass der durch das Unternehmen erstellte Jahresabschluss von einem Abschlussprüfer nach den hierfür geltenden Regeln mit dem sich aus dem Bestätigungsvermerk ergebenden Ergebnis geprüft worden ist. Zwar mag die Frage, ob ein Bestätigungsvermerk zu erteilen ist, von Bewertungen des Abschlussprüfers abhängen. Wenn, wie hier, ein uneingeschränkter Bestätigungsvermerk erteilt worden ist, beinhaltet dies im Sinne der Definition des § 1 Abs. 2 Satz 1 KapMuG die Information über die Tatsache, dass die Abschlussprüfung beanstandungsfrei durchgeführt worden ist. Dass die Abschlussprüfung keine Garantie dafür bietet, dass eine in Übereinstimmung mit § 317 HGB und unter Beachtung der vom IDW festgestellten deutschen Grundsätze ordnungsgemäßer Abschlussprüfung durchgeführte Prüfung eine wesentliche falsche Darstellung stets aufdeckt, sondern die Zielsetzung der Abschlussprüfung lediglich eine hinreichende diesbezügliche Sicherheit ist (Prof. Dr. M., Gutachten zur Frage, ob der Bestätigungsvermerk eine öffentliche Kapitalmarktinformation i. S. V. § 1 Absatz 1 S. 1 Nr. 1 KapMuG darstellt, vorgelegt als Anlage WHZ 3, S. 24 f), ändert hieran nichts. Es trifft nicht zu, dass sich der Aussagegehalt des Bestätigungsvermerkes in der eindeutig nicht das Tatbestandsmerkmal der Unternehmensdaten erfüllenden Einschätzung des Abschlussprüfers erschöpft (Professor Dr. M., a.a.O.,

S. 24/26). Vielmehr sind die Unternehmensdaten in den Jahresabschlüssen enthalten und der uneingeschränkte Prüfvermerk enthält die Tatsachenbehauptung, dass diese Unternehmensdaten im gesetzlich vorgegebenen – nicht auf absolute Sicherheit ausgelegten – Rahmen geprüft worden sind und – nach Einschätzung des Prüfers – nicht zu beanstanden waren.

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

**[17]** 3. Die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits hängt von den im Musterverfahren geltend gemachten Feststellungszielen ab.

**[18]** Allgemein anerkannt ist, dass die Entscheidung des Rechtsstreits nicht von den geltend gemachten Feststellungszielen abhängt, wenn die Sache ohne weitere Beweiserhebungen und ohne Rückgriff auf die Feststellungsziele eines Musterverfahrens entscheidungsfähig ist (Vorwerk/Wolf, KapMuG/Fullenkamp, 2. Aufl. 2020, KapMuG § 8 Rn. 17).

**[19]** Weitergehend hat der XI. Zivilsenat des BGH entschieden, dass der verfassungsrechtliche Grundsatz effektiven Rechtsschutzes eine Auslegung des § 8 Abs. 1 Satz 1 KapMuG erfordere, nach der dem Prozessgericht bei der Prüfung dieser Frage keinerlei Beurteilungsspielraum zukomme, sondern eine Aussetzung nur dann in Betracht komme, wenn sich das Prozessgericht bereits die Überzeugung gebildet habe, dass es auf dort statthaft geltend gemachte Feststellungsziele für den Ausgang des Rechtsstreits konkret ankommen werde; gegebenenfalls müsse dies vor der Aussetzung durch eine Beweisaufnahme geklärt werden (BGH, Beschl. v. 30.04.2019 – XI ZB 13/18, m. abl. Anm. Lechner, WuB 2019, 591; a.A. z.B. auch Vorwerk/Wolf, KapMuG/Fullenkamp, 2. Aufl. 2020, KapMuG § 8 Rn. 13).

**[20]** Nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH ist es für die Frage der Abhängigkeit nach §§ 7 Satz 1, 8 Abs. 1 KapMuG dagegen maßgeblich, ob mit der Entscheidung über die Feststellungsziele in dem bereits eingeleiteten Musterverfahren eine Bindung des Prozessgerichts nach § 22 Abs. 1

Satz 1 KapMuG eintreten kann (BGH, Beschluss vom 16.06.2020 – II ZB 30/19 –, Rn. 16, juris). Dies setzt nicht voraus, dass der Ausgang des Rechtsstreits nur noch von der Entscheidung über die Feststellungsziele abhängt.

**[21]** Letztlich kann diese Frage jedoch offenbleiben, denn der vorliegende Rechtsstreit ist nicht unabhängig von diesen Zielen entscheidungsfähig und eine etwa erforderliche weitere Beweisaufnahme setzt jedenfalls eine Entscheidung über die Feststellungsziele voraus.

**[22]** a. Die Klage ist schlüssig.

**[23]** Der geltend gemachte **Anspruch aus § 826 BGB** setzt voraus, dass der Wirtschaftsprüfer seine Aufgabe qualifiziert nachlässig erledigt, zum Beispiel durch **unzureichende Ermittlungen** oder **durch Angaben ins Blaue hinein**, und dabei eine **Rücksichtslosigkeit** an den Tag legt, die angesichts der Bedeutung des Bestätigungsvermerks für die Entscheidung Dritter als gewissenlos erscheint (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 20. Januar 2022 - III ZR 194/19-, Rn. 18, juris mwN).

**[24]** Dies hat der Kläger unter Auswertung des als Anlage K15 vorgelegten KP-MG-Sonderprüfungsberichts vom 27.04.2020 sowie des als Anlage BK2 vorgelegten Wambach-Berichts substantiiert vorgetragen.

**[25]** Er hat ferner vorgetragen, dass es zu den streitgegenständlichen Aktienkäufen nicht gekommen wäre, wenn die Beklagte die Bestätigung der Jahresabschlüsse bereits zu einem früheren Zeitpunkt verweigert hätte.

**[26]** Schließlich hat der Kläger unter Bezugnahme auf die Anlage K 31 die Höhe des Schadens nachvollziehbar und schlüssig vorgetragen.

**[27]** b. **Der Schlüssigkeit der Klage steht nicht entgegen, dass der Kläger nicht konkret vorgetragen hat, die durch die Beklagten erteilten Testate gekannt und zur Grundlage seiner Investitionsentscheidungen gemacht zu haben.** Auch nachdem das Landgericht die Klage mit der Begründung abgewiesen hat, eine „generelle“ – also unabhängig von der Kenntnis des Aktienkäufers von den uneingeschränkten Bestätigungsvermerken bestehende – **Kausalität** der uneingeschränkten Bestätigungsvermerke für die Aktienkaufentscheidungen reiche für eine Zurechnung nicht aus (Seite 14 des Urteils des Landgerichts München I vom 30.11.2021), hat der Kläger hierzu in der Berufungsinstanz (Seite 4 der Berufungsbegründung vom 25.02.2022 = Blatt 346 d. A.) lediglich ausgeführt, er sei davon ausgegangen, dass die Unternehmenszahlen stimmen; bei einer weltweit so anerkannten Gesellschaft wie der Beklagten gehe er davon aus, dass sie ihren Job richtig mache; er habe

sich nie vorstellen können, dass da etwas nicht stimmt, ansonsten hätte er nicht in die Aktien investiert. Bei diesem Vortrag bleibt, soweit er die Beklagte und ihre Bestätigungsvermerke betrifft, offen, auf welchen Zeitpunkt er bezogen ist, ob der Kläger also bereits vor dem jeweiligen Kaufentschluss die Bestätigungsvermerke kannte und in der geschilderten Weise bewertete oder ob es sich dabei um seine jetzige Sicht der Dinge handelt.

**[28]** Entgegen der Auffassung des Erstgerichts ist eine „**individuelle**“ **Kausalität** jedoch **nicht erforderlich**. Die vom BGH zur Informationsdeliktshaftung, entwickelte Rechtsprechung ist entgegen der Auffassung des OLG Stuttgart (Urteil vom 29.09.2009 - 12 U 147/05-, Rn. 64, juris) auf fehlerhaft erteilte Bestätigungsvermerke eines Abschlussprüfers nicht übertragbar.

**[29]** Der **Bundesgerichtshof** hat im Urteil vom 03.03.2008 (II ZR 310/06 –, Rn. 15 - 17, juris) ausgeführt:

**[30]** „Bei der Frage, welche Anforderungen an die haftungsbegründende Kausalität im Rahmen der Fallgruppe der sog. Informationsdeliktshaftung nach § 826 BGB auf dem Primärmarkt wie auch auf dem Sekundärmarkt zu stellen sind, ist die - im Strafrecht geltende - reine Bedingungstheorie (condicio-sine-qua-non-Formel) ein untaugliches Instrument, weil im Zivilrecht - namentlich im Bereich des Rechts der unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff. BGB) - auf die adäquate Kausalität und ergänzend auf den Schutzzweck der Norm abzustellen ist (vgl. nur: Palandt/Heinrichs, BGB 67. Aufl. Vorb. v. § 249 Rdn. 58 ff., 62 m.w.Nachw.; st. Rspr.: vgl. BGHZ 57, 137, 142; Sen.Urt. v. 11. November 1985 - II ZR 109/84, ZIP 1986, 14, 16 - jew. m.w.Nachw.). **Geschützt wird sowohl im Bereich des Primärmarktes der sog. Verkaufsprospekthaftung als auch bei der den Sekundärmarkt betreffenden Informationsdeliktshaftung für fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilungen die Integrität der Willensentschließung des potentiellen Anlegers vor einer unlauteren irreführenden Beeinträchtigung durch falsche Prospekt- oder Ad-hoc-Publizität** (Sen.Urt. v. 4. Juni 2007 - II ZR 147/05, ZIP 2007, 1560, 1563 Tz. 30 - ComROAD IV; v. 7. Januar 2008 - II ZR 229/05 und - II ZR 68/06, ZIP 2008, 407 ff. und 410 ff., jeweils Tz. 15 - ComROAD VI und VII).

**[31]** aa) **Dem entspricht es, dass der Senat bei der fehlerhaften Ad-hoc-Publizität des Sekundärmarktes im Rahmen des Tatbestandes des § 826 BGB auf den Nachweis der konkreten Kausalität für den Willensentschluss des Anlegers selbst bei extrem unseriöser Kapitalmarktinformation nicht verzichtet und dementsprechend das enttäuschte allgemeine Anlegervertrauen in die Integrität der Marktpreisbildung nicht ausreichend sein lässt** (vgl. BGHZ 160, 134 - In - fomatec I; Sen.Urt. v. 9. Mai 2005 - II ZR 287/02, ZIP 2005, 1270, 1274 - EM.TV; Sen.Beschl. v. 28. November 2005 - II ZR 80/04 aaO S. 682 Tz.

11 - ComROAD I; v. 28. November 2005 - II ZR 246/04, ZIP 2007, 680 Tz. 8 - ComROAD II; v. 26. Juni 2006 - II ZR 153/05 aaO S. 326 Tz. 5 - ComROAD III; Sen.Urt. v. 4. Juni 2007 - II ZR 147/05, ZIP 2007, 1560, 1562 Tz. 16 - ComROAD IV; v. 4. Juni 2007 - II ZR 173/05, ZIP 2007, 1564, 1565 Tz. 16 - ComROAD V; v. 7. Januar 2008 - II ZR 229/05 und - II ZR 68/06, ZIP 2008, 407 ff. und 410 ff., jeweils Tz. 16 - ComROAD VI und VII).

**[32]** bb) Diese zur Vermeidung einer uferlosen Ausweitung des ohnehin offenen Haftungstatbestandes der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung unabdingbare, aus dem Schutzzweck der Norm abzuleitende Tatbestandseingrenzung gilt - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - auch insoweit, als es im Bereich des Primärmarktes um die Haftung für Prospektmängel nach den §§ 45, 46 BörsG a.F. (nunmehr §§ 44, 45 BörsG n.F.) und die gemäß § 48 Abs. 2 BörsG a.F. (nunmehr § 47 Abs. 2 BörsG n.F.) nicht ausgeschlossene weitergehende Deliktshaftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung nach § 826 BGB geht.“

**[33]** **Die Haftung des Wirtschaftsprüfers für vorsätzlich sittenwidrig erteilte Prüfvermerke unterscheidet sich von den durch den BGH entschiedenen Fällen der Informationsdeliktshaftung jedoch in relevanter Weise.**

**[34]** Während die unzutreffenden positiven Verlautbarungen in den entschiedenen Fällen dazu dienten, die Einschätzung von Anlegern und des Marktes zum Wert des Unternehmens positiv zu beeinflussen, ist die Bestätigung des Jahresabschlusses eines Unternehmens der Normalfall, während die Versagung des Bestätigungsvermerkes die Einschätzung des Marktes in erheblichem Maße negativ beeinflusst und hier nach Vortrag des Klägers dazu geführt hätte, dass die 2020 nach Versagung des Bestätigungsvermerkes tatsächlich stattgefundene Entwicklung bis zur Stellung des Insolvenzantrags bereits zu einem früheren Zeitpunkt eingetreten wäre. **Es geht also nicht nur um die Integrität der Marktpreisbildung, sondern um die Existenz des Unternehmens** (so auch: OLG München, Beschluss vom 06.05.2022 - 8 U 5530/21, BeckRS 2022, 9764, Rn. 59, beck-online).

**[35]** Darüber hinaus wird der **Wirtschaftsprüfer** im Gegensatz zu den Informanten der oben zitierten BGH-Rechtsprechung – beispielsweise dem Vorstand des betroffenen Unternehmens – **auch im öffentlichen Interesse tätig**. Er beglaubigt gegenüber der Allgemeinheit, dass der Abschluss mit den Rechnungslegungsvorschriften und den gesellschaftsvertraglichen Vorschriften übereinstimmt (siehe oben BeckOGK/Bormann, 15.11.2020, HGB § 316 Rn. 5; BGH, Urteil vom 10. Dezember 2009 – VII ZR 42/08 –, BGHZ 183, 323-340, Rn. 29; Röhl/Hidding WM 2021 1729, 1730). **Mit der Erteilung eines vorsätzlich sittenwidrigen Bestätigungsvermerkes verletzt der Abschluss-**

prüfer daher auch ihm der Allgemeinheit gegenüber obliegende Pflichten. Es genügt daher, dass es aufgrund externer Gründe wie einer negativen Reaktion des Marktes oder einer Insolvenz des Unternehmens infolge einer hypothetischen Versagung des Bestätigungsvermerks nicht zu dem Erwerb der Aktien gekommen wäre; der Schutzzweck der Norm gebietet keine Beschränkung der Haftung nach § 826 BGB auf Fälle, in denen der Anleger den Bestätigungsvermerk selbst kannte und zur Grundlage seiner Investitionsentscheidung machte. Der Umstand, dass die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber dem Unternehmen gemäß § 323 HGB begrenzt ist und potentielle Anleger nach ständiger Rechtsprechung regelmäßig nicht in den Schutzbereich des zwischen dem Unternehmen und dem Abschlussprüfer geschlossenen Vertrages einbezogen sind (BGH, Urteil vom 15.12.2005 – III ZR 424/04 –, Rn. 12, juris), steht diesem Ergebnis nicht entgegen, denn die Haftungsvoraussetzungen des § 826 BGB sind wesentlich strenger als diejenigen einer vertraglichen Haftung.

[36] c. Die Begründetheit der Klage hängt ausschließlich von den Feststellungszielen des Musterverfahrens ab.

[37] (1) Dass der Kläger primär auf § 826 BGB als Anspruchsgrundlage abstellt, der Vorlagebeschluss aber bisher ausschließlich auf §§ 37b ff. WpHG a.F. i.V.m. § 830 Abs. 2 BGB abhebt, steht der Vorgeiflichkeit nicht entgegen. Entscheidend ist allein, dass die Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch aus § 826 BGB von den Feststellungszielen abhängt. Darüber hinaus hat der Senat auf der Grundlage des Sachvortrags von Amts wegen auch andere Anspruchsgrundlagen zu prüfen.

[38] (2) Die in dem Vorlagebeschluss unter A.I. als Feststellungsziele zur angeblichen Haupttat der W. AG angeführten angeblichen Unrichtigkeiten der Geschäftsberichte der W. AG entsprechen in der Sache denjenigen, die auch der Kläger unter Vorlage des KPMG-Berichts und des W.-Berichts mit zahlreichen Beweisangeboten (u.a. Zeugen und Sachverständigengutachten) geltend macht; dem tritt die Gegenerklärung der Beklagten schon nicht konkret entgegen; sie befasst sich nicht konkret mit dem Vortrag im vorliegenden Einzelfall.

[39] (3) Die objektive und subjektive Sittenwidrigkeit durch qualifiziert nachlässige Prüfung der Beklagten unter Inkaufnahme, dass die eingeschränkten Bestätigungsvermerke unrichtig sind, ist Gegenstand des Feststellungsziels III. Danach habe die Beklagte, indem sie sich Originalkontoauszüge und Banksaldenbestätigungen zu den Treuhandkonten nicht zeigen lassen und/oder die Zahlungseingänge auf den Treuhandkonten nicht geprüft habe, die Unrichtigkeit des uneingeschränkten Bestätigungsvermerks billigend in Kauf genommen.

[40] (4) Die Frage, ob der Vorlagebeschluss auch die haftungsbegründende Kausalität erfasst (so OLG München Beschluss vom 06.05.2022, – 8 U 5530/21, BeckRS 2022, 9764, Rn. 53, beck-online), kann ebenso offenbleiben wie diejenige, ob ein sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung ergebender Erfahrungssatz bei Investments mit nicht rein spekulativem Charakter dafür spricht, dass die Anleger die Aktien in Kenntnis der verschwiegenen Machenschaften nicht gekauft hätten (so: OLG München Beschluss vom 06.05.2022 – 8 U 5530/21, BeckRS 2022, 9764 Rn. 54, beck-online).

[41] Denn jedenfalls hängt die Beurteilung der Kausalität von den Feststellungszielen ab. Was passiert wäre, wenn die Beklagte zu einem bestimmten der streitgegenständlichen Zeitpunkte den Jahresabschluss der W. AG nicht bestätigt hätte, hängt davon ab, aus welchem Grund die Bestätigung zu versagen gewesen wäre, also davon, in welcher Hinsicht der Jahresabschluss gegebenenfalls unrichtig gewesen ist. Auch ein etwa erforderliches Sachverständigengutachten könnte nur auf dieser Grundlage eingeholt werden.

## Notarhaftung

- Gesellschafterliste
- Amtspflicht nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG  
(KG Berlin, Urt. v. 28.6.2022 – 9 U 1098/20)

### Leitsatz

Eine Haftung des Notars wegen einer Verletzung der Amtspflichten aus § 40 Absatz 2 Satz 1 GmbHG kommt nicht gegenüber der GmbH in Betracht. Denn die Amtspflicht des § 40 Absatz 2 Satz 1 GmbHG obliegt dem Notar nicht ihr gegenüber und dient nicht ihrem Schutz.

### Zum Sachverhalt:

[1] Wegen der tatsächlichen Feststellungen wird auf das erstinstanzliche Urteil Bezug genommen, § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO, und Folgendes ergänzt:

[2] Die Klägerin behauptet, der Beklagte zu 1) habe bewusst mit dem auf Seiten der Beklagten beigetretenen Streithelfer zu ihrem Nachteil gehandelt.

[3] Der Beklagte zu 1) trägt vor, der Klägerin stünden Ersatzansprüche auch gegen die Dr. J... GmbH sowie die anwaltlichen Vertreter des Streithelfers der Beklagten, Herrn Rechtsanwalt Dr. S. und Herrn Rechtsanwalt P..., zu.

[4] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung und beantragt sinngemäß,

[5] das Urteil des Landgerichts Berlin vom 26. November 2020 – Aktenzeichen: 84.O.145/19 – abzuändern und festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet seien, an sie dem Grunde nach Ersatz für alle Schäden zu leisten, die ihr aus der Einreichung und/oder der Handelsregistraufnahme der Gesellschafterlisten der S...GmbH mit Datum vom 22. Januar 2015, 26. August 2015 und 27. August 2015 sowie aus der Beurkundung sowie den diesbezüglichen Anmeldungen und/oder der Handelsregistereintragung von angeblich am 27. August 2015 beschlossenen Satzungsänderungen der S...GmbH entstanden sind oder noch entstehen.

[6] Die Beklagten beantragen,

[7] die Berufung zurückzuweisen.

[8] Der Streithelfer ist dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetreten und schließt sich dem Antrag der Beklagten an.

[9] Im Termin der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Nebenintervenient den Beitritt auf Seiten der Klägerin erklärt und schließt sich dem Antrag der Klägerin an.

#### Aus den Gründen:

[10] Die Berufung der Klägerin ist form- und fristgerecht eingelegt. Sie bleibt dennoch ohne Erfolg. Denn sie ist teilweise unzulässig (1.) und im Übrigen nicht begründet, und zwar weder, soweit sie sich gegen den Beklagten zu 1) richtet (2.) noch soweit sie sich gegen den Beklagten zu 2) richtet (3.).

[11] 1. Die Berufung der Klägerin ist teilweise unzulässig, weil sie nicht durchgängig ordnungsgemäß begründet worden ist. Nach § 520 Abs. 3 Satz 2 ZPO muss die Berufungsbegründung enthalten (Nr. 2) die Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt. Gemäß § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO muss sie konkrete Anhaltspunkte bezeichnen, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen in dem angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Dazu gehört eine aus sich heraus verständliche Angabe, welche bestimmten Punkte des angefochtenen Urteils der Berufungskläger bekämpft und welche tatsächlichen oder rechtlichen Gründe er ihnen im Einzelnen entgegensetzt (vgl. BGH, Beschluss vom 16. November 2021 – VIII ZB 21/21 –, Rn. 10, juris; BGH, Beschluss vom 14. September 2021 – VIII ZB 1/20 –, Rn. 10, juris; BGH, Beschluss vom 16. November 2021 – VIII ZB 21/21 –, Rn. 13, juris; BGH, Beschluss vom 15. März 2022 – VIII ZB 43/21 –

, Rn. 11, juris). Diesen Anforderungen wird die Berufungsbegründung der Klägerin vom 9. März 2021 nicht durchgängig gerecht.

[12] a) Soweit die Klägerin ihre Ansprüche gegen den Beklagten zu 1) auf die Einreichung der weiteren **Gesellschafterliste** vom 27. August 2015 stützt, sind in diesem Sinne konkrete Berufungsangriffe nicht erkennbar. Das Landgericht hatte die – für die allein in Betracht kommende Anspruchsgrundlage des § 19 Abs. 1 BNotO notwendige – Amtspflichtwidrigkeit mit der Begründung verneint, dass der Beklagte zu 1) von der Richtigkeit der Gesellschafterliste habe ausgehen dürfen, weil Anhaltspunkte für einen Einberufungsmangel oder einen anderen zur Nichtigkeit der Beschlüsse führenden Grund nicht bestanden hätten. Mit diesen Argumenten setzt sich die Berufungsbegründung nicht auseinander. Sie ist vielmehr dem Verständnis verhaftet, das Landgericht habe eine Begründung für die Verneinung der Amtspflichtverletzung nicht ausgeführt, was jedoch ganz offensichtlich nicht zu treffend ist. Da die Klägerin einem anderen Verständnis verhaftet ist, fehlt folgerichtig eine an diesen orientierte Auseinandersetzung mit konkreten Berufungsangriffen.

[13] b) Die Berufung ist auch insoweit unzulässig, als die Klägerin Ansprüche gegen den Beklagten zu 2) aus der Eintragung der Satzungsänderung abzuleiten sucht. Auch insoweit sind in dem gesetzlichen Sinne keine konkreten Berufungsangriffe erkennbar. Das Landgericht hatte das nach § 839 Abs. 1 BGB maßgebliche Tatbestandsmerkmal der Amtspflichtwidrigkeit im Hinblick auf die Eintragung mit der Begründung verneint, dass das Registergericht nicht, und zwar auch nicht nach § 16 Abs. 2 HGB, an das Urteil des Kammergerichts vom 9. November 2017 gebunden gewesen sei. Die hiergegen gerichtete Berufung beschränkt sich darauf, die Rechtsauffassung des Landgerichts als fehlerhaft zu bewerten, was keinen konkreten Berufungsangriff darstellt. Besondere formale Anforderungen bestehen zwar nicht; auch ist es für die Zulässigkeit der Berufung ohne Bedeutung, ob die Ausführungen in sich schlüssig oder rechtlich haltbar sind. Die Berufungsbegründung muss aber auf den konkreten Streitfall zugeschnitten sein. Es reicht nicht aus, die Auffassung des Erstgerichts – wie hier – mit formularmäßigen Sätzen oder allgemeinen Redewendungen zu rügen oder lediglich auf das Vorbringen erster Instanz zu verweisen (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Beschluss vom 21. Juli 2020 – VI ZB 68/19 –, Rn. 10, juris; BGH, Beschluss vom 13. Juni 2017 – VIII ZB 7/16 –, Rn. 12, juris; BGH, Beschluss vom 9. April 2013 – VIII ZB 64/12 –, Rn. 8, juris; BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2012 – XI ZB 25/11 –, Rn. 10, juris; BGH, Beschluss vom 11. Mai 2021 – VIII ZB 50/20 –, Rn. 9, juris).

[14] 2. Im Übrigen ist die Berufung der Klägerin, soweit sie Ansprüche gegen den Beklagten zu 1) verfolgt, nicht begründet. Denn ihr stehen Ansprüche gegen den Beklagten zu 1) aus

der allein in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage des **§ 19 Abs. 1 BNotO** nicht zu. Verletzt ein Notar vorsätzlich oder fahrlässig die ihm anderen gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er nach dieser Vorschrift diesen den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. **Solche Ansprüche kann die Klägerin aus keiner seiner von ihr beanstandeten Amtshandlungen ableiten, weil es an der Verletzung sie schützender Pflichten fehlt.**

**[15]** a) Es kann dahinstehen, dass der Beklagte zu 1) seine Amtspflichten dadurch schuldhaft verletzte, dass er am 22. Januar 2015 die Gesellschafterliste der Klägerin bei dem Handelsregister des Beklagten zu 2) einreichte, wobei er auf seine Beurkundungen vom 6. und 7. Januar 2015 sowie die Erklärung der Einziehung der Anteile gegenüber dem Nebenintervenienten Bezug nahm.

**[16]** aa) Der Beklagte zu 1) kann sich nicht darauf berufen, wie er meint, wegen § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG gar verpflichtet gewesen zu sein, die Gesellschafterliste einzureichen. **Nach dieser Vorschrift hat ein Notar, wenn er an Veränderungen nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG mitgewirkt hat, unverzüglich nach deren Wirksamwerden ohne Rücksicht auf etwaige später eintretenden Unwirksamkeitsgründe die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben oder mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur zu versehen, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln.**

**[17]** Ihm ist zuzugeben, dass er an der Veränderung mitgewirkt hatte, indem er die Gesellschafterversammlung über die Einziehung des Gesellschaftsanteils des Nebenintervenienten beurkundet hatte. Dennoch war er zu ihrer Einreichung nicht berechtigt. Denn er hegte Zweifel an der Wirksamkeit der von ihm beurkundeten Beschlüsse und der sich hieraus ergebenden Veränderungen im Bestand der Gesellschafter. **Die Pflicht zur Einreichung einer die Änderung ausweisenden Gesellschafterliste ist von der Wirksamkeit der Veränderung abhängig und besteht dann nicht, wenn Zweifel an der Wirksamkeit der Veränderung bestehen. Der Notar darf in diesem Fall eine die Veränderung ausweisende Gesellschafterliste erst einreichen, wenn die Zweifel an der Wirksamkeit ausgeräumt wurden** (vgl. RegE eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen [MoMiG], BTDrucks. 16/6140 S. 44; BGH, Urteil vom 02. Juli 2019 – II ZR 406/17 –, juris Rn. 46). **Wegen seiner Prüfungsverantwortung darf der Notar die aktualisierte Gesellschafterliste erst zum Handelsregister einreichen, wenn er sich vom Eintritt der Veränderungen sicher überzeugt hat** (Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 28. Juli 2010 – 6 W 256/10 –, Rn. 11, juris m.w.N.). Diesen Anforderungen genügte es entgegen der von dem Landgericht vertretenen Auffassung gerade nicht, dass der Notar die Einreichung mit der Formulierung seiner Zweifel

verband. Vielmehr hätte er die Liste erst einreichen dürfen, wenn er seine Zweifel beseitigt hätte. Tatsächlich hegte der Beklagte zu 1) berechtigte Zweifel an der Richtigkeit der eingereichten Veränderungen und hatte diese auch für sich selbst nicht ausgeräumt.

**[18]** Einerseits wies das Handelsregister W...S... und den Streit Helfer der Beklagten als jeweils alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer aus. Andererseits lagen einstweilige Verfügungen des Landgerichts Berlin vom 7. und 8. Januar 2015 vor, deren Inhalt dem Beklagten zu 1) auch bekannt waren und aus denen sich rechtlich begründete Zweifel an der Wirksamkeit der von ihm beurkundeten Beschlüsse ergaben. Ohne Bedeutung ist entgegen der von dem Beklagten zu 1) vertretenen Auffassung, dass diese einstweiligen Verfügungen der Klägerin noch nicht zugestellt gewesen sein mögen. Tatsächlich geht eine solche Zustellung aus den Übermittlungsschreiben vom 9. Januar 2015 nicht hervor mit der Folge, dass - worauf der Beklagte zu 1) zutreffend hinweist - diese einstweiligen Verfügungen wegen §§ 936, 928, 922 ZPO gegenüber der Klägerin als der Antragsgegnerin noch keine Wirkung entfalten konnten. Diese Wirksamkeit der einstweiligen Verfügungen gegenüber der Klägerin ist jedoch ohne Bedeutung für die von dem Beklagten zu 1) als dem verantwortlichen Notar zu ziehenden rechtlichen Erkenntnisse und die ihm obliegende Rechtmäßigkeitsprüfung. **Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist es dem Notar im Gegenteil verwehrt, seine Zweifel durch eine eigene Beurteilung auszuräumen, weil die materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einziehung erst im Gerichtsverfahren nach Erhebung der Beschlussmängelklage mit Wirkung für und gegen jedermann endgültig geklärt werden** (BGH, Urteil vom 02. Juli 2019 – II ZR 406/17 –, juris, Rn. 47; BGH, Urteil vom 17. Februar 1997 – II ZR 41/96 –, juris, Rn. 12). Der Beklagte zu 1) hatte also an seinen Zweifeln festzuhalten, bis ihm eine rechtskräftige Aufhebung der einstweiligen Verfügungen bekannt geworden sei, und nicht – wie er selbst meint – eine eigene Prüfung vorzunehmen, solange ihm ein rechtskräftiges Verbot nicht zu gestellt sei. Eine solche gerichtliche Beseitigung der begründeten Zweifel lag ihm jedoch nicht vor.

**[19]** bb) Darauf kommt es jedoch nicht an. Die Klägerin kann aus der Pflichtverletzung nichts für sich ableiten. **Denn die verletzte Amtspflicht des § 40 Absatz 2 Satz 1 GmbHG oblag dem Beklagten zu 1) nicht ihr gegenüber und diente nicht ihrem Schutz.**

**[20]** (1) Zu diesem Ergebnis führt eine **Auslegung der Vorschrift:**

**[21]** (a) Der **gesetzssystematische Zusammenhang** mit der Haftungsnorm des § 40 Absatz 3 GmbH verdeutlicht den

Schutzzweck. Nach dieser Vorschrift haften die Geschäftsführer, welche die ihnen nach Absatz 1 obliegende Pflicht verletzen, denjenigen, deren Beteiligung sich geändert hat, und den Gläubigern der Gesellschaft für den daraus entstandenen Schaden. Da aus einer Verletzung der Pflicht nach Absatz 1 nur denjenigen, deren Beteiligung sich geändert hat, und den Gläubigern gegenüber gehaftet wird, sind auch nur diese Personen in den **Schutzkreis der Pflicht** einbezogen. **Nicht genannt ist demgegenüber die Gesellschaft – in diesem Falle die hiesige Klägerin –, woraus im Umkehrschluss zu folgern ist, dass weder ihr gegenüber gehaftet wird noch dem zugrundeliegend sie in den Schutzkreis einbezogen ist.** Gleiches gilt für den Notar, auch wenn dessen Haftung sich naturgemäß nicht aus § 40 Absatz 3 GmbHG, sondern aus § 19 Absatz 1 BNotO ergibt (vgl. Seibt in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, 12. Auflage, 2021, § 40 Rn. 622, welcher allerdings schon die Gläubiger aus dem Schutzbereich der notariellen Haftung ausnimmt; Terlau in: Michalski u.a., GmbHG, 3. Auflage, 2017, § 40 Rn. 45; Mayer in DNotZ 2008, 203, 2015).

**[22]** (b) Diese Schutzzielrichtung findet auch in den **Gesetzesmaterialien** ihren Niederschlag. § 40 Absatz 2 Satz 1 GmbHG wurde durch Art. 1 Nr. 27 lit. b) des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008 (MoMiG, BGBl. I S. 2026) eingeführt. Ziel dieses Gesetzes war es, die Attraktivität der GmbH als Rechtsform im Europäischen Vergleich zu erhöhen und ihr eine internationale Wettbewerbsfähigkeit zu verleihen (BT-Drs. 16/6140, S. 1). Durch die Einfügung des § 40 Absatz 2 GmbHG sollte das Verfahren besonders einfach und unbürokratisch gestaltet und insbesondere ermöglicht werden, dass die Änderung der Gesellschafterliste gelegentlich der Abtretungsbeurkundung gleich miterledigt werden könne (vgl. BR-Drs. 354/07 vom 25. Mai 2007 S.100; BT-Drs. vom 25. Juli 2007, 16/6140, S. 44). **Eigene Interessen der Gesellschaft werden durch diese Pflicht des Notars nicht geschützt. Folgerichtig wird eine Haftung des Notars auch nur gegenüber den Gesellschaftsgläubigern oder auch gegenüber denjenigen in Betracht gezogen, deren Beteiligung sich geändert hat** (Seibt in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018 ff., § 40 GmbHG, Rn. 124; vgl. ebenso im Ergebnis: BeckOK GmbHG/Heilmeier, 51. Ed. 1.8.2021, GmbHG § 40 Rn. 223; Henssler/Strohn GesR/Oetker, 5. Aufl. 2021, GmbHG § 40 Rn. 38 m.w.N.).

**[23]** (c) **Die Gesellschaft selbst bedarf auch nicht des Schutzes durch die Pflichten nach § 40 Absatz 1 und Absatz 2 GmbHG noch einer Haftung ihr gegenüber aus der Verletzung dieser Pflichten. Ihr selbst ist der Bestand ihrer Gesellschafter stets umfassend bekannt.** Deshalb steht ihr jederzeit die Möglichkeit zur Verfügung, eine Berichtigung zu veranlassen oder eine berichtigte Liste selbst einzureichen oder einreichen zu lassen, den Fehler auf diese Weise also selbst zu beseitigen. Auf Grund ihrer eigenen Kenntnisse über ihren Bestand ist sie auch nicht

schutzbedürftig in dem Vertrauen auf die Richtigkeit einer bei dem Handelsregister eingereichten Liste.

**[24]** Entgegen der von der Klägerin im Termin der mündlichen Verhandlung vertretenen Auffassung lässt sich der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 14. Mai 2019 (BGH, Urteil vom 14. Mai 2019 – II ZR 299/17 –, juris) nichts zum Umfang des durch die Pflicht des Notars aus § 40 Absatz 2 Satz 1 GmbHG entnehmen noch gar, dass dieser Schutzzumfang auch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung selbst einbeziehe.

**[25]** (2) Im vorliegenden Einzelfall ist die Klägerin zudem aus weiteren tatsächlichen Gründen des Einzelfalles nicht in den Schutzbereich der Einreichungspflicht des beklagten Notars nach § 40 Absatz 2 Satz 1 GmbHG einbezogen. Die hiesige Klägerin konnte sich nämlich gemäß § 242 BGB nicht auf die Gesellschafterliste berufen, weil die Liste entgegen der gerichtlichen Unterlassungsverfügung eingereicht wurde und sie selbst nicht nach ihrer Aufnahme im Handelsregister für eine Korrektur gesorgt hat. Wird einer GmbH nach Einziehung eines Geschäftsanteils durch eine einstweilige Verfügung untersagt, eine neue Gesellschafterliste, die den von der Einziehung Betroffenen nicht mehr als Gesellschafter ausweist, beim Amtsgericht zur Aufnahme im Handelsregister einzureichen, ist die Gesellschaft nach Treu und Glauben gehindert, sich auf die formelle Legitimationswirkung des § 16 Absatz 1 Satz 1 GmbHG zu berufen, wenn entgegen der gerichtlichen Anordnung eine veränderte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht und im Registerordner aufgenommen worden ist (für die hiesige Klägerin entschieden: BGH, Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17 –, juris, Rn. 34).

**[26]** (cc) Der Feststellungsantrag der Klägerin, welchen sie auf die Einreichung der Gesellschafterliste am 22. Januar 2015 stützt, ist auch deshalb unbegründet, weil ein adäquat kausal auf einer Pflichtverletzung beruhender Schaden unter keinem Gesichtspunkt denkbar ist. Auch im Notarhaftungsrecht kann daher nur für solche Schadensfolgen Ersatz verlangt werden, die innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm liegen. Es muss sich um Folgen handeln, die in den Bereich der Gefahren fallen, um deren Vermeidung die Rechtsnorm erlassen wurde. **Deswegen muss zwischen der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage und dem Schaden ein innerer Zusammenhang bestehen. Eine bloß zufällige äußere Verbindung genügt nicht** (BGH, Urteil vom 4. April 2019 – III ZR 338/17 –, juris, Rn. 16). An einer solchen durch den Schutzzweck umklammernten inneren Verbindung würde es jedoch fehlen bei jeglichem Handeln, welches sich auf die hier in Rede stehende, vom Beklagten zu 1) eingereichte Gesellschafterliste beruft. Denn der Notar selbst hatte sie mit der Formulierung seiner Zweifel verbunden, was ein Vertrauen auf die Richtigkeit ausschließt.

[27] dd) Der Anspruch der Klägerin ist zudem auch deswegen ausgeschlossen, weil sie den von ihr befürchteten Schaden durch einen **Rechtsbehelf hätte vermeiden können**. Nach § 839 Absatz 3 BGB, welcher über § 19 Absatz 1 Satz 3 BNotO auf die Notarhaftung Anwendung findet, tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn es der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch den Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. **Vorliegend hat es die Klägerin mindestens fahrlässig unterlassen, die Einreichung der von ihr als fehlerhaft erachteten Gesellschafterliste durch den Beklagten im Wege der Notarbeschwerde nach § 15 Absatz 2 BNotO abzuwenden**. Gegen die Verweigerung der Urkunds- oder sonstigen Tätigkeit des Notars findet nach § 15 Absatz 2 Satz 1 BNotO die **Beschwerde** zum Landgericht (Absatz 2 Satz 2) statt. **Diesen Rechtsbehelf hat die Klägerin nicht ergriffen, obwohl er für die Erreichung ihres Zieles deutlich sinnvoller gewesen wäre als der Antrag des auf ihrer Seite beigetretenen Mehrheitsgesellschafters auf Erlass zweier allein gegen die Klägerin und den Streithelfer der Beklagten gerichteten einstweiligen Verfügungen. Anders, als die Klägerin meint, hätte sie die Notarbeschwerde auch mit dem Ziel einlegen können, den Notar anweisen zu lassen, die Einreichung der Gesellschafterliste zu unterlassen**. Beschwerdefähig ist jede Amtsweigerung des Notars, auch ein bloßes Unterlassen einer Amtshandlung (allgemeine Meinung, statt vieler vgl.: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Dezember 2009 – I-3 Wx 91/09 –, Rn. 18, juris; OLG München, Beschluss vom 12. September 2008 – 31 Wx 018/08 –, Rn. 25, juris; OLG München, Beschluss vom 9. Mai 2008 – 31 Wx 31/08 –, Rn. 9, juris; KG Berlin, Beschluss vom 8. April 2003 – 1 W 58/03 –, Rn. 2, juris).

[28] Auch war die Notarbeschwerde nicht deshalb unstatthaft, weil der Beklagte seine Absicht, die Gesellschafterliste nach § 40 Absatz 2 Satz 1 GmbHG bei dem Handelsregister einzureichen, nicht mit einem Vorbescheid angekündigt hat. Der Klägerin ist zuzugeben, dass Notaren empfohlen wird, in Zweifelsfällen oder bei Widerspruch eines Beteiligten, ihre Absicht, eine Amtshandlung vornehmen zu wollen, in einem Vorbescheid anzukündigen verbunden mit der Rechtsbehelfsbelehrung an die Beteiligten, gegen diesen Vorbescheid Notarbeschwerde nach § 15 Absatz 2 BNotO zum Landgericht zu erheben (vgl. BGH, Beschluss vom 19. September 2019 – V ZB 119/18 –, Rn. 45, juris). Dieses Vorgehen ist jedoch – wie sich aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt – nicht zwingende Voraussetzung des Notarbeschwerdeverfahrens.

[29] Unrichtig ist die Auffassung des Landgerichts, das Verschulden der Klägerin an der Säumnis entfalle, weil es sich bei der Notarbeschwerde nach § 15 Absatz 2 BNotO um einen gemeinhin unbekanntem Rechtsbehelf handele. **Der Vorrang des Primärrechtsschutzes nach § 839 Absatz 3 BGB enthält zwar ein Verschuldensmoment, dieses ist jedoch nicht an den Be-**

**kanntheitsgrad des jeweils statthaften und gesetzlich vorgesehenen Rechtsbehelfes geknüpft**. Es würde das normative System gerichtlichen Rechtsschutzes ganz grundlegend unterlaufen, die Ergreifung eines gerichtlichen Rechtsbehelfes an den Bekanntheitsgrad im Kreise juristischer Laien zu knüpfen.

[30] Wie aus der im Verhältnis zu der hiesigen Klägerin ergangenen Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 2. Juli 2019 (BGH, Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17 –, juris, Rn. 31) folgt, konnte die Klägerin durch ihren Geschäftsführer W...S... vertreten werden und stand zudem einer anwaltlichen Beauftragung damit auch nichts im Wege.

[31] ee) Die Klage der Klägerin gegen den Beklagten zu 1) auf Leistung von Schadensersatz aus § 19 BNotO wegen der Verletzung notarieller Amtspflichten ist zudem schon deswegen unbegründet, weil sie anderweitige Ersatzmöglichkeiten nicht ausgeschlossen hat. Nach § 19 Absatz 1 Satz 2 BNotO kann der Notar, wenn ihm nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, nur dann in Anspruch genommen werden, wenn die Verletzten nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermögen.

[32] (1) Dass der Beklagte zu 1) vorsätzlich gehandelt hätte mit der Folge, dass seine Haftung nicht nach § 19 Absatz 1 Satz 2 BNotO subsidiär wäre, behauptet die Klägerin ohne jede Substanz, was der Beklagte zudem bestreitet, ohne dass die Klägerin Beweis angetreten hätte. Es ist allerdings die Klägerin, welche für den Vorsatz des Notars die Darlegungs- und Beweislast (BGH, Urteil vom 25. Februar 1999 – IX ZR 240/98 –, Rn. 22, juris; Senat, Urteil vom 25. Juli 2017 – 9 U 148/15 –, Rn. 24, juris). **Macht der Geschädigte einen Schadensersatzanspruch aus § 19 BNotO geltend, trägt dieser die Darlegungs- und Beweislast für sämtliche anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale der Norm**. Dies entspricht den allgemeinen Beweislastregeln, wonach derjenige, der sich auf eine ihm günstige Norm beruft, deren Tatbestandsvoraussetzungen darzulegen und zu beweisen hat (vgl. allgemein zu § 19 BNotO: Senat, Urteil vom 1. November 2013 – 9 U 315/12 –, Rn. 56, juris). Hierzu gehört im Rahmen des § 19 BNotO als negatives Tatbestandsmerkmal auch das Fehlen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit oder als Ausschlussgrund der subsidiären Haftung das vorsätzliche Handeln des Notars.

[33] (a) Dieser Pflicht ist die Klägerin nicht enthoben. Allerdings ist der Klägerin zuzugeben, dass es Sache der Gegenpartei sein kann, sich im Rahmen der ihr nach § 138 Absatz 2 ZPO obliegenden Erklärungspflicht zu den Behauptungen der beweispflichtigen Partei konkret zu äußern. Dies gilt insbesondere dann, wenn die beweispflichtige Partei außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, der Prozessgegner aber die wesentlichen Umstände kennt und es ihm zumutbar ist, dazu nähere Angaben zu machen (BGH, Urteil vom 11.

Dezember 2001 – VI ZR 350/00 – juris Tz. 16; vorausgehend: Senat, Urteil vom 1. November 2013 – 9 U 315/12 –, Rn. 57, juris). Eine solche **sekundäre Darlegungslast** setzt jedoch jedenfalls voraus, dass das (unstreitige oder nachgewiesene) Parteivorbringen hinreichende – über bloße Verdachtsmomente hinausgehende (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 2000 – I ZR 239/97 –, Rn. 26, juris) – Anhaltspunkte enthält, die einen entsprechenden Schluss nahelegen (BGH, Urteil vom 26. April 2022 – VI ZR 965/20 –, Rn. 13, juris m.w.N.). Daran fehlt es jedoch, weil die Klägerin es an einem Sachvortrag mit derart hinreichenden Anhaltspunkten fehlen lässt, sie diese Anhaltspunkte vielmehr durch die Vorlage der Notariatsnebenakte erst ermitteln möchte.

[34] Im Spannungsverhältnis hierzu steht allerdings im Übrigen die der Klägerin vom Beklagten entgegengehaltene notarielle **Verschwiegenheitspflicht gemäß § 18 BNotO**, welche es dem Beklagten vorliegend unzumutbar macht, konkretere Angaben zu dem streitigen Geschehen zu machen. Die Verschwiegenheitspflicht des Notars dient dabei allein dem Schutz der Beteiligten, die der Notar betreut hat (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Juli 1986 – NotZ 4/86 –, Rn. 7, juris, BGH, Urteil vom 17. Juli 2014 – III ZR 514/13 –, Rn. 27, juris; zur anwaltlichen Schweigepflicht vgl. BGH, Urteil vom 30. November 1989 – III ZR 112/88 –, juris, Rn. 28). Zwar gilt die notarielle Verschwiegenheitspflicht nicht ausnahmslos und kann beispielsweise im Rahmen einer Güter- und Pflichtenabwägung durch die notarielle Aufklärungspflicht zur Schadensverhütung eingeschränkt werden (BGH, Urteil vom 14. Mai 1992 – IX ZR 262/91 – juris Tz. 48). Auch tritt die Schweigepflicht hinter die Pflicht zurück, dem Unrecht zu wehren. Ein Notar muss deshalb ein unter seine Schweigepflicht fallendes Wissen preisgeben, wenn er dadurch strafbare Handlungen verhindern kann (BGH, Beschluss vom 31. Januar 2013 – V ZB 168/12 – juris Tz. 23). Vorliegend kann der Beklagte jedoch mit einer Offenbarung seines Wissens durch prozessualen Vortrag zur Erfüllung einer sekundären Darlegungslast einen Schadenseintritt oder eine unrechtmäßige Handlung nicht mehr verhindern, weil die beanstandeten Handlungen bereits vollendet und die zum – behaupteten – Schaden führende Kausalkette bereits in Gang gesetzt ist (vgl. Senat, Urteil vom 1. November 2013 – 9 U 315/12 –, Rn. 58, juris).

[35] Die Klägerin ist hier auch nicht etwa schutzlos gestellt: Ihr Anspruch auf **Einsicht in die Notariatsnebenakten** richtet sich nach § 18 BNotO. Bestehen im Einzelfall Zweifel über die Pflicht zur Verschwiegenheit, so kann der Notar nach § 18 Absatz 3 Satz 1 BNotO die Entscheidung der Aufsichtsbehörde nachsuchen. Andererseits hätte der Klägerin grundsätzlich die Möglichkeit offen gestanden, den Beklagten durch die Notarbeschwerde nach § 15 Absatz 2 BNotO zur Auskunftserteilung anhalten zu lassen. Ist nämlich der Notar zur Auskunftsertei-

lung verpflichtet, ist das Beschwerdeverfahren nach § 15 Absatz 2 BNotO der richtige Weg, um die Erteilung der Auskunft gerichtlich durchzusetzen. Es muss dann geprüft werden, ob der Notar seiner grundsätzlich bestehenden Auskunftspflicht in dem konkreten Fall nachzukommen hat, oder ob es Gründe gibt, die ihn zur Verweigerung der Auskunftserteilung berechtigen. Jedoch ist das Beschwerdeverfahren nicht eröffnet, wenn eine Auskunft verlangt wird, deren Erteilung von vornherein keine Amtstätigkeit ist (BGH, Beschluss vom 31. Januar 2013 – V ZB 168/12 –, Rn. 10, juris). Darauf, ob diese Beschwerde vorliegend nicht zulässig sein könnte, weil es sich um eine in ein Auskunftsverlangen gekleidete Ausforschung handeln könnte (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2013 – V ZB 168/12 –, Rn. 11, juris), kommt es für die hiesige Entscheidung nicht an.

[36] Auch eine Vorlage **der den Verfügungen vom Notarandkonto zugrunde liegenden Anweisungen** oder auch der gesamten Notarnebenakten des Beklagten gemäß § 142 Absatz 1 ZPO, wie von der Klägerin beantragt, kommt vorliegend nicht in Betracht. Nach dieser Vorschrift kann das Gericht zwar anordnen, dass eine Partei die in ihrem Besitz befindlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegt. Im Rahmen des von dieser Vorschrift eingeräumten Ermessens war jedoch wiederum die den Beklagten bindende notarielle Verschwiegenheitspflicht aus § 18 BNotO zu berücksichtigen, was den Senat dazu führte, von einer Vorlegungsanordnung abzusehen.

[37] Dem Wortlaut des § 142 Absatz 1 ZPO nach scheidet eine Rücksichtnahme auf Zeugnisverweigerungsrechte einer Partei allerdings aus. Denn nach Absatz 2 der Vorschrift sind allein Dritte zur Urkundenvorlage dann nicht verpflichtet, wenn ihnen diese nicht zumutbar ist oder sie zur Zeugnisverweigerung berechtigt sind. So kann ein gemäß § 142 ZPO auf Vorlage von Unterlagen in Anspruch genommener Dritter die Herausgabe verweigern, wenn ihm dadurch ein eigener vermögensrechtlicher Schaden entstehen würde, wobei es genügt, dass die Durchsetzung von Ansprüchen gegen ihn auch nur erleichtert würde (BGH, Beschluss vom 26. Oktober 2006 – III ZB 2/06 – juris). Für die Parteien des Zivilprozesses hält das Gesetz in § 142 Absatz 1 ZPO solche Einschränkungen nicht bereit.

[38] Allerdings ist dennoch berechtigten Geheimhaltungsinteressen einer Partei oder auch Dritter entweder im Rahmen der Würdigung einer Weigerung oder bereits im Rahmen des von § 142 Absatz 1 ZPO eingeräumten Ermessens bei der Vorlegungsanordnung Rechnung zu tragen. Bei dieser Ermessensentscheidung kann das Gericht auch berechnete Belange des Geheimnis- und Persönlichkeitsschutzes berücksichtigen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2007 – XI ZR 277/05 – juris Tz. 20; s.a. BT-Drucks. 14/6036 S. 120). Beachtlich ist hierbei insbesondere

eine durch ein Zeugnisverweigerungsrecht (§ 383 Nr. 6 ZPO) besonders geschützte Vertrauenssphäre (BGH, Urteil vom 17. Juli 2014 – III ZR 514/13 –, Rn. 26, juris; Greger in: Zöller, ZPO, 34. Auflage 2022, § 142 Rn. 14). Vorliegend ist im Rahmen der Ermessensausübung gemäß § 142 Absatz 1 ZPO der Verschwiegenheitspflicht des Beklagten aus § 18 BNotO der Vorrang gegenüber dem prozessualen Aufklärungsinteresse der Klägerin zu geben. Auch insoweit ist maßgeblich, dass die Verschwiegenheitspflicht den Interessen an diesem Rechtsstreit nicht beteiligter Dritter dient und die Klägerin – wie oben ausgeführt – nicht schutzlos gestellt ist (vgl. Senat, Urteil vom 1. November 2013 – 9 U 315/12 –, Rn. 61 - 64, juris). Ihr stünde prozessual zulässig auch die Möglichkeit offen, an den Beurkundungsvorgängen beteiligte Dritte als Zeugen zu benennen und diese im Rahmen der Zeugenvernehmung zu befragen. Sie könnte jene Dritten ihrerseits um die Befreiung des beklagten Notars bitten mit der Folge, dass dieser sich auf den Geheimnisschutz nicht mehr berufen könnte (BGH, Urteil vom 17. Juli 2014 – III ZR 514/13 –, Rn. 27, juris).

[39] (b) Darüber hinaus ist die Klägerin den gebotenen Beweis-antritt schuldig geblieben. Auch dessen war sie nicht enthaben. Soweit sie (auch) zur Erfüllung ihrer Beweislast beantragt, dem Beklagten zu 2) aufzugeben, seine Notariatsnebenakten vorzulegen, handelt es sich um einen unzulässigen Beweis-antrag. Das Gericht kann zwar gemäß § 142 ZPO anordnen, dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem Besitz befindlichen Urkunden und sonstige Unterlagen, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegt. Diese Regelung dient jedoch nicht dazu, einer Partei die Darlegungslast dadurch zu erleichtern, dass das Gericht eine Ausforschung betreibt (Zöller/Greger, ZPO, 34. Auflage, 2022, § 142 Rn. 1 m.w.N.). Das Gericht ist deshalb nicht gehalten, auf den Vortrag einer Partei, weiterer, die Schlüssigkeit der Klage herbeiführender Vortrag befinde sich in bei dem Prozessgegner verfügbaren Aktenordnern, die Vorlage dieser Akten anzuordnen (BGH, Beschluss vom 14. Juni 2007 – VII ZR 230/06 –, Rn. 10, juris). Wenn die Klägerin meinte, ihr Vortrag könne prozessual zulässig durch Vorlage von Urkunden untermauert werden, so hätte sie diese nach den o.g. Verfahren erlangen und in Folge auch vorlegen können. Dass sie dazu in der Lage war, ist bereits dargestellt.

[40] War schon die Substantiierung des klägerischen Vortrages durch Anordnung der Vorlage der Notariatsnebenakten nicht zulässig, gilt dies erst Recht und aus denselben Gründen für den Beweis-antritt.

[41] (2) Im vorliegenden Falle hat die Klägerin die Möglichkeit nicht ausgeräumt, dass sie auch den Streithelfer der Beklagten als ihrem (früheren) Geschäftsführer mit Aussicht auf Erfolg auf Schadensersatz in Anspruch nehmen könnte. Mit den Gründen der landgerichtlichen Entscheidung, auf die Bezug genommen wird (Seiten 12 f. der Urteilsgründe) kommt eine

Haftung aus § 826 BGB in Betracht, welcher die Klägerin nicht entgegengetreten ist. Dies gälte in besonderem Maße dann, wenn – was die Klägerin behauptet, ohne dass es für den hiesigen Rechtsstreit darauf ankäme – der Streithelfer bewusst zu ihrem Nachteil gehandelt hätte. Die Klägerin selbst teilt diese Auffassung und trägt ihr konsequenterweise Rechnung, indem sie Herrn Dr. J... den Streit verkündet hat.

[42] Der Senat geht nach dem von ihm zugrunde zulegenden Sachverhalt davon aus, dass die Klägerin diese Ersatzmöglichkeit versäumt hat, während eine Forderung gegen den Streithelfer mit den Erwägungen des Landgerichts beitreibar oder verjährt wäre. Nach § 529 Absatz 1 ZPO hat das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung zugrunde zu legen (Nr. 1) die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten, sowie neue Tatsachen, soweit deren Berücksichtigung zulässig ist. Danach ist unstrittig, dass die Klägerin keine Schadensersatzmöglichkeiten gegen Herrn Dr. J... bisher verfolgt (hat). Denn das Landgericht ist zulässigerweise davon ausgegangen, dass die Klägerin keine Schadensersatzansprüche gegen Herrn Dr. J... geltend gemacht hatte. Dem ist die Klägerin auch weder mit einem Tatbestandsberichtigungsantrag nach § 320 ZPO oder mit begründeten Einwendungen innerhalb der Berufungsbegründungsfrist des § 517 ZPO entgegengetreten, was jedoch wegen § 520 Absatz 2 ZPO notwendig gewesen wäre.

[43] Dieses Unterlassen war auch schuldhaft. Der Vortrag der Klägerin zu einem fehlenden wirtschaftlichen Leistungsvermögen des Streitverkündeten sind insbesondere auch angesichts des von ihr selbst angegebenen geringen Streitwertes des hiesigen Verfahrens nicht hinreichend substantiiert.

[44] Auch hat sie von dem Beklagten zu 1) in den Raum gestellte anderweitige Ersatzmöglichkeiten gegen die Dr. J...GmbH sowie gegen deren anwaltlichen Vertreter, Herrn Rechtsanwalt Dr. S... und Herrn Rechtsanwalt P..., nicht ausgeräumt.

[45] Die Klägerin hätte Ersatz verlangen können von dem weiteren Geschäftsführer W...S., welcher es unter Verletzung seiner Geschäftsführerpflichten unterließ, Rechtsmittel nach § 15 Absatz 2 BNotO gegen die beabsichtigten Amtshandlungen des Notars einzulegen.

[46] b) Es kann dahinstehen, ob – wie das Landgericht meint – der Beklagte zu 1) seine Amtspflichten dadurch schuldhaft verletzte, dass er am 24. Juli 2015 die Gesellschafterliste der Klägerin bei dem Handelsregister des Beklagten zu 2) erneut einreichte.

[47] Ansprüche kann die Klägerin hieraus jedenfalls schon deshalb nicht ableiten, weil sie auch insoweit nicht in den Schutzbereich der verletzten Amtspflicht (s.o. 2 a) bb)) einbezogen ist, sie anderweitige Ersatzmöglichkeiten (s.o. 2 a) ee) (2)) wie auch ein Rechtsmittel zur Abwendung des Schadens versäumt hat (s.o. 2 a) dd)). Es gelten die gleichen Erwägungen wie oben zu 2 a), auf welche zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird.

[48] c) Der Beklagte zu 1) verletzte seine Amtspflichten nicht, als er die Gesellschafterliste vom 26. August 2015, in welcher die in der Liste vom 22. Januar 2015 ausgewiesenen Nominalbeträge der Geschäftsanteile nach den §§ 1 EGGmbHG, 5 Absatz 3 GmbHG in jeweils durch 50 € teilbare Beträge korrigiert waren, zu dem Handelsregister des Beklagten zu 2) einreichte.

[49] aa) Insbesondere hat er hier nicht seine ihm aus § 40 Absatz 2 GmbHG erwachsenden Pflichten verletzt. Die dem Notar obliegenden Prüfpflichten beziehen sich wegen § 40 Absatz 2 GmbHG nur auf diejenigen Veränderungen, an denen er mitgewirkt hat. Weder war die Korrektur der Nominalbeträge falsch noch hatte der Beklagte zu 1) an diesen mitgewirkt. Eine weitergehende Prüfpflicht oblag ihm nicht. Insbesondere kann ein Schadensersatzanspruch nicht aus der Wiederholung einer Einreichung abgeleitet werden, welche schon bei der ersten Einreichung keine Rechte der Klägerin schützt.

[50] bb) Zudem sind unterstellte Ansprüche der Klägerin auch insoweit ausgeschlossen, weil sie in gleicher Weise wie bei der Handelsregistereinreichung am 22. Januar 2015 ein gebotenes Rechtsmittel versäumte wie auch anderweitige Ersatzmöglichkeiten nicht in Anspruch nahm. Es wird auf die Ausführungen zu 2 a) dd) (2) und 2 a) ee) Bezug genommen.

[51] d) Ansprüche gegen den Beklagten zu 1) wegen notarieller Amtspflichtverletzung aus § 19 Absatz 1 BNotO ergeben sich für die Klägerin auch nicht daraus, dass der Beklagte zu 1) am 27. August 2015 die Gesellschafterversammlung der Klägerin beurkundete. Diese Beurkundung, zu welcher der Beklagte zu 1) wegen § 15 Absatz 1 BNotO verpflichtet war, durfte er aus den zutreffenden Gründen der landgerichtlichen Entscheidung, auf welche Bezug genommen wird, nicht verweigern. Es sind keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass der Beklagte zu 1) sich in vorwerfbarer Weise an dem – streitigen – Versuch seines Streithelfers beteiligt hätte, das Abdrängen anderer Gesellschafter, insbesondere des Nebenintervenienten auf Seiten der Klägerin, abzusichern.

[52] Bei der Beurkundung von Gesellschafterversammlungen nach § 37 BeurkG obliegen dem Notar keine Belehrungspflichten nach §§ 17 BeurkG (Röll, Notar 1979, 644, 651; Preuß in:

Armbrüster/Preuß/Renner, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 8. Auflage 2020, § 37 Rn. 21). Der Klägerin ist zuzugeben, dass der Notar darauf zu achten hat, dass nur gültige Beschlüsse gefasst werden (Preuß a.a.O.). Jedoch hatte der Beklagte zu 1) keine Anhaltspunkte dafür, dass dies der Fall nicht gewesen sein könnte. Die von der Klägerin behauptete Kenntnis des Beklagten zu 1) behauptetermaßen rechtswidrigen und sittenwidrigen Handelns des Streithelfers ist ebenfalls streitig und von der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Klägerin nicht unter Beweis gestellt.

[53] e) Es kann ebenfalls dahinstehen, ob – wie das Landgericht meint – der Beklagte zu 1) seine Prüfpflichten aus § 40 Absatz 2 GmbHG verletzte, als er die Satzungsänderungen vom 27. August 2015 zum Handelsregister anmeldete. Auch insoweit ist die Klägerin aus den oben dargestellten Gründen (s.o. 2 a) bb)) nicht in den Schutzbereich der Prüfpflichten einbezogen und hat sie (s.o. 2 a) ee) (2)) anderweitige Ersatzmöglichkeiten ebenso versäumt wie gebotene Rechtsmittel (s.o. 2 a) dd)) unterlassen.

[54] 3. Die Berufung ist auch nicht begründet, soweit die Klägerin sich mit ihrer nur teilweise zulässigen Berufung (s.o. 1 b)) gegen die Abweisung ihrer Klage gegen den Beklagten zu 2) wendet. Denn ihr stehen Ansprüche gegen den Beklagten zu 2) aus der allein in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage des § 839 Absatz 1 BGB nicht zu. Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er nach dieser Vorschrift dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

[55] a) Das Registergericht des Beklagten hat Amtspflichten nicht schon dadurch verletzt, dass es Gesellschafterlisten der Klägerin in das Handelsregister aufnahm, ohne diese zu prüfen. **Denn das Registergericht besitzt nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur jedenfalls keine Verpflichtung zur inhaltlichen (d.h. materiellen) Prüfung der Gesellschafterliste** (BGH, Beschluss vom 26. Juni 2018 – II ZB 12/16 –, Rn. 9, juris; Seibt in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018 ff., § 40 GmbHG, Rn. 107). Darauf, ob es ein Recht zu einer solchen Prüfung besitze und welchen Umfang dieses Recht haben könnte, kommt es für die vorliegende Entscheidung nicht an. Das Registergericht nimmt die Gesellschafterliste lediglich entgegen und verwahrt sie, ohne eine inhaltliche Prüfpflicht zu haben. Diese Aufgabenumschreibung ergibt sich schon aus der Begründung des Regierungsentwurfs zum MoMiG, in dem ausgeführt ist, dass die Gesellschafterliste privat geführt wird und das Handelsregister eine die Liste inhaltlich nicht prüfende, sondern lediglich entgegennehmende, verwahrende und die allgemeine Kenntnisnahme ermöglichende Stelle ist (BT-Drucksache 16/6140 S. 38, 44). Die Annahme einer inhalt-

lichen Prüfpflicht wäre auch mit den durch das MoMiG eingeführten Publizitätswirkungen der Gesellschafterliste nicht zu vereinbaren. Nur derjenige, der in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste als Inhaber des Geschäftsanteils eingetragen ist, gilt gemäß § 16 Absatz 1 Satz 1 GmbHG im Verhältnis zur Gesellschaft als solcher. Die Eintragung und die Aufnahme der Liste in das Handelsregister sind zwar keine Wirksamkeitsvoraussetzungen für den Erwerb eines Geschäftsanteils. Ohne die Eintragung und Aufnahme der Liste in das Handelsregister bleibt dem Neugesellschafter jedoch die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte gem. § 16 Absatz 1 Satz 1 GmbHG verwehrt (BT-Drucksache 16/6140, S. 37). Nach § 16 Absatz 3 GmbHG kann ferner ein Geschäftsanteil oder ein Recht daran unter bestimmten Voraussetzungen durch Rechtsgeschäft wirksam von einem Nichtberechtigten erworben werden, wenn der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der beim Handelsregister verwahrten Gesellschafterliste eingetragen ist. Wegen dieser nachteiligen Wirkungen für den wahren Rechtsinhaber ist die nach Eintritt einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung den wahren Rechtszustand wiedergebende Gesellschafterliste nach ihrer Einreichung auch zügig in das Handelsregister aufzunehmen. Eine inhaltliche Prüfpflicht des Registergerichts würde dagegen unweigerlich in einer Vielzahl von Fällen zu nicht unerheblichen Verzögerungen führen (BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2013 – II ZB 6/13 –, juris, Rn. 7).

[56] b) Mit den zutreffenden Gründen der landgerichtlichen Entscheidung kann ein Pflichtenverstoß auch nicht in der Aufnahme der Listen in den Registerordner gesehen werden. Insbesondere kann die Klägerin Ansprüche nicht aus einer Verletzung von § 16 Absatz 2 HGB ableiten. Ist durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozessgerichts die Vornahme einer Eintragung für unzulässig erklärt worden, so darf wegen § 16 Absatz 2 HGB die Eintragung nicht gegen den Widerspruch desjenigen erfolgen, welcher die Entscheidung erwirkt hat. Die Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner ist keine Eintragung in das Handelsregister (vgl. die in diesem Sachkomplex ergangene Entscheidung des KG Berlin, Beschluss vom 24. August 2015 – 23 U 20/15 –, Rn. 4, juris). Vielmehr wäre effektiver und ausreichender vorläufiger Rechtsschutz gegen Streitige Einziehungsbeschlüsse durch ein Gebot, den betroffenen Anteilseigner vorläufig weiter als Gesellschafter zu behandeln, und/oder die Zuordnung eines Widerspruchs gemäß § 16 III 3, 4 GmbHG zu erlangen (KG Berlin, Beschluss vom 24. August 2015 – 23 U 20/15 –, Rn. 2, juris; a.A. Kleindiek, GmbHR 2017, 815, 821 f., der dies ohne abschließende Begründung für „höchst problematisch“ hält, dem sich ein „Analogieschluss auf[drängt]).

[57] c) Die Berufung der Klägerin ist – von ihrer Unzulässigkeit abgesehen (s.o. 1 b)) – auch insoweit nicht begründet, als sie

sich bei ihrer Klage gegen den Beklagten zu 2) auf die Eintragung der Satzungsänderungen bezieht. Auch insoweit bestehen keine Prüfpflichten des Handelsregisters; es ist schon nicht ersichtlich, was das Handelsregister hätte prüfen sollen.

[58] 4. Der Klägerin war auf den Schriftsatz des Beklagten zu 1) vom 7. Juni 2022 keine Erklärungsfrist einzuräumen, weil es auf dessen Inhalt für die Entscheidung nicht ankam.

[59-60] (...)

## Rechtsanwaltshaftung

- Rechtsschutzversicherer
- Bankdarlehen
- Widerrufsbelehrung/Musterbelehrung
- Verjährung
- Kenntnis der offensichtlichen Erfolglosigkeit der Berufung (*OLG Celle, Urt. v. 16.12.21 – 3 U 171/21*)

### Leitsatz (der Redaktion)

1. Regress des Rechtsschutzversicherers aus übergegangenem Recht gegen den Rechtsanwalt wegen erfolgloser Berufung.
2. Die Darlegung des Schadens erfordert einen Gesamtvermögensvergleich. Dieser muss auch die erlangten Vermögensvorteile des Versicherungsnehmers des Rechtsschutzversicherers darlegen. (hier: Vergleich in der Berufung).

### Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin begehrt Schadensersatz aus übergegangenem Recht wegen anwaltlicher Pflichtverletzung.

[2] Die Klägerin ist der Rechtsschutzversicherer des ... P. (im Folgenden: Versicherungsnehmer).

[3] Der Versicherungsnehmer schloss im April 2007 mit der I. AG (im Folgenden: Bank) einen grundpfandrechtlich gesicherten Darlehensvertrag über einen Nettodarlehensbetrag in Höhe von 177.000,00 € bei einem für den Zeitraum von zehn Jahren gebundenen Sollzinssatz.

[4] In dem Darlehensvertrag war die folgende Widerrufsbelehrung enthalten:

(...)

[5] Mit E-Mail vom 25. Oktober 2014 erklärte der Versicherungsnehmer den Widerruf seiner auf Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärung.

[6] Nachdem die Bank den Widerruf zurückgewiesen hatte, beauftragte der Versicherungsnehmer im November 2014 den Beklagten, der als Rechtsanwalt tätig ist, mit der Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen im Zusammenhang mit dem Widerruf des Darlehensvertrages.

[7] Die Klägerin erteilte in der Folge mit Schreiben vom 22. November 2014 Deckungsschutz für die außergerichtliche Vertretung und ggf. für die erste Instanz.

[8] Nachdem die außergerichtlichen Bemühungen des Beklagten nicht zum Erfolg geführt hatten, reichte er unter dem 21. Januar 2015 im Namen des Versicherungsnehmers Klage vor dem Landgericht Frankfurt a. M. ein und vertrat dabei die Auffassung, dass die Widerrufsfrist wegen einer fehlerhaften Formulierung der Widerrufsbelehrung zum Fristbeginn nicht zu laufen begonnen habe und sich die Bank wegen Abweichungen von der Musterbelehrung auch nicht auf den Musterschutz berufen könne.

[9] Mit der Klageschrift vom 21. Januar 2015 kündigte der Beklagte u. a. die folgenden Anträge an:

[10] „1. Es wird festgestellt, dass der Kläger an seine auf Abschluss des Darlehensvertrags zwischen Kläger und Beklagter vom 3. April 2007, Darlehensnummer ... 1, gerichtete Willenserklärung in Folge seiner an die Beklagte unter dem 25. Oktober 2014 versandte Widerrufserklärung nicht mehr gebunden ist und aus dem vorgenannten Darlehensverhältnis ein Rückgewährschuldverhältnis entstanden ist.

[11] 2. Es wird festgestellt, dass der Kläger in Folge der Widerrufserklärung vom 25. Oktober 2014 aus dem zwischen den Parteien bestehenden und aus dem Darlehensvertrag vom 3. April 2007, Darlehensnummer ... 1, hervorgegangenen Rückgewährschuldverhältnis für den Zeitraum zwischen dem Vertragsschluss und dem 15. Januar 2015 der Beklagten nicht mehr als 26.000,00 € schuldet.

[12] 3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 28.297,92 € zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 2.160,88 € seit dem 30. Oktober 2014, weiter aus 4.321,76 € seit dem 30. November 2014, aus 6.482,64 € seit dem 30. Dezember 2014, aus 15.332,64 € seit dem 2. Januar 2015, aus 17.493,52 € seit dem 2. März 2015, aus 19.654,40 € seit dem 31. März 2015, aus 21.815,28 € seit dem 31. März 2015, aus 23.976,16 € seit dem 1. Juni 2015, aus 26.137,04 € seit dem 1. Juli 2015 und aus 28.297,92 € seit dem 1. August 2015 zu zahlen.“

[13] Mit Urteil vom 2. Oktober 2015 (Anlage K 2, Bl. 29 ff. d. A.) wies das Landgericht Frankfurt a. M. die Klage mit der Begründung ab, dass zwar die Widerrufsbelehrung hinsichtlich des Fristbeginns fehlerhaft sei, sich die Bank jedoch auf den Musterschutz berufen könne.

[14] Den Streitwert setzte das Landgericht Frankfurt a. M. mit Beschluss vom 2. Oktober 2015 (Anlage K 3, Bl. 38 d. A.) auf 141.600,00 € fest, so dass Gerichtskosten in Höhe von 4.158,00 € berechnet wurden. Der Versicherungsnehmer beauftragte sodann einen anderen Rechtsanwalt mit der Einlegung der Berufung vor dem Oberlandesgericht Frankfurt, für die die Klägerin mit Schreiben vom 15. Oktober 2015 Deckungsschutz zusagte.

[15] Mit Beschluss vom 23. November 2016 (Anlage K 5, Bl. 72 ff. d. A.) wies das Oberlandesgericht Frankfurt a. M. darauf hin, dass es erwäge, die Berufung gem. § 522 Abs. 2 ZPO wegen offensichtlich fehlender Erfolgsaussicht zurückzuweisen, da sich die Bank auf den Musterschutz berufen könne. Dieser Beschluss wurde dem Versicherungsnehmer und der Klägerin durch den seinerzeitigen Prozessbevollmächtigten umgehend nach Zustellung noch im Jahre 2016 zur Verfügung gestellt.

[16] Der Versicherungsnehmer und die Bank schlossen schließlich einen Vergleich, in dem sich die Bank zu einer Einmalzahlung in Höhe von 6.000,00 € sowie zum Verzicht auf Berechnung einer Vorfälligkeitsentschädigung bei vollständiger Rückführung des Darlehens verpflichtete und in dem hinsichtlich der Kosten Kostenaufhebung vereinbart wurde. Die Klägerin hatte einem entsprechenden Vergleichsschluss im Vorfeld zugestimmt.

[17] Die Klägerin hat ausgeführt, das Landgericht Frankfurt sei zutreffend davon ausgegangen, dass sich die Bank auf den Musterschutz habe berufen können. Der Beklagte sei rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass die Bank keine Änderungen an der Musterbelehrung vornehmen dürfe, obwohl der Bundesgerichtshof bereits mit Urteil vom 20. November 2012 entschieden habe, dass Anpassungen möglich seien, und mit Urteil vom 18. März 2014 darauf abgestellt habe, ob eine inhaltliche Bearbeitung stattgefunden habe. Zudem habe der Beklagte unnötigerweise neben dem Zahlungsantrag einen Feststellungsantrag gestellt, der gegenüber dem Zahlungsantrag keinen Mehrwert für den Versicherungsnehmer gehabt habe, weshalb der Streitwert auf 141.600,00 € festgesetzt worden sei. Der Klägerin sei ausweislich der Aufstellungen auf S. 8 der Klageschrift vom 25. Mai 2021 (Bl. 26 d. A.) und auf S. 7 des Schriftsatzes vom 7. Juli 2021 (Bl. 86 d. A.) infolge der fehlerhaften rechtlichen Bewertung durch den Beklagten ein Schaden in Höhe von jedenfalls 7.156,55 € entstanden. Allein wegen des unnötigerweise gestellten Feststellungsantrags sei ihr ausweislich der Aufstellung auf S. 8 des Schriftsatzes vom

7. Juli 2021 (Bl. 87 d. A.) ein Schaden in Höhe von 3.459,79 € entstanden. Verjährung sei nicht eingetreten, da erst bei einer Überprüfung im Jahr 2018 die Pflichtverletzung des Beklagten aufgefallen sei.

[18] Der Beklagte beruft sich auf die Einrede der Verjährung. Im Übrigen hat er ausgeführt, es läge keine Pflichtverletzung vor. Er habe den Versicherungsnehmer vor Klageerhebung über die Risiken des Rechtsstreits, insbesondere darüber, dass das Tatsachengericht die Abweichungen vom gesetzlichen Muster als unschädlich einstufen werde und sowohl das Landgericht als auch das Oberlandesgericht Frankfurt bisher bankfreundlich geurteilt hätten, zutreffend aufgeklärt. Seine rechtliche Einschätzung des Sachverhalts sei auch zutreffend gewesen. Der Bundesgerichtshof habe bereits mit Urteil vom 28. Juni 2011 (Az. XI ZR 349/10) entschieden, dass auch textliche Abweichungen von der Musterbelehrung genügen können, um den Musterschutz zu versagen. Darüber hinaus habe der Versicherungsnehmer seinerzeit weder eine Vertragsurkunde oder seinen schriftlichen Antrag noch eine Abschrift der Vertragsurkunde oder seines Antrags erhalten, weshalb die Widerrufsfrist nicht zu laufen begonnen habe. Erst durch die neben dem Zahlungsantrag, der sich auf die nach dem Widerruf erfolgten Zahlungen des Versicherungsnehmers bezogen habe, gestellten Feststellungsanträge sei das Rechtsschutzziel des Versicherungsnehmers erschöpfend abgebildet gewesen. Die Klägerin müsse sich dasjenige, was der Versicherungsnehmer durch den Vergleich erhalten habe, auf die geltend gemachte Schadensersatzforderung anrechnen lassen. Mit der Bank sei zudem noch ein wesentlich günstiger Vergleich erzielbar gewesen, da diese habe verhindern wollen, dass ihre Widerrufsbelehrung einer Überprüfung durch den Bundesgerichtshof unterzogen werde.

[19] Zur weiteren Darstellung des erstinstanzlichen Vorbringens wird gemäß § 522 Abs. 2 Satz 4 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil nebst den dort gestellten Anträgen Bezug genommen.

[20] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, einer Pflichtverletzung des Beklagten könne entgegenstehen, dass die Widerrufsbelehrung der Bank inhaltlich fehlerhaft und die Frage des Musterschutzes nicht unumstritten gewesen sei; zudem sei die Kausalität zweifelhaft, da die Klägerin eine Deckungszusage erteilt habe und daher der Einwand, der Versicherungsnehmer würde den Rechtsstreit in Kenntnis der geringen Erfolgsaussichten daher nicht geführt haben, nicht eingriffe. Zudem dürfte es sich bei der Deckungszusage um ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis handeln, das Einwendungen hinsichtlich der Erfolgsaussichten ausschliesse. Jedenfalls seien die Ansprüche der Klägerin mit Schluss des Jahres 2019 verjährt, da ihr mit Kenntnis des Beschlusses des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 23. November

2016 alle anspruchsbegründenden Tatsachen bekannt gewesen seien.

[21] Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Zur Begründung führt sie aus, entgegen der Auffassung des Landgerichts läge eine Pflichtverletzung vor, da der Beklagte dem Versicherungsnehmer wegen des Musterschutzes der von der Bank verwendeten Widerrufsbelehrung von einer Klage abgeraten müssen. Die von der Klägerin erteilte Deckungszusage ändere auch nichts an der Kausalität, da der Anscheinsbeweis auch bei bestehender Deckungszusage gelte, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung aussichtslos gewesen sei. Die Wirkung der Deckungszusage als deklaratorisches Schuldanerkenntnis bestehe nur im Verhältnis zum Versicherungsnehmer. Es sei auch keine Verjährung eingetreten, da die Verjährungsfrist erst dann zu laufen beginne, wenn der Mandant den Schaden und die Pflichtwidrigkeit des Anwalts erkannt habe, was erst nach einer Überprüfung im Jahr 2018 der Fall gewesen sei.

[22-27] (Anträge: ...)

#### Aus den Gründen:

[28] Die zulässige Berufung der Klägerin hat nach derzeitiger Auffassung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg und wird deshalb gemäß § 522 Abs. 2 ZPO, dessen übrige Voraussetzungen ebenfalls vorliegen, zurückzuweisen sein.

[29] 1. Der Klägerin steht kein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 7.156,55 € gegen den Beklagten aus § 675 Abs. 1, § 611 Abs. 1, § 280 Abs. 1 BGB oder einer anderen Norm zu.

[30] Die **Aktivlegitimation** der Klägerin für etwaige Schadensersatzansprüche ergibt sich aus § 86 Abs. 1 VVG, nachdem die Klägerin unstreitig die **Gebührenforderungen des Beklagten ausgeglichen** hat (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 16. September 2021 – IX ZR 165/19, Rn. 17 ff., juris). Die Voraussetzungen für eine Haftung des Beklagten liegen jedoch nicht vor (hierzu unter a)). Etwaige Ansprüche wären überdies verjährt (hierzu unter b)).

[31] a) Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten sind nicht erfüllt.

[32] aa) Dem Beklagten ist schon keine Pflichtverletzung vorzuwerfen.

[33] (1) Umfang und Inhalt der vertraglichen Pflichten eines Rechtsanwalts richten sich nach dem jeweiligen Mandat und den Umständen des einzelnen Falls. In den Grenzen des ihm erteilten Auftrags ist der Rechtsanwalt grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet. Unkundige muss er über

die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren. Er hat dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziele führen, und den Eintritt von Nachteilen oder Schäden zu verhindern, die voraussehbar und vermeidbar sind. **Ferner hat er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist. Zweifel und Bedenken, zu denen die Sachlage Anlass gibt, muss der Anwalt darlegen und mit seinem Auftraggeber erörtern** (BGH, Urteil vom 16. September 2021 a.a.O. Rn. 27 ff.; BGH, Urteil vom 21. Juni 2018 – IX ZR 80/17, Rn. 8, juris; BGH, Urteil vom 01. März 2007 – IX ZR 261/03 –, BGHZ 171, 261-275 Rn. 9 f.).

[34] Die Pflicht eines Rechtsanwalts, seinen Mandanten grundsätzlich umfassend und möglichst erschöpfend rechtlich zu beraten, und, falls eine Klage oder Berufung nur wenig Aussicht auf Erfolg verspricht, hierauf und auf die damit verbundenen Gefahren hinzuweisen, **gilt gleichermaßen auch dann, wenn der Mandant rechtsschutzversichert ist. Der Rechtsanwalt ist daher verpflichtet, auch einem rechtsschutzversicherten Mandanten von einer völlig aussichtslosen Klage oder Berufung abzuraten** (BGH, Urteil vom 16. September 2021 a.a.O. Rn. 29; BGH, Urteil vom 08. Januar 2004 – IX ZR 30/03, Rn. 12, juris). In welchem Maße der Rechtsanwalt zu Risikohinweisen verpflichtet ist, richtet sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Beratung, insbesondere auch nach der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Der jeweils aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung kommt für die Erfüllung der dem Rechtsanwalt obliegenden vertraglichen Aufgaben überragende Bedeutung zu. Deshalb hat er seine Hinweise, Belehrungen und Empfehlungen in der Regel danach auszurichten (BGH, Urteil vom 16. September 2021 a.a.O. Rn. 30).

[35] (2) Gemessen hieran fehlt es an einer Pflichtverletzung des Beklagten.

[36] (a) Der Beklagte hat mit dem Schriftsatz vom 19. Juli 2021 vorgetragen, dass er den Versicherungsnehmer dahingehend **aufgeklärt habe, dass das Tatsachengericht wohl davon ausgehen werde, dass die zu beurteilende Widerrufsbelehrung unter den Musterschutz falle und auch das Berufungsgericht regelmäßig bankenfreundlich urteile**. Diesen substantiierten Vortrag hat die Klägerin, die zuvor lediglich die vorangehende pauschale Behauptung des Beklagten, er habe den Versicherungsnehmer ordnungsgemäß aufgeklärt, ebenso pauschal bestritten hat, nicht mehr in Abrede genommen. Der Vortrag des Beklagten gilt daher gem. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden, da es der Klägerin oblegen hätte, den weitergehenden Vortrag qualifiziert zu bestritten (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juli 2020 – VI ZR 300/18, Rn. 10, juris; BGH, Beschluss vom 19. März 2019 – XI ZR 9/18, Rn. 22, juris). Die Klägerin kann sich

auch nicht darauf berufen, sie habe keine eigene Wahrnehmung über den Inhalt der Gespräche zwischen dem Beklagten und dem Versicherungsnehmer, da ihr aus § 86 Abs. 2 S. 1, § 31 VVG ein entsprechender Auskunftsanspruch gegen ihren Versicherungsnehmer zusteht.

[37] (b) Zu einer weitergehenden Aufklärung war der Beklagte nicht verpflichtet. **Es erschien im Beratungszeitpunkt nicht gänzlich ausgeschlossen, dass die von ihm für den Versicherungsnehmer geführte Klage jedenfalls vor dem Bundesgerichtshof hätte Erfolg haben können**.

[38] Dass die von der Bank im Hinblick auf den **Fristbeginn in der Widerrufsbelehrung gewählte Formulierung fehlerhaft war, war im Beratungszeitpunkt bereits höchstrichterlich entschieden** (vgl. BGH, Urteil vom 01. Dezember 2010 – VIII ZR 82/10, Rn. 12.; BGH, Urteil vom 28. Juni 2011 – XI ZR 349/10, Rn. 34, beide aus juris m. w. N.)

[39] Zur der allein daher vom Beklagten noch zu beurteilenden entscheidungserheblichen Frage, **ob die von der Bank verwendete Widerrufsbelehrung Musterschutz nach § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV in der im Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrags maßgeblichen Fassung genoss** oder ob die von der Bank unstreitig vorgenommenen Änderungen im Vergleich zur Musterbelehrung zum Fortfall des Musterschutzes führten, hatte der Bundesgerichtshof etwa im Urteil vom 28. Juni 2011 Folgendes ausgeführt:

[40] „Eine Berufung auf § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV und das Muster der Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV in der hier maßgeblichen Fassung der Zweiten Verordnung zur Änderung der BGB-Informationspflichten-Verordnung vom 1. August 2002 (BGBl. I S. 2958, 2959) ist der Beklagten schon deshalb verwehrt, weil sie - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sowie der Darstellung der Revision - gegenüber den Klägern für die Nachbelehrung kein Formular verwendet hat, das dem Muster der Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV in der damaligen Fassung in jeder Hinsicht vollständig entspricht“ (BGH, Urteil vom 28. Juni 2011 – XI ZR 349/10, Rn. 36, juris).

[41] Weiter führt er aus:

[42] „Entscheidend ist vielmehr allein, dass die Beklagte den vom Verordnungsgeber entworfenen Text der Musterbelehrung bei der Abfassung der Nachbelehrung ersichtlich einer eigenen inhaltlichen Bearbeitung unterzogen hat. Greift der Unternehmer aber in den ihm zur Verfügung gestellten Mustertext selbst ein, kann er sich schon deshalb auf eine etwa mit der unveränderten Übernahme der Musterbelehrung verbundene Schutzwirkung nicht berufen. Das muss unabhän-

gig vom konkreten Umfang der von ihm vorgenommenen Änderungen gelten, zumal sich schon mit Rücksicht auf die Vieltätigkeit möglicher individueller Veränderungen des Musters keine verallgemeinerungsfähige bestimmte Grenze ziehen lässt, bei deren Einhaltung eine Schutzwirkung noch gelten und ab deren Überschreitung sie bereits entfallen soll.“ (Rn. 39, juris).

[43] Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof in der Folge mehrfach bestätigt, etwa durch Urteil vom 1. März 2012 (III ZR 83/11, Rn. 17, juris).

[44] Zwar hat der Bundesgerichtshof in weiteren Entscheidungen Änderungen der Musterbelehrung für unschädlich erachtet, wenn der Verwender den im Muster fehlerhaft wiedergegebenen Fristbeginn dem Gesetz angepasst hat (BGH, Urteil vom 18. März 2014 – II ZR 109/13, Rn. 18, juris m.w.N.). **Die Frage, ob der von der Bank vorliegend vorgenommene Perspektivwechsel eine unzulässige inhaltliche Änderung darstellte, war im Beratungszeitpunkt jedoch nicht höchstrichterlich entschieden.** Nach der zitierten Rechtsprechung war auch nicht eindeutig, dass der Bundesgerichtshof eine entsprechende Änderung als zulässig erachten würde.

[45] Auch die obergerichtliche Rechtsprechung zu der Problematik des „Perspektivwechsels“ in der Widerrufsbelehrung war im Beratungszeitpunkt nicht einhellig. So hat das Oberlandesgericht Köln (Urteil vom 23. Januar 2013 – 13 U 217/11, Rn. 23 f., juris) den „Perspektivwechsel“ als unzulässig erachtet und den Musterschutz in der Folge versagt, während etwa das Oberlandesgericht Frankfurt a. M. nach den von der Klägerin zitierten Entscheidungen den „Perspektivwechsel“ für den Musterschutz als unschädlich bewertet hat.

[46] Unter Berücksichtigung dieser divergierenden Rechtsprechung auch zum „Perspektivwechsel“ hat das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2016 entschieden, dass eine Nichtzulassung der Revision gegen die Rechtsschutzgarantie aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG verstößt (BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 16. Juni 2016 – 1 BvR 873/15, Rn. 30, juris), so dass auch in dem von dem Beklagten für den Versicherungsnehmer geführten Verfahren die Herbeiführung einer höchstrichterlichen Entscheidung möglich gewesen wäre.

[47] (3) Eine Pflichtverletzung ist auch nicht darin zu sehen, dass der Beklagte neben dem Zahlungsantrag den Feststellungsantrag zu Ziffer 1. gestellt hat, wodurch der Gebührenstreitwert vom Landgericht Frankfurt a. M. auf 141.600 € festgesetzt wurde.

[48] Das Rechtsschutzziel des Mandanten nach einem Darlehenswiderruf lässt sich bei einem noch nicht beendeten Darlehensvertrag regelmäßig nur durch eine negative Feststellungsklage abbilden (vgl. BGH, Urteil vom 16. Mai 2017 – XI ZR 586/15, Rn. 16, juris), die in dem Antrag zu Ziffer 1. enthalten war.

[49] Die dem Beklagten insoweit vorgeworfene Pflichtverletzung verfolgt die Klägerin im Übrigen mit ihrer Berufungsbeurteilung nicht weiter.

[50] bb) Es ist zudem zweifelhaft, ob dem Versicherungsnehmer ein ersatzfähiger **Schaden** nach den §§ 249 ff. BGB entstanden ist.

[51] (1) Grundsätzlich besteht ein Schaden im Sinne des § 249 Abs. 1 BGB in der Differenz zwischen der Vermögenslage des Betroffenen in Folge des schädigenden Ereignisses und dem Vermögensstand, der ohne dieses Ereignis bestünde (BGH, Urteil vom 17. Januar 2008, IX ZR 172/06 Rz. 13, juris). **Dies erfordert einen Gesamtvermögensvergleich, der alle von dem haftungsbegründenden Ereignis betroffenen finanziellen Positionen umfasst** (BGH, Urteil vom 07. Februar 2008, IX ZR 149/04 Rz. 24, juris; BGH, Urteil vom 20. November 1997, IX ZR 286/96 Rz. 8, juris). Die Darlegung eines entsprechenden Schadens nach diesen Vorgaben obliegt dem Geschädigten als Anspruchsteller (BGH, Urteil vom 04. Dezember 2012, VI ZR 378/11 Rz. 13, juris).

[52] (2) Hierzu hat die Klägerin jedoch nicht hinreichend vorgetragen.

[53] Sie legt zwar insgesamt dar, welche Kosten ihr für den zunächst von dem Beklagten geführten Rechtsstreit entstanden sind. Dabei übersieht sie jedoch, dass sie **Ansprüche aus gesetzlichem Forderungsübergang (cessio legis) geltend macht**, mithin der Gesamtvermögensvergleich auch dasjenige erfassen muss, was der Versicherungsnehmer durch den geführten Rechtsstreit erlangt hat.

[54] Danach sind der Klägerin einschließlich des Berufungsverfahrens - auch wenn dem Beklagten die **Kosten des Berufungsverfahrens nicht zuzurechnen sind, sind die entsprechenden Kosten im Rahmen des Gesamtvermögensvergleichs zu berücksichtigen, da der Vergleich erst in der Berufungsinstanz geschlossen worden ist** - unbestritten Kosten in Höhe von 16.756,41 € entstanden. Hiervon in Abzug zu bringen ist die Zahlung der Bank in Höhe von 6.000,00 €, die der Versicherungsnehmer im Vergleichswege erhalten hat. Darüber hinaus kommt ein weiterer Vermögensvorteil des Versicherungsnehmers in Gestalt ersparter Zinsaufwendungen oder ersatzweise Schadensersatzzahlungen dahingehend in Betracht, dass ihm in dem Vergleich die Möglichkeit eingeräumt worden ist, das

Darlehen ohne Berechnung einer Vorfälligkeitsentschädigung abzulösen. Ob der Versicherungsnehmer von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und hierdurch Zinsaufwendungen oder Schadensersatz erspart hat, hat die Klägerin nicht vorgetragen.

[55] Die Klägerin kann sich auch nicht darauf berufen, dass es sich bei der Frage der Anrechnung um eine solche des Vorteilsausgleichs handelt, für die regelmäßig der Schädiger darlehensbelastet ist (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 2014 - V ZR 275/12 -, BGHZ 200, 350-362 Rz. 22; BGH, Urteil vom 18. Januar 2007 - IX ZR 122/04 Rz. 14, juris, jeweils m. w. N.). Selbst wenn man dies annähme, käme der Klägerin nach dem Einwand des Beklagten, der Versicherungsnehmer habe durch die entsprechende Klausel des Vergleichs einen Vermögensvorteil von jedenfalls 10.000,00 € erlangt, eine sekundäre Darlehenslast zu (BGH, Urteil vom 4. April 2014 a.a.O.), der sie nicht nachgekommen ist.

[56] b) Der Beklagte kann sich darüber hinaus erfolgreich auf die von ihm erhobene **Einrede der Verjährung** berufen.

[57] aa) Ein etwaiger Schadensersatzanspruch der Klägerin unterliegt der **Regelverjährung des § 195 BGB von drei Jahren**. Gem. § 199 Abs. 1 BGB wird 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 des Beklagten als Anspruchsschuldner Kenntnis erlangt hatte oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.

[58] Für die Frage der Verjährung ist der Forderungsübergang nach § 86 Abs. 1 VVG unerheblich. Die Verjährung der Regressforderung richtet sich grundsätzlich nach der **Verjährung des nach § 86 Abs. 1 S. 1 VVG übergegangenen Anspruchs**. Dieser wird durch den Forderungsübergang nicht in seiner Rechtsnatur verändert, so dass bereits begonnene Verjährungsfristen unverändert weiterlaufen (HK-VVG/Jens Muschner, 4. Aufl. 2020, VVG § 86 Rn. 106).

[59] bb) Danach ist der etwaige auf die Klägerin übergegangene Schadensersatzanspruch mit Schluss des Jahres 2015 entstanden.

[60] Im Falle der Anwaltshaftung ist ein **Schaden** dann entstanden, 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 Vermögensseinbuße 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 (BGH, Urteil vom 29. Oktober 2020 – IX ZR 10/20, Rn. 17, juris). Diese erste Entscheidung liegt hier in dem Urteil des Landgerichts Frankfurt a. M. vom 2. Oktober 2015, zumal sich der von der Klägerin geltend gemachte Schadensersatzanspruch auf die Prozesskosten der ersten Instanz und die vom Beklagten berechneten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten beschränkt. Die Klägerin wird diese Entscheidung auch im Oktober 2015 zur Kenntnis erlangt.

[61] cc) Die Klägerin hat zudem spätestens mit Zustellung des Beschlusses des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M. vom 23. November 2016 **Kenntnis** von den die Schadensersatzforderung begründenden Umständen erlangt haben, weil sie mit Schreiben vom 15. Oktober 2015 Deckungszusage für die Berufungsinstantz erteilte.

[62] (1) Die Besonderheiten der Rechtsberaterhaftung machen es 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 29. Oktober 2020 a.a.O. Rn. 27; BGH, Urteil vom 06. Februar 2014 – IX ZR 245/12 –, BGHZ 200, 172-179 Rn. 15). Denn der Mandant ist in der Regel nicht fachkundig, hat seine rechtlichen Belange dem dazu berufenen Fachmann anvertraut und kann daher dessen etwaige Fehlleistungen - eben wegen seiner Rechtsunkenntnis - nicht erkennen (BGH, Urteil vom 29. Oktober 2020 a.a.O. Rn. 27; BGH, Urteil vom 06. Februar 2014 a.a.O.).

[63] (2) Gemessen an diesen Grundsätzen musste der Klägerin spätestens mit dem **Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M. vom 23. November 2016**, der ihr unstreitig noch im Jahr 2016 zur Kenntnis gelangt ist, **wonach von einer offensichtlichen Erfolglosigkeit der Berufung wegen der zutreffenden Erwägungen der erstinstanzlichen Entscheidung auszugehen sei, die dem Beklagten nunmehr vorgeworfene Pflichtverletzung, nämlich die Erhebung einer evident erfolglosen Klage, bekannt** sein. Insoweit ist der Klägerin, bei der zu berücksichtigen ist, dass sie als Rechtsschutzversicherer mit eigener Prüfungskompetenz typischerweise über eine höhere Sachkunde verfügt als der durchschnittliche Mandant, jedenfalls grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen. Sie kann sich insbesondere auch nicht darauf berufen, dass sie erst im Rahmen einer Überprüfung der Angelegenheit im Jahr 2018 Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen erlangt hat. Es kommt nicht

darauf an, zu welchem Zeitpunkt die Klägerin ihre Angelegenheiten untersucht, ob ihr Regressansprüche gegen Rechtswälte zustehen. Vielmehr kommt es auf die tatsächliche Kenntnis der Tatsachen an. Die Ausführungen, die die Klägerin nunmehr ihrem Regressanspruch zugrunde legt, ergeben sich bereits aus dem Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M. vom 23. November 2016. Vor diesem Hintergrund kann sie sich zur Abwehr des Vorwurfs grober Fahrlässigkeit auch nicht darauf berufen, sie und der Versicherungsnehmer hätten auf die Richtigkeit des vom Beklagten erteilten Rechtsrats weiterhin vertraut - wobei bereits zweifelhaft ist, ob ein solches Vertrauen auch noch nach dem Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M. bestehen konnte. Die Berechtigung eines solchen Vertrauens wird regelmäßig nur dann zugestanden, wenn das Mandat noch nicht beendet ist (vgl. BGH, Urteil vom 06. Februar 2014 Rn. 17). Vorliegend hat der Beklagte den Versicherungsnehmer jedoch ausschließlich im erstinstanzlichen Verfahren vertreten.

[64-65] (...)

## Prospekthaftung

- Spezialgesetzliche Prospekthaftung
- Prospekthaftung im weiteren Sinne  
(BGH, Beschl. v. 19.7.2022 – XI ZB 32/21)

### Leitsatz

Zum Vorrang der spezialgesetzlichen Prospekthaftung und zur Zuständigkeit des Senats, hierüber zu entscheiden (weitere Bestätigung von Senat, Beschluss vom 19. Januar 2021 - XI ZB 35/18, BGHZ 228, 237 Rn. 22 ff.), sowie zur Bedeutung von gemäß § 544 Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO nicht näher begründeten Beschlüssen.

### Zum Sachverhalt:

[1] Die Parteien streiten im Rahmen eines Verfahrens nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) darüber, ob der bei der Emission des Fonds H. (im Folgenden: Fonds) am 23. April 2009 aufgestellte Prospekt (im Folgenden: Prospekt) fehlerhaft ist und ob die Musterbeklagten hierfür aufgrund sogenannter bürgerlich-rechtlicher Prospekthaftung im weiteren Sinne in Anspruch genommen werden können. Gegenstand des Fonds ist die Beteiligung an vier Kommanditgesellschaften (E. GmbH & Co. KG; im Folgenden: Schiffsgesellschaften), die jeweils in den Neubau eines Massengutsschiffs Bulker mit einer Tragfähigkeit von 4.500 t dw investieren sollten.

[2] Die Musterbeklagten zu 1, 2 und 4 sind Initiatoren und Anbieter des Beteiligungsangebots. Sie sind Gründungskommanditisten der Schiffsgesellschaften. Die Musterbeklagte zu 3 ist aufgrund eines Spaltungs- und Übernahmevertrags vom 11. April 2013 von der Musterbeklagten zu 2 abgespalten worden. Die Musterbeklagte zu 1 ist mit einer Kommanditeinlage in Höhe von jeweils 24.000 € an den Schiffsgesellschaften beteiligt, die Musterbeklagten zu 2 und 3 mit jeweils 1.000 € und die Musterbeklagte zu 4 mit jeweils 12.500 €. Die Musterbeklagten zu 2 und 3 fungieren ferner als Treuhandkommanditisten, die Musterbeklagte zu 4 war außerdem Platzierungsgarantin.

[3] Seit dem Jahr 2018 haben zahlreiche Anleger Klagen gegen die Musterbeklagten erhoben. In diesen Klageverfahren verlangen sie von den Musterbeklagten Schadensersatz wegen vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Beteiligung an den Schiffsgesellschaften nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im weiteren Sinne.

[4] Das Landgericht hat mit Beschluss vom 29. Juli 2019 dem Oberlandesgericht Feststellungsziele zum Zweck der Herbeiführung eines Musterentscheids vorgelegt. Mit ihnen wird geltend gemacht, dass der Prospekt in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft sei (Feststellungsziel I 1 bis 8) und dass die Musterbeklagten zu 1 bis 4 für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Emissionsprospekts im Wege der Prospekthaftung im weiteren Sinne verantwortlich seien; insoweit sei hierfür nicht Voraussetzung, dass sie mit den Anlageinteressenten bei Vertragsanbahnung in sozialen Kontakt getreten seien oder ihnen auch nur namentlich bekannt gewesen sein müssten (Feststellungsziel II). Mit Beschluss vom 30. November 2020 hat das Oberlandesgericht auf Antrag des Musterklägers im Hinblick auf die Fehlerhaftigkeit des Prospekts das Feststellungsziel I um drei Punkte erweitert. Mit Musterentscheid vom 24. November 2021 hat es das Feststellungsziel II als unbegründet zurückgewiesen und festgestellt, dass die Feststellungsziele I gegenstandslos sind.

[5] Dagegen wendet sich der Beigeladene mit der Rechtsbeschwerde, mit der er das Feststellungsbegehren vollumfänglich weiterverfolgt. Mit Beschluss vom 23. Februar 2022 hat der Senat den Beigeladenen zum Musterrechtsbeschwerdeführer und die Musterbeklagte zu 2 zur Musterrechtsbeschwerdegegnerin bestimmt.

### Aus den Gründen:

[6] Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

I.

[7] Das Oberlandesgericht hat zur Begründung des Musterentscheids im Wesentlichen ausgeführt:

[8] Das Feststellungsziel II sei nicht zu treffen, weil eine Haftung der Musterbeklagten als Gründungsgesellschafter aus § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB nicht auf die Verwendung eines Prospekts als solche gestützt werden könne. Ein Anspruch auf dieser Grundlage werde vielmehr durch die Regelungen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung - hier gemäß § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG in der bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung - verdrängt. Die Musterbeklagte zu 1 sei Gründungsgesellschafterin und Prospektverantwortliche nach § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BörsG aF, weil sie im Prospekt auf Seite 12 als Prospektverantwortliche genannt werde. Die Musterbeklagten zu 2 bis 4 seien nach § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG aF verantwortlich. Die Musterbeklagten zu 2 und 4 seien ebenfalls Gründungsgesellschafter, die Musterbeklagte zu 3 sei aus der Musterbeklagten zu 2 hervorgegangen. Die Musterbeklagte zu 2 fungiere zudem als Treuhandkommandistin. Die Musterbeklagte zu 4 sei Konzernobergesellschaft und Platzierungsgarantin.

[9] Aufgrund dessen sei über die Feststellungsziele I nicht mehr zu entscheiden. Da das Feststellungsziel II unbegründet sei, seien die Feststellungsziele I gegenstandslos. Die behaupteten Prospektfehler sollten 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. Eine solche Prospekthaftung im weiteren Sinne sei aber aus Rechtsgründen nicht gegeben.

II.

[10] Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

[11] 1. Die statthafte (§ 20 Abs. 1 Satz 1 und 2 KapMuG) Rechtsbeschwerde des Musterrechtsbeschwerdeführers ist zulässig.

[12] Die Rechtsbeschwerde ist rechtzeitig eingelegt und begründet worden (§ 20 Abs. 1 Satz 1 KapMuG i.V.m. § 575 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 ZPO). Das Rechtsbeschwerdeverfahren wird vom Beigeladenen als Musterrechtsbeschwerdeführer geführt (§ 21 Abs. 2 KapMuG). Die Rechtsbeschwerde formuliert einen ordnungsgemäßen Rechtsbeschwerdeantrag (§ 20 Abs. 1 Satz 1 KapMuG i.V.m. § 575 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Der Antrag, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und nach den "Schlussanträgen des Musterklägers im Kapitalanleger-Musterverfahren zu entscheiden", lässt vorliegend erkennen, welche Abänderungen beantragt werden (vgl. Senatsbeschlüsse vom 6. Oktober 2020 - XI ZB 28/19, WM 2020, 2411 Rn. 21 und vom 15. Dezember 2020 - XI ZB 24/16, BGHZ 228, 133 Rn. 34 ff., jeweils mwN).

[13] 2. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Das Oberlandesgericht hat zu Recht das Feststellungsziel II wegen des Vorrangs der spezialgesetzlichen Prospekthaftung als unbegründet zurückgewiesen und den Vorlagebeschluss hinsichtlich der Feststellungsziele I für gegenstandslos gehalten.

[14] a) Durch das Feststellungsziel II sollte nur eine Haftung der Musterbeklagten zu 1 bis 4 nach den Grundsätzen der "Prospekthaftung im weiteren Sinne" durch Verwenden eines unrichtigen oder unvollständigen Verkaufsprospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung festgestellt werden. Denn das Feststellungsziel II hat ausdrücklich und ausschließlich eine Aufklärungspflicht der Musterbeklagten nach den Grundsätzen der "Prospekthaftung im weiteren Sinne" betreffend die in den Feststellungszielen I genannten Prospektfehler zum Gegenstand. Dies ergibt sich auch aus dem Vorlagebeschluss, wonach mit den Feststellungszielen I und II ausschließlich eine Haftung der Musterbeklagten für den fehlerhaften Inhalt des Prospekts nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im weiteren Sinne festgestellt werden soll. Dagegen wendet sich die Rechtsbeschwerde auch nicht.

[15] b) Die begehrte Feststellung ist nicht zu treffen, weil eine Haftung der Musterbeklagten zu 1, 2 und 4 als Gründungsgesellschafter der Schiffsgesellschaften zum Zeitpunkt der Prospekttherausgabe 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 - was der Senat bereits entschieden hat (Senatsbeschluss vom 19. Januar 2021 - XI ZB 35/18, BGHZ 228, 237 Rn. 22 ff.) - vielmehr durch die Regelungen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung verdrängt. Nichts anderes gilt für die Musterbeklagte zu 3, die aufgrund des Spaltungs- und Übernahmevertrags vom 11. April 2013 für die vor dem Wirksamwerden der Spaltung begründeten Verbindlichkeiten der Musterbeklagten zu 2 gesamtschuldnerisch haftet.

[16] Auf den am 23. April 2009 aufgestellten Prospekt findet die Regelung des § 8g VerkProspG in der vom 1. Juli 2005 bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung (im Folgenden: aF) i.V.m. § 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 (im Folgenden: aF) eröffnet.

[17] aa) Die Musterbeklagte zu 1 ist Prospektverantwortliche im Sinne von § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BörsG aF. Denn sie hat die Verantwortung für den Prospekt ausdrücklich übernommen (Prospekt, Seite 12). Eine Haftung der Musterbeklagten zu 1 aus § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB, die wie im Feststellungsziel II auf die Verwendung des Prospekts gestützt wird, ist daher aufgrund des Vorrangs der spezialgesetzlichen Prospekthaftung ausgeschlossen.

[18] bb) Gleiches gilt auch für eine Haftung der Musterbeklagten zu 2 und 4 aus § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB, die auf die Verwendung des Prospekts gestützt wird.

[19] 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 (Senatsbeschluss vom 19. Januar 2021 - XI ZB 35/18, BGHZ 228, 237 Rn. 24 mwN). Nach § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG aF ist von einer **Prospektverantwortlichkeit eines Hintermannes als Prospektveranlasser** 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 Prospekts 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 Prospekts gegeben ist; ausschlaggebend dagegen ist, ob der Prospekt mit Kenntnis des Verantwortlichen in den Verkehr gebracht worden ist** (Senatsbeschluss aaO).

[20] Nach diesen Grundsätzen sind die Musterbeklagten zu 2 und 4 Prospektverantwortliche im Sinne von § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG aF. Sie sind - was bereits ausreicht (Senatsbeschluss vom 12. Oktober 2021 - XI ZB 26/19, WM 2021, 2386 Rn. 24) - **Gründungsgeheschafterinnen** der Schiffsgesellschaften mit **Kommanditeinlagen** von jeweils 1.000 € bzw. 12.500 €.

[21] cc) Die Musterbeklagte zu 3 haftet aufgrund der Abspaltung von der Musterbeklagten zu 2 gemäß § 123 Abs. 2, § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG für deren vor dem Wirksamwerden der Spaltung begründete Verbindlichkeiten als Gesamtschuldnerin.

[22] dd) Die Musterbeklagten zu 1 bis 4 hafteten mithin als Prospektverantwortliche (Musterbeklagte zu 1) bzw. als Prospektveranlasserin (Musterbeklagte zu 2 bis 4) für unrichtige oder unvollständige wesentliche Angaben nach den Grundsätzen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung aus § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG aF. **Neben dieser ist eine Haftung der Musterbeklagten unter dem Aspekt einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der**

**schriftlichen Aufklärung ausgeschlossen** (Senatsbeschluss vom 19. Januar 2021 - XI ZB 35/18, BGHZ 228, 237 Rn. 26).

[23] Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus den von der Rechtsbeschwerde zitierten Entscheidungen des II. und des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (vgl. Senatsbeschluss vom 27. April 2021 - XI ZB 35/18, BKR 2021, 774 Rn. 7 f. in Bezug auf das Urteil des III. Zivilsenats vom 13. August 2020 [III ZR 148/19, WM 2020, 1862 ff.] und das Urteil des II. Zivilsenats vom 19. November 2019 [II ZR 306/18, WM 2020, 169 ff.]).

[24] (1) Das **Verfahren II ZR 358/16** betraf eine mögliche Haftung eines Gründungsgeschafterers aufgrund von - ihm über § 278 BGB zuzurechnenden - unrichtigen oder unzureichenden Angaben einer Vertriebsmitarbeiterin beim Beratungsgespräch, wobei revisionsrechtlich zu unterstellen war, dass die klagenden Anleger den Prospekt nicht zur Kenntnis genommen hatten (BGH, Urteil vom 4. Juli 2017 - II ZR 358/16, WM 2017, 1640 Rn. 10 f.). Auch im Verfahren II ZR 139/17 ging es um eine derartige Konstellation, wobei dort davon auszugehen war, dass dem klagenden Anleger der Verkaufsprospekt vor Zeichnung der Beteiligung nicht vorlag (BGH, Urteil vom 8. Januar 2019 - II ZR 139/17, WM 2019, 495 Rn. 1 und 25 ff.). Der Senat hat in seinem Beschluss vom 19. Januar 2021 (XI ZB 35/18, BGHZ 228, 237 Rn. 26 im Anschluss an den Senatsbeschluss vom 23. Oktober 2018 - XI ZB 3/16, BGHZ 220, 100 Rn. 57) nicht in Frage gestellt, dass Gründungsgeschafter Anlegern aus anderen Gründen als durch Verwenden einer Kapitalmarktinformation als Mittel der schriftlichen Aufklärung - etwa wegen unrichtiger mündlicher Zusicherungen - nach § 280 Abs. 1 i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB (und gegebenenfalls § 278 BGB) haften können (vgl. Senatsbeschluss vom 26. April 2022 - XI ZB 27/20, WM 2022, 1169 Rn. 23 mwN). Im Verfahren II ZR 306/18 war im Revisionsverfahren lediglich noch streitig, ob einem Gründungsgeschafter oder einem mit ihm wesentlich kapitalmäßig oder personell verflochtenen Unternehmen bereits gewährte Sondervorteile im Emissionsprospekt auch dann offengelegt werden müssen, wenn sie bereits vor dem Beitritt eines Anlegers erfolgt sind, während die Haftung dem Grunde nach nicht Gegenstand war (BGH, Urteil vom 19. November 2019 - II ZR 306/18, WM 2020, 169 Rn. 6 ff.).

[25] (2) In der **Entscheidung des III. Zivilsenats vom 16. März 2017** ging es um die Haftung einer Treuhandkommanditistin, die nicht zu den Gründungsgeschaftern gehörte und auch keinen eigenen Gesellschaftsanteil an der Fondsgesellschaft hielt (BGH, Urteil vom 16. März 2017 - III ZR 489/16, WM 2017, 708 Rn. 2) und deren Pflichtverletzung darin bestand, unrichtige Prospektangaben nicht von sich aus richtig gestellt zu haben (vgl. BGH, Urteil vom 16. März 2017, aaO Rn. 19).

Es ist daher schon nicht ersichtlich, dass diese Treuhandkommanditistin zu dem Personenkreis gehörte, der nach § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG aF haften kann. In dem Verfahren III ZR 148/19 fehlte es bereits an einem gesellschaftsrechtlichen Aufnahmevertrag seitens des Anlegers, so dass sich die Frage nach einer bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung im weiteren Sinne nicht stellte (BGH, Urteil vom 13. August 2020 - III ZR 148/19, WM 2020, 1862 Rn. 20).

**[26]** (3) Den Entscheidungen in den Verfahren II ZR 9/12, III ZR 264/14 und II ZR 331/14 lagen Beteiligungen an Fondsgesellschaften im Jahr 2000 (BGH, Urteile vom 22. Oktober 2015 - III ZR 264/14, WM 2015, 2238 Rn. 2 und vom 21. Juni 2016 - II ZR 331/14, WM 2016, 1487 Rn. 1), im Oktober 2004 und im Mai 2005 (BGH, Urteil vom 9. Juli 2013 - II ZR 9/12, WM 2013, 1597 Rn. 1) zugrunde. Die Regelungen des Anlegerschutzverbesserungsgesetzes vom 28. Oktober 2004 (BGBl. I S. 2630) zur Haftung nach § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG für unrichtige oder unvollständige Angaben in einem Prospekt im Sinne des § 8g VerkProspG, auf welche sich die Entscheidung des Senats vom 19. Januar 2021 (XI ZB 35/18, BGHZ 228, 237 ff.) bezieht, traten jedoch erst am 1. Juli 2005 und somit danach in Kraft.

**[27]** (4) Dem nicht veröffentlichten und gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO aF (nunmehr: § 544 Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO) nicht näher begründeten **Beschluss des II. Zivilsenats in dem Verfahren II ZR 280/16** lässt sich nur entnehmen, dass die Nichtzulassungsbeschwerde gegen die oberlandesgerichtliche Entscheidung zurückgewiesen worden ist, weil kein Revisionszulassungsgrund gegeben war oder ein solcher nicht ordnungsgemäß dargelegt worden ist. Aus ihm lässt sich dagegen nicht ableiten, dass der II. Zivilsenat die angefochtene Entscheidung des Berufungsgerichts für zutreffend befunden hätte.

**[28]** Die Voraussetzungen des im Hinblick auf die Fehlerkontrolle einschlägigen Zulassungsgrundes der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) sind nicht schon dann erfüllt, wenn die Entscheidung des Berufungsgerichts, gemessen an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, fehlerhaft ergangen wäre. Mit der Einführung dieses Zulassungsgrundes wollte der Gesetzgeber dem Bundesgerichtshof nicht die Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsprechung in dem Sinne auferlegen, dass Entscheidungen der Instanzgerichte in jedem Fall auf ihre Richtigkeit revisionsrechtlich zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren sind. Erforderlich ist vielmehr, dass über den Einzelfall hinaus ein allgemeines Interesse an einer korrigierenden Entscheidung des Revisionsgerichts besteht (vgl. BT-Drucks. 14/4722, S. 104). Nur eine solche restriktive Auslegung entspricht dem mit der Neuregelung des Zugangs zur Revisionsinstanz - ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs

(BT-Drucks. 14/4722, S. 66) - verfolgten Zweck, im Interesse der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Bundesgerichtshofs das Rechtsmittel nur für solche Sachen zu eröffnen, deren Entscheidung Bedeutung über den Einzelfall hinaus zukommt, weil hierbei Fragen auch mit Blick auf die Wiederholung ähnlicher Fälle zu beantworten sind oder sonstige Interessen der Allgemeinheit in besonderem Maße berührt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 27. März 2003 - V ZR 291/02, BGHZ 154, 288, 293 f. mwN).

**[29]** Im danach maßgeblichen Interesse der Allgemeinheit liegt die Korrektur eines fehlerhaften Berufungsurteils zum einen dann, wenn vermieden werden soll, dass schwer erträgliche Unterschiede in der Rechtsprechung entstehen oder fortbestehen, die nicht den Charakter einer Divergenz im herkömmlichen Sinne haben. Die hierdurch bestimmte Notwendigkeit einer höchstrichterlichen Leitentscheidung muss sich aus konkreten Anhaltspunkten ergeben, wie etwa aus einer ständigen Fehlerpraxis, die eine Wiederholung des Rechtsfehlers durch das Gericht besorgen lässt, oder aus der ernsthaften Gefahr einer Nachahmung durch andere Gerichte (vgl. BGH, Beschluss vom 27. März 2003 - V ZR 291/02, BGHZ 154, 288, 294 mwN). Darüber hinaus besteht ein maßgebliches Allgemeininteresse an einer korrigierenden Entscheidung des Revisionsgerichts auch dann, wenn das Berufungsurteil auf einem Rechtsfehler beruht, der geeignet ist, das Vertrauen in die Rechtsprechung zu beschädigen. Ein schwerer, das Vertrauen der Allgemeinheit in eine funktionierende Rechtsprechung gefährdender Rechtsfehler liegt vor, wenn das Berufungsgericht bei der Auslegung oder Anwendung von Vorschriften des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts gegen grundlegende, verfassungsrechtlich abgesicherte Gerechtigkeitsanforderungen verstoßen hat und die Entscheidung deshalb von Verfassung wegen einer Korrektur bedarf. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die anzufechtende Entscheidung auf einer Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes in seiner Ausprägung als Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) oder auf einer Verletzung der Verfahrensgrundrechte des Beschwerdeführers - insbesondere der Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) oder des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) - beruht, so dass nicht zweifelhaft ist, dass sie auf eine Verfassungsbeschwerde hin der Aufhebung durch das Bundesverfassungsgericht unterliegt (vgl. BGH aaO S. 295 f. mwN).

**[30]** c) Da der Antrag zu dem Feststellungsziel II in der Sache unbegründet ist, ist der Vorlagebeschluss hinsichtlich der Feststellungsziele I gegenstandslos.

**[31]** Gegenstandslos wird der dem Musterverfahren zugrundeliegende Vorlagebeschluss hinsichtlich eines Feststellungsziels, wenn die Entscheidungserheblichkeit dieses Feststellungsziels aufgrund der vorausgegangen 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).

**[32]** Das ist hier für die Feststellungsziele I, die verschiedene Prospektfehler zum Gegenstand haben, der Fall. Der Vorlagebeschluss ist dahin auszulegen, dass die 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 (vgl. Senatsbeschlüsse vom 19. September 2017 - XI ZB 17/15, BGHZ 216, 37 Rn. 54 und vom 12. Oktober 2021 - XI ZB 26/19, WM 2021, 2386 Rn. 28). Im Vorlagebeschluss ist ausgeführt, dass die Parteien sämtlicher Musterverfahrensanträge um Schadensersatzansprüche aus Prospekthaftung im weiteren Sinne streiten würden. Da eine solche Haftung aus Rechtsgründen nicht gegeben ist, kommt es auf Feststellungen zu Prospektfehlern nicht mehr an.

III.

**[33]** Die Rechtsbeschwerde rügt zu Unrecht die Zuständigkeit des Senats.

**[34]** Der XI. Zivilsenat ist nach A. I. XI. Zivilsenat 1.c) des Geschäftsverteilungsplans des Bundesgerichtshofs für das Geschäftsjahr 2021 ausschließlich zuständig für Rechtsstreitigkeiten über Prospekthaftungsansprüche nach §§ 13, 13a VerkProspG. Die Zuständigkeit für spezialgesetzliche Prospekthaftungsansprüche besteht seit dem Jahr 1996. Der Senat ist damit auch zuständig, über das Konkurrenzverhältnis zwischen gesetzlicher Prospekthaftung nach § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG aF und bürgerlich-rechtlicher Prospekthaftung zu entscheiden. Denn ob letztere im Anwendungsbereich der spezialgesetzlichen Prospekthaftung anwendbar ist, ist keine Frage der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung, sondern eine Frage nach der Reichweite der Rechtsfolgen der gesetzlichen Prospekthaftung (vgl. Senatsbeschluss vom 27. April 2021 - XI ZB 35/18, BKR 2021, 774 mit zust. Anm. Ueding; Klöhn, NZG 2021, 1063, 1071; Schulz, EWIR 2022, 133, 134 f.).

IV.

**[35]** Die Entscheidung über die Festsetzung des Streitwerts für die Gerichtskosten und die Festsetzung des Gegenstandswerts für die außergerichtlichen Kosten folgt aus § 51a Abs. 2 GKG und § 23b RVG.

**[36]** 1. 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 (Senatsbeschlüsse vom 22. November 2016 - XI ZB 9/13, BGHZ 213, 65 Rn. 117 und vom 19. September 2017 - XI ZB 17/15, BGHZ 216, 37 Rn. 74). Der Gesamtwert der in sämtlichen ausgesetzten Ausgangsverfahren geltend gemachten Ansprüche beträgt vorliegend 5.851.327 €.

**[37]** 2. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für die außergerichtlichen Kosten richtet sich nach § 23b RVG. Danach bestimmt sich der Gegenstandswert nach der Höhe des von dem Auftraggeber oder gegen diesen im Prozessverfahren geltend gemachten Anspruchs, soweit dieser Gegenstand des Musterverfahrens ist. Für die Prozessbevollmächtigten, die mehrere Beteiligte im Rechtsbeschwerdeverfahren vertreten, ist der Gegenstandswert für die Bestimmung der außergerichtlichen Kosten gemäß § 22 Abs. 1 RVG in Höhe der Summe der nach § 23b RVG zu bestimmenden Streitwerte festzusetzen (Senatsbeschlüsse vom 22. November 2016 - XI ZB 9/13, BGHZ 213, 65 Rn. 118, vom 19. September 2017 - XI ZB 17/15, BGHZ 216, 37 Rn. 75 und vom 23. Oktober 2018 - XI ZB 3/16, BGHZ 220, 100 Rn. 81).

**[38]** Danach ist der Gegenstandswert für die Bestimmung der außergerichtlichen Kosten des Prozessbevollmächtigten des Musterrechtsbeschwerdeführers auf 987.500 € festzusetzen. Für die Bestimmung der außergerichtlichen Kosten des Prozessbevollmächtigten der Musterbeklagten zu 1 bis 4 beläuft sich der Gegenstandswert auf 5.851.237 €.

## Prospekthaftung

- Spezialgesetzliche Prospekthaftung
- Prospekthaftung im weiteren Sinne  
(BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – II ZR 22/22)

### 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 gesellschaftsrechtliche Haftung der Gründungs- bzw. Altgesellschafter wegen einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung gemäß § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB (sogenannte Prospekthaftung im weiteren Sinn) nicht aus (Festhaltung an BGH, Urteil vom 9. Juli 2013 - II ZR 9/12, ZIP 2013, 1616 Rn. 26; Urteil vom 9. Juli 2013 - II ZR 193/11, juris Rn. 18; zu § 12 AuslInvestmG: vgl. BGH, Urteil vom 10. April 1978 - II ZR 103/76, WM 1978, 611 f.; Urteil vom 22. März 1982 - II ZR 114/81, BGHZ 83, 222, 227 und Urteil vom 13. September 2004 - II ZR 276/02, ZIP 2004, 2095, 2098).

### Aus den Gründen:

(...)

[35] (3) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts wird die dargestellte gesellschaftsrechtliche Haftung der Gründungs- bzw. Altgesellschafter wegen einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung durch die spezialgesetzliche Prospekthaftung gemäß den § 13 VerkProspG aF, §§ 44 ff. BörsG aF nicht außer Kraft gesetzt.

[36] (a) Soweit ein Prospektverantwortlicher für unrichtige Angaben im Prospekt nach § 13 Abs. 1 VerkProspG aF, §§ 44 ff. BörsG aF gegenüber dem Erwerber von Wertpapieren haftet, richtet sich die Konkurrenz dieses Anspruchs zu anderen Ansprüchen nach § 47 Abs. 2 BörsG aF. Danach bleiben unter anderem weitergehende Ansprüche, die nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts auf Grund von Verträgen erhoben werden können, unberührt. Hierzu gehört der gesellschaftsrechtliche Anspruch des beitretenden Neugesellschafters gegen Gründungs- bzw. Altgesellschafter wegen einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung.

[37] (aa) Bereits der Wortlaut des § 47 Abs. 2 BörsG aF belegt, dass der **Anspruch wegen Verletzung der Aufklärungspflicht**

von Gründungs- bzw. Altgesellschaftern gegenüber einem zukünftigen Mitgesellschafter **nicht durch die spezialgesetzliche Prospekthaftung nach § 13 VerkProspG aF, §§ 44 ff. BörsG aF ausgeschlossen** wird.

[38] Der Anspruch des eintretenden Gesellschafters aus Prospekthaftung im weiteren Sinn beruht auf dem Umstand, dass bei einem Beitritt zu einer Gesellschaft, der sich durch Vertragsschluss mit den übrigen Gesellschaftern vollzieht, mit Aufklärungspflichten verbundene (vor-)vertragliche Beziehungen zwischen den (ihrerseits nicht nur rein kapitalistisch beigetretenen) Altgesellschaftern und dem beitretenden Neugesellschafter bestehen (BGH, Urteil vom 13. August 2020 - III ZR 148/19, WM 2020, 1862 Rn. 20 mwN). Das im Vorfeld des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrags nach § 311 Abs. 2 BGB begründete eigenständige rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnis mit den Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB wird vom Wortlaut des § 47 Abs. 2 BörsG aF, namentlich "weitergehende Ansprüche ... nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts auf Grund von Verträgen", ohne weiteres erfasst (D. Schmidt, WM 2022, 1207, 1212).

[39] (bb) Dass der **Gesetzgeber** mit dem **Tatbestandsmerkmal "Verträgen"** auch die **Haftung aus § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 BGB miteingeschlossen** hat, belegt die **Gesetzesbegründung** zum Dritten Finanzmarktförderungsgesetz (RegE, BT-Drucks. 13/8933, S. 81 zu § 48 BörsG-E). Danach sollten Ansprüche aufgrund zugleich bestehender schuldrechtlicher Sonderverbindungen nach bürgerlichem Recht durch die Regelungen der §§ 45 ff. BörsG aF nicht berührt werden. Das Tatbestandsmerkmal "Verträgen" hat nach der Auffassung des Gesetzgebers schuldrechtliche Sonderverbindungen mit einbezogen, zu denen die Haftung aus § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 BGB zählt. Sonstige Ansprüche, insbesondere solche aus allgemeiner zivilrechtlicher Prospekthaftung, sollten demgegenüber im Anwendungsbereich der Haftung für fehlerhafte Börsenzulassungsprospekte ausgeschlossen sein. Die Vorschriften der §§ 45 ff. BörsG aF sollten insoweit als abschließend anzusehen sein und berücksichtigen, dass anderenfalls die unter anderem mit der Neuregelung beabsichtigte Begrenzung des Haftungsrisikos für die Prospektverantwortlichen unterlaufen würde. Gerade dies macht deutlich, dass die gesetzliche Regelung nur die zivilrechtlichen Prospekthaftungsansprüche im engeren Sinne verdrängt.

[40] Nach dem **Willen des Gesetzgebers** sollte mit den Haftungsregelungen zur Verjährung und dem Verschuldensmaßstab eine Haftungsbegrenzung für eine sonst zu weitgehende Haftung für den fehlerhaften Prospekt als solchen erreicht werden. Zu den im Vorfeld einer Anlageentscheidung durch Beitritt zu einer Gesellschaft entstehenden Rücksichtnahme- bzw.

Aufklärungspflichten hatte sich jenseits der seinerzeit noch unvollständigen spezialgesetzlichen Prospekthaftung die Prospekthaftung im engeren Sinn in Analogie zu § 44 BörsG aF entwickelt, um die großen Lücken zu schließen, die die frühere Regelung der Materie allein im Börsengesetz aufwies (MünchKommBGB/Emmerich, 9. Aufl., § 311 Rn. 157; Staudinger/Feldmann, BGB, Neubearb. 2018, § 311 Rn. 201). **Die Haftung aus Prospekthaftung im engeren Sinn fand ihre Grundlage allgemein in dem Vertrauen, das typischerweise von den Anlegern den Prospektangaben betreffend ihre Richtigkeit und Vollständigkeit entgegengebracht wird** (Staudinger/Feldmann, BGB, Neubearb. 2018, § 311 Rn. 204; vgl. BGH, Urteil vom 2. Juni 2008 - II ZR 210/06, BGHZ 177, 25 Rn. 11; Urteil vom 17. September 2020 - III ZR 283/18, BGHZ 227, 49 Rn. 35). Sie entspricht daher inhaltlich der spezialgesetzlichen Prospekthaftung und kommt damit in deren Anwendungsbereich nicht daneben zur Anwendung, sondern wird verdrängt (BGH, Beschluss vom 27. April 2021 - XI ZB 35/18, AG 2021, 707 Rn. 4).

**[41] Von der Prospekthaftung im engeren Sinn weicht die Haftung für eine Aufklärungspflichtverletzung der Gründungs- bzw. Altgesellschafter gegenüber einem der Gesellschaft Beitretenden aber entscheidend ab.** Es handelt sich um eine nur locker mit der Prospektspflicht der Akteure am Kapitalmarkt verknüpfte Haftung für die Inanspruchnahme des Vertrauens der Anleger am Kapitalmarkt durch einen bestimmten herausgehobenen Personenkreis. Diese Prospekthaftung im weiteren Sinn ist als Erscheinungsform der Haftung für die Inanspruchnahme des Vertrauens der Anleger Bestandteil der auf § 311 Abs. 2 und 3 BGB gestützten Haftung für das Verschulden bei Vertragsverhandlungen und deshalb durch die Regelungen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung in den verschiedenen Gesetzen zur Regulierung des Kapitalmarkts nicht berührt (MünchKommBGB/Emmerich, 9. Aufl., § 311 Rn. 156). **Kernpunkt der Haftung ist nicht der fehlerhafte Prospekt, sondern die unzureichende Aufklärung des Beitretenden über die wesentlichen Verhältnisse der Gesellschaft.** Wie diese Aufklärung erfolgt, bleibt dem Altgesellschafter überlassen. Er kann diese Pflicht mündlich oder schriftlich erfüllen. Er kann sich zur Aufklärung auch eines Prospekts bedienen, sofern dieser nach Form und Inhalt geeignet ist, die nötigen Informationen wahrheitsgemäß und verständlich zu vermitteln, und er dem Anlageinteressenten so rechtzeitig vor dem Vertragsschluss übergeben wird, dass sein Inhalt noch zur Kenntnis genommen werden kann (BGH, Urteil vom 24. Juli 2018 - II ZR 305/16, ZInsO 2018, 2822 Rn. 9; Urteil vom 8. Januar 2019 - II ZR 139/17, ZIP 2019, 513 Rn. 21). Es steht hier nicht die Haftung für einen fehlerhaften Prospekt und dessen Erstellung im Mittelpunkt, sondern die unzureichende Aufklärung aufgrund der Auswahl eines nicht ausreichenden Mittels zur Aufklärung (Staudinger/Feldmann, BGB, Neubearb. 2018, § 311 Rn. 201; Buck-Heeb/Diekman, ZHR 2020, 646, 680). Selbst wenn der

Prospekt inhaltlich nicht zu beanstanden ist und über alle maßgeblichen Risiken aufklärt, kommt eine Haftung gleichwohl in Betracht, wenn er nicht rechtzeitig übergeben wird und keine mündliche Risikoaufklärung erfolgt.

**[42] (cc)** Auch in der § 47 Abs. 2 BörsG aF **gleichlautenden Vorschrift in § 12 Abs. 6 WpÜG** hat der **Gesetzgeber** die Ansprüche aus schuldrechtlicher Sonderverbindung als vom Tatbestandsmerkmal "auf Grund von Verträgen" erfasst angesehen (RegE, BT-Drucks. 14/7034, S. 44).

**[43] (dd)** Soweit die Abgrenzung der spezialgesetzlichen Prospekthaftung von der sogenannten Prospekthaftung im weiteren Sinn danach vorgenommen werden soll, ob die Aufklärungspflichtverletzung allein durch die Vorlage einer Kapitalmarktinformation verwirklicht wurde oder daneben aus anderen Gründen etwa wegen unrichtiger mündlicher Zusicherungen (so BGH, Beschluss vom 27. April 2021 - XI ZB 35/18, AG 2021, 707 Rn. 8; Beschluss vom 26. April 2022 - XI ZB 27/20, ZIP 2022, 1267 Rn. 23; Beschluss vom 14. Juni 2022 - XI ZR 395/21, WM 2022, 1679 Rn. 16; Beschluss vom 19. Juli 2022 - XI ZB 32/21, WM 2022, 1684 Rn. 24), findet dies keine Stütze im Gesetzeswortlaut. Dieser unterscheidet hinsichtlich der Anspruchskonkurrenz allein nach der Haftungsgrundlage und nicht danach, ob die gleiche Haftungsnorm zusätzlich noch durch andere Handlungen als die Vorlage einer unrichtigen oder unvollständigen Kapitalmarktinformation verwirklicht wurde.

**[44] (b)** Auch **Sinn und Zweck der beiden Haftungsregime** sprechen dafür, dass die gesellschaftsrechtliche Haftung der Gründungs- bzw. Altgesellschafter wegen einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung gemäß § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB im Anwendungsbereich der spezialgesetzlichen Prospekthaftung unberührt bleibt.

**[45] (aa)** Nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 VerkProspG aF, § 44 Abs. 1 Satz 1 BörsG aF kann der Erwerber von Wertpapieren von denjenigen, die für den Prospekt die Verantwortung übernommen haben und von denjenigen, von denen der Erlass des Prospekts ausgeht, nur Ansprüche aus der spezialgesetzlichen Prospekthaftung geltend machen, wenn der Erwerb der Wertpapiere nach Veröffentlichung des Prospekts und innerhalb von sechs Monaten nach dem ersten öffentlichen Angebot der Wertpapiere im Inland erfolgt. Gemäß § 45 Abs. 1 BörsG aF kann nach § 44 BörsG aF nicht in Anspruch genommen werden, wer nachweist, dass er die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben des Prospekts nicht gekannt hat und die Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht. Der Anspruch verjährt nach § 46 BörsG aF spätestens in drei Jahren seit der Veröf-

fentlichung des Prospekts. Demgegenüber richtet sich die Verjährung der Haftung aus Aufklärungspflichtverletzung anlässlich des Gesellschaftsbeitritts aus § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 BGB nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB und tritt frühestens drei Jahre ab Kenntnis bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis der den Anspruch begründenden Umstände ein. Gemäß § 276 Abs. 1 BGB hat der Altgesellschafter für die Verletzung seiner Aufklärungspflicht bereits Fahrlässigkeit zu vertreten.

[46] Gerade die relativ kurze Ausschlussfrist des § 13 Abs. 1 Nr. 1 VerkProspG aF, § 44 Abs. 1 BörsG aF von nur sechs Monaten nach dem ersten öffentlichen Angebot der Wertpapiere im Inland sowie die Verjährungsfrist für Ansprüche aus § 13 VerkProspG aF, §§ 44, 46 BörsG aF hätte im Fall der Verdrängung der Haftung wegen Aufklärungspflichtverletzung anlässlich des Gesellschaftsbeitritts nicht zu rechtfertigende Folgen. Der Prospekt, mit dem der Anleger für die Kapitalanlage geworben werden soll, ist regelmäßig schon einige Zeit vor dem Gesellschaftsbeitritt erstellt worden. Im vorliegenden Fall war der im Verfahren vorgelegte Prospekt am 25. August 2008 erstellt worden und der Kläger zeichnete am 7. Oktober 2010 die Beteiligung. Aufklärungspflichtverletzungen sind für den Anleger üblicherweise nicht unmittelbar nach Beitritt zur Gesellschaft erkennbar. Sie werden erst mit der Zeit im laufenden Geschäftsbetrieb offenbar, wenn die Geschäftsentwicklung nicht den prospektierten Erwartungen entspricht oder sich Risiken tatsächlich verwirklichen, und damit häufig einige Zeit nach dem Beitritt und der Erstellung des Prospekts. Die Aufklärungspflichtverletzung wird daher für die Anleger in vielen Fällen erst nach Ablauf der Verjährungsfrist des § 13 Abs. 1 VerkProspG aF, § 46 BörsG aF, erkennbar werden, wenn keine Ansprüche aus der spezialgesetzlichen Prospekthaftung mehr geltend gemacht werden können. Die Verdrängung der Haftung wegen Aufklärungspflichtverletzung der Altgesellschafter anlässlich des Gesellschaftsbeitritts würde im Ergebnis die Anleger in vielen Fällen rechtlos stellen, da sie mangels Kenntnis keine Möglichkeit haben, vor Ablauf der Verjährungsfrist ihre berechtigten Ansprüche geltend zu machen.

[47] Dieser Gesichtspunkt tritt besonders in den Vordergrund, wenn der Anleger für die Kapitalanlage mittels eines fehlerhaften oder unvollständigen Prospekts zu einem Zeitpunkt geworben wird, in dem die Ausschlussfrist des § 13 Abs. 1 Nr. 1 VerkProspG aF, § 44 Abs. 1 BörsG aF oder die Verjährungsfrist des § 46 BörsG aF bereits abgelaufen ist. **Die Verdrängung der Haftung wegen Aufklärungspflichtverletzung der Altgesellschafter anlässlich des Gesellschaftsbeitritts hätte in dieser Konstellation zur Folge, dass der prospektverantwortliche Gründungsgesellschafter jenseits einer sonstigen gesonderten vertraglichen oder deliktischen Haftung keinerlei Haftung ausgesetzt wäre. Eine solche Folge wollte der Gesetzgeber nicht** (vgl. RegE, BT-Drucks. 17/6051, S. 36 zu § 20 VermAnlG).

[48] (bb) **Darüber hinaus würde es eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Konsequenz sein, dass die von der spezialgesetzlichen Prospekthaftung erfassten Gründungsgesellschafter gegenüber sonstigen Altgesellschaftern ohne erkennbaren Grund begünstigt würden.** Diejenigen Altgesellschafter, die aus persönlichen Gründen nicht zu dem Kreis der aus spezialgesetzlicher Prospekthaftung Haftenden gehören, müssten für die Verletzung ihrer Aufklärungspflichten bei dem Gesellschaftsbeitritt des Anlegers durch Vorlage eines unvollständigen oder fehlerhaften Prospekts im Hinblick auf Verjährung und Verschuldensmaßstab strenger haften als die Gründungsgesellschafter, die zusätzlich die Verantwortung für die Fehlerhaftigkeit und Unvollständigkeit des Prospekts und damit einhergehend für die unzureichende Aufklärung der Anleger tragen.

[49] Soweit im **Schrifttum** eingewandt wird, dass **auch Altgesellschafter, die nicht Prospektveranlasser im Sinne des § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG aF sind, von einer Ausschlusswirkung des § 47 Abs. 2 BörsG aF profitierten, da sie vom Anwendungsbereich der spezialgesetzlichen Prospekthaftung erfasst würden, aber gleichwohl nach den Vorschriften nicht hafteten** (Buck-Heeb/Diekmann, ZIP 2022, 145, 152; Klöhn, NZG 2021, 1063, 1068 f.), **widerspricht diese Auslegung dem Willen des Gesetzgebers.** Ansprüche aus sogenannter zivilrechtlicher Prospekthaftung im weiteren Sinn gegen von § 13 VerkProspG aF, § 44 BörsG aF nicht erfasste, am Vertrieb der Vermögensanlagen im Sinne des § 8f Abs. 1 VerkProspG aF Beteiligte, z. B. Vermittler, sollten nicht berührt werden (RegE, BT-Drucks. 15/3174, S. 44). Daneben wird als Argument für diese Auffassung zu Unrecht darauf abgestellt, nicht von der spezialgesetzlichen Prospekthaftung erfasste (Gründungs-)Gesellschafter hätten eine geringere Pflicht zur Aufklärung.

[50] (cc) Soweit aus der **Begründung zum Regierungsentwurf des Anlegerschutzverbesserungsgesetzes** (RegE, BT-Drucks. 15/3174, S. 44) der Schluss gezogen wird, dass der Gesetzgeber damit zum Ausdruck gebracht habe, eine Haftung aus zivilrechtlicher Prospekthaftung im weiteren Sinn für von § 13 VerkProspG aF in Verbindung mit § 44 BörsG aF erfasste Beteiligte komme nicht in Betracht (so BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - XI ZB 35/18, BGHZ 228, 237 Rn. 27), überspannt dies die Aussagekraft der dort gemachten Ausführungen. Der Gesetzgeber des Anlegerschutzverbesserungsgesetzes vom 28. Oktober 2004 (BGBl. I 2630) hielt im Zusammenhang mit der Anfügung einer neuen Nummer Drei in § 13 Abs. 1 VerkProspG aF fest, dass Ansprüche aus zivilrechtlicher Prospekthaftung im weiteren Sinn gegen von § 13 VerkProspG aF, § 44 BörsG aF nicht erfasste, am Vertrieb der Vermögensanlagen im Sinne des § 8f Abs. 1 VerkProspG aF Beteiligte, z. B. Vermittler, nicht berührt werden (RegE, BT-Drucks. 15/3174, S. 44). Wörtlich enthält die in Rede stehende Passage lediglich die Klar-

stellung, dass die Änderung der Voraussetzungen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung die Haftung anderer, von diesen Vorschriften nicht erfasster Personen unberührt lässt. Des Weiteren stehen die Ausführungen nicht im Zusammenhang mit der Kollisionsnorm des § 13 Abs. 1 VerkProspG aF, § 47 Abs. 2 BörsG aF, die unverändert geblieben ist, sondern mit den geänderten Voraussetzungen in § 13 VerkProspG aF. Sie betreffen inhaltlich die Haftung von Personen, die von vornherein gar nicht zum Anwendungsbereich der spezialgesetzlichen Prospekthaftung gehören. Aus der in Rede stehenden Passage kann deshalb kein Umkehrschluss im Hinblick auf die Frage der Haftung der von der spezialgesetzlichen Prospekthaftung erfassten Personen aus anderen Anspruchsgrundlagen gezogen werden.

[51] (dd) Mit dem Anlegerschutzverbesserungsgesetz sollte durch die "Erweiterung der für Wertpapiere bereits bestehenden Prospektspflicht auf nicht in Wertpapieren verbriefte Anlageformen, flankiert durch entsprechende Haftungsansprüche, der Anlegerschutz durch größere Produkttransparenz und Stärkung der Haftungsansprüche der Anleger verbessert" werden (RegE, BT-Drucks. 15/3174, S. 1). Der Regierungsentwurf geht von einer angemessenen Erweiterung der Haftung für geschädigte Anleger aus (RegE, BT-Drucks. 15/3174, S. 26). Mit diesem **gesetzgeberischen Ziel** stünde es nicht in Einklang, wenn die allgemein anerkannte aus einer schuldrechtlichen Sonderverbindung folgende Haftung ausgeschlossen werden sollte. Dies würde vielmehr eine deutliche Haftungseinschränkung zur Folge haben durch Ausschaltung konkurrierender Ansprüche unter Einführung eines auf Anlagen innerhalb von sechs Monaten ab Prospektherausgabe (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 VerkProspG aF) und grobe Fahrlässigkeit (§ 13 VerkProspG aF, § 45 Abs. 1 BörsG aF) beschränkten und einer kurzen Verjährungsfrist unterworfenen (§ 13 VerkProspG aF, § 46 BörsG aF) Anspruchs.

[52] Eine **ausdrückliche Klarstellung durch den Gesetzgeber**, so er die Anspruchskonkurrenz zwischen spezialgesetzlicher Prospekthaftung und gesellschaftsrechtlicher Haftung der Gründungs- bzw. Altgesellschafter wegen einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung gemäß § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB hätte beseitigen wollen, **wäre auch deshalb zu erwarten gewesen**, weil davon auszugehen ist, dass dem Gesetzgeber die damalige herrschende Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum zu vergleichbaren Vorschriften bekannt war, die Anspruchskonkurrenz annahm (vgl. nur BGH, Urteil vom 10. April 1978 - II ZR 103/76, WM 1978, 611, 612 [zu § 12 AuslInvestmG]; Urteil vom 22. März 1982 - II ZR 114/81, BGHZ 83, 222, 227; Urteil vom 13. September 2004 - II ZR 276/02, ZIP 2004, 2095, 2098 [zu § 12 AuslInvestmG];

Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl. [2003], § 311 Rn. 30 i.V.m. Rn. 64).

[53] (ee) **Der mangelnde Wille des Gesetzgebers, durch die Änderung des § 13 VerkProspG aF die Haftung für Aufklärungspflichtverletzungen von Gründungsgesellschaftern aus § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB auszuschließen, wird insbesondere auch dadurch deutlich, dass er gleichzeitig § 13a VerkProspG aF normiert hat, der die Haftung für einen Verstoß gegen die Prospektspflicht einführt.** Die Kollisionsnorm § 13a Abs. 6 Satz 2 VerkProspG aF entspricht § 47 Abs. 2 BörsG aF, worauf die Gesetzesbegründung ausdrücklich verweist (RegE, BT-Drucks. 15/3174, S. 44). **Dort finden sich keine Ausführungen zum Ausschluss der Haftung der für die Prospekterstellung Verantwortlichen aus einer Prospekthaftung im weiteren Sinn. Dies wäre umso mehr zu erwarten gewesen, weil es zuvor keine spezialgesetzliche Prospekthaftung für die unterbliebene Prospekterstellung gab (RegE, BT-Drucks. 15/3174, S. 44) und die Konkurrenz mit anderen Haftungsnormen damit erstmalig relevant wurde.**

[54] Gerade die Einführung des § 13a VerkProspG aF belegt, dass die Kollisionsnorm des § 13a Abs. 6 Satz 2 VerkProspG aF und die gleichlautende in § 47 Abs. 2 BörsG aF die Haftung für die Verletzung der Aufklärungspflicht durch Altgesellschafter anlässlich eines Gesellschaftsbeitritts nicht ausschließen. Die Haftung für die Nichterstellung des Prospekts ist nach § 13a Abs. 1, 5 VerkProspG aF an kürzere Fristen gebunden als die Haftung für die Aufklärungspflichtverletzung nach § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1, §§ 195 ff. BGB. Dass im Falle der Nichterstellung eines Prospekts und einer weiter unvollständigen oder gar gänzlich fehlenden Aufklärung seitens eines Gründungsgesellschafters die Haftung gegenüber dem Anleger eingeschränkt werden sollte, lässt sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen. Dies wäre wertungsmäßig auch nicht nachvollziehbar. Denn wenn ein Prospekt erstellt worden ist, dieser aber keine Verwendung gefunden und nicht als Mittel der schriftlichen Aufklärung bei der Werbung des Anlegers gedient hat, schließt § 47 Abs. 2 BörsG aF die Haftung aufgrund der Aufklärungspflichtverletzung nicht aus (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - XI ZB 35/18, BGHZ 228, 237 Rn. 26; Beschluss vom 14. Juni 2022 - XI ZR 395/21, WM 2022, 1679 Rn. 11). Warum ein Gründungsgesellschafter als Verantwortlicher für einen gänzlich fehlenden Prospekt geringer haften soll, als ein solcher, der einen vorhandenen Prospekt nicht als Mittel der Aufklärung gebraucht, ist nicht ersichtlich. Ein dahingehender Wille des Gesetzgebers ist weder dem Gesetz noch den Materialien zu entnehmen.

[55] (ff) Die Annahme der Verdrängung der gesellschaftsrechtlichen Haftung der Gründungs- bzw. Altgesellschafter wegen einer vorvertraglichen Pflichtverletzung durch die spezialgesetzliche Prospekthaftung nach § 13 VerkProspG aF, § 44

BörsG aF, wenn der Prospekt als Mittel der schriftlichen Aufklärung bei der Werbung des Neugeschafters gedient hat, widerspricht wertungsmäßig der Rechtsprechung zur Rolle des Prospekts bei der mündlichen Aufklärung. Wie bereits ausgeführt entspricht es der Lebenserfahrung, dass etwaige Prospektfehler auch dann für die Anlageentscheidung ursächlich werden, wenn der Anlageinteressent den Prospekt selbst zwar nicht erhalten hat, der Prospekt aber dem Anlagevermittler als Arbeitsgrundlage für das mit dem Anlageinteressenten geführte Beratungsgespräch diente (BGH, Urteil vom 3. Dezember 2007 - II ZR 21/06, ZIP 2008, 412 Rn. 17; Urteil vom 17. April 2018 - II ZR 265/16, ZIP 2018, 1130 Rn. 23 f.; Urteil vom 17. Juli 2018 - II ZR 13/17, ZIP 2018, 1686 Rn. 16; Urteil vom 8. Januar 2019 - II ZR 139/17, ZIP 2019, 513 Rn. 22, jeweils mwN). Denn wenn der Prospekt gemäß dem Vertriebskonzept der Fondsgesellschaft von entsprechend geschulten Anlagevermittlern als Arbeitsgrundlage verwendet wird, beschränkt sich eine auf dieser Grundlage erteilte mündliche Aufklärung erfahrungsgemäß auf die Umstände und Risiken, die im Prospekt genannt werden (vgl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 2007 - II ZR 21/06, ZIP 2008, 412 Rn. 17; Urteil vom 17. Juli 2018 - II ZR 13/17, ZIP 2018, 1686 Rn. 16; Urteil vom 6. November 2008 - III ZR 290/07, juris Rn. 18; Urteil vom 17. Dezember 2009 - III ZR 14/08, juris Rn. 14; Urteil vom 13. Dezember 2012 - III ZR 70/12, juris Rn. 11; Urteil vom 6. März 2012 - VI ZR 70/10, ZIP 2013, 93 Rn. 28; Urteil vom 12. März 2020 - VII ZR 236/19, ZIP 2020, 1024 Rn. 39). Die Prospektfehler, für die der Gründungsgesellschafter als Prospektverantwortlicher nach der spezialgesetzlichen Prospekthaftung einzustehen hat, werden damit auch ursächlich für die mangelnde mündliche Aufklärung, für die er nach der sogenannten Prospekthaftung im weiteren Sinn einzustehen hat. Warum die Haftung des Gründungsgesellschafters dann aber dadurch begrenzt werden soll, dass der fehlerhafte Prospekt tatsächlich vorgelegt und nicht nur inhaltlich mündlich beim Vertrieb der Anlage wiedergegeben wird, und der Gründungsgesellschafter im letzteren Fall weitergehend wegen der Aufklärungspflichtverletzung nach § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB haftet, ist nicht nachvollziehbar.

[56] (gg) Die Annahme eines Ausschlusses der gesellschaftsrechtlichen Haftung der Gründungs- bzw. Altgesellschafter wegen einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung gemäß § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB führt darüber hinaus zu **weiteren Wertungswidersprüchen**. So würde im Anwendungsbereich von § 8f Abs. 2 VerkProspG aF, der Ausnahmen unter anderem für Kleinemissionen bis 100.000 € wie auch für Mindestanlagesummen ab 200.000 € vorsieht, für die ein besonderes Schutzbedürfnis nicht besteht (RegE, BT-Drucks. 15/3174, S. 42), strenger gehaftet als im geregelten Markt, für den der Gesetzgeber ein solches Schutzbedürfnis

ausgemacht hat. Aber auch außerhalb des Anwendungsbereichs der gesetzlich geregelten Prospekthaftung, etwa nach § 44 BörsG aF i.V.m. §§ 13, 8f, g VerkProspG aF muss der Anleger hinreichend aufgeklärt werden (BGH, Urteil vom 3. Dezember 2007 - II ZR 21/06, ZIP 2008, 412 Rn. 7).

[57] (hh) Gegen die Annahme von Anspruchskonkurrenz kann nicht eingewandt werden, dass dann 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 leerliefe.

[58] Die Haftung nach § 13 VerkProspG aF, §§ 44 ff. BörsG aF verwirklicht in der Person des Gründungsgesellschafters stets auch die Voraussetzungen der Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss mittels Verwendens eines fehlerhaften Verkaufsprospekts nach § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB (so BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - XI ZB 35/18, BGHZ 228, 237 Rn. 26; Beschluss vom 14. Juni 2022 - XI ZR 395/21, WM 2022, 1679 Rn. 13 ff.), weshalb er gegenüber dem Anleger grundsätzlich nach den schärferen Grundsätzen haftet. **Die vom Gesetzgeber für die spezialgesetzliche Prospekthaftung beabsichtigte Begrenzung der Haftung läuft dabei nicht leer und behält ihre Anwendbarkeit. Dies ergibt sich schon daraus, dass die spezialgesetzliche Prospekthaftung nicht nur für Gesellschaftsbeitritte als Anlageform und für Gründungsgesellschafter gilt.**

[59] Zudem haften Gründungsgesellschafter nur dann für die Verletzung der aus der Gesellschafterstellung folgenden Aufklärungspflicht, wenn sie zum Zeitpunkt der Werbung des Anlegers für die Anlage noch Gesellschafter sind. Denn die an die Anbahnung eines Vertragsschlusses anknüpfenden Schutz- und Aufklärungspflichten treffen grundsätzlich nur denjenigen, der den Vertrag im eigenen Namen abschließen will. Es haftet gegenüber einem beitragswilligen Neugesellschafter nur der bereits beigetretene Altgesellschafter, mit dem der Aufnahmevertrag geschlossen werden soll. Der hierfür maßgebliche, Schutzpflichten begründende Zeitpunkt ist regelmäßig der Abschluss des Aufnahmevertrags des Altgesellschafters (BGH, Urteil vom 9. Mai 2017 - II ZR 345/15, juris Rn. 32 mwN). **Wird zum Zeitpunkt der Werbung des Anlegers noch der vom Gründungsgesellschafter verantwortete fehlerhafte Prospekt verwendet, ist der Gründungsgesellschafter aber in der Zwischenzeit aus der Gesellschaft ausgeschieden, haftet er gegenüber dem Anleger nur nach den (eingeschränkten) Voraussetzungen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung.**

[60] (c) Weiter spricht die **Systematik des Gesetzes** für eine Anspruchskonkurrenz.

[61] Bei der spezialgesetzlichen Prospekthaftung nach § 13 VerkProspG aF, §§ 44 ff. BörsG aF und der gesellschaftsrechtlichen Haftung der Gründungs- bzw. Altgesellschafter wegen einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung handelt es sich um **zwei selbstständig nebeneinanderstehenden Anspruchsgrundlagen**. Es besteht **kein Verhältnis der Spezialität** der spezialgesetzlichen Prospekthaftung zur Haftung nach § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB. Dies würde voraussetzen, dass die (verdrängende) speziellere Rechtsnorm sämtliche Merkmale einer allgemeinen Norm enthält und dieser noch ein besonderes Merkmal zur Bildung ihres Tatbestands hinzufügt (BGH, Beschluss vom 12. April 1954 - GSZ 1/54, BGHZ 13, 88, 95; BAGE 163, 309 Rn. 37; Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., S. 31 f.). Das ist nicht der Fall.

[62] Bereits der **persönliche Anwendungsbereich der beiden Haftungstatbestände** ist **unterschiedlich**. Nicht jeder Prospektverantwortliche ist zugleich Gründungs- oder Altgesellschafter und aus diesem Grund zur Aufklärung eines Beitretenden verpflichtet. Auch nach der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs ist nicht jeder Altgesellschafter zugleich Prospektverantwortlicher. Darüber hinaus unterscheiden sich die Ansprüche in Rechtsnatur und Anspruchsvoraussetzungen: Anknüpfungspunkt der Prospekthaftung im weiteren Sinn ist nicht die Verantwortlichkeit für einen fehlerhaften Prospekt, sondern eine selbstständige Aufklärungspflicht als Vertragspartner oder Sachwalter aufgrund persönlich in Anspruch genommenen - eben nicht nur typisierten - besonderen Vertrauens, zu deren Erfüllung er sich des Prospekts bedient (BGH, Beschluss vom 25. Juni 2009 - III ZR 222/08, juris Rn. 8; Urteil vom 23. April 2012 - II ZR 211/09, ZIP 2012, 1231 Rn. 23; Urteil vom 22. Oktober 2015 - III ZR 265/14, juris Rn. 15; Urteil vom 17. Juli 2018 - II ZR 13/17, ZIP 2018, 1686 Rn. 12; Urteil vom 13. August 2020 - III ZR 148/19, WM 2020, 1862 Rn. 18; Urteil vom 17. September 2020 - III ZR 283/18, BGHZ 227, 49 Rn. 38). Dieses durch einen geschäftlichen Kontakt begründete Vertrauen ist eine gegenüber der spezialgesetzlichen Prospekthaftung zusätzliche Anspruchsvoraussetzung, die einer Spezialität entgegensteht (Hamann in Schäfer/Hamann, Kapitalmarktgesetz, 2. Aufl., § 47 BörsG Rn. 6; Brelochs, Publizität und Haftung von Aktiengesellschaften im System des Europäischen Kapitalmarktrechts, 2005, S. 100 ff.; Kersting, Die Dritthaftung für Informationen im Bürgerlichen Recht, 2007, 504 ff., 507).

[63] (d) Letztlich belegt die **Gesetzeshistorie**, dass die spezialgesetzliche Prospekthaftung nach § 13 VerkProspG aF, § 47

Abs. 2 BörsG aF die Haftung für Verletzung der Aufklärungspflicht durch Altgesellschafter nicht ausschließt.

[64] Die Vorschrift geht zurück auf § 46 BörsG vom 22. Juni 1896 (RGBl. 1896, 157), die eine gleichlautende Kollisionsregelung enthielt und Ansprüche aus Verträgen unberührt ließ. Die Gesetzesbegründung zu § 46 BörsG vom 22. Juni 1896 belegt die damalige Auffassung des Gesetzgebers, dass kein Grund vorliege, in die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts nach der Richtung einzugreifen, dass den Besitzern von Wertpapieren die weitergehenden Ansprüche entzogen würden, welche gegen die Emittenten als ihren unmittelbaren Kontrahenten nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die Haftung aus Verträgen zustünden (RegE zu § 44 BörsG, Reichstag, Stenographische Berichte, 1895/1897, 1. Anlageband, Aktenstück Nr. 14 [Entwurf eines Börsengesetzes], S. 25). Damals war dem Gesetzgeber die Haftung aus culpa in contrahendo noch nicht bekannt. Es ist aber deutlich, dass die Prospekthaftung weitergehende Ansprüche aus anderen vertraglichen Beziehungen schon damals nicht ausschließen sollte. Denn nachdem die Haftung aus culpa in contrahendo allgemein anerkannt war, hat der Gesetzgeber anlässlich der Änderung des § 47 Abs. 2 BörsG aF durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz vom 24. März 1998 (BGBl. I 1998, 529) klargestellt, dass mit Ansprüchen aus Verträgen auch solche aufgrund zugleich bestehender schuldrechtlicher Sonderverbindung gemeint sind (RegE, BT-Drucks. 13/8933, S. 81; siehe auch BGH, Beschluss vom 14. Juni 2022 - XI ZR 395/21, WM 2022, 1679 Rn. 27), wozu die Haftung nach § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB gehört.

[65] bb) Die **Zulassung der Revision wegen Divergenz** kommt gleichwohl mangels Entscheidungserheblichkeit der umstrittenen Rechtsfrage **nicht in Betracht**. Die Entscheidungserheblichkeit fehlt, wenn sich die Entscheidung aus einem anderen, den Revisionszulassungsgrund nicht ausfüllenden Grund als richtig darstellt (BGH, Urteil vom 18. Juli 2003 - V ZR 187/02, NJW 2003, 3205, 2306; Beschluss vom 10. August 2005 - XII ZR 97/02, FamRZ 2005, 1667, 1668; Beschluss vom 10. Juni 2010 - Xa ZR 110/09, NJW-RR 2011, 211 Rn. 13). Dies liegt vor, weil die Klage mangels Prospektfehler bereits abzuweisen ist, ohne dass es auf die Rechtsfragen einer Anspruchskonkurrenz zwischen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung und derjenigen im weiteren Sinn wegen Aufklärungspflichtverletzung eines Gründungsgesellschafters ankommt.

## Rechtsanwaltsvergütung

- Zwangsversteigerungsverfahren
- Mehrere Bruchteile eines Grundstücks
- Miteigentümer als Gesamtschuldner  
(BGH, Beschl. v. 22.9.2022 – V ZB 2/20)

### Leitsatz (der Redaktion)

Vertritt der Rechtsanwalt den Gläubiger in einem Zwangsversteigerungsverfahren über mehrere Bruchteile eines Grundstücks wegen einer Forderung, für die die Miteigentümer als Gesamtschuldner haften, dann handelt es sich um eine Angelegenheit i.S.v. § 15 Abs. 2 RVG und erhält der Anwalt für das Verfahren nur eine 0,4-Gebühr nach Nr. 3311 Ziff. 1 RVG-VV.

### Aus den Gründen:

I.

[1] Auf Antrag der anwaltlich vertretenen Beteiligten zu 1 (im Folgenden: Gläubigerin) hat das Amtsgericht (Vollstreckungsgericht) die Zwangsversteigerung in die hälftigen Miteigentumsanteile der Beteiligten zu 2 und 3 (im Folgenden: Schuldner) an einer Eigentumswohnung angeordnet und zwei Beitritte der Gläubigerin zugelassen. Es hat - soweit hier von Interesse - die von der Gläubigerin doppelt, nämlich bezogen auf jeden der Schuldner gesondert geltend gemachte 0,4 Verfahrensgebühr nach Nr. 3311 Ziff. 1 VV RVG (nebst Auslagen und Umsatzsteuer; insgesamt 311,30 € je Schuldner) bei den mit der Versteigerung beizutreibenden Kosten nur einmal angesetzt. Die sofortige Beschwerde der Gläubigerin gegen die Absetzung der zweiten Verfahrensgebühr hat das Landgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich ihre zugelassene Rechtsbeschwerde.

II.

[2] Nach Auffassung des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung u.a. in AGS 2020, 223 veröffentlicht ist, ist für die Tätigkeit des Rechtsanwalts der Gläubigerin nur eine 0,4 Verfahrensgebühr nach Nr. 3311 Ziff. 1 VV RVG anzusetzen, weil es sich um ein einheitliches Zwangsversteigerungsverfahren handle. Die Vorschrift stelle für die Anzahl der Gebühren allein auf die Anzahl der Verfahren ab. Gebühren für weitere Gegner innerhalb eines Verfahrens könne das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz nicht. Vorliegend handle es sich zweifelsfrei um ein Grundstück, eine Versteigerung und damit ein Verfahren. Dass aufgrund unterschiedlicher Einwendungsmöglichkeiten oder Voraussetzungen für die einstweilige Einstellung das Verfahren für die beiden Schuldner unterschiedlich ablaufen könnte, ändere daran nichts, denn insoweit unterscheide sich das Zwangsversteigerungsverfahren nicht vom Erkenntnisverfahren mit mehreren Beklagten. Von der Mobilarvollstreckung, etwa der Pfändung jeweils eigener Ansprüche von Kontoinhabern gegenüber einer

Bank oder der Vollstreckung in Gegenstände unterschiedlicher Eigentümer in verschiedenen Verfahren, unterscheide sich das Immobilienvollstreckungsverfahren hingegen; denn dessen Gegenstand sei die Versteigerung, die in einem einheitlichen Verfahren erfolge.

III.

[3] Die nach § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige (§ 575 ZPO) Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Das Beschwerdegericht nimmt im Ergebnis zu Recht an, dass die Verfahrensgebühr nach Nr. 3311 Ziff. 1 VV RVG in Höhe von 0,4 für die Tätigkeit des Rechtsanwalts der Gläubigerin bei den nach § 788 Abs. 1 Satz 1 ZPO mit der Versteigerung zugleich beizutreibenden notwendigen Kosten nur einfach in Ansatz zu bringen ist.

[4] 1. Dies folgt allerdings entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts nicht daraus, dass es sich bei der Versteigerung von Miteigentumsanteilen zweier Bruchteileigentümer - hier: zweier Eheleute -, die für die vollstreckte Forderung gesamtschuldnerisch haften, von vornherein um (nur) ein Verfahren handelt.

[5] a) Bei einem im Miteigentum stehenden Grundstück sind gemäß § 864 Abs. 2 ZPO (nur) die Miteigentumsanteile Gegenstand der Zwangsvollstreckung. Insoweit werden sie vollstreckungsrechtlich wie mehrere Grundstücke behandelt (Senat, Beschluss vom 29. Oktober 2020 - V ZB 13/20, NJW-RR 2021, 467 Rn. 7). Grundsätzlich wird, wie sich aus §§ 18, 63 ZVG ergibt, jedes Grundstück in einem gesonderten Verfahren versteigert (vgl. Dassler/Schiffhauer/Hintzen, ZVG, 16. Aufl., § 18 Rn. 1; Böttcher, ZVG, 7. Aufl., § 18 Rn. 1). Folglich handelt es sich, wenn der Gläubiger die Zwangsversteigerung zweier Miteigentumsanteile an einem Grundstück beantragt, zunächst um zwei Verfahren, auch wenn der Antrag in einem einheitlichen Schriftsatz gestellt wird (insoweit zutreffend Traub, IVR 2020, 117 in seiner Anmerkung zur Entscheidung des Beschwerdegerichts). Dass das Vollstreckungsgericht in der Regel für einen solchen Antrag nur eine Akte anlegt und nur ein Aktenzeichen vergibt, beruht auf den hierzu getroffenen Regelungen in den Aktenordnungen der Länder. So heißt es etwa in den Erläuterungen zur Liste 14 zu § 14 AktO BW (S. 154 der AktO): „Betrifft ein Antrag auf Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung mehrere Grundstücke oder grundstücksgleiche Rechte, so erfolgt die Erfassung unter einem Aktenzeichen, wenn eine Verbindung gemäß § 18 ZVG möglich ist, sonst erfolgt getrennte Erfassung“. Diese Regelungen betreffen indes nur die Art und Weise der Aktenführung und ändern nichts daran, dass es sich bis zur Verbindung um getrennte Verfahren im Sinne des Zwangsversteigerungsgesetzes handelt; zu einer Änderung des Verfahrensbegriffs des Zwangsversteigerungsgesetzes wäre der Landesverordnungsgeber ohnehin nicht befugt.

[6] b) Die **Verbindung von Zwangsversteigerungsverfahren** lässt das Gesetz zwar in bestimmten Fällen zu. Sie führt aber nicht dazu, dass von Anfang an verfahrens- und gebührenrechtlich nur ein Verfahren vorläge. So kann nach § 18 Alt. 3 ZVG die Zwangsversteigerung mehrerer Grundstücke in demselben Verfahren erfolgen, wenn sie - wie hier - wegen einer Forderung betrieben wird, für welche die Eigentümer gesamtschuldnerisch haften. Die Verbindung erfolgt durch Beschluss des Vollstreckungsgerichts, der auch konkludent gefasst werden kann, etwa indem - wie hier - auf einen einheitlichen Antrag hin ein einheitlicher Anordnungsbeschluss ergeht (vgl. Böttcher, ZVG, 7. Aufl., § 18 Rn. 12; Dassler/Schiffhauer/Hintzen, ZVG, 16. Aufl., § 18 Rn. 8; Sievers in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 4. Aufl., § 18 Rn. 10; Stöber/Becker, ZVG, 22. Aufl., § 18 Rn. 12; Traub in Schneider, ZVG, § 18 Rn. 18). Zu diesem Zeitpunkt ist aber die Verfahrensgebühr nach Nr. 3311 Ziff. 1 VV RVG bereits angefallen, denn diese entsteht, sobald der Rechtsanwalt mit der Ausführung des Vollstreckungsauftrags beginnt, spätestens also mit Einreichung des Antrags bei dem Vollstreckungsgericht (vgl. Hoppe in Schneider/Volpert/Fölsch, *Gesamtes Kostenrecht*, Nr. 3311 VV RVG Rn. 9; Toussaint/ders., *Kostenrecht*, 52. Aufl., Nr. 3311 VV RVG Rn. 17). Die Verbindung der Verfahren in dem Anordnungsbeschluss könnte also, wenn für die ursprünglich zwei Verfahren zwei Gebühren anfielen - was nicht der Fall ist (hierzu sogleich) -, hieran nach dem in § 15 Abs. 4 RVG zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken nichts mehr ändern, sondern hätte nur zur Folge, dass ab diesem Zeitpunkt neu entstehende Gebühren nur noch einmal anfallen, nunmehr aus dem Gesamtwert der verbundenen Verfahren (vgl. AnwK-RVG/Mock, 9. Aufl., Vor VV 3311, 3312 Rn. 6; Stöber/Keller, ZVG, 22. Aufl., Einleitung Rn. 517; Wolf in Hintzen/Wolf, *Zwangsvollstreckung, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung*, Rn. 14.101 f. sowie zu Klage- bzw. Anfechtungsverfahren BGH, Beschluss vom 14. April 2010 - IV ZB 6/09, NJW 2010, 3377 Rn. 14; Beschluss vom 10. Mai 2010 - II ZB 14/09, ZIP 2010, 1413 Rn. 17).

[7] 2. Im Ergebnis ist die Beschwerdeentscheidung aber gleichwohl richtig. **Vertritt der Rechtsanwalt den Gläubiger in einem Zwangsversteigerungsverfahren über mehrere Bruchteile eines Grundstücks wegen einer Forderung, für die die Miteigentümer als Gesamtschuldner haften, dann handelt es sich um eine Angelegenheit i.S.v. § 15 Abs. 2 RVG und erhält der Anwalt für das Verfahren nur eine 0,4-Gebühr nach Nr. 3311 Ziff. 1 VV RVG.**

[8] a) Gemäß § 15 Abs. 2 RVG kann der Rechtsanwalt die **Gebühren in derselben Angelegenheit nur einmal** fordern. Dieselbe Angelegenheit im Sinne dieser Vorschrift betreffen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weisungsgemäß erbrachte anwaltliche Leistungen in der Regel, wenn zwischen

ihnen ein **innerer Zusammenhang** besteht und sie sowohl inhaltlich als **auch in der Zielsetzung so weitgehend übereinstimmen**, dass von einem **einheitlichen Rahmen der anwaltlichen Tätigkeit** gesprochen werden kann. Dieselbe Angelegenheit kann mehrere Gegenstände umfassen. Das Vorliegen derselben Angelegenheit schließt es ferner nicht aus, wenn der Rechtsanwalt zur Wahrnehmung der Rechte des Auftragsgebers verschiedene, in ihren Voraussetzungen voneinander abweichende Anspruchsgrundlagen zu prüfen oder mehrere getrennte Prüfungsaufgaben zu erfüllen hat. Denn unter einer Angelegenheit im gebührenrechtlichen Sinne ist das gesamte Geschäft zu verstehen, das der Rechtsanwalt für den Mandanten besorgen soll. Für einen einheitlichen Rahmen reicht es grundsätzlich aus, wenn die verschiedenen Gegenstände in dem Sinn einheitlich bearbeitet werden können, dass sie verfahrensrechtlich zusammengefasst oder in einem einheitlichen Vorgehen geltend gemacht werden können (vgl. zum Ganzen BGH, Urteil vom 6. Juni 2019 - I ZR 150/18, ZIP 2020, 242 Rn. 23 f.; Beschluss vom 24. März 2016 - III ZB 116/15, NJW-RR 2016, 883 Rn. 6 f.; Urteil vom 27. Juli 2010 - VI ZR 261/09, NJW 2010, 3035 Rn. 20 f.).

[9] b) Nach diesen Kriterien handelt es sich um eine Angelegenheit i.S.v. § 15 Abs. 2 RVG, wenn der Rechtsanwalt den Gläubiger in einem Zwangsversteigerungsverfahren über mehrere Bruchteile eines Grundstücks wegen einer Forderung vertritt, für die die Miteigentümer als Gesamtschuldner haften.

[10] aa) Anders als die Rechtsbeschwerde meint und vereinzelt in der Literatur vertreten wird (Meyer, *JurBüro* 1999, 73), erlaubt der Vergleich zu der gebührenrechtlichen Behandlung der Tätigkeit des Rechtsanwalts in Verfahren der Mobilienvollstreckung oder der Vollstreckung nach §§ 887 ff. ZPO keinen mehrfachen Ansatz der Verfahrensgebühr nach Nr. 3311 Ziff. 1 VV RVG für die Tätigkeit in einem Zwangsversteigerungsverfahren.

[11] (1) Zwar begründet bei anderen Vollstreckungsarten als der Zwangsversteigerung die Tätigkeit des Rechtsanwalts bei einer gegen mehrere (Gesamt-)Schuldner gerichteten Vollstreckung trotz einheitlichen Auftrags und Verfahrens grundsätzlich mehrere besondere Angelegenheiten i.S.v. § 18 RVG (vgl. etwa OLG Stuttgart, ZfSch 2020, 710 Rn. 6; KG, *JurBüro* 2004, 46; OLG Frankfurt, AGS 2004, 69; OLG Düsseldorf, *JurBüro* 1987, 72 f.; Kawell in Kindl/Meller-Hannich, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 4. Aufl., § 788 ZPO Rn. 77; Mayer/Kroiß/Rohn, *RVG*, 8. Aufl., § 18 Rn. 28; Wolf in Hintzen/Wolf, *Zwangsvollstreckung, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung*, Rn. 14.59). So hat der Bundesgerichtshof etwa entschieden, dass jeder gegen einen von mehreren Schuldnern gerichtete Antrag nach § 887 Abs. 1 und 2 ZPO eine Vollstreckungsmaßnahme darstellt, die eine Vollstre-

ckungsgebühr (Verfahrensgebühr nach Nr. 3309 VV RVG) anfallen lässt (vgl. BGH, Urteil vom 10. August 2006 - I ZB 99/05, MDR 2007, 367 zu § 57 Abs. 1, § 58 Abs. 1 BRAGO aF).

**[12]** (2) Dies gilt indes für das Zwangsversteigerungsverfahren nicht gleichermaßen. Denn der Gesetzgeber hat die Gebühren für die Vertretung in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz wie schon zuvor in der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte bewusst gesondert und abweichend von den Gebühren für die Vertretung in anderen Zwangsvollstreckungsverfahren geregelt. § 18 Abs. 1 Nr. 1 RVG, der - vergleichbar der Vorgängervorschrift des § 58 Abs. 1 BRAGO aF - bestimmt, dass jede Vollstreckungsmaßnahme eine besondere Angelegenheit ist, regelt nicht die Entstehung der Gebühren für die Vertretung im Bereich der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung; diese ergeben sich ausschließlich aus Nr. 3311 und Nr. 3312 VV RVG unter Berücksichtigung der allgemeineren Vorschrift des § 15 RVG (vgl. AnwK-RVG/Volpert, 9. Aufl., § 18 Rn. 25; Mayer/Kroiß/Rohn, RVG, 8. Aufl., § 18 Rn. 7; Gerold/Schmidt/von Eicken, BRAGO, 15. Aufl., § 57 Rn. 1; Riedel/Sußbauer/Keller, BRAGO, 8. Aufl., § 57 Rn. 1; aA Bräuer in Bischof/Jungbauer, RVG, 9. Aufl., Nr. 3311 VV Rn. 5). § 18 Abs. 1 Nr. 1 RVG (vormals § 18 Abs. 1 Nr. 3 RVG in der bis zum 31. August 2009 gültigen Fassung) ersetzt ohne Änderung in der Sache § 58 Abs. 1 BRAGO aF, während Nr. 3311 Nr. 1 VV RVG der Regelung des § 68 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO aF entspricht (vgl. BT-Drucks. 15/1971 S. 192, 216).

**[13]** bb) **Somit ist im Zwangsversteigerungsverfahren eigenständig nach den allgemeinen zu § 15 Abs. 2 RVG entwickelten Kriterien zu bestimmen, ob es sich bei einem gegen mehrere Schuldner gerichteten Antrag um mehrere Angelegenheiten oder um eine einheitliche Angelegenheit handelt.**

**[14]** (1) Zwar ist auch im Zwangsversteigerungsverfahren grundsätzlich von verschiedenen Angelegenheiten auszugehen, wenn der Rechtsanwalt in mehreren Verfahren tätig wird. **Es entspricht aber nahezu einhelliger Meinung, dass etwas anderes dann gilt, wenn der Rechtsanwalt mehrere Verfahren einleitet, deren Verbindung nach § 18 Alt. 3 ZVG möglich und geboten ist, weil sich der Antrag - wie hier - gegen die Miteigentümer eines Grundstücks richtet und die Vollstreckung wegen einer Forderung betrieben wird, für die diese als Gesamtschuldner haften;** dann handelt es sich um eine Angelegenheit und entsteht die 0,4-Gebühr nach Nr. 3311 VV RVG nur einmal (vgl. LG Münster, JurBüro 1980, 1687; LG Hamburg, AGS 2009, 479 m. zust. Anm. Schneider; AnwK-RVG/Mock, 9. Aufl., Vor VV Nr. 3311, 3312 Rn. 5, 13; Hergenröder in Baumgärtel/Hergenröder/Houben, RVG, 16. Aufl., § 18 Rn. 4; BeckOK RVG/Schneider [1.9.2021], Nr. 3311 VV Rn. 12, 23a; Gerold/Schmidt/Mayer, RVG, 25. Aufl., Nr. 3311, 3312 VV Rn. 6

f.; Göttlich/Mümmeler/Frankenberg, RVG, 7. Aufl., „Zwangsversteigerung“ Anm. 7; Sievers in Kindl/Meller-Hannich, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 4. Aufl., § 18 ZVG Rn. 19, 21; Mayer/Kroiß/Winkler, RVG, 8. Aufl., § 15 Rn. 90; Riedel/Sußbauer/Schütz, RVG, 10. Aufl., Nr. 3311, 3312 VV Rn. 6, 10; Stöber/Keller, ZVG, 22. Aufl., Einleitung Rn. 517; Toussaint, Kostenrecht, 52. Aufl., RVG VV 3311 Rn. 7; Wolf in Hintzen/Wolf, Zwangsvollstreckung, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Rn. 14.101 f.; Mock, VE 2020, 79 f.; Mümmeler, JurBüro 1980, 1687; i. Erg. auch Bräuer in Bischof/Jungbauer, RVG, 9. Aufl., Nr. 3311 VV Rn. 5; aA Meyer, JurBüro 1999, 73).

**[15]** (2) Diese Auffassung trifft zu.

**[16]** (a) **Der Auftrag, die Zwangsversteigerung zu betreiben, stellt sich in einem solchen Fall aufgrund der zu erwartenden Verfahrensverbinding als ein in einem einheitlichen Rahmen, innerhalb eines gerichtlichen Verfahrens zu besorgendes Geschäft dar.** Steht die Versteigerung von Miteigentumsanteilen an demselben Grundstück (im sachenrechtlichen Sinne) an, liegt eine Verbindung besonders nahe und ist für alle Beteiligten absehbar. Die Verfahrensverbinding nach § 18 ZVG soll nach der Intention des Gesetzgebers zur Verminderung der Kosten beitragen (vgl. Denkschrift in: Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung nebst dem Einführungsgesetze vom 24. März 1897, S. 61). Mit der erst nachträglich eingefügten dritten Fallvariante des § 18 ZVG wollte der Gesetzgeber zudem nicht nur eine kostengünstigere Vollstreckung, sondern auch eine wirksamere Gestaltung der Versteigerung von Miteigentumsanteilen ermöglichen. Dabei hatte er zwar insbesondere die Konstellation vor Augen, dass ein Grundstück insgesamt mit einem Grundpfandrecht belastet ist und deshalb bei einer Einzelversteigerung von Bruchteilen die Gefahr besteht, dass diese scheitert, weil das geringste Gebot den Verkehrswert des Bruchteils übersteigt (vgl. BT-Drucks. 8/693 S. 50). Auch bei der Vollstreckung wegen einer nicht dinglich gesicherten Forderung bietet die gemeinsame Versteigerung aber in aller Regel mehr Aussicht auf Erfolg, weil viele Bietinteressenten kein Interesse daran haben werden, nur einen einzelnen Miteigentumsanteil zu erwerben (vgl. Senat, Urteil vom 14. September 2018 - V ZR 138/17, ZfIR 2019, 147 Rn. 20). Die Versteigerung sämtlicher Miteigentumsanteile eines Grundstücks unterscheidet sich in der Sache zudem nicht wesentlich von der Versteigerung eines im Alleineigentum stehenden Grundstücks (vgl. Senat, Beschluss vom 29. Oktober 2020 - V ZB 13/20, WM 2021, 308 Rn. 7, 12). Daher ist in dieser Konstellation die Verbindung der Verfahren, über die das Vollstreckungsgericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden hat (Senat, Beschluss vom 22. März 2007 - V ZB 138/06, WM 2007, 1286 Rn. 16 mwN), möglich (§ 18 Alt. 3 ZVG) und regelmäßig auch geboten. Zum einen eröffnet sie den Beteiligten die Möglichkeit, nach § 63 Abs. 2

Satz 1 ZVG zu verlangen, dass neben dem Einzelausgebot der Miteigentumsanteile alle Anteile zusammen ausgedeutet werden (Gesamtausgebot). Zum anderen stellt sie sich als die günstigere Verfahrensweise im Hinblick auf Kosten und Gebühren dar. Letzteres wird besonders deutlich, wenn das Grundstück im Miteigentum einer großen Anzahl von Bruchteilseigentümern steht und diese als Gesamtschuldner in Anspruch genommen werden. Indem das Vollstreckungsgericht die Voraussetzungen für eine Verbindung nach den Vorgaben des § 18 Alt. 3 ZVG bejaht, wird zugleich der für eine gebührenrechtliche Angelegenheit notwendige Zusammenhang hergestellt (vgl. BGH, Beschluss vom 24. März 2016 - III ZB 116/15, NJW-RR 2016, 883 Rn. 7 zum Erkenntnisverfahren). Sieht das Gericht im Einzelfall - anders als hier - von einer Verbindung ab oder hebt es eine solche wieder auf, besteht umgekehrt allerdings keine Veranlassung (mehr), dieselbe gebührenrechtliche Angelegenheit anzunehmen, wenn das Gericht in Kenntnis der Voraussetzungen des § 18 ZVG gleichwohl getrennte Verfahren führt.

**[17] (b) Von einer Angelegenheit wäre selbst dann auszugehen, wenn der Rechtsanwalt - anders als hier - ausnahmsweise nicht gleichzeitig mit der Vollstreckung gegen die Miteigentümer beauftragt werden sollte;** nur eine Angelegenheit kann auch vorliegen, wenn ein erteilter Auftrag lediglich ergänzt wird (BGH, Urteil vom 6. Juni 2019 - I ZR 150/18, ZIP 2020, 242 Rn. 25; Urteil vom 27. Juli 2010 - VI ZR 261/09, NJW 2010, 3035 Rn. 22). Der Rechtsanwalt ist zudem generell gehalten, anstehende Verfahren seines Auftraggebers in ihrer objektiven Zusammengehörigkeit gebührenrechtlich als eine Angelegenheit zu behandeln und damit zu einer geringeren Kostenbelastung beizutragen (vgl. BGH, Beschluss vom 14. April 2010 - IV ZB 6/09, NJW 2010, 3377 Rn. 15 mwN).

**[18] (c) Der Umstand, dass die Schuldner unterschiedliche Einwendungen geltend machen können, rechtfertigt keine andere Bewertung.** Dies ist, worauf das Beschwerdegericht zutreffend hinweist, im Erkenntnisverfahren nicht anders, ohne dass deshalb ein mehrfacher Ansatz der Verfahrensgebühr für den Gläubigeranwalt vorgesehen wäre, der eine Klage gegen mehrere Schuldner einreicht. Wie bereits ausgeführt, schließt es das Vorliegen einer Angelegenheit i.S.v. § 15 Abs. 2 RVG weder aus, dass mehrere Gegenstände der anwaltlichen Tätigkeit einer getrennten Prüfung bedürfen, noch dass Forderungen gegenüber mehreren Schuldnern ein unterschiedliches rechtliches Schicksal haben können (vgl. allgemein BGH, Beschluss vom 24. März 2016 - III ZB 116/15, NJW-RR 2016, 883 Rn. 6 f.; Urteil vom 27. Juli 2010 - VI ZR 261/09, NJW 2010, 3035 Rn. 20 f.).

**[19] 3.** Das Vollstreckungsgericht hat mithin zu Recht eine 0,4 Verfahrensgebühr angesetzt und zwar aus dem einfachen Wert des zu vollstreckenden Gesamtbetrags (§ 26 Nr. 1 RVG),

weil die Schuldner gesamtschuldnerisch haften und sich insoweit eine Wertaddition nach § 22 Abs. 1 RVG verbietet (vgl. allgemein BGH, Beschluss vom 10. März 2011 - VII ZB 3/10, NJW-RR 2011, 933 Rn. 13 f.; aA Mock, VE 2020, 79 f.).

IV.

**[20]** Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Erstattung außergerichtlicher Kosten nach dieser Vorschrift kommt vorliegend in Betracht, weil sich die betreibende Gläubigerin und die Schuldner in Bezug auf die Frage, in welcher Höhe die Kosten erstattungsfähig und nach § 788 ZPO beizutreiben sind, in einem kontradiktorischen Verhältnis gegenüberstehen (vgl. Senat, Beschluss vom 15. März 2007 - V ZB 77/06, NJW-RR 2007, 955 Rn. 4 f.; Beschluss vom 25. Januar 2007 - V ZB 125/05, BGHZ 170, 378 Rn. 6 f.).

## Wiedereinsetzung

- Elektronisches Anwaltspostfach
- Bestätigung des Eingangs des elektronischen Dokuments
- Stichprobeweise Überprüfung

(BGH, Beschl. v. 11.5.2021 - VIII ZB 9/20)

### Leitsätze

1. Zum Eingang eines über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) eingereichten elektronischen Dokuments (hier: Berufungsbegründung) bei Gericht (§ 130a Abs. 5 Satz 1 ZPO; im Anschluss an BGH, Urteil vom 14. Mai 2020 - X ZR 119/18, WM 2021, 463 Rn. 8 ff.; Beschluss vom 25. August 2020 - VI ZB 79/19, NJW-RR 2020, 1519 Rn. 7).
2. Die anwaltlichen Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Übermittlung von fristgebundenen Schriftsätzen im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs per beA entsprechen denen bei Übersendung von Schriftsätzen per Telefax. Auch hier ist es unerlässlich, den Versandvorgang zu überprüfen. Die Überprüfung der ordnungsgemäßen Übermittlung erfordert dabei die Kontrolle, ob die Bestätigung des Eingangs des elektronischen Dokuments bei Gericht nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO erteilt wurde. Hat der Rechtsanwalt eine solche Eingangsbestätigung erhalten, besteht Sicherheit darüber, dass der Sendevorgang erfolgreich war. Bleibt sie dagegen aus, muss dies den Rechtsanwalt zur Überprüfung und gegebenenfalls erneuten Übermittlung veranlassen (im Anschluss an BAG, Beschluss vom 7. August 2019 - 5 AZB 16/19, BAGE 167, 221 Rn. 20 mwN [zu der mit § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO gleichlautenden Vorschrift des § 46c Abs. 5 Satz 2 ArbGG]).
3. Versendet ein Rechtsanwalt fristwahrende Schriftsätze über das beA an das Gericht, hat er in seiner Kanzlei das zuständige Personal dahingehend anzuweisen, dass stets der Erhalt der automatisierten Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO zu kontrollieren ist. Er hat zudem diesbezüglich zumindest stichprobenweise Überprüfungen durchzuführen (im Anschluss an BAG, Beschluss vom 7. August 2019 - 5 AZB 16/19, aaO Rn. 23 mwN).

### Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung von 5.218,53 € im Zusammenhang mit einem Gebrauchtwagenkauf in Anspruch. Die Klage hat in erster Instanz keinen Erfolg gehabt.

[2] Gegen das ihrer Prozessbevollmächtigten am 10. Juli 2019 zugestellte Urteil des Landgerichts hat die Klägerin rechtzeitig

Berufung eingelegt. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 24. Oktober 2019, die der Prozessbevollmächtigten der Klägerin am 29. Oktober 2019 zugestellt worden ist, hat das Berufungsgericht darauf hingewiesen, dass eine Berufungsbegründungsschrift bis zum Ablauf der Frist zur Berufungsbegründung nicht eingegangen sei und deshalb von der Unzulässigkeit der Berufung ausgegangen werde. Die Klägerin hat daraufhin mit Schriftsatz vom 4. November 2019, der beim Berufungsgericht am Folgetag eingegangen ist, wegen Versäumnung der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und die Berufung zugleich begründet.

[3] Zur Begründung des Antrags auf Wiedereinsetzung hat sie - unter Beifügung verschiedener Auszüge aus dem Protokoll des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs (im Folgenden beA) ihrer Prozessbevollmächtigten - ausgeführt, die bei letzterer seit vier Jahren beschäftigte Rechtsanwaltsfachangestellte habe die Berufungsbegründung am 10. September 2019 fristgerecht per beA an das Berufungsgericht versandt. An diesem Tag seien vier weitere Übermittlungen erfolgt, die ohne Beanstandung geblieben seien. Alle Nachrichten seien laut Protokoll an das beA übermittelt worden. Ihre Prozessbevollmächtigte nutze das beA seit März 2019 täglich, ohne dass es bei der Übersendung von bisher 170 Nachrichten zu Beanstandungen gekommen sei. Für das Büropersonal gebe es die Arbeitsanweisung, dass eine Frist aus dem Fristenkalender "erst nach Überprüfung der Erledigung und Anweisung durch die" Prozessbevollmächtigte der Klägerin gestrichen werden dürfe. Beim Versand von Nachrichten über das beA erfolge eine Überprüfung "insbesondere hinsichtlich Versand und Fehlermeldungen". Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall erfüllt worden. Fehler seien hierbei nicht zu erkennen gewesen.

[4] Das Berufungsgericht hat daraufhin eine dienstliche Stellungnahme der Berufungseingangsgeschäftsstelle eingeholt. Darin hat die zuständige Mitarbeiterin dieser Geschäftsstelle erklärt, sie habe gemeinsam mit einer Mitarbeiterin des I. Fachzentrums das Programm der elektronischen Akte ("e-Akte") nach der Berufungsbegründung durchsucht. Für den 10. September 2019 sei jedes eingegangene Datenpaket überprüft worden. Ein Eingang aus der Kanzlei der Prozessbevollmächtigten der Klägerin habe nicht aufgefunden werden können.

[5] Ohne der Klägerin diese dienstliche Stellungnahme zur Kenntnis zu geben, hat das Berufungsgericht danach die automatisierte Bestätigung über den Zeitpunkt des Eingangs der Berufungsbegründung (§ 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO) bei der Prozessbevollmächtigten der Klägerin angefordert. In dem von dieser sodann übersandten Übermittlungsprotokoll befindet sich unter dem Abschnitt "Zusammenfassung Prüfprotokoll", Unterpunkt "Meldungstext", die Angabe:

"Die Nachricht konnte nicht an den Intermediär des Empfängers übermittelt werden."

und unter dem Unterpunkt "Übermittlungsstatus" außerdem die Angabe:

[6] "Fehlerhaft".

[7] Das Berufungsgericht hat daraufhin den Antrag der Klägerin auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat es, soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

[8] Die Berufung sei unzulässig, weil sie nicht rechtzeitig innerhalb der Berufungsbegründungsfrist bis zum 10. September 2019, sondern erst am 5. November 2019 begründet worden sei. Dies ergebe sich aus der dienstlichen Stellungnahme der Berufungseingangsgeschäftsstelle und dem durch die Prozessbevollmächtigte der Klägerin eingereichten Übermittlungsprotokoll.

[9] Der Klägerin sei auch nicht auf ihren Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Der Wiedereinsetzungsantrag sei zwar zulässig, aber unbegründet. Die Klägerin sei nicht ohne Verschulden gehindert gewesen, die Frist zur Begründung der Berufung einzuhalten. Sie müsse sich das Verschulden ihrer Prozessbevollmächtigten gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen.

[10] Gemäß § 130a Abs. 5 Satz 1 ZPO sei ein elektronisches Dokument bei Gericht eingegangen, sobald es auf der für den Empfang bestimmten Einrichtung des Gerichts gespeichert sei. Dem Absender sei gemäß § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO eine automatisierte Bestätigung über den Zeitpunkt des Eingangs zu erteilen. Eine solche Bestätigung habe die Prozessbevollmächtigte der Klägerin nicht erhalten. Vielmehr sei ihr angezeigt worden, dass die Übermittlung nicht durchgeführt werden können.

[11] Bei der Übermittlung fristgebundener Schriftsätze im elektronischen Rechtsverkehr müsse der Rechtsanwalt kontrollieren, ob er die elektronische Bestätigung über den Zeitpunkt des Eingangs nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO erhalten habe. Bei Ausbleiben dieser Eingangsbestätigung müsse er eine Überprüfung und gegebenenfalls eine erneute Übermittlung veranlassen. Insoweit sei die automatisierte Empfangsbestätigung mit dem Sendeprotokoll eines Telefaxes vergleichbar. Aus dem Vorbringen der Klägerin ergebe sich, dass weder ihrer Prozessbevollmächtigten noch deren Personal bewusst gewesen sei, dass es auf die automatisierte Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO entscheidend ankomme.

Dementsprechend genüge auch die oben genannte Arbeitsanweisung der Prozessbevollmächtigten der Klägerin diesen Anforderungen nicht.

[12] Die Prozessbevollmächtigte der Klägerin oder deren Mitarbeiterin hätten insbesondere nicht aufgrund des Vermerks im beA-Protokoll "Die Ausgangsnachricht S. ./ R. wurde an beA übertragen" sowie des oberhalb des Abschnitts "Zusammenfassung Prüfprotokoll" befindlichen Vermerks "Zugegangen: 10.09.2019 11:48" annehmen dürfen, dass die Berufungsbegründung ordnungsgemäß an das Berufungsgericht übersandt worden sei. Denn die Vermerke hätten ersichtlich die Übermittlung an das beA der Bundesrechtsanwaltskammer, nicht die weitere Übermittlung an das Berufungsgericht betroffen.

[13] Es komme auch nicht darauf an, ob der Übermittlungsfehler an den Intermediär-Server des Empfängers außerhalb des Wirkungskreises der Prozessbevollmächtigten der Klägerin gelegen habe. Denn bei pflichtgemäßer Überprüfung hätte, da die Übermittlung bereits gegen Mittag versucht worden sei, noch ausreichend Zeit zur Verfügung gestanden, um die Berufungsbegründung bei erneutem Fehlschlagen der elektronischen Übermittlung stattdessen per Telefax fristwahrend an das Berufungsgericht zu übermitteln.

[14] Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Rechtsbeschwerde.

#### Aus den Gründen:

[15] Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthafte und auch den Form- und Fristanforderungen genügende Rechtsbeschwerde ist unzulässig. Die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO, die auch bei einer Rechtsbeschwerde gegen einen die Wiedereinsetzung ablehnenden und die Berufung als unzulässig verwerfenden Beschluss gewahrt sein müssen (siehe nur Senatsbeschlüsse vom 14. April 2020 - VIII ZB 27/19, juris Rn. 1 mwN; vom 20. März 2018 - VIII ZB 31/17, juris Rn. 1), sind nicht erfüllt.

[16] Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert sie eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde wirft der angefochtene Beschluss weder entscheidungserhebliche klärungsbedürftige Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auf noch verletzt er die verfassungsrechtlich verbürgten Ansprüche der Klägerin auf effektiven Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip) und auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG).

**[17]** 1. Die von der Rechtsbeschwerde als klärungsbedürftig angesehene Rechtsfrage, ob ein elektronisches Dokument (§ 130a ZPO) bereits dann bei Gericht eingegangen sei, wenn es auf dem zentralen Intermediär-Server des Elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfaches (EGVP), über den auch Nachrichten per beA zugestellt würden, eingegangen sei, auch wenn das Gericht auf das Dokument keinen Zugriff habe, ist schon nicht entscheidungserheblich. Denn das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Berufungsbeurteilungsschrift (auch) auf dem Intermediär-Server des Berufungsgerichts nicht eingegangen ist.

**[18]** Zudem ist die vorgenannte Rechtsfrage - wie die Rechtsbeschwerdeerwiderung zutreffend geltend macht - mittlerweile höchstrichterlich geklärt. **Nach § 130a Abs. 5 Satz 1 ZPO ist ein elektronisches Dokument eingegangen, sobald es auf der für den Empfang bestimmten Einrichtung des Gerichts gespeichert ist.** Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 14. Mai 2020 (X ZR 119/18, WM 2021, 463 Rn. 8-13 und Ls. 1) - nach Erlass des angegriffenen Beschlusses des Berufungsgerichts und in Abgrenzung zu dem von der Rechtsbeschwerde angeführten Beschluss des Bundesfinanzhofs vom 5. Juni 2019 (BFHE 264, 409) - entschieden, dass ein über das beA eingereichtes elektronisches Dokument wirksam bei Gericht eingegangen ist, wenn es auf dem für dieses eingerichteten Empfänger-Intermediär im Netzwerk für das elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) gespeichert worden ist. Ob es von dort aus rechtzeitig an andere Rechner innerhalb des Gerichtsnetzes weitergeleitet oder von solchen Rechnern abgeholt werden konnte, ist demgegenüber unerheblich (ebenso BGH, Beschluss vom 25. August 2020- VI ZB 79/19, NJW-RR 2020, 1519 Rn. 7, und zuvor bereits Bacher, NJW 2015, 2753, 2756; siehe auch MünchKommZPO/Fritsche, 6. Aufl., § 130a Rn. 19; BeckOK-ZPO/von Selle, Stand: 1. März 2021, § 130a Rn. 22; Müller, NZA 2019, 1120, 1121 ff.; jeweils mwN).

**[19]** 2. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ergibt sich eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache auch nicht aus der weiteren von ihr für klärungsbedürftig erachteten Rechtsfrage, ob der Prozessbevollmächtigte einer Partei verpflichtet sei, den Eingang eines per beA versandten Schriftsatzes bei Gericht anhand der Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO zu überprüfen.

**[20]** Der Rechtsbeschwerde gelingt es, wie die Rechtsbeschwerdeerwiderung zutreffend ausführt, bereits nicht aufzuzeigen, aus welchen Gründen, in welchem Umfang und von welcher Seite diese Rechtsfrage umstritten ist (vgl. zu diesem Erfordernis Senatsbeschlüsse vom 2. Juli 2019 - VIII ZR 74/18, NJW-RR 2019, 1202 Rn. 10; vom 9. Juni 2020 - VIII ZR 315/19, NJW 2020, 3312 Rn. 9; jeweils mwN). Die genannte Rechts-

frage ist vielmehr - entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde - durch den in der angegriffenen Entscheidung angeführten Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 7. August 2019 (BAGE 167, 221) in dem vom Berufungsgericht angenommenen Sinne höchstrichterlich geklärt.

**[21] a) Nach dieser Rechtsprechung, die der Senat für überzeugend erachtet, entsprechen die anwaltlichen Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Übermittlung von fristgebundenen Schriftsätzen im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs per beA denen bei Übersendung von Schriftsätzen per Telefax.** Auch hier ist es unerlässlich, den Versandvorgang zu überprüfen (BAGE 167, 221 Rn. 20 mwN [zu der mit § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO gleichlautenden Vorschrift des § 46c Abs. 5 Satz 2 ArbGG]; ebenso OLG Saarbrücken, NJW-RR 2020, 183 Rn. 11 [zu § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO]; OVG Magdeburg, NJW 2019, 3663 Rn. 8 f.; [zu der mit den vorbezeichneten Bestimmungen ebenfalls gleichlautenden Vorschrift des § 55a Abs. 5 Satz 2 VwGO]; BeckOK-ZPO/Wendtland, Stand: 1. März 2021, § 233 Rn. 36; siehe auch Günther, NJW 2020, 1785, 1786).

**[22] b) Die Überprüfung der ordnungsgemäßen Übermittlung erfordert dabei die Kontrolle, ob die Bestätigung des Eingangs des elektronischen Dokuments bei Gericht nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO erteilt wurde** (vgl. BAGE, aaO [zu § 46c Abs. 5 Satz 2 ArbGG]; ebenso OLG Koblenz, NJW 2020, 1823 Rn. 5 f. [zu § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO]; OVG Magdeburg, aaO; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 11. November 2020 - OVG 6 S 49/20, juris Rn. 7 [jeweils zu § 55a Abs. 5 Satz 2 VwGO]; VerfGH Rheinland-Pfalz, NJW 2020, 604 Rn. 8 [zu § 11a Abs. 2 VerfGHG RP]; jeweils mwN; Bacher, NJW 2015, 2753, 2756; Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl., § 130a Rn. 14; BeckOK-ZPO/Wendtland, aaO; jurisPK-ERV/Müller, Band 2, Stand: 6. Mai 2021, § 130a ZPO Rn. 143 ff.). Die Eingangsbestätigung soll dem Absender unmittelbar und ohne weiteres Eingreifen eines Justizbediensteten Gewissheit darüber verschaffen, ob die Übermittlung an das Gericht erfolgreich war oder ob weitere Bemühungen zur erfolgreichen Übermittlung des elektronischen Dokuments erforderlich sind (BAGE, aaO; BT-Drucks. 17/12634, S. 26; ebenso BeckOK-ZPO/von Selle, Stand: 1. März 2021, § 130a Rn. 23).

**[23]** Hat der Rechtsanwalt eine **Eingangsbestätigung** nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO erhalten, besteht Sicherheit darüber, dass der Sendevorgang erfolgreich war. **Bleibt sie dagegen aus, muss dies den Rechtsanwalt zur Überprüfung und gegebenenfalls erneuten Übermittlung veranlassen** (vgl. BAGE, aaO; ebenso OVG Magdeburg, aaO Rn. 9; jeweils mwN; Bacher, aaO; BeckOK-ZPO/Wendtland, aaO; Zöller/Greger, aaO; Günther, NJW 2020, 1785, 1786).

**[24] c) Weiter ist durch die vorgenannte höchstrichterliche Rechtsprechung, die der Senat auch insoweit für überzeugend erachtet, geklärt, dass ein Rechtsanwalt, wenn er fristwahrende Schriftsätze über das beA an das Gericht versendet, in seiner Kanzlei das zuständige Personal dahingehend anzuweisen hat, dass stets der Erhalt der automatisierten Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO zu kontrollieren ist.** Er hat zudem diesbezüglich zumindest stichprobenweise Überprüfungen durchzuführen (vgl. BAGE, aaO Rn. 23 mwN und Ls.; ebenso BeckOK-ZPO/Wendtland, aaO; siehe auch Günther, aaO).

**[25] d)** Die Rechtsbeschwerde versucht vergeblich, einen trotz der genannten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts - und der hiermit übereinstimmenden Rechtsprechung der Instanzgerichte und der Literatur – fortbestehenden Klärungsbedarf (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 3. Juli 2018 - VIII ZR 227/16, RdE 2018, 529 Rn. 7 mwN) daraus herzuleiten, dass dem Beschluss des Bundesarbeitsgerichts ein Fall zugrunde gelegen habe, in dem die automatisierte Bestätigung über den Zeitpunkt des Eingangs des elektronischen Dokuments ausgeblieben sei, während sich im vorliegenden Fall aus dem von der Prozessbevollmächtigten der Klägerin vorgelegten Unterlagen ergebe, dass sie eine solche Bestätigung erhalten habe.

**[26]** Die Rechtsbeschwerde lässt hierbei schon im Ausgangspunkt außer Betracht, dass das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler zu der - gegenteiligen - Beurteilung gelangt ist, die Prozessbevollmächtigte der Klägerin habe eine automatisierte Bestätigung über den Zeitpunkt des Eingangs nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO für die als elektronisches Dokument übersandte Berufungsbegründung gerade nicht erhalten, sondern sich aus dem von ihr vorgelegten Übermittlungsprotokoll vielmehr ergebe, dass die Nachricht nicht an den Intermediär des Empfängers habe übermittelt werden können. Übergangenen Sachvortrag, dem der Erhalt einer automatisierten Bestätigung über den Zeitpunkt des Eingangs nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO zu entnehmen wäre, zeigt die Rechtsbeschwerde nicht auf. Sie setzt vielmehr lediglich ihre eigene Würdigung des vorgelegten Übermittlungsprotokolls an die Stelle der rechtsfehlerfreien Würdigung des Berufungsgerichts. Damit kann sie nicht durchdringen.

**[27]** 3. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde verletzt der angefochtene Beschluss auch nicht die Verfahrensgrundrechte der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) und wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip).

**[28] a)** Danach darf einer Partei die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht aufgrund von Anforderungen an die Sorgfaltspflichten ihres Prozessbevollmächtigten versagt werden, die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht verlangt

werden beziehungsweise die den Parteien den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren (st. Rspr.; vgl. BVerfG, NZA 2016, 122 Rn. 9 ff.; BGH, Beschlüsse vom 8. Januar 2013 - VI ZB 78/11, NJW-RR 2013, 506 Rn. 6; vom 4. November 2014 - VIII ZB 38/14, NJW 2015, 253 Rn. 6; vom 1. März 2016 - VIII ZB 57/15, NJW 2016, 2042 Rn. 12; vom 12. Juli 2016 - VIII ZB 55/15, WuM 2016, 632 Rn. 1; vom 9. Mai 2017 - VIII ZB 69/16, NJW 2017, 2041 Rn. 9; vom 4. September 2018 - VIII ZB 70/17, NJW-RR 2018, 1325 Rn. 9; vom 16. Juli 2019 - VIII ZB 71/18, juris Rn. 8; vom 29. Oktober 2019 - VIII ZB 103/18 und VIII ZB 104/18, juris Rn. 9; vom 22. September 2020 - II ZB 2/20, juris Rn. 6; jeweils mwN).

**[29] b)** Ausgehend von diesen Grundsätzen liegt eine Verletzung der vorgenannten Verfahrensgrundrechte der Klägerin nicht vor.

**[30] aa)** Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zu Recht gemäß § 522 Abs. 1 Satz 2 ZPO als unzulässig verworfen, weil die Klägerin sie entgegen § 520 Abs. 2 ZPO nicht rechtzeitig begründet hat.

**[31] (1)** Im Rahmen der von Amts wegen vorzunehmenden Prüfung der Zulässigkeit der Berufung (§ 522 Abs. 1 Satz 1 ZPO) ist es Aufgabe des Berufungsführers - hier also der Klägerin -, den rechtzeitigen Eingang der Berufung und der Berufungsbegründung zu beweisen (vgl. Senatsbeschlüsse vom 28. Januar 2020 - VIII ZB 39/19, NJW-RR 2020, 499 Rn. 13; vom 8. Oktober 2013 - VIII ZB 13/13, NJW-RR 2014, 179 Rn. 10 mwN). Die Klägerin beruft sich darauf, die Berufungsbegründung vom 4. September 2019 sei bereits am 10. September 2019 per beA bei dem Berufungsgericht eingegangen. Vorliegend erbringt jedoch gemäß § 418 Abs. 1 ZPO der - hier auf den 5. November 2019 lautende - gerichtliche Eingangsstempel den vollen Beweis für einen erst an diesem Tag erfolgten - und damit verspäteten - Eingang der Berufungsbegründung (vgl. Senatsbeschlüsse vom 28. Januar 2020 - VIII ZB 39/19, aaO; vom 8. Oktober 2013 - VIII ZB 13/13, aaO; BGH, Urteil vom 2. November 2006 - III ZR 10/06, NJW 2007, 603 Rn. 5).

**[32] (2)** Die Annahme des Berufungsgerichts, die Berufungsbegründung sei nicht bereits am 10. September 2019, sondern erst am 5. November 2019 eingegangen, ist danach nicht zu beanstanden. Aus dem von der Klägerin übersandten Übermittlungsprotokoll ergibt sich insbesondere, dass die Berufungsbegründung am 10. September 2019 nicht an den Intermediär-Server des Berufungsgerichts übermittelt werden konnte, also nicht auf diesem eingegangen ist.

**[33]** Anders als die Rechtsbeschwerde meint, hat die Prozessbevollmächtigte der Klägerin aus diesem Grund - wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat - die nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO zu erteilende Bestätigung des Eingangs der Berufungsbegründung auch nicht erhalten und konnte diese daher beim Berufungsgericht auf dessen Anforderung nicht vorlegen. Wäre eine Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO an die Prozessbevollmächtigte der Klägerin übermittelt worden, hätte das beA an den hier in Rede stehenden Stellen des von ihr vorgelegten Übermittlungsprotokolls unter dem Abschnitt "Zusammenfassung Prüfprotokoll", Unterpunkt "Meldungstext", statt der vorliegend erfolgten Meldung "die Nachricht konnte nicht an den Intermediär des Empfängers übermittelt werden" die Meldung "request executed" und unter dem Unterpunkt "Übermittlungsstatus" statt der Meldung "fehlerhaft" die Meldung "erfolgreich" angezeigt (vgl. hierzu BRAK, beA-Newsletter 31/2019, "Wo findet man Eingangsbestätigung, Prüf- und Übermittlungsprotokoll?", abrufbar über das beA-Newsletter Archiv unter <https://www.brak.de/bea-newsletter/>; siehe auch BRAK, beA-Newsletter 27/19, "Dem Fehlerteufel ein Schnippen schlagen", aaO, sowie Günther, NJW 2020, 1785, 1786 und 1787).

**[34]** Da die Tatsache der gescheiterten Übermittlung an den Intermediär-Server des Berufungsgerichts im Einklang mit dem Inhalt der dienstlichen Stellungnahme der Berufungseingangsgeschäftsstelle steht, wonach das Programm der elektronischen Akte nach der Berufungsbegründung durchsucht worden und in diesem Zusammenhang jedes für den 10. September 2019 eingegangene Datenpaket überprüft worden sei, ein Eingang aus der Kanzlei der Prozessbevollmächtigten der Klägerin aber nicht habe aufgefunden werden können, war - entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde - auch eine weitergehende Sachverhaltsaufklärung durch das Berufungsgericht nicht angezeigt.

**[35]** Zwar ist es - worauf die Rechtsbeschwerde zutreffend hinweist - zunächst Sache des Gerichts, bei gerichtlichen Vorgängen, in die der Außenstehende in der Regel keinen Einblick und damit keinen Anhaltspunkt für etwaige Fehlerquellen hat, die insoweit zur Aufklärung nötigen Maßnahmen zu ergreifen (Senatsbeschluss vom 8. Oktober 2013 - VIII ZB 13/13, NJW-RR 2014, 179 Rn. 14; siehe auch Senatsbeschlüsse vom 11. Januar 2011 - VIII ZB 44/10, juris Rn. 10; vom 28. Januar 2020 - VIII ZB 39/19, NJW-RR 2020, 499 Rn. 14; jeweils mwN).

**[36]** Im vorliegenden Fall haben sich aber Anhaltspunkte dafür, dass die Übermittlung der Berufungsbegründung an gerichtlichen Vorgängen gescheitert ist, nicht ergeben. Denn auch wenn der Intermediär-Server nach der oben (unter II 1) dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bereits

der Sphäre des Berufungsgerichts zuzurechnen ist, werden Anhaltspunkte dafür, dass die Übertragung hier aufgrund eines Fehlers des Intermediär-Servers gescheitert sein könnte, etwa weil dieser fehlerhaft nicht empfangsbereit gewesen wäre, von der Rechtsbeschwerde jedenfalls nicht aufgezeigt und sind auch sonst nicht ersichtlich.

**[37]** (3) Ebenfalls ohne Erfolg rügt die Rechtsbeschwerde, das Berufungsgericht hätte in diesem Zusammenhang der Bedeutung mehrerer von der Berufungseingangsgeschäftsstelle im Rahmen ihrer dienstlichen Stellungnahme verwendeter, nicht ohne weiteres verständlicher Fachbegriffe nachgehen müssen sowie weitere Ermittlungen im Hinblick auf den genauen Ablauf der in der vorgenannten Stellungnahme beschriebenen Suche nach dem Eingang der Berufungsbegründung sowie in Bezug auf die fachliche Qualifikation der an dieser Suche Beteiligten anstellen müssen. Das Berufungsgericht durfte rechtsfehlerfrei auch ohne die von der Rechtsbeschwerde vermissten weiteren Aufklärungsmaßnahmen annehmen, dass sich aus der dienstlichen Stellungnahme jedenfalls zweifelsfrei ergibt, dass ein Eingang der Berufungsbegründung für den von der Klägerin vorgetragene 10. September 2019 durch die mit der Kontrolle des Eingangs betraute Berufungseingangsgeschäftsstelle nicht festgestellt werden konnte. An der Richtigkeit dieser Mitteilung musste das Berufungsgericht schon deshalb keine ernsthaften Zweifel haben, weil sie mit der im Übermittlungsprotokoll enthaltenen beA-Meldung im Einklang steht, wonach die Übermittlung dieses Schriftsatzes fehlgeschlagen war. Der Rechtsbeschwerde gelingt es dementsprechend auch nicht, greifbare Anhaltspunkte aufzuzeigen, die geeignet wären, ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit des Inhalts der dienstlichen Stellungnahme zu begründen.

**[38]** (4) Vergeblich rügt die Rechtsbeschwerde in diesem Zusammenhang zudem, das Berufungsgericht habe den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt, indem es ihr die dienstliche Stellungnahme der Berufungseingangsgeschäftsstelle nicht zur Kenntnis gegeben und ihr hierdurch die Möglichkeit genommen habe, auf die - aus ihrer Sicht bestehenden - Unzulänglichkeiten dieser Stellungnahme hinzuweisen und insoweit Zeugenbeweis anzubieten.

**[39]** (a) Zwar trifft es zu, dass - wie die Rechtsbeschwerde meint - eine Gehörsverletzung (Art. 103 Abs. 1 GG) grundsätzlich auch dann anzunehmen ist, wenn das Gericht - wie vorliegend - eine dienstliche Äußerung, auf die es seine Entscheidung stützt, den Parteien nicht zur Kenntnis gibt. Denn eine Art. 103 Abs. 1 GG genügende Gewährung rechtlichen Gehörs setzt voraus, dass die Verfahrensbeteiligten bei Anwendung der von ihnen zu verlangenden Sorgfalt zu erkennen vermögen, auf welchen Tatsachenvortrag es für die gerichtliche Entscheidung ankommen kann. Dementsprechend ist das

Gericht zur Information der Parteien über den gesamten Tatsachenstoff verpflichtet, den es im Rahmen seiner Entscheidung verwenden will (vgl. Senatsurteil vom 12. Dezember 2012 - VIII ZR 307/11, NJW 2013, 387 Rn. 32 mwN; BGH, Beschlüsse vom 9. Juli 2019 - KZR 110/18, NZKart 2019, 490 Rn. 8; vom 11. April 2013 - I ZB 93/11, juris Rn. 16; BVerfG NJW 2019, 2532 Rn. 12; BVerfG, Beschluss vom 20. September 2012 - 1 BvR 1633/09, juris Rn. 11; BVerfGE 84, 188, 190; jeweils mwN). Auch dienstliche Äußerungen dürfen hierbei nicht zurückgehalten werden (BVerfGE 89, 28, 35 mwN).

[40] (b) Die Rechtsbeschwerde vermag jedoch nicht darzulegen, dass diese Gehörsverletzung entscheidungserheblich geworden ist. Denn auf die Einwendungen der Rechtsbeschwerde, die sie nach ihrem Vorbringen bei Kenntnis des Inhalts der dienstlichen Stellungnahme hiergegen erhoben hätte, kommt es - wie dargestellt - nicht entscheidend an. Das Berufungsgericht hat mit selbständig tragender und rechtsfehlerfreier Begründung angenommen, dass sich aus dem von der Klägerin vorgelegten Übermittlungsprotokoll auch für sich genommen - unabhängig von dem Inhalt der dienstlichen Stellungnahme der Berufungseingangsgeschäftsstelle - zweifelsfrei ergibt, dass die Berufungsbegründung - wegen Fehlschlagens der Übermittlung - nicht innerhalb der Berufungsbegründungsfrist eingegangen ist.

[41] bb) Zu Recht hat das Berufungsgericht auch den Wiedereinsetzungsantrag der Klägerin zurückgewiesen, da deren Prozessbevollmächtigte die Frist zur Begründung der Berufung deshalb schuldhaft versäumt hat, weil sie ihren anwaltlichen Organisationspflichten bei der Ausgangskontrolle fristgebundener Schriftsätze nicht hinreichend nachgekommen ist.

[42] Nach § 233 ZPO ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unter anderem zu gewähren, wenn eine Partei ohne ihr Verschulden verhindert war, die Berufungsbegründungsfrist einzuhalten. Das Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten ist der Partei zuzurechnen (§ 85 Abs. 2 ZPO). Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann nicht gewährt werden, wenn nach den seitens der Partei glaubhaft gemachten Tatsachen (§ 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO) zumindest die Möglichkeit besteht, dass die Fristversäumnis von der Partei beziehungsweise ihrem Prozessbevollmächtigten verschuldet war (vgl. BGH, Beschlüsse vom 20. Oktober 2020 - VIII ZA 15/20, juris Rn. 14; vom 20. August 2019 - VIII ZB 19/18, NJW 2019, 3310 Rn. 15; vom 6. April 2011 - XII ZB 701/10, NJW 2011, 1972 Rn. 8; vom 8. April 2014 - VI ZB 1/13, NJW 2014, 2047 Rn. 7; jeweils mwN).

[43] Dies ist hier der Fall. Die Fristversäumung beruhte auf einem der Klägerin gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnenden anwaltlichen Organisationsmangel bei der Ausgangskontrolle in der Kanzlei ihrer Prozessbevollmächtigten.

[44] (1) Ein Rechtsanwalt hat durch organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig gefertigt und innerhalb der laufenden Frist beim zuständigen Gericht eingeht. Hierzu hat er grundsätzlich sein Möglichstes zu tun, um Fehlerquellen bei der Eintragung und Behandlung von Rechtsmittelfristen auszuschließen (BGH, Beschlüsse vom 17. März 2020 - VI ZB 99/19, NJW 2020, 1809 Rn. 8; vom 29. Oktober 2019 - VIII ZB 103/18 und VIII ZB 104/18, NJW-RR 2020, 52 Rn. 11; vom 4. November 2014 - VIII ZB 38/14, NJW 2015, 253 Rn. 8; vom 2. Februar 2010 - XI ZB 23/08 und XI ZB 24/08, NJW 2010, 1363 Rn. 11; jeweils mwN).

[45] Zu diesem Zweck hat er seine Ausgangskontrolle so zu organisieren, dass im Fristenkalender vermerkte Fristen erst dann gestrichen oder anderweitig als erledigt gekennzeichnet werden, wenn die fristwahrende Maßnahme tatsächlich durchgeführt, der Schriftsatz also gefertigt und abgesandt oder zumindest postfertig gemacht, die weitere Beförderung der ausgehenden Post also organisatorisch zuverlässig vorbereitet worden ist. Fristen im Kalender sind grundsätzlich erst zu streichen oder als erledigt zu kennzeichnen, nachdem anhand der Akte geprüft wurde, dass zweifelsfrei nichts mehr zu veranlassen ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 17. März 2020 - VI ZB 99/19, aaO; vom 29. Oktober 2019 - VIII ZB 103/18 und VIII ZB 104/18, aaO Rn. 12; jeweils mwN).

[46] (2) Bei der Übermittlung fristwahrender Schriftsätze mittels beA ist dabei nach den oben (unter II 2 a bis c) im Einzelnen dargestellten Grundsätzen - ebenso wie im vergleichbaren Fall der Übermittlung mittels Telefax - zu überprüfen, ob die Übermittlung vollständig und an den richtigen Empfänger erfolgt ist (vgl. BAGE 167, 221 Rn. 20 mwN [zu der mit § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO gleichlautenden Vorschrift des § 46c Abs. 5 Satz 2 ArbGG]; BGH, Beschlüsse vom 24. Januar 2019 - I ZB 47/18, juris Rn. 10; vom 18. Februar 2016 - V ZB 86/15, NJW-RR 2016, 636 Rn. 7; vom 12. Mai 2016 - V ZB 135/15, NJW 2016, 3789 Rn. 28 mwN [jeweils zur Übermittlung mittels Telefax]; ebenso OLG Saarbrücken, NJW-RR 2020, 183 Rn. 11 [zu § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO]; OVG Magdeburg, NJW 2019, 3663 Rn. 8 f. [zu der gleichlautenden Vorschrift des § 55a Abs. 5 Satz 2 VwGO]; BeckOK-ZPO/Wendtland, Stand: 1. März 2021, § 233 Rn. 36; siehe auch Günther, NJW 2020, 1785, 1786).

[47] Die Überprüfung der ordnungsgemäßen Übermittlung erfordert dabei die Kontrolle, ob die Bestätigung des Eingangs des elektronischen Dokuments bei Gericht gemäß nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO erteilt wurde (vgl. BAGE, aaO; OLG Koblenz, NJW 2020, 1823 Rn. 5 f.; OVG Magdeburg, aaO; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 11. November 2020 - OVG 6 S 49/20, juris Rn. 7 [zu § 55a Abs. 5 Satz 2 VwGO]; VerfGH Rheinland-Pfalz, NJW 2020, 604 Rn. 8 [zu § 11a Abs. 2 Ver-

fGHG RP]; jeweils mwN; Bacher, NJW 2015, 2753, 2756; jurisPK-ERV/Müller, Band 2, Stand: 6. Mai 2021, § 130a ZPO Rn. 143 ff.; BeckOK-ZPO/Wendtland, aaO).

**[48]** Hat der Rechtsanwalt eine Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO erhalten, besteht Sicherheit darüber, dass der Sendevorgang erfolgreich war. Bleibt sie dagegen aus, muss dies den Rechtsanwalt zur Überprüfung und gegebenenfalls erneuten Übermittlung veranlassen (vgl. BAGE, aaO; ebenso OVG Magdeburg, aaO Rn. 9; jeweils mwN; Bacher, aaO; BeckOK-ZPO/Wendtland, aaO; Zöller/Greger, aaO; Günther, NJW 2020, 1785, 1786).

**[49]** (3) Dass eine solche Kontrolle integraler Bestandteil der organisatorischen Abläufe in der Kanzlei der Prozessbevollmächtigten der Klägerin ist, hat diese weder vorgetragen noch glaubhaft gemacht. Aus den - im Hinblick auf die Kanzleiorganisation auch nicht glaubhaft gemachten - Ausführungen der Klägerin ergibt sich zwar, dass in der Kanzlei ihrer Prozessbevollmächtigten die Anweisung bestehe, eine Frist aus dem Fristenkalender "erst nach Überprüfung der Erledigung und Anweisung durch die" Prozessbevollmächtigte zu streichen, wobei beim Versand von Nachrichten über das beA eine Überprüfung "insbesondere hinsichtlich Versand und Fehlermeldungen" erfolge.

**[50]** Hieraus ergibt sich indes nicht, wie die Überprüfung hinsichtlich "Versand und Fehlermeldungen" im Rahmen der Kanzleiorganisation genau erfolgt, insbesondere ob diese eine ordnungsgemäße Prüfung des Erhalts der elektronischen Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO umfasst, die - wie ausgeführt - jedenfalls dadurch erfolgen kann, dass das Übermittlungsprotokoll der Nachricht unter "Meldungstext" auf die Meldung "request executed" und unter "Übermittlungsstatus" auf die Meldung "erfolgreich" (siehe oben II 3 b aa (2)) überprüft wird.

**[51]** Vielmehr legen es die Ausführungen der Klägerin in ihrem Antrag auf Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsbegründungsfrist - wovon das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde zutreffend ausgegangen ist - nahe, dass die Prozessbevollmächtigte der Klägerin, die sich mit der Funktionsweise des beA hätte vertraut machen müssen, nicht - was aber von ihr zu fordern gewesen wäre - wusste, dass es entscheidend auf die Überprüfung der Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO ankommt, beziehungsweise wo diese zu finden ist, und dass sie aufgrund fehlerhafter Deutung des Übermittlungsprotokolls und des Vermerks im beA-Protokoll "Die Ausgangsnachricht S. ./ R. wurde an beA übertragen" sowie des oberhalb des Abschnitts "Zusammenfassung Prüfprotokoll" befindlichen Vermerks "Zugegangen: 10.09.2019 11:48" fälschlicherweise davon

ausgegangen ist, eine hinreichende Bestätigung der erfolgreichen Übermittlung an das Berufungsgericht nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO erhalten zu haben.

**[52]** Insoweit kommt es auch nicht darauf an, ob der Prozessbevollmächtigte der Klägerin - wie die Rechtsbeschwerde geltend macht - der hier in Rede stehende Abschnitt "Zusammenfassung Prüfprotokoll" im Übermittlungsprotokoll erst nach Betätigung der Funktion "Nachricht drucken" angezeigt wurde oder ob es sich insoweit um einen Bedienfehler handelte. Denn die Klägerin hat auch dieses Vorbringen schon nicht glaubhaft gemacht (§ 236 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 ZPO).

**[53]** Im Übrigen geht die Argumentation der Rechtsbeschwerde, von einem Rechtsanwalt könne schon nach dem Sinn und Zweck der Regelung des § 130a ZPO nicht verlangt werden, einen Ausdruck der automatischen Bestätigung zu erstellen, da diese Vorschrift insbesondere dem Anliegen diene, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass das "herkömmliche Papierarchiv" durch eine elektronische Archivierung und eine elektronische Akte nach § 298a ZPO abgelöst werden könne, bereits deshalb schon im Ansatz fehl, weil sie der zentralen Bedeutung der anwaltlichen Sorgfaltspflicht im Zusammenhang mit der Übermittlung fristgebundener Schriftsätze - die bei der hier in Rede stehenden Übermittlung des Schriftsatzes als elektronisches Dokument per beA an das Gericht von dem Rechtsanwalt eine umfassende Kontrolle des Vorliegens einer Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO erfordert (siehe dazu im Einzelnen oben unter II 2 b und 3 b bb (2)) - nicht gerecht wird.

**[54]** (4) Die Pflichtverletzung war für die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist auch ursächlich. Hätte in der Kanzlei der Prozessbevollmächtigten der Klägerin eine Organisation bestanden, die die ordnungsgemäße Prüfung des Eingangs der Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO gewährleistet hätte, wäre nach gewöhnlichem Lauf der Dinge bei ansonsten pflichtgemäßem Verhalten der Beteiligten (vgl. BGH, Beschlüsse vom 4. November 2014 - VIII ZB 38/14, NJW 2015, 253 Rn. 14; vom 15. Dezember 2015 - VI ZB 15/15, NJW 2016, 873 Rn. 11; vom 24. Januar 2019 - I ZB 47/18, juris Rn. 13; vom 29. Oktober 2019 - VIII ZB 103/18 und VIII ZB 104/18, NJW-RR 2020, 52 Rn. 19) die fehlgeschlagene Übermittlung bekannt geworden und hätte ein erneuter Versuch der Übertragung unternommen werden müssen. Da Anhaltspunkte für eine im Verantwortungsbereich des Berufungsgerichts liegende oder eine anderweitige, dem Übermittlungsmedium immanente - und während der verbleibenden Berufungsbegründungsfrist fortdauernde - Störung von der Rechtsbeschwerde weder geltend gemacht worden noch sonst ersichtlich sind (vgl. BGH, Beschlüsse vom 4. November 2014 - II ZB 25/13, NJW 2015, 1027 Rn. 19 ff.; vom 20. August 2019 - VIII ZB 19/18, NJW 2019, 3310 Rn. 16 f. [jeweils zum Telefax und

mwN)), wäre in diesem Fall zu erwarten gewesen, dass die Berufungsbegründungsfrist nicht versäumt worden wäre (vgl. Senatsbeschluss vom 20. August 2019 - VIII ZB 19/18, aaO Rn. 26).

[55] Auf die Frage, ob die Prozessbevollmächtigte der Klägerin - wie das Berufungsgericht meint und die Rechtsbeschwerde in Abrede stellt - eine Übermittlung der Berufungsbegründungsschrift notfalls mittels Telefax hätte versuchen müssen, kommt es hiernach nicht mehr entscheidungserheblich an.

## Steuerberaterhaftung

- Insolvenzverschleppungsschaden
- Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters  
(*KG Berlin, Urt. v. 15.11.2022 – 21 U 55/21*)

### Leitsatz (der Redaktion)

Ein Insolvenzverwalter ist nicht befugt, einen Schadenersatzanspruch gegen einen Steuerberater der Insolvenzschuldnerin wegen der Verursachung eines Insolvenzverschleppungsschadens geltend zu machen.

### Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger macht als Insolvenzverwalter über das Vermögen der ... Schadenersatzansprüche in Höhe von 409.813,85 € wegen Verletzung eines Steuerberatermandats geltend. Hinsichtlich der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in erster Instanz wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

[2] Mit Urteil vom 20. April 2021 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, es könne nicht feststellen, dass dem Kläger ein Schadenersatzanspruch in Gestalt eines Insolvenzverschleppungsschadens wegen Pflichtverletzungen des Beklagten aus dem steuerberaterlichen Vertragsverhältnis mit der Schuldnerin zustehe. Dabei könne dahinstehen, ob der Insolvenzverwalter überhaupt befugt sei, einen Schadenersatzanspruch gegen einen Steuerberater wegen der Verursachung eines Insolvenzvertiefungsschadens geltend zu machen und damit gegebenenfalls die Schadenersatzbeträge zur Masse zu ziehen. Denn der Kläger habe schon nicht dargelegt, dass der mit der Erstellung des Jahresabschlusses 2017 beauftragte Beklagte den Jahresabschluss mangelhaft erstellt habe, weil dieser etwa nicht auf Grundlage von Fortführungswerten, sondern auf Grundlage von Liquidationwerten erstellt hätte werden müssen. Die Kammer könne auch nicht erkennen, dass der Beklagte durch die Verletzung einer etwaigen im Zuge der Erstellung des Jahresabschlusses 2017 bestehenden Pflicht, auf die Gefahr einer

Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne hinzuweisen, den geltend gemachten Schaden verursacht hätte. Entgegen der Auffassung des Klägers setze ein solcher Schaden zudem voraus, dass im Zeitpunkt der behaupteten Pflichtverletzung des Beklagten bei der Schuldnerin ein Insolvenzeröffnungsgrund vorgelegen hätte.

[3] Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten der Begründung des Landgerichts wird auf die Entscheidungsgründe der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

[4] Gegen das ihm am 21. April 2021 zugestellte Urteil hat der Kläger am 18. Mai 2021 Berufung eingelegt und diese nach am 10. Juni 2021 beantragter und bis zum 21. Juli 2021 gewährter Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist am 21. Juli 2021 begründet.

[5] Der Kläger trägt zur Begründung seiner Berufung vor, entgegen der Ansicht des Landgerichts sei der Jahresabschluss 2017 mangelhaft, gewesen weil er von Fortführungswerten ausgegangen sei, obwohl eine Bilanzierung nach Fortführungswerten gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB nicht zulässig gewesen sei. Nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB sei bei der Bewertung von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstünden. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei das Vorliegen eines Insolvenzgrundes insoweit nicht der ausschließliche Grund für den Ausschluss einer Fortführungsfähigkeit. Tatsächliche Gegebenheiten, die die Unternehmensfortführung verhindern können, seien nach Auffassung des BGH hauptsächlich wirtschaftliche Schwierigkeiten. Die von dem BGH genannten tatsächlichen Gegebenheiten wie erhebliche Verluste, zu geringe Eigenkapitalausstattung, Liquiditätsschwierigkeiten sowie bilanzielle Überschuldung (die sog. Sonnenscheinkriterien) hätten bei der Schuldnerin sämtlich unstreitig vorgelegen, was das Landgericht in seinem Urteil zu Unrecht ignoriert habe. Darüber hinaus habe der Beklagte bei der Jahresabschlusserstellung unstreitig die Geschäftsentwicklung im ersten Halbjahr 2018 ignoriert, die im Rahmen des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB aber gerade auch diese zu berücksichtigen sei, da eine ex ante-Prognose zu erstellen sei. Der Kläger habe zudem Beweis dafür angetreten, dass die Schuldnerin bereits zum Ende des Geschäftsjahrs 2017, spätestens aber im ersten Halbjahr 2018 insolvent gewesen sei.

[6] Wenn dem Steuerberater - wie hier - Unterlagen vorliegen und ihm Umstände bekannt seien, die einer Bilanzierung nach Fortführungswerten entgegenstehen könnten, sei er verpflichtet, durch den Mandanten abklären zu lassen, ob gleichwohl noch Fortführungswerte zugrunde gelegt werden könnten. Soweit sich der Beklagte auf das Vorhandensein stiller Reserven berufe, müsse er das Vorhandensein stiller Reserven beweisen.

Der Beklagte habe allerdings im Rahmen der Jahresabschlusserstellung zu keinem Zeitpunkt die von ihm angeführten angeblichen stillen Reserven validiert oder dokumentiert. Es nicht ersichtlich, auf welcher Grundlage er zu der Annahme gelangen habe können, die stillen Reserven würden die bilanziellen Überschuldung heilen. Tatsächlich hätten die angeblichen stillen Reserven, die das Landgericht in dem Wert des Betriebsgrundstücks vermute, nicht vorgelegen.

[7] Das Landgericht meine zu Unrecht, der Beklagte habe seine Hinweispflichten nicht verletzt. Wenn ein Steuerberater bei der Erstellung des Jahresabschlusses Zweifel an der Fortführungsfähigkeit des Auftraggebers habe, müsse er die Geschäftsführung zum einen darauf hinweisen mit dem Ziel, dass diese eine explizite Fortführungsprognose erstellt. Zum anderen bestehe selbst bei einer inhaltlich richtigen Bilanz eine unabhängige Hinweispflicht, soweit die Gefahren dem Steuerberater bekannt oder für ihn offenkundig sind oder sich ihm bei ordnungsgemäßer Bearbeitung aufdrängen und wenn er Grund zu der Annahme hat, dass sein Auftraggeber sich der Gefahr nicht bewusst ist. Zu Unrecht sei das Landgericht ist weiter der Auffassung, eine Pflichtverletzung liege deshalb nicht vor, weil der Schuldnerin das Problem der bilanziellen Überschuldung bekannt gewesen sei. Das sei offensichtlich und von dem Kläger auch nie anders behauptet worden. Die Frage, ob die Schuldnerin Kenntnis von einer bilanziellen Überschuldung hatte, sei für den Verstoß des Beklagten gegen § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ohne Relevanz. Die Kenntnis von der bilanziellen Überschuldung habe eine Handlungspflicht zur Folge und beseitigte nicht - wie offenbar das Landgericht meine - die Pflichtverletzung. Denn Ziel der aufgrund der bilanziellen Überschuldung erstellten expliziten Fortführungsprognose sei es gerade festzustellen, ob auch eine insolvenzrechtliche Überschuldung vorliege. Genau dies habe der Beklagte nicht veranlasst, obwohl dies seine Pflicht gewesen wäre. Das Landgericht sei außerdem der Meinung, der Beklagte habe deswegen seine Pflichten nicht verletzt, weil die Schuldnerin über ihre eigene wirtschaftliche Lage ausreichend informiert gewesen sei. Dies könne schon deswegen nicht richtig sein, weil der Beklagte mangels Kontaktaufnahme mit der Geschäftsführung gar nicht habe wissen können, wie diese die wirtschaftliche Lage eingeschätzt habe.

[8] Es sei unzutreffend, dass im Zusammenhang mit der Vollständigkeitserklärung die Fortführungsfähigkeit der Schuldnerin eingehend besprochen worden sei. Gerade die Aussage in der - von dem Beklagten erstellten - Vollständigkeitserklärung, wonach keine Hinweise vorliegen würden, dass von einer Fortführung der Schuldnerin nicht ausgegangen werden könne, zeige, wie eklatant der Beklagte seine Pflichten verletzt habe. Dem Beklagten seien die vorliegenden Indizien gegen eine Fortführung offensichtlich bewusst gewesen. Denn sonst hätte

er die gewählte Formulierung in die Vollständigkeitserklärung nicht aufgenommen, da sie völlig unüblich sei.

[9] Nicht nachvollziehbar sei schließlich die Meinung des Landgerichts, der Schaden sei nicht hinreichend dargelegt worden. Der Kläger sei bei der Berechnung des Schadens den Vorgaben der Rechtsprechung gefolgt, wonach sich der Schaden anhand der Differenz zwischen der Vermögenslage der Schuldnerin im Zeitpunkt rechtzeitiger Antragstellung im Vergleich zu ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt des tatsächlich gestellten Antrags bemesse..

[10-13] (Anträge: ...)

[14-15] (...)

#### Aus den Gründen:

[16] Die Berufung ist zulässig, aber nicht begründet.

[17] Der Kläger ist als Insolvenzverwalter nicht befugt, den geltend gemachten Insolvenzverschleppungsschaden aufgrund vermeintlicher Pflichtverletzungen des Beklagten aus dem steuerberaterlichen Vertragsverhältnisses mit der Schuldnerin nach §§ 280, 634 Nr. 4, 675 BGB geltend zu machen (1.). Abgesehen davon hat der Kläger einen entsprechenden Schaden nicht hinreichend dargetan (2.)

1.

[18] Der Kläger ist als Insolvenzverwalter nicht befugt, einen Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten als Steuerberater der Schuldnerin wegen der Verursachung eines Insolvenzverschleppungsschadens gelten zu machen.

1.1

[19] Insoweit hat das OLG Stuttgart in seinem Urteil vom 27.10.2020 - 12 U 82/20 - den Streitstand zu dieser Frage zutreffend wie folgt zusammengefasst:

[20] „Ob der Insolvenzverwalter überhaupt befugt ist, einen Schadenersatzanspruch gegen einen Steuerberater wegen der Verursachung eines Insolvenzvertiefungsschadens geltend zu machen und damit ggf. die Schadenersatzbeträge zur Masse zu ziehen, ist streitig.

[21] Der für die Steuerberaterhaftung zuständige IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs geht davon aus, dass in einem solchen Fall der Insolvenzverwalter den „Insolvenzverschleppungsschaden“, der der Insolvenzschuldnerin durch die auf der Unternehmensfortführung beruhende Vergrößerung der Verbindlichkeiten erwachse, geltend machen könne (BGH, Urt. v. 06.06.2013, IX ZR 204/12, juris Rz. 28). Der Schaden der Schuldnerin bemesse sich nach der Differenz zwischen ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt rechtzeitiger Antragstellung im

Vergleich zu ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt des tatsächlich gestellten Antrags (BGH, Urt. v. 06.06.2013, IX ZR 204/12, juris Rz. 28).

**[22] Gegen diese Auffassung** sind jüngst in der **Literatur** (Brügge, VersR 2018, 705 ff.; Meixner, DStR 2018, 966 ff. und 1025 ff.) grundlegende insolvenzrechtliche Bedenken geltend gemacht worden, die sich u.a. darauf stützen, dass die Befugnis des Insolvenzverwalters zur Geltendmachung eines solchen Schadens von der **Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zur Haftung eines Geschäftsführers** im Falle der Insolvenzverschleppung grundlegend abweiche.

**[23]** Bei der Haftung des Geschäftsführers nimmt der II. Zivilsenat (BGH, Urt. v. 30.03.1998, II ZR 146/96, zit. nach juris) an, dass der Insolvenzverwalter gerade nicht befugt sei, einen Insolvenztiefungsschaden als Schaden der Gesellschaft geltend zu machen. Vielmehr seien allein die Neugläubiger befugt, ihren Vertrauensschaden vom Geschäftsführer geltend zu machen. Hintergrund ist, dass es eine **ungerechtfertigte Bevorzugung der Altgläubiger gegenüber den - eigentlich primär durch die verspätete Antragstellung geschädigten - Neugläubigern** darstellen würde, wenn man es dem Insolvenzverwalter gestattete, den Vertiefungsschaden geltend zu machen und zur Masse zu ziehen. **Denn dadurch würde sich die Altgläubigerquote erheblich erhöhen, während die eigentlich primär geschädigten Neugläubiger u.U. kaum profitieren würden, weil zu befürchten sei, dass sie wegen ihres Rest-Vertrauensschadens leer ausgingen** (BGH, Urt. v. 30.03.1998, II ZR 146/96, juris Rz.12; Meixner, DStR 2018, 1025, 1026 f.; Brügge, VersR 2018, 705, 706).

**[24]** In der Literatur wird mit beachtlichen Gründen argumentiert, dass **für die Haftung des Steuerberaters nichts anderes gelten könne** (Meixner, DStR 2018, 1025, 1030; Brügge, VersR 2018, 705, 710). Darin sei keine ungerechtfertigte Bevorzugung des Steuerberaters zu sehen: Zwar könne der Steuerberater anders als der Geschäftsführer mangels vertraglicher Beziehungen nicht unmittelbar von den Gläubigern der Schuldnerin auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden; es komme aber eine mittelbare Inanspruchnahme über den regresspflichtigen Geschäftsführer in Betracht (Brügge, VersR 208, 705, 709 f.).“

**[25]** (OLG Stuttgart Endurteil v. 27.10.2020 - 12 U 82/20, BeckRS 2020, 37344 Rn. 69-73, beck-online)

1.2

**[26]** Der Senat schließt sich der Ansicht an, nach der der Insolvenzverwalter einen sog. **Insolvenzverschleppungsschaden nicht geltend machen kann**. Die gegenteilige Ansicht würde nämlich dazu führen, dass der Insolvenzverwalter vom Steuerberater der Schuldnerin - grundsätzlich - Zahlungsausgleich in

voller Höhe der zur Tabelle festgestellten Neugläubigerforderungen (positives Interesse) verlangen und den Betrag zur Masse ziehen könnte mit der Folge, dass dieser allen Insolvenzgläubigern unter Einschluss der für ihren Quotenschaden auf anderer Grundlage abzufindenden Altgläubiger zugute käme und der einzelne Neugläubiger wegen des verbleibenden Restes seines Vertrauensschadens womöglich leer ausginge (BGH, Urteil vom 30. März 1998 - II ZR 146/96 -, BGHZ 138, 211-224, Rn. 8-12). **Darin ist eine nicht zu rechtfertigende Bevorzugung der Altgläubiger gegenüber den Neugläubigern zu sehen**. Insoweit hat zuletzt auch der IX. Senat des Bundesgerichtshofs ausgeführt, dass in dem **Kontrahierungsschaden** des Neugläubigers, mit welchem der Geschäftsführer einer juristischen Person nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung in ihrem Namen einen Vertrag schließt (§ 15a InsO), ein **Einzelschaden gesehen wird, welcher nicht vom Insolvenzverwalter, sondern vom Neugläubiger geltend zu machen ist**. Denn der Schaden bestehe nicht in einer Verminderung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens; er sei deshalb nicht durch Auffüllen der Masse zu ersetzen, sondern er liege darin, dass der Neugläubiger mit der insolventen Gesellschaft überhaupt einen **Vertrag geschlossen hat** (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2018 - IX ZR 66/18 -, Rn. 12, juris). Eine Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters für die Geltendmachung dieses Schadens des Neugläubigers kann danach nicht festgestellt werden.

2.

**[27]** Abgesehen davon hat der Kläger bereits einen **Schaden nicht hinreichend dargetan**.

2.1

**[28]** Nach der Rechtsprechung des BGH bestimmt sich der Schaden nach einem Vergleich zwischen der Vermögenslage der Gesellschaft in dem Zeitpunkt, in dem ein Insolvenzantrag hätte gestellt werden müssen, und in dem Zeitpunkt, indem der Antrag tatsächlich gestellt worden ist (BGH, Urteil vom 6.Juni 2013 -IX ZR 204/12).

2.2

**[29]** Eine solche Schadensberechnung nimmt der Kläger aber nicht vor. Vielmehr vergleicht er nur die Entwicklung der Verbindlichkeiten zwischen den Zeitpunkten der Erstellung des Jahresabschlusses am 29. Juni 2018 und der Verbindlichkeiten am 27. Dezember 2018. **Für den zu fordernden Vergleich der Vermögenslage hätte er Kläger aber auch eine entsprechende Entwicklung der Aktiva darstellen müssen** (vgl. OLG Stuttgart a.a.O.). Soweit ausweislich der Anlage K 12 die Veränderung der Verbindlichkeitspositionen aus „Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen“ resultiert, liegt es nahe, dass sich auch das Aktivvermögen verändert hat, wenn insoweit weitere Waren und Dienstleistungen bezogen worden sind. Für einen Vergleich der Vermögenslage hätte der Kläger somit auch die

Aktivpositionen des Vermögens der Schuldnerin einbeziehen müssen. Darauf hat - ebenso wie der Beklagte (zuletzt in der Berufungserwiderung vom 29. November 2021 unter Rn. 104 ff. [Bd. II Bl. 71 ff. d. A.]) - auch bereits das Landgericht auf Seite 13 seines Urteils unter Ziffer 3 a) hingewiesen, wo es zutreffend und ausdrücklich ausgeführt hat, dass für die Darlegung des Schadens der Vermögensstand der Gesellschaft, also das Verhältnis von Aktiva und Passiva zu den jeweils relevanten Zeitpunkten erforderlich gewesen wäre. Eines weiteren Hinweises des Senats nach § 139 ZPO mit Gelegenheit zur weiteren Stellungnahme bedurfte es danach nicht mehr. Zudem hat das Landgericht zu Recht darauf hingewiesen, dass sich ein relevanter Schaden nur in der Zeit zwischen dem erstmaligen Vorliegen der Insolvenzreife und der verspäteten Antragstellung entwickeln kann. Wann aber eine Insolvenzreife anzunehmen war und inwieweit sich das Vermögen ab diesem Zeitpunkt entwickelt hat, ergibt sich aus dem Vortrag des Klägers nicht.

3.

[30] Auf die Frage, ob dem Beklagten überhaupt eine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist und sich diese kausal ausgewirkt hat, kommt es danach nicht an.

4.

[31] Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1. 708 Nr. 10, 711 ZPO.

[32] Die Revision war nicht nach § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen. Zwar vertritt der Senat hinsichtlich der Aktivlegitimation des Klägers eine möglicherweise vom IX. Senat des Bundesgerichtshofs abweichende Auffassung. Dies ist aber letztlich nicht entscheidend, da dem Anspruch des Klägers bereits wegen der nicht hinreichenden Darlegung eines Schadens nicht stattzugeben war.

## Wiedereinsetzung

- Vorfrist
- Mitarbeiter
- Kontrolle des Endes der Berufungsbegründungsfrist (BGH, *Beschl. v. 22.11.2022 – VIII ZB 2/22*)

### Leitsatz

Zu den Pflichten eines Rechtsanwalts hinsichtlich der Kontrolle der Rechtsmittelbegründungsfrist bei Ablauf der für diese notierten Vorfrist.

### Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin nimmt die Beklagte mit ihrer Klage auf Zahlung von 8.345,28 € und von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten, jeweils nebst Zinsen, nach Widerruf eines zwischen den Parteien geschlossenen Kraftfahrzeugleasingvertrags in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

[2] Gegen das ihrem Prozessbevollmächtigten am 17. September 2021 zugestellte Urteil hat die Klägerin fristgerecht Berufung eingelegt. Mit einem am 18. November 2021 beim Oberlandesgericht eingereichten Schriftsatz hat die Klägerin unter anderem die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 17. Dezember 2021 beantragt.

[3] Das Berufungsgericht hat mit Verfügung des Vorsitzenden vom 29. November 2021 die Klägerin darauf hingewiesen, dass die Berufung wegen des nicht fristgerechten Eingangs der Berufungsbegründung unzulässig sein dürfte. Die Klägerin hat daraufhin mit Schriftsatz vom 6. Dezember 2021, der unter demselben Datum beim Berufungsgericht eingegangen ist, gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und die Berufung zugleich begründet.

[4] Zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags hat sie unter Bezugnahme auf die eidesstattliche Versicherung der für das Führen des Fristenbuchs zuständigen Mitarbeiterin ihres Prozessbevollmächtigten ausgeführt, diese sehr zuverlässige Rechtsanwaltsfachangestellte habe als Ende der Berufungsbegründungsfrist versehentlich sowohl im Fristenbuch, dem elektronisch geführten Fristenkalender als auch in der Handakte den 18. November 2021 notiert, weil der 17. November 2021 am Kanzleisitz - anders als am Sitz des Berufungsgerichts - ein gesetzlicher Feiertag sei. Bei Erstellung der Berufungsschrift am 14. Oktober 2021 und deren Versendung an das Berufungsgericht am 15. Oktober 2021 habe sich der sachbearbeitende Prozessbevollmächtigte anhand der Vermerke in der Handakte versichert, dass die Berufungs- und die Berufungsbegründungsfrist jeweils nebst einer Vorfrist im Fristensystem der Kanzlei erfasst seien. Am Tag des Ablaufs der von seiner

Mitarbeiterin notierten, einwöchigen Vorfrist (11. November 2021) habe der Prozessbevollmächtigte sich wegen eines ganztägigen Beratungstermins lediglich telefonisch nach der im streitgegenständlichen Verfahren notierten Vorfrist und dem Vermerk der Berufungsbegründungsfrist im Fristenbuch sowie dem elektronischen Fristensystem erkundigt und die Mitarbeiterin angewiesen, ihm die Akten erst am 18. November 2021 zur Erstellung der Berufungsbegründung wieder vorzulegen. Die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist sei von ihm nicht verschuldet. Er habe sich bei der Kontrolle der Vorfrist sowie der Berufungsbegründungsfrist auf die Prüfung der Vermerke seiner Mitarbeiterin in der Handakte beschränken dürfen. Auch die mit der Vorfristanordnung bezweckte Sicherung, dem Anwalt den für die Bearbeitung der Rechtsmittelbegründung erforderlichen Zeitraum zu gewähren, verlange keine sofortige Bearbeitung der Akte, sondern gestatte es ihm, die Sache auf den letzten Tag der Frist zu verschieben.

[5] Das Berufungsgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung der Klägerin als unzulässig verworfen. Zur Begründung seiner Entscheidung hat es - soweit im Rechtsbeschwerdeverfahren von Interesse - ausgeführt:

[6] Der Wiedereinsetzungsantrag sei unbegründet, weil den Prozessbevollmächtigten der Klägerin ein ihr gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechenbares Verschulden an der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist treffe. Am Tag des Ablaufs der Vorfrist habe er die Bearbeitung der Akte telefonisch und ohne die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung erforderliche Fristenkontrolle auf den letzten Tag der (fehlerhaft) notierten Berufungsbegründungsfrist verschoben und dadurch die Fristversäumung verursacht. Es sei weder ersichtlich noch vorgetragen, dass er die entsprechende Kontrolle nicht bei der Rückkehr in sein Büro am nächsten Tag hätte durchführen können. Die Berufung der Klägerin sei als unzulässig zu verwerfen, da der Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist nicht innerhalb der zweimonatigen Begründungsfrist des § 520 Abs. 2 ZPO eingereicht worden sei.

[7] Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Klägerin.

#### Aus den Gründen:

[8] Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthafte und auch den Form- und Fristanforderungen genügende Rechtsbeschwerde ist unzulässig. Denn die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO, die auch bei einer Rechtsbeschwerde gegen einen die Wiedereinsetzung ablehnenden und die Berufung als unzulässig verwerfenden Beschluss gewährt sein müssen (vgl. nur Senatsbeschlüsse vom 11. Mai 2021 - VIII ZB 9/20, NJW 2021, 2201 Rn. 15; vom 5. Oktober 2021 - VIII ZB 83/20, WuM 2022, 53 Rn. 8; jeweils

mwN), sind nicht erfüllt. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert sie eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung.

[9] 1. Anders als die Rechtsbeschwerde meint, verletzt der angefochtene Beschluss das Verfahrensgrundrecht der Klägerin auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG iVm dem Rechtsstaatsprinzip) nicht.

[10] a) Danach darf einer Partei die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht aufgrund von Anforderungen an die Sorgfaltspflichten ihres Prozessbevollmächtigten versagt werden, die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht verlangt werden beziehungsweise die den Parteien den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren (st. Rspr.; vgl. nur Senatsbeschlüsse vom 9. Mai 2017 - VIII ZB 69/16, NJW 2017, 2041 Rn. 9; vom 11. Mai 2021 - VIII ZB 9/20, NJW 2021, 2201 Rn. 28; jeweils mwN).

[11] b) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht den Anspruch der Klägerin auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes nicht verletzt.

[12] aa) Die Berufung der Klägerin war gemäß § 522 Abs. 1 Satz 2 ZPO als unzulässig zu verwerfen, weil die Klägerin sie nicht innerhalb der Frist des § 520 Abs. 2 Satz 1 ZPO begründet hat. Dem Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist (§ 520 Abs. 2 Satz 3 ZPO) konnte nicht stattgegeben werden, weil dieser Antrag erst nach Fristablauf beim Berufungsgericht eingegangen ist (vgl. Senatsbeschlüsse vom 20. August 2019 - VIII ZB 19/18, aaO; vom 22. Juni 2021 - VIII ZB 56/20, NJW 2022, 400 Rn. 19; jeweils mwN).

[13] bb) Zu Recht hat das Berufungsgericht den Wiedereinsetzungsantrag der Klägerin wegen des ihr zuzurechnenden Verschuldens ihres Prozessbevollmächtigten an der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zurückgewiesen.

[14] (1) Nach § 233 ZPO ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn eine Partei ohne ihr Verschulden gehindert war, die Berufungsbegründungsfrist einzuhalten. Das Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten ist der Partei zuzurechnen (§ 85 Abs. 2 ZPO). Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann nicht gewährt werden, wenn nach den von der Partei glaubhaft gemachten Tatsachen (§ 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO) zumindest die Möglichkeit besteht, dass die Fristversäumung von der Partei beziehungsweise ihrem Prozessbevollmächtigten verschuldet war (vgl. Senatsbeschluss vom 11. Mai 2021 - VIII ZB 9/20, NJW 2021, 2201 Rn. 42 mwN).

**[15]** (2) So liegt der Fall hier. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Prozessbevollmächtigte der Klägerin die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist verschuldet hat, indem er bei Ablauf der Vorfrist von einer Kontrolle des von seiner Mitarbeiterin fehlerhaft notierten Endes der Berufungsbegründungsfrist abgesehen hat.

**[16]** (a) Die Sorgfaltspflicht in Fristensachen verlangt von einem Rechtsanwalt, alles ihm Zumutbare zu tun, um die Wahrung von Rechtsmittelfristen zu gewährleisten. Nach gefestigter Rechtsprechung gehört zur ordnungsgemäßen Organisation einer Anwaltskanzlei die allgemeine Anordnung, dass bei Prozesshandlungen, deren Vornahme ihrer Art nach mehr als nur einen geringen Aufwand an Zeit und Mühe erfordert, wie dies regelmäßig bei Rechtsmittelbegründungen der Fall ist, außer dem Datum des Fristablaufs noch eine Vorfrist notiert werden muss, die im Regelfall mit einer Woche zu bemessen ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 6. Juli 1994 - VIII ZB 26/94, NJW 1994, 2551 unter II 2; vom 13. September 2018 - V ZB 227/17, NJW-RR 2018, 1451 Rn. 7; vom 6. Oktober 2020 - XI ZB 17/19, juris Rn. 9; jeweils mwN). Eine derartige Vorfrist dient dazu, sicherzustellen, dass auch für den Fall von Unregelmäßigkeiten und Zwischenfällen noch eine ausreichende Überprüfungs- und Bearbeitungszeit bis zum Ablauf der zu wahrenen Frist verbleibt. Sie dient - entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde - damit gerade auch dazu, die Richtigkeit der eingetragenen Frist zu überprüfen. Ihre Eintragung bietet hiernach eine zusätzliche Fristensicherung (vgl. BGH, Beschlüsse vom 9. Mai 2017 - VIII ZB 5/16, NJW-RR 2017, 953 Rn. 8; vom 13. September 2018 - V ZB 227/17, aaO; vom 12. September 2019 - IX ZB 13/19, NJW 2019, 3234 Rn. 23; vom 6. Oktober 2020 - XI ZB 17/19, aaO; vom 20. September 2022 - VI ZB 17/22, juris Rn. 7).

**[17]** Die Berechnung und Notierung von Fristen kann zwar einer gut ausgebildeten, als zuverlässig erprobten und sorgfältig überwachten Bürokräft übertragen werden (vgl. BGH, Beschlüsse vom 4. September 2018 - VIII ZB 70/17, NJW-RR 2018, 1325 Rn. 14; vom 6. Oktober 2020 - XI ZB 17/19, aaO; vom 29. Juni 2022 - XII ZB 9/22, FamRZ 2022, 1633 Rn. 9). Der Rechtsanwalt hat jedoch den Ablauf von Rechtsmittelbegründungsfristen immer dann eigenverantwortlich zu prüfen, wenn ihm die Akten zur Bearbeitung - auch auf Vorfrist - vorgelegt werden. In diesem Zusammenhang darf er sich allerdings grundsätzlich auf die Prüfung der in der Handakte zu notierenden Rechtsmittelbegründungsfristen und der auf deren Eintragung im Fristenkalender hinweisenden Erledigungsvermerke beschränken (vgl. BGH, Beschlüsse vom 8. Februar 2010 - II ZB 10/09, juris Rn. 7; vom 9. Mai 2017 - VIII ZB 5/16, aaO Rn. 10; vom 10. August 2022 - VII ZB 14/21, FamRZ 2022, 1717 Rn. 10; jeweils mwN).

**[18]** Diese Prüfung des Ablaufs der Rechtsmittelbegründungsfristen muss bei Ablauf der Vorfrist zwar nicht sofort erfolgen, weil diese Frist gerade den Sinn hat, dem Rechtsanwalt einen gewissen zeitlichen Spielraum zur Bearbeitung bis zum endgültigen Ablauf der Begründungsfrist zu verschaffen. Sie kann deshalb auch noch am folgenden Tag erfolgen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 24. Oktober 2001 - VIII ZB 19/01, VersR 2002, 1391 unter [II] 1 a; vom 25. April 2007 - VI ZB 66/06, NJW 2007, 2332 Rn. 7; vom 31. Mai 2012 - V ZB 27/12, NJW-RR 2012, 1204 Rn. 7; vom 7. November 2016 - AnwZ (Brfg) 5/16, NJW-RR 2017, 442 Rn. 8). Um ihren Zweck zu erfüllen, darf die Prüfung jedoch - anders als die Rechtsbeschwerde meint - nicht zurückgestellt werden, bis der Rechtsanwalt - gegebenenfalls erst am letzten Tag der Begründungsfrist - die eigentliche Bearbeitung der Sache vornimmt. Vielmehr entsteht die Prüfungspflicht mit der Vorlage der Akten unabhängig davon, ob sich der Rechtsanwalt zur sofortigen Bearbeitung der Sache entschließt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 6. Juli 1994 - VIII ZB 26/94, aaO; vom 22. Dezember 2003 - VIII ZB 76/03, juris Rn. 5; vom 24. April 2007 - VI ZB 66/06, aaO; vom 10. Juni 2008 - VI ZB 2/08, NJW 2008, 3439 Rn. 7). Dementsprechend muss sich der Rechtsanwalt, der die eigentliche Sachbearbeitung zurückstellen will, bei Vorlage auf Vorfrist auch davon überzeugen, ob ihm am Tag des Fristablaufs noch Zeit für die Anfertigung der Rechtsmittelbegründung oder für einen Antrag auf Verlängerung der Begründungsfrist verbleibt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 24. Oktober 2001 - VIII ZB 19/01, aaO; vom 22. Dezember 2003 - VIII ZB 76/03, aaO; vom 25. April 2007 - VI ZB 66/06, aaO).

**[19]** (b) Nach diesen Grundsätzen hätte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin sich nicht darauf beschränken dürfen, sich am Tag des Ablaufs der Vorfrist bei seiner Mitarbeiterin telefonisch nach dieser Frist und dem Vermerk der Berufungsbegründungsfrist im Fristenbuch beziehungsweise im elektronischen Fristensystem zu erkundigen, um dann seine Mitarbeiterin anzuweisen, die ihm auf Vorfrist vorgelegten Akten wieder in den Aktenschrank zu hängen und ihm diese erst wieder am Tag des Ablaufs der von ihr notierten Berufungsbegründungsfrist zur Bearbeitung vorzulegen. Vielmehr hätte er, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, spätestens bei seiner Rückkehr in die Kanzlei am nächsten Tag die erforderliche Prüfung der Begründungsfrist anhand der Handakte vornehmen müssen. In diesem Fall hätte er bei pflichtgemäßer Sorgfalt bemerkt, dass seine Kanzleiangestellte das Ende der Frist fehlerhaft bestimmt hatte, und hätte für eine rechtzeitige Übermittlung der Berufungsbegründungsschrift oder eines (ersten) Antrags auf Fristverlängerung an das Berufungsgericht Sorge tragen können. Dies wäre ihm selbst bei Annahme einer kürzeren als der von ihm notierten Vorfrist von einer Woche ohne weiteres möglich gewesen. Die in der unterlassenen Prüfung liegende Pflichtverletzung ist somit für die

Versäumung der Berufungsbegründungsfrist ursächlich geworden.

[20] 2. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ist eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts auch weder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung wegen Vorliegens einer Divergenz noch wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache erforderlich. Das Berufungsgericht ist von den vorstehend dargestellten Grundsätzen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht abgewichen, sondern hat diese vielmehr rechtsfehlerfrei auf den Streitfall angewandt. Einen weitergehenden Klärungsbedarf vermag die Rechtsbeschwerde nicht aufzuzeigen.

[21] (...)

## Abgabenordnung

- Wegfall der Geschäftsgrundlage
- Vertragsgrundlage
- Fehlerhafte Beratung durch Steuerberater  
(FG Niedersachsen, Urt. v. 14.12.2022 – 9 K 162/21)

### Leitsatz

Die Rückgängigmachung eines Vertrages aufgrund eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 BGB führt nur dann zu einem rückwirkenden Ereignis im Sinne des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO, wenn der Rechtsgrund für den Wegfall der Geschäftsgrundlage im ursprünglichen Rechtsgeschäft angelegt war.

Um einen bereits verwirklichten Sachverhalt nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO mit steuerlicher Rückwirkung wieder entfallen zu lassen, muss ein nicht am Vertragsschluss beteiligter Dritter, der die Vertragsgrundlagen nicht ohne Weiteres kennen kann, auch tatsächlich erkennen, dass die dem Abschluss des Rechtsgeschäfts zugrundeliegenden Umstände bereits im Rechtsgeschäft angelegt waren. Es ist daher nicht ausreichend, dass bloße Umstände, die eine Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 BGB darstellen, ohne weitere erkennbare Anknüpfungspunkte zur Rückgängigmachung des Rechtsgeschäfts geführt haben. Die von den Vertragsparteien gemeinsam zur Vertragsgrundlage gemachten Umstände dürfen daher nicht nur einmal zwischen diesen Parteien angesprochen worden sein. Eine solche Vertragsgrundlage muss für sich allein erkennbar sein. Sie muss sich also zumindest aus sonstigen, im zeitlichen Zusammenhang mit dem Abschluss des Rechtsgeschäfts stehenden Quellen ergeben. Hierfür können beispielsweise im zeitlichen Zusammenhang mit dem Abschluss des Rechtsgeschäfts erstellte Dokumente herangezogen werden oder auch Aussagen eines nicht am Vertragsschluss beteiligten Dritten.

### Zum Sachverhalt:

[1] Streitig ist, ob eine aufgrund eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage erfolgte Vertragsanpassung ein rückwirkendes Ereignis darstellt, das einen entstandenen Veräußerungsgewinn gem. § 17 des Einkommensteuergesetzes (EStG) mit steuerlicher Wirkung für die Vergangenheit entfallen lässt.

[2] Die Kläger sind seit dem Jahr 1997 – und auch weiterhin – verheiratet und wurden im Streitjahr zusammen zur Einkommensteuer veranlagt.

[3] Nach einer erbschaftsteuerrechtlichen Beratung durch einen Notar entschieden die Kläger im Streitjahr 2019, abweichend vom gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft eine Gütertrennung zu vereinbaren. Es war angedacht, den dadurch entstehenden Zugewinnausgleichsanspruch

durch Übertragung von Anteilen an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu erfüllen. Da die Kläger sichergehen wollten, dass dies keine Steuer auslöst, ließen sie sich von ihrem Steuerberater – dem Prozessbevollmächtigten – diesbezüglich beraten. In einem gemeinsamen Gespräch mit den Klägern erteilte der Steuerberater die Auskunft, dass die Übertragung der Anteile keine Einkommensteuer auslöse. Die Ergebnisse dieser Besprechung fasste der Steuerberater in einem an die Kläger gerichteten Schreiben vom ... 2019 zusammen.

[4] Im unmittelbaren zeitlichen Anschluss an dieses Beratungsgespräch schlossen die Kläger am ... 2019 (14 Tage nach dem Schreiben des Steuerberaters) einen notariellen Ehevertrag nebst Zugewinnausgleichsvereinbarung (nachfolgend „Ehevertrag“) ab. Hierin vereinbarten sie die Gütertrennung (§ 1 des Ehevertrages) und setzten einvernehmlich einen Zugewinnausgleichsanspruch der Klägerin gegenüber dem Kläger in Höhe von ... Mio. EUR fest (§ 4 des Ehevertrages). Der Kläger erklärte, dass er Gesellschafter der ... GmbH (GmbH) sei und dass er die Geschäftsanteile Nr. 1 bis 12.500 im Nennbetrag von jeweils ... EUR halte. Die Kläger erklärten übereinstimmend, dass der Verkehrswert der Geschäftsanteile insgesamt ... Mio. EUR (also ... EUR je Geschäftsanteil) betrage (§ 5 Ziff. 1 des Ehevertrages). Zur Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs aus § 4 des Ehevertrages übertrug der Kläger die Geschäftsanteile Nr. 8.301 bis Nr. 12.500 im Nennbetrag von insgesamt ... EUR an die Klägerin und trat die benannten Geschäftsanteile an die Klägerin ab. Die Klägerin nahm die Übertragung und Abtretung an. Die Kläger erklärten, dass damit der Zugewinnausgleichsanspruch der Klägerin in Höhe von ... Mio. EUR abgedeckt sei. Den weitergehenden Betrag von ... EUR habe die Klägerin am Tag des Vertragsschlusses in bar vom Kläger ausgezahlt bekommen (§ 5 Ziff. 3 des Ehevertrages). Der Notar wies die Kläger darauf hin, dass er eine steuerrechtliche Beratung nicht durchgeführt, deren Einholung jedoch empfohlen und auf eine mögliche Grunderwerbsteuer- und Schenkungsteuerpflicht hingewiesen habe (§ 6 Ziff. 4 des Ehevertrages). Die Kläger vereinbarten, dass sie die Kosten der Vereinbarung und ihrer Durchführung gemeinsam tragen (§ 6 Ziff. 7 des Ehevertrages). Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Ehevertrag vom ... 2019 Bezug genommen.

[5] Im Rahmen eines Einspruchsverfahrens gegen den Vorauszahlungsbescheid über Einkommensteuer 2019 vom ... 2019, in dem der Beklagte den Vorgang nach § 17 Abs. 1 Satz 4 und Abs. 2 Satz 5 EStG der Besteuerung unterwarf und entsprechende Einkommensteuervorauszahlungen für das Streitjahr festsetzte, teilten die Kläger dem Beklagten mit, dass sie beabsichtigten, die Anteilsübertragung vom Kläger an die Klägerin rückgängig zu machen. Die Rückabwicklung solle wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage erfolgen und stelle nach der

Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) ein rückwirkendes Ereignis dar, das steuerlich auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Anteilsübertragung zurückwirke.

[6] Am ... 2020 schlossen die Kläger eine notarielle Änderungsvereinbarung ab. Dort regelten die Kläger, dass sie bei Abschluss des Ehevertrages am ... 2019 übereinstimmend die Vorstellung gehabt hätten, dass die Übertragung der GmbH-Anteile zum Ausgleich der Zugewinnausgleichsforderung keine einkommensteuerrechtlichen Konsequenzen haben würde. Vor diesem Hintergrund passten die Kläger den Ehevertrag an und änderten ihn teilweise inhaltlich. Die Kläger fassten sodann § 5 Ziff. 3 des Ehevertrages neu und regelten, dass zur Erfüllung des in § 4 des Ehevertrages geregelten Zugewinnausgleichs der Kläger an die Klägerin eine Teilzahlung in Höhe von ... EUR in bar leistet. Die Klägerin bekannte und bestätigte, dass sie diesen Betrag von dem Kläger in bar ausgezahlt erhalten hat. Die Klägerin stundete den weitergehenden „Zugewinnanspruch“ in Höhe von ... Mio. EUR verzinslich bis zum Tode des Klägers (Ziff. 1 der Änderungsvereinbarung). Die Kläger gingen übereinstimmend davon aus, dass der rechtliche Grund für die Abtretung der Geschäftsanteile entfallen sei. Zur Erfüllung des Bereicherungsanspruches nach § 812 BGB übertrug die Klägerin die Geschäftsanteile mit allen Rechten, Pflichten und dem Gewinnbezugsrecht für das abgelauene Geschäftsjahr und für das gesamte derzeit laufende Geschäftsjahr einschließlich aller etwa unter die Gesellschafter noch nicht verteilter Gewinne vorangegangener Geschäftsjahre an den Kläger zur Alleinberechtigung zurück und trat die Geschäftsanteile ab (Ziff. 2 der Änderungsvereinbarung).

[7] Die Kläger reichten im ... 2020 ihre Einkommensteuererklärung für 2019 beim Beklagten ein. Hierin erklärten sie keinen Veräußerungsgewinn nach § 17 EStG.

[8] Der Beklagte folgte der von den Klägern in der Steuererklärung vertretenen Auffassung nicht. Er setzte daher im Einkommensteuerbescheid 2019 vom ... 2021 einen Veräußerungsgewinn in Höhe von ... Mio. EUR an. Aus den Erläuterungen ergibt sich, dass der Beklagte von der Erfüllung des Tatbestandes des § 17 EStG durch den vertraglich beschlossenen Zugewinnausgleich im Ehevertrag vom ... 2019 ausging. Es handele sich um einen tauschähnlichen Vorgang (BFH, Beschluss vom 30. März 2011 IX B 114/10). Die Rückabwicklung des Vertrages durch die Änderungsvereinbarung vom ... 2020 stelle kein rückwirkendes Ereignis dar, das steuerlich auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Anteilsübertragung zurückwirke. Die steuerlichen Folgen des Veräußerungsgeschäftes gehörten nur dann nicht in die alleinige Risikosphäre des Veräußerers, wenn die Vertragsparteien eine bestimmte Lastenverteilung explizit zur Vertragsgrundlage gemacht hätten. Hierbei genüge es, dass die Vertragsbedingungen eine gemeinsame Fehlvorstellung über die steuerlichen Folgen offenbarten. Der Vertrag im

vorliegenden Fall erfülle diese Bedingungen jedoch nicht. Er enthalte, abgesehen von dem Standardhinweis, dass der Notar keine steuerliche Beratung durchgeführt habe (§ 6 Ziff. 4 des Ehevertrages), keine Hinweise auf steuerlichen Folgen. Die Berechnung des Veräußerungsgewinns ergebe sich aus dem Vorauszahlungsbescheid über Einkommensteuer vom ... 2019. In diesem ging der Beklagte von Anschaffungskosten in Höhe von ... EUR und einem gemeinen Wert der Anteile bei Veräußerung in Höhe von ... Mio. EUR aus. Daraus ergab sich ein Veräußerungsgewinn i.S.d. § 17 EStG in Höhe von ... Mio. EUR. Unter Anwendung des Teileinkünfteverfahrens nach § 3 Nr. 40 Buchst. c EStG ergab sich demnach ein steuerfreier Anteil in Höhe von ... Mio. EUR und ein steuerpflichtiger Anteil in Höhe von ... Mio. EUR.

**[9]** Hiergegen wendeten sich die Kläger mit ihrem fristgerecht erhobenen Einspruch.

**[10]** Die Anteilsübertragung aufgrund des Ehevertrages sei durch die Änderungsvereinbarung aufgehoben worden. Die Vertragsaufhebung stelle ein rückwirkendes Ereignis dar, das steuerlich auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Anteilsübertragung zurückwirke. Die Vertragsparteien seien fälschlicherweise davon ausgegangen, dass die Übertragung der GmbH-Anteile keine steuerrechtlichen Konsequenzen habe. Die Vertragsparteien hätten nicht gewusst, dass ein Zugewinnausgleichsanspruch nur in Geld bestehen könne, nicht jedoch in Sachwerten. Auch der Notar habe nicht darüber informiert, dass es sich um einen Geldanspruch handele. Im Ursprungsvertrag müsse nichts über die steuerlichen Konsequenzen geschrieben worden sein; es reiche nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 8. November 1975 VI ZR 153/73) aus, dass die Vertragsparteien eine gemeinsame Fehlvorstellung über die steuerlichen Konsequenzen gehabt hätten. Der gemeinsame Irrtum über steuerliche Folgen könne zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage führen. Die Rückabwicklung des Vertrages sei daher ein rückwirkendes Ereignis mit der Folge, dass kein Veräußerungsgewinn im Streitjahr zu berücksichtigen sei.

**[11]** Der Beklagte wies den Einspruch mit Einspruchsentscheidung vom ... 2021 als unbegründet zurück.

**[12]** Durch die Übertragung der GmbH-Anteile aufgrund des Ehevertrages sei ein Veräußerungsgewinn entstanden, da die Kläger die Übertragung einvernehmlich ohne weitere Gegenleistung vereinbart hätten. Die Kläger hätten sich vorweg über die Höhe ihrer Vermögen und den ausgleichenden Zugewinn geeinigt. Der Veräußerungsgewinn entstehe im Zeitpunkt des Übergangs des rechtlichen oder wirtschaftlichen Eigentums. Der Zufluss des Entgeltes sei nicht entscheidend. Abzustellen sei auf den tatsächlich erzielten Erlös, welcher Sachleistungen am Tag des Gefahrübergangs einschließe. Veränderungen des

Werts der Gegenleistung nach vollständiger Erfüllung der Gegenleistungspflicht beeinflussten die Höhe des Veräußerungspreises grundsätzlich nicht mehr. Anders sei dies nur, wenn der Grund für die spätere Änderung im ursprünglichen Rechtsgeschäft angelegt sei. Ein Ereignis mit steuerlicher Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Veräußerung könne dementsprechend u.a. anzunehmen sein, wenn die nachträgliche Veränderung des zunächst geschuldeten Kaufpreises auf einem dem Veräußerungsvorgang selbst anhaftenden Mangel, z.B. einer Leistungsstörung, beruhe. Auch soweit der Erwerber die geschuldete Gegenleistung bereits erbracht habe, könne in diesen Fällen regelmäßig davon ausgegangen werden, dass der Grund für das Ereignis, das zur späteren Änderung der Gegenleistung führe, im ursprünglichen Rechtsgeschäft selbst angelegt gewesen sei. Dies gelte auch dann, wenn der Kaufpreis infolge Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage zurückgezahlt werden müsse.

**[13]** Die Aussage der Kläger, dass für eine Anlage der späteren Änderung im ursprünglichen Rechtsgeschäft bereits die gemeinsame Fehlvorstellung über die steuerlichen Konsequenzen ausreiche, sei aus dem von den Klägern angeführten BGH-Urteil nicht erkennbar. Der vorliegende Fall liege zudem anders, da in dem Ehevertrag nur eine Einholung steuerlicher Beratung vom Notar empfohlen worden sei, für die der Notar jedoch nicht zuständig gewesen sei. Dass die steuerlichen Erwägungen der Kläger bei der Vertragsgestaltung eine erhebliche Rolle gespielt hätten, sei daher – anders als im vom BGH entschiedenen Fall – schon nicht ersichtlich.

**[14]** Der erforderliche Zusammenhang mit dem Veräußerungsvorgang, der zu einer steuerlichen Rückwirkung führen würde, liege hier nicht vor. Die Kläger hätten sich im notariellen Ehevertrag auf die Übertragung der GmbH-Anteile geeinigt. Die Übergabe sei direkt bei Vertragsabschluss erfolgt. Auch wenn bei der Rückübertragung in der Änderungsvereinbarung auf den ursprünglichen Vertrag Bezug genommen worden sei, so führe dies nicht dazu, dass der ursprüngliche Vertrag aufgehoben worden sei. Er werde nur dahingehend geändert, dass die GmbH-Anteile erneut (zurück-)übertragen würden und die Klägerin einen Anspruch auf Verzinsung erhalte.

**[15]** Die durch die Übertragung anfallende Steuerbelastung sei grundsätzlich von den Klägern gemeinsam zu tragen. Auch wenn sich die Schlussvorschrift hinsichtlich der gemeinsamen Tragung der Kosten nicht explizit auf Steuerforderungen bezogen habe, so sei darauf hinzuweisen, dass die Kläger auch für Forderungen aufgrund des Einkommensteuerbescheides Gesamtschuldner seien. Zudem hätten die Kläger vereinbart, dass sie auch die Kosten der Durchführung des Vertrages gemeinsam bezahlen wollten.

[16] Hiergegen wenden sich die Kläger mit ihrer fristgerecht beim Niedersächsischen Finanzgericht erhobene Klage. Sie verfolgen ihr Begehren aus dem Einspruchsverfahren weiter.

[17] Der Prozessbevollmächtigte habe übersehen, dass es sich bei einem Zugewinnausgleichsanspruch um einen Geldanspruch handele. Der Zugewinnausgleich durch Übertragung von GmbH-Anteilen könne entgegen der damaligen Ansicht nicht steuerfrei erfolgen, sondern stelle einen tauschähnlichen Vorgang dar und erfülle damit den Veräußerungstatbestand des § 17 EStG. Er habe daher die Kläger falsch beraten.

[18] Geschäftsgrundlage für den Abschluss des Ehevertrages seien erbschaftsteuerliche Optimierungen in Form einer Ersparnis zukünftiger Erbschaftsteuer bei der späteren Übertragung des Vermögens auf die nächste Generation gewesen. Wenn durch diesen Vorgang eine Einkommensteuer entstehe, die deutlich höher sei als die mögliche Erbschaftsteuersparnis, sei der Grund für den Wegfall der Geschäftsgrundlage gegeben. Dies gelte insbesondere, da sich die Kläger trotz vorheriger steuerlicher Beratung gemeinsam über die steuerlichen Folgen des Ehevertrages im Irrtum befunden hätten. Infolge dieser Überlegungen sei die Änderungsvereinbarung abgeschlossen, die Anteilsübertragung rückgängig gemacht und der Zugewinnausgleichsanspruch verzinslich bis zum Tod des Klägers gestundet worden.

[19] Der vorliegende Sachverhalt sei mit dem, dem BFH-Urteil vom 28. Oktober 2009 IX R 17/09 (BFHE 227, 349, BStBl II 2010, 539) zugrundeliegenden Fall vergleichbar. Auch dort seien die Beteiligten von gar keiner oder nur einer minimalen Steuerbelastung ausgegangen; tatsächlich habe die Vertragskonstellation jedoch zu riesigen Steuernachzahlungen geführt. Wegen des gemeinsamen Rechtsirrtums habe der BFH einen Wegfall der Geschäftsgrundlage anerkannt.

[20] Die Kläger beantragen,

[21] den Einkommensteuerbescheid 2019 vom ... 2021 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom ... 2021 dahingehend abzuändern, dass die Einkünfte aus Gewerbebetrieb – Veräußerungsgewinn gem. § 17 EStG – in Höhe von 0 EUR angesetzt werden und die Einkommensteuer entsprechend herabgesetzt wird.

[22] Der Beklagte beantragt,

[23] die Klage abzuweisen.

[24] Der Fall des BFH-Urteils vom 28. Oktober 2009 IX R 17/09 sei mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar. Zum einen sei zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages im vom BFH zu entscheidenden Fall die Rechtslage noch nicht geklärt

gewesen. Im vorliegenden Fall sei jedoch die Rechtslage bereits klar gewesen. Zum anderen sei im vorliegenden Fall § 313 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) anwendbar. Nach § 313 Abs. 2 BGB stehe es der Veränderung der Umstände gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich als falsch herausstellten. Im vom BFH zu entscheidenden Fall sei unter Ziffer 5 des Vertrages vereinbart worden, dass die mit dieser Urkunde und ihrem Vollzug verbundenen Kosten und die evtl. Steuern der Gesellschaft zur Last fallen. Im vorliegenden Fall sei hingegen nur eine Empfehlung zur Einholung steuerlicher Beratung vom Notar ausgesprochen worden. Zudem sei vereinbart worden, dass die Kosten der Vereinbarung und ihrer Durchführung gemeinsam getragen werden sollen. Eine bestimmte steuerliche Lastenverteilung sei hier – anders als im Fall des BFH – gerade nicht erfolgt.

[25] Ein Ereignis wirke auf den bereits entstandenen materiellen Steueranspruch des § 17 Abs. 1 EStG ein und mithin zurück, wenn ein Kaufpreis aus Gründen zurückgewährt werde, die im Vertrag selbst angelegt seien. Selbst wenn man keine Steuerklausel im eigentlichen Sinne verlange, die den Vertrag bei einer bestimmten steuerrechtlichen Einordnung von vornherein entfallen ließe, sondern es ausreichen lasse, dass die Vertragsbedingungen eine gemeinsame Fehlvorstellung über die steuerlichen Folgen offenbarten, lägen die Voraussetzungen für ein rückwirkendes Ereignis vorliegend nicht vor. Der Ehevertrag enthalte ebenso wenig Ausführungen zur steuerlichen Lastenverteilung wie Hinweise oder Vereinbarungen bezüglich seiner steuerlichen Folgen. Ein bloßer Irrtum über die steuerlichen Folgen könne keinen Wegfall der Geschäftsgrundlage begründen, wenn er in den Vertragsbedingungen keinen Niederschlag gefunden habe.

[26] Dem Senat lag die zur Steuernummer ... geführte Einkommensteuerakte des Beklagten nebst Rechtsbehelfshalbhefter ESt 2019 vor. Wegen der weiteren Einzelheiten wird hierauf sowie auf die Schriftsätze der Beteiligten sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 14. Dezember 2022 Bezug genommen (§ 105 Abs. 3 Satz 2 der Finanzgerichtsordnung – FGO –).

#### Aus den Gründen:

[27] I. Die Klage ist begründet.

[28] Der Einkommensteuerbescheid 2019 vom ... 2021 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom ... 2021 ist rechtswidrig und verletzt die Kläger in ihren Rechten (§ 100 Abs. 1 Satz 1 FGO). Der Beklagte hat zu Unrecht einen Veräußerungsgewinn in Höhe von ... Mio. EUR der Besteuerung unterworfen. Zwar erfüllte die Übertragung der GmbH-Anteile aufgrund des Ehevertrages zunächst den Tatbestand des § 17 Abs. 1 EStG (siehe

hierzu unter 1.). Der Beklagte ist jedoch zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Rückübertragung der GmbH-Anteile auf den Kläger aufgrund der Änderungsvereinbarung kein rückwirkendes Ereignis darstellt (vgl. hierzu unter 2.).

**[29]** 1. Die Übertragung der GmbH-Anteile vom Kläger auf die Klägerin am ... 2019 erfüllt den Tatbestand des § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG.

**[30]** Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG gehört zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb auch der Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 1 Prozent beteiligt war.

**[31]** Im Streitfall war der Kläger innerhalb der letzten fünf Jahre vor Abschluss des Ehevertrages zu mindestens 1 Prozent an der GmbH beteiligt. Zwischen den Beteiligten ist unstreitig, dass die Übertragung der GmbH-Anteile auf die Klägerin den Tatbestand des § 17 Abs. 1 EStG erfüllt. Dem stimmt der Senat im Ergebnis zu. Im vorliegenden Fall hatte die Klägerin aufgrund des Ehevertrages einen auf eine Geldleistung gerichtete Zugewinnausgleichsanspruch gegenüber dem Kläger. Sie hat jedoch die Übertragung der GmbH-Anteile des Klägers, also eines Surrogats, an Erfüllungs statt angenommen. Dadurch ist das Schuldverhältnis zwischen den Klägern nach § 364 Abs. 1 BGB erloschen. Dieser Vorgang stellt eine entgeltliche Veräußerung i.S.d. § 17 EStG dar (so im Ergebnis auch BFH, Beschluss vom 30. März 2011 IX B 114/10, BFH/NV 2011, 1323 m.w.N.).

**[32]** Auch die Höhe des vom Beklagten ermittelten Veräußerungsgewinns ist nicht zu beanstanden.

**[33]** 2. Der Beklagte ist jedoch zu Unrecht davon ausgegangen, dass der entstandene Veräußerungsgewinn nicht mit steuerlicher Wirkung für die Vergangenheit entfallen ist. Die Rückübertragung der GmbH-Anteile auf den Kläger aufgrund der Änderungsvereinbarung stellt – entgegen der Auffassung des Beklagten – ein rückwirkendes Ereignis im Sinne des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO dar.

**[34]** a. Die Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis entstehen, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft, § 38 AO. Bei den laufend veranlagten Steuern – wie vorliegend der Einkommensteuer – sind die aufgrund des Eintritts neuer Ereignisse materiell-rechtlich erforderlichen steuerlichen Anpassungen regelmäßig nicht rückwirkend, sondern in dem Besteuerungszeitraum vorzunehmen, in dem sich der maßgebende Sachverhalt ändert (vgl. u.a. BFH-Beschluss vom 19. Juli 1993 GrS 2/92, BFHE 172, 66, BStBl II 1993, 897). Grundsätzlich kann ein Sachverhalt nicht

mit steuerrechtlicher Wirkung rückwirkend gestaltet werden, weil der Steuerpflichtige auf einen entsprechenden Steueranspruch nicht rückwirkend Einfluss nehmen kann. Eine solche Einflussnahme wäre ein unzulässiger Eingriff in öffentlich-rechtliche Verhältnisse (vgl. u.a. BFH-Urteil vom 18. September 1984 VIII R 119/81, BFHE 142, 130, BStBl II 1985, 55). Dies gilt jedoch nur insoweit, als die einschlägigen steuerrechtlichen Regelungen nicht bestimmen, dass eine Änderung des nach dem Steuertatbestand rechtserheblichen Sachverhalts zu einer rückwirkenden Änderung steuerlicher Rechtsfolgen führt. § 313 BGB, auf den sich die Kläger berufen, ist eine zivilrechtliche Vorschrift und gerade keine solche steuerrechtliche Regelung (vgl. FG Nürnberg, Urteil vom 10. Mai 2017 3 K 1157/16, EFG 2017, 1440).

**[35]** Es kommt somit maßgeblich darauf an, ob es sich bei dem Abschluss der Änderungsvereinbarung um ein Ereignis mit steuerlicher Wirkung für die Vergangenheit (rückwirkendes Ereignis) im Sinne von § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO handelt. Nach der Rechtsprechung des BFH gilt § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO sinngemäß für Bescheide, die rechtzeitig – wie hier – mit dem Einspruch angefochten worden sind (vgl. BFH, Urteile vom 19. August 2003 VIII R 67/02, BStBl II 2004, 107, 109; vom 28. Oktober 2009 IX R 17/09, BFHE 227, 349, BStBl II 2010, 539).

**[36]** b. Für die Frage, ob ein Veräußerungspreis materiell-rechtlich mit Wirkung auf den Zeitpunkt der Entstehung des Veräußerungsgewinns zurückwirkend geändert werden kann, ist nach der Rechtsprechung des BFH entscheidend, ob es sich um einen Fall eines beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Kaufvertrags handelt oder ob die Gegenleistung bereits vollständig erbracht worden ist (vgl. nur BFH, Urteil vom 6. Dezember 2016 IX R 49/15, BFHE 256, 470, BStBl II 2017, 673).

**[37]** aa. Im Fall eines beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Kaufvertrags wirkt eine Veränderung der wertbestimmenden Umstände materiell-rechtlich auf den Zeitpunkt der Entstehung des Veräußerungsgewinns zurück. Dabei ist es unerheblich, welche Gründe für die Minderung oder Erhöhung des (tatsächlich erzielten) Erlöses maßgebend waren (vgl. BFH, Urteil vom 13. Oktober 2015 IX R 43/14, BFHE 251, 326, BStBl II 2016, 212). Diese zur Höhe des Veräußerungspreises ergangene Rechtsprechung ist auch auf die Frage übertragbar, ob ein Anschaffungsvorgang dem Grunde nach anzunehmen ist (vgl. BFH, Urteil vom 6. Dezember 2016 IX R 49/15, BFHE 256, 470, BStBl II 2017, 673 m.w.N.). Die Rückübertragung der Verfügungsmacht stellt in diesem Fall keinen gesonderten markt-offenbaren Vorgang dar, sondern nur einen notwendigen Teilakt im Rahmen der Rückabwicklung (vgl. BFH, Urteil vom 6. Dezember 2016 IX R 49/15, BFHE 256, 470, BStBl II 2017, 673 m.w.N.). Der Veräußerungsgewinn entfällt in einem solchen Fall rückwirkend.

[38] bb. Verändert sich der Wert der Gegenleistung hingegen nach vollständiger Erfüllung der Gegenleistungspflicht, beeinflusst dies die Höhe des Veräußerungspreises nicht mehr. Vereinbarungen, durch welche eine bereits erfüllte Gegenleistung noch einmal geändert wird, wirken nach der Rechtsprechung nur dann auf den Zeitpunkt der Entstehung des Veräußerungsgewinns zurück, wenn der Rechtsgrund für die spätere Änderung im ursprünglichen Rechtsgeschäft bereits angelegt war (vgl. BFH, Urteile vom 6. Dezember 2016 IX R 49/15, BFHE 256, 470, BStBl II 2017, 673; vom 13. Oktober 2015 IX R 43/14, BFHE 251, 326, BStBl II 2016, 212; vom 23. Mai 2012 IX R 32/11, BFHE 237, 234, BStBl II 2012, 675; vom 19. August 2003 VIII R 67/02, BFHE 203, 309, BStBl II 2004, 107; vom 14. Juni 2005 VIII R 14/04, BFHE 210, 278, BStBl II 2006, 15; zustimmend Hils, Deutsches Steuerrecht – DStR – 2016, 1345, 1352).

[39] Für den Fall, dass der Verkauf eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft durch die Parteien des Kaufvertrages wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage tatsächlich und vollständig rückgängig gemacht wird, hat der BFH zudem entschieden, dass dieses Ereignis steuerlich auf den Zeitpunkt der Veräußerung zurückwirken kann (vgl. BFH, Urteil vom 28. Oktober 2009 IX R 17/09, BFHE 227, 349, BStBl II 2010, 539). Dieses Urteil ist allerdings für die Zeit vor der Kodifizierung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB ergangen.

[40] c. Vorliegend handelt es sich um einen Fall der vollständigen Erfüllung der Gegenleistungspflicht, so dass eine steuerliche Rückwirkung nur angenommen werden kann, wenn der Rechtsgrund für die spätere Änderung im ursprünglichen Rechtsgeschäft bereits angelegt war.

[41] aa. Soweit ersichtlich, scheint der BFH in seinem Urteil vom 28. Oktober 2009 (IX R 17/09, BFHE 227, 349, BStBl II 2010, 539) ebenso wie F. Dötsch (Einkünfte aus Gewerbebetrieb nach Betriebsveräußerung und Betriebsaufgabe, 1987, S. 143 ff.; jurisPR-SteuerR 13/2010 Anm. 3) davon auszugehen, dass im Falle eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage – jedenfalls vor der Kodifizierung in § 313 BGB – zwingend – also ohne weitere Prüfung – von einem rückwirkenden Ereignis im steuerrechtlichen Sinne auszugehen ist, da der Anknüpfungspunkt hier stets im Kaufvertrag liege. Allerdings ist anzumerken, dass der BFH in dem zu entscheidenden Fall davon ausging, dass sich die für den Wegfall der Geschäftsgrundlage erforderliche gemeinsame Fehlvorstellung über die steuerrechtlichen Folgen auch explizit aus den Vertragsbedingungen offenbarte.

[42] bb. Der erkennende Senat geht ebenfalls davon aus, dass es im Fall eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage im Sinne des

§ 313 BGB möglich sein kann, dass die tatsächliche und vollständige Rückgängigmachung des Vertrages zu einem rückwirkenden Ereignis im Sinne des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO führt. Hierfür muss zunächst geklärt werden, ob zivilrechtlich von einer Rückgängigmachung des Anteilskaufvertrages aufgrund eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 BGB auszugehen ist. Zudem könnte nach Ansicht des Senats sodann jedoch weiter zu prüfen sein, ob der Rechtsgrund für den Wegfall der Geschäftsgrundlage im ursprünglichen Rechtsgeschäft angelegt war (so wohl auch Carlé, Kölner Steuerdialog – kösdi – 2017, 2029 ff.). Zur Überzeugung des Senats bedeutet die stets vom BFH gewählte Formulierung im Vertrag „angelegt“ sein, ein Mehr, das über den reinen zivilrechtlichen Begriff des Wegfalls der Geschäftsgrundlage hinausgehen dürfte, so dass nicht in jedem Fall – in dem ein Wegfall der Geschäftsgrundlage gegeben ist – ohne weitere Prüfung auch ein rückwirkendes Ereignis im steuerrechtlichen Sinne anzunehmen ist.

[43] cc. Letztlich bedarf es jedoch keiner abschließenden Entscheidung, welcher der beiden Auffassungen der Senat folgt, da im vorliegenden Fall – auch wenn man über den Wegfall der Geschäftsgrundlage hinaus noch ein „angelegt sein“ im Vertrag fordert – anzunehmen ist, dass der Rechtsgrund für die aufgrund des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vorgenommene Änderung des Ehevertrages im ursprünglichen Rechtsgeschäft angelegt gewesen ist.

[44] (1) Im vorliegenden Fall konnten die Kläger die Regelungen des Ehevertrages aufgrund eines **Wegfalls der Geschäftsgrundlage** im Rahmen der Änderungsvereinbarung anpassen und teilweise inhaltlich ändern.

[45] (a) **Haben sich die Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann gemäß § 313 Abs. 1 BGB die Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.** Nach § 313 Abs. 2 BGB steht es einer Veränderung der Umstände gleich, wenn **wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten (§ 313 Abs. 3 Satz 1 BGB).**

[46] (b) **Primäre Rechtsfolge der Geschäftsgrundlagenstörung** ist, da die Geschäftsgrundlagenlehre vor allem auf den Schutz der dem Vertrag gemeinsam zugrunde gelegten subjektiven Parteierwartungen zielt, die **Vertragsanpassung**; nur wenn

diese unter Berücksichtigung des Parteiwillens nicht möglich ist, so besteht ein Rücktrittsrecht (vgl. Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., Stand: 31. Mai 2021, § 313 BGB Rn. 10).

**[47] Geschäftsgrundlage** sind nur diejenigen Umstände und Vorstellungen, auf denen der Geschäftswille der Parteien aufbaut. Wie § 313 BGB ausdrücklich voraussetzt, kann die Vorschrift nur eingreifen, wenn die Parteien den Vertrag bei Kenntnis der Störung nicht oder jedenfalls nur mit einem anderen Inhalt geschlossen hätten. Erforderlich ist mit anderen Worten die äquivalente Kausalität des Vorliegens bestimmter Umstände oder Vorstellungen für den Abschluss des Vertrags mit diesem bestimmten Inhalt. (vgl. Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., Stand: 31. Mai 2021, § 313 BGB Rn. 57). Die Geschäftsgrundlage ist somit nicht Vertragsinhalt. Führt die (ggf. ergänzende) Vertragsauslegung (§ 157 BGB) zu einer vertraglichen Regelung des betreffenden Umstands, scheidet § 313 BGB aus (vgl. BGH, Urteile vom 1. Februar 1984 VIII ZR 54/83, BGHZ 90, 69-85; vom 17. Februar 1995 V ZR 267/93, NJW-RR 1995, 854; Stadler in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 313 Rn. 8).

**[48]** (c) Im vorliegenden Fall ließen sich die Kläger gemeinsam vom Prozessbevollmächtigten zu der Frage beraten, ob die geplante Übertragung der GmbH-Anteile Einkommensteuer auslöst. Da der Prozessbevollmächtigte dies – entgegen der Rechtsprechung des BFH – verneinte, gingen sie gemeinsam von fehlerhaften Umständen aus, als sie den Ehevertrag schlossen.

**[49]** Diese Umstände sind auch gerade nicht Vertragsinhalt geworden. Der Wortlaut des Ehevertrages offenbarte diese gemeinsame Fehlvorstellung der Kläger hinsichtlich der einkommensteuerrechtlichen Konsequenzen gerade nicht.

**[50]** In § 6 Ziff. 4 des Ehevertrages ist lediglich ein Hinweis des Notars enthalten, dass eine steuerliche Beratung empfohlen werde. Zwar konnten die Kläger nachweisen, dass eine solche vor Abschluss des Ehevertrages stattgefunden hat, dies kann jedoch gerade nicht dem Wortlaut des Ehevertrages entnommen werden. Es wurde weder eine explizite Lastenverteilung hinsichtlich der Steuern vereinbart noch ist eine Fehlvorstellung hinsichtlich der steuerrechtlichen Folgen einer Übertragung der GmbH-Anteile auf die Klägerin zur Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs in irgendeiner Art und Weise aus den Regelungen des Ehevertrages selbst ersichtlich. Es wurde insbesondere nicht in der Präambel des Ehevertrages aufgenommen, aus welchem Grund – erbschaftsteuerliche Optimierung – die Kläger den Vertrag schlossen. Es ergibt sich ebenfalls nicht aus dem Ehevertrag, wieso die Kläger den Wunsch hatten, einen Zugewinnausgleich trotz fortbestehender Ehe vorzunehmen. Aus dem Ehevertrag geht lediglich hervor, dass

die Kläger bei der Ermittlung der Werte ihres jeweiligen Vermögens mit ihrem gemeinsamen Steuerberater zusammengearbeitet haben (vgl. § 4 Absatz 2 des Ehevertrages). Zudem ergibt sich noch einmal explizit, dass der Steuerberater bei der Berechnung des Verkehrswerts der GmbH-Anteile mitgewirkt hat (§ 5 Ziff. 1 Absatz 2 des Ehevertrages). Des Weiteren kann auch aus den Schlussbestimmungen (§ 6 Ziff. 1 des Ehevertrages), in denen geregelt wird, dass das Finanzamt (Körperschaftsteuerstelle, Schenkungsteuerstelle und Grunderwerbsteuerstelle) je eine beglaubigte Abschrift des Ehevertrages erhält, nicht geschlossen werden, dass die Kläger sich vor dem Abschluss des Ehevertrages über die einkommensteuerrechtliche Behandlung der Übertragung der GmbH-Anteile Gedanken gemacht haben. Ebenso wenig ist dies aus der Regelung zur gemeinsamen Kostentragung (§ 6 Ziff. 7 des Ehevertrages) ersichtlich.

**[51]** Jedoch haben die Kläger durch den Abschluss der Änderungsvereinbarung klar zum Ausdruck gebracht, dass sie bei Kenntnis der wahren Umstände – Einkommensteuerpflicht der Übertragung der GmbH-Anteile – den Vertrag mit einem anderen Inhalt geschlossen hätten. Durch die Vorlage der schriftlichen Zusammenfassung und die Ausführungen des Prozessbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung steht zudem zur Überzeugung des erkennenden Senats fest, dass die Kläger bereits vor dem Abschluss des Ehevertrages einem gemeinsam Irrtum über die einkommensteuerrechtlichen Konsequenzen der Übertragung der GmbH-Anteile unterlegen haben und dieser gemeinsame Irrtum auch kausal für den Abschluss des Ehevertrages und der darin enthaltenen Regelung zur Übertragung der GmbH-Anteile zur Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs in § 5 Ziff. 3 war. Sie haben gerade nicht erstmals nach dem Erlass des Vorauszahlungsbescheids über Einkommensteuer, sondern bereits vor dem Abschluss des Ehevertrages, über die einkommensteuerrechtlichen Konsequenzen nachgedacht. In diesem Zusammenhang ist aus Sicht des Senats erheblich, dass der Abschluss des streitbefangenen Ehevertrags zur Durchführung einer Güterstandsschaukel allein der steuerlichen, insbesondere erbschaftsteuerlichen Optimierung dienen sollte und es den Klägern maßgeblich auf den Eintritt bestimmter steuerlicher Folgen ankam. Allein schon aus diesen Gründen ist nicht anzunehmen, dass die Kläger die Erfüllung der Zugewinnausgleichsforderung durch den Kläger durch Übertragung der wertgleichen GmbH-Anteile vorgenommen hätten, wenn sie bereits bei Vertragsschluss positiv gewusst hätten, dass die einkommensteuerlichen Folgen die erbschaftsteuerlichen Effekte übersteigen. Vielmehr steht für den Senat damit fest, dass das Wohl und Wehe des Ehevertrags von Anfang an davon abhing, dass die Übertragung der GmbH-Anteile keine Einkommensteuer auslöst und die Kläger dies zur entscheidenden Grundlage ihres Handelns gemacht haben.

[52] Nach den zivilrechtlichen Vorgaben lag somit ein Wegfall der Geschäftsgrundlage vor. Dieser berechnete die Kläger nach § 313 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 BGB auch vorrangig zu einer Vertragsänderung, da es den Klägern aufgrund der Aufzehrung etwaiger erbschaftsteuerlicher Vorteile durch die anfallende Einkommensteuer aufgrund der Übertragung der GmbH-Anteile, nicht zumutbar war, unverändert am Vertrag festzuhalten.

[53] Im vorliegenden Fall entschieden die Kläger sich dazu, die Übertragung und Abtretung der GmbH-Anteile vom Kläger auf die Klägerin rückgängig zu machen. Dies geschah, indem sie den Zugewinnausgleichsanspruch der Klägerin – entgegen der ursprünglichen Vereinbarung im Ehevertrag – bestehen ließen und verzinslich bis zum Tod des Klägers stundeten. Hierdurch entfiel lediglich die Verpflichtung des Klägers die GmbH-Anteile auf die Klägerin zu übertragen. Nach der Auffassung der Kläger führte dies zu einer ungerechtfertigten Bereicherung und einem Rückübertragungsanspruch nach § 812 BGB (vgl. Ziff. 2 der Änderungsvereinbarung). Hierbei verkannten die Kläger, dass die Anpassung des Vertrages nach § 313 BGB zu einer Vertragsänderung führt und die Rückübertragung daher aufgrund eines vertraglichen – und gerade nicht aufgrund eines gesetzlichen – Anspruchs hätte erfolgen müssen. Die fehlerhafte Benennung der Rückabwicklungsnorm ändert jedoch nichts daran, dass die Kläger den Vertrag tatsächlich aufgrund des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ändern wollten und konnten. Die Auslegung der Änderungsvereinbarung ergibt daher, dass die Rückübertragung der GmbH-Anteile – entgegen der von den Klägern gewählten Formulierung und von diesen benannten Rechtsvorschrift – tatsächlich aufgrund eines vertraglichen Anspruchs erfolgt ist.

[54] (2) Aufgrund der Änderung des Ehevertrages durch die Änderungsvereinbarung kam es auch tatsächlich zu einer vollständigen Rückgängigmachung der Übertragung der GmbH-Anteile. Die Klägerin übertrug die GmbH-Anteile mit allen Rechten, Pflichten und dem Gewinnbezugsrecht für das abgelaufene Geschäftsjahr und für das gesamte laufende Geschäftsjahr auf den Kläger zur Alleinberechtigung zurück und trat die GmbH-Anteile an den Kläger ab. Der Kläger war somit im Anschluss an die Änderungsvereinbarung genau wie zuvor Eigentümer der GmbH-Anteile und ihm standen aufgrund der getroffenen Vereinbarung auch alle Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit den GmbH-Anteilen ununterbrochen zu.

[55] (3) Diese **Rückgängigmachung** war auch **im ursprünglichen Rechtsgeschäft – also dem Ehevertrag – angelegt**.

[56] (a) Bislang ist – soweit ersichtlich – höchstrichterlich noch nicht geklärt, was genau unter „angelegt“ im ursprünglichen Rechtsgeschäft zu verstehen ist. Es könnte daher im Zusam-

menhang mit einem zivilrechtlichen Wegfall der Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 BGB darauf ankommen, ob sich im Wortlaut des ursprünglichen Vertrages – hier des Ehevertrages – Anhaltspunkte für die spätere Rückgängigmachung finden lassen. Alternativ könnte es jedoch auch ausreichen, wenn sich lediglich aus der Vereinbarung hinsichtlich der Rückgängigmachung oder aus im zeitlichen Zusammenhang mit dem ursprünglichen Rechtsgeschäft stehenden Quellen ergibt, worin die Umstände bestanden, aufgrund derer die Vertragsparteien sich zum Abschluss des Vertrages entschieden und die letztlich zum Wegfall der Geschäftsgrundlage geführt haben.

[57] (b) **Der Senat versteht die von der BFH-Rechtsprechung verwendete Formulierung „angelegt im ursprünglichen Rechtsgeschäft“ dahingehend, dass es gerade nicht erforderlich ist, dass der Grund für die Rückgängigmachung im Vertragswortlaut seinen Niederschlag gefunden haben muss.** Zwar könnten an dieser Auffassung Zweifel bestehen, da der BFH in seinem Urteil vom 28. Oktober 2009 (IX R 17/09) unter II.2.b) ausgeführt hat, dass die steuerlichen Folgen eines Veräußerungsgeschäfts nicht in die alleinige Risikosphäre des Verkäufers gehören, wenn die Vertragsparteien eine bestimmte steuerliche Lastenverteilung explizit zur Vertragsgrundlage gemacht haben. Es ist allerdings zu beachten, dass diese Ausführungen vom BFH zu der Fragestellung erfolgten, ob zivilrechtlich ein Wegfall der Geschäftsgrundlage vorlag. Im vorliegenden Fall ist jedoch auch ohne eine explizite Regelung im Vertrag – aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles – davon auszugehen, dass ein Wegfall der Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 BGB gegeben ist. Die Ausführungen des BFH stehen daher der vom erkennenden Senat vertretenen Auffassung nicht entgegen.

[58] (c) **Allerdings hält es der Senat auch nicht für ausreichend, wenn lediglich in dem Rechtsgeschäft zur Rückgängigmachung – hier der Änderungsvereinbarung – behauptet wird, dass bereits bei Abschluss des ursprünglichen Rechtsgeschäfts eine gemeinsame Fehlvorstellung der Vertragsparteien vorlag, welche zum Wegfall der Geschäftsgrundlage geführt hat.**

[59] (d) **§ 313 BGB ermöglicht es den Vertragsparteien, die die Umstände des Vertragsschlusses kannten, sich wieder vom Vertrag zu lösen oder den Vertrag zumindest anzupassen.** § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO ermöglicht hingegen einen bereits verwirklichten Sachverhalt mit steuerlicher Rückwirkung wieder entfallen zu lassen. Hierzu muss nach der Auffassung des erkennenden Senats ein nicht am Vertragsschluss beteiligter Dritter, der die Vertragsgrundlagen nicht ohne Weiteres kennen kann, auch tatsächlich erkennen, dass die dem Abschluss des Rechtsgeschäfts zugrundeliegenden Umstände bereits im Rechtsgeschäft angelegt waren. **Es ist daher nicht ausreichend, dass bloße Umstände, die eine Geschäftsgrundlage**

im Sinne des § 313 BGB darstellen, ohne weitere erkennbare Anknüpfungspunkte zur Rückgängigmachung des Rechtsgeschäfts geführt haben. Die von den Vertragsparteien gemeinsam zur Vertragsgrundlage gemachten Umstände dürfen daher nicht nur einmal zwischen diesen Parteien angesprochen worden sein. Eine solche Vertragsgrundlage muss vielmehr für sich allein erkennbar sein. Sie muss sich also zumindest aus sonstigen, im zeitlichen Zusammenhang mit dem Abschluss des Rechtsgeschäfts stehenden Quellen ergeben. Hierfür können beispielsweise im zeitlichen Zusammenhang mit dem Abschluss des Rechtsgeschäfts erstellte Dokumente herangezogen werden oder auch Aussagen eines nicht am Vertragsschluss beteiligten Dritten.

**[60]** (e) Im vorliegenden Fall ist durch das **Beratungsgespräch mit dem Steuerberater** – welches im Anschluss in einem Schriftsatz an die Kläger zusammengefasst worden ist – klar nach außen erkennbar zutage getreten, dass der Umstand, dass die Übertragung der GmbH-Anteile nicht der Einkommensbesteuerung unterliegt, eine **Vertragsgrundlage für beide Vertragsparteien** geworden ist. Da diese Beratung im zeitlichen Zusammenhang mit dem Abschluss des Ehevertrages erfolgt und für einen Dritten erkennbar ist, geht der Senat im vorliegenden Fall davon aus, dass der Umstand auch im ursprünglichen Rechtsgeschäft angelegt war.

**[61]** (f) Der Senat geht daher davon aus, dass ein rückwirkendes Ereignis im Sinne des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO gegeben ist und daher mit steuerlicher Rückwirkung der Veräußerungsgewinn entfallen ist. Der Klage hatte daher in vollem Umfang Erfolg.

**[62]** II. Die Ausrechnung der Steuer wird dem Beklagten gem. § 100 Abs. 2 Satz 2 FGO übertragen. Der Beklagte hat den Klägern das Ergebnis der Neuberechnung unverzüglich formlos mitzuteilen und nach Rechtskraft des Urteils den Einkommensteuerbescheid 2019 mit dem geänderten Inhalt neu bekanntzugeben (§ 100 Abs. 2 Satz 3 FGO).

**[63]** III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO.

**[64]** IV. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 151 Abs. 3 FGO i.V.m. §§ 708 Nr. 10, 711 der Zivilprozessordnung (ZPO).

**[65]** V. Die Revision wird gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 2 FGO zugelassen, da eine Entscheidung des Bundesfinanzhofs zur Fortbildung des Rechts erforderlich erscheint. Klärungsbedürftig erscheint insbesondere, in welchen Fällen ein Wegfall der Geschäftsgrundlage zu einem rückwirkenden Ereignis im Sinne des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO führen kann und welche Anforderungen dabei an das „angelegt sein im früheren Rechtsgeschäft“ zu stellen sind.

## GI Literaturecke:

**Altmeppen:** Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer von Anwaltsgesellschaften anhängig beschäftigt?, NJW 2023, 393

**Auf der Heiden:** Haftungsfallen der Anhörungsgrüge, NJW 2023, 480

**Beyme:** Anforderungen an Vergütungsvereinbarungen und deren Abrechnung, Stbg 2023, 72

**Beyme:** Aufklärungspflichten des Steuerberaters im beschränkten Mandat und gegenüber „erfahrenen“ Mandanten, Stbg 2023, 116

**Beyme:** EuGH zu den Auswirkungen mangelnder Transparenz bei Stundensatzvereinbarungen, Stbg 2023, 114-116

**Blöse:** Die Haftung des Steuerberaters in der laufenden GmbH-Betreuung, GmbH-Stpr 2022, 317

**Buck-Heeb/Dieckmann:** Kapitalmarkt – vs. Gesellschaftsrecht: Der Disput zwischen XI. und II. Zivilsenat zur Prospekt haftung, ZIP 2023, 501

**Dahns:** Pflicht zur Nutzung des beA für anwaltlichen Insolvenzverwalter, Praxishinweis zu BGH, Beschl. v. 24.11.2022 – IX ZB 11/22, NJW-Spezial 2023, 94

**Dahns:** Haftung von Scheinsozien, Praxishinweis zu LG Bremen, Ur. v. 9.9.2022 – 4 O 2229/19, NJW-Spezial 2023, 95

**Herbst:** Pflichten und Haftung des Testamentsvollstreckers im steuerlichen Verfahren: Ausgewählte Schwerpunkte, ZEV 2022, 508

**Juretzek:** Ein genossenschaftlicher Prüfungsverband haftet den Mitgliedern einer Genossenschaft nicht auf Schadensersatz, Anmerkung zu OLG Stuttgart, Ur. v. 11.5.2022 – 9 U 28/21, DStR 2023, 238

**Juretzek:** Wirtschaftsprüfer kann bei gewissenlos nachlässiger Abschlussprüfung gegenüber Anlegern börsennotierter Unternehmen aus § 826 BGB haften, Anmerkung zu OLG München, Hinweisbeschl. v. 23.9.2022 – 13 U 3614/22, DStR 2023, 415

**Gehrlein:** Ausgleich eines Steuerschadens durch Steuervorteil, DZWIR 2023, 57

**Heydecke/Schick:** Verpflichtung zur Drittintermediär-Unterrichtung in DAC-6-Richtlinie verletzt Berufsgeheimnis eines Rechtsanwalts-Intermediärs - Orde van Vlaamse Balies u.a., Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 8.12.2022 – C-694/20, Orde van Vlaamse Balies u.a., DStR 2023, 351

**Holling:** Wie Rechtsanwälte ihre Haftung wirksam begrenzen könn(t)en – Tipps für Haftungsbegrenzungen und -beschränkungen, ZAP 2023, 251

**Kilian:** Transparenzgebot bei Zeitaufwand-Klausel im Anwaltsvertrag, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 12.1.2023 – C-395/21 (DV/MA), NJW 2023, 908

**Klöhn/Zell:** Wie ist der „Schaden der Gläubigerschaft“ in § 15 b IV 2 InsO zu bestimmen?, NZG 2022, 836

**Markworth/Özman:** Berufsrechtsreport, ZAP 2023, 107

**Meixner:** Dauerbrenner Scheinsozietät, Haftungsseite, NJW-aktuell 12/2023, 17

**Mock:** Kapitalmarktinformationshaftung: Keine Kausalitätsvermutung bei fälschlich erteiltem Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers, WM 2023, 201

**Munding/Klugmann:** Interprofessionelle Sozietäten als „doppelte Berufsausübungsgesellschaften“?, NJW 2023, 807

**Möller:** Anwaltschaftung im Zugewinnausgleich: Immobilienkaufvertrag: Privilegierter Erwerb?, FK 2023, 41

**Remmert:** Prozessfinanzierung: Sinnvolles Instrument der anwaltlichen Vergütung?, AnwBl Online 2023, 155

**Schwenker:** Die Sicherheitsvollstreckung im Bauprozess - Haftungsgefahren für Verfahrensbevollmächtigte, ZfBR 2022, 731-734

**Ueberfeldt:** Bemessung der Höhe der Vergütung eines Kanzleiabwicklers, Anmerkung zu AGH Bayern, Urt. v. 2.5.2022 – III-4-2/2021, DStR 2023, 166

**Wegener:** Zur Exkulpation der Geschäftsleitung durch die Hinzuziehung eines Steuerberaters, PStR 2023, 55

**Wacker:** Umfang des Einsichtsrechts in Handakten des Beraters, Anmerkung zu G Stuttgart, Teil- und Endurt. v. 15.11.2022 – 31 O 125/21, DStR 2023, 478

**Vogelpoth:** Sozialrechtliche Einschätzung eines Steuerberaters kann zu verschärfter Haftung des Mandanten führen, Anmerkung zu LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 19.7.2022 – L 9 R 2663/20, DStR 2023, 597

**Willems:** Haftungsrisiken bei drohender Verjährung, Haftungsseite, NJW-aktuell 8/2023, 17

## GI service

### Wichtige Info zur GI!

---

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

## Service-Fax

(0511) 645 111 3661

---

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

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

### Worauf Sie sich verlassen können:

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

## Impressum

GI Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

### Herausgeber

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

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

### Redaktion

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

### Erscheinungsweise

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

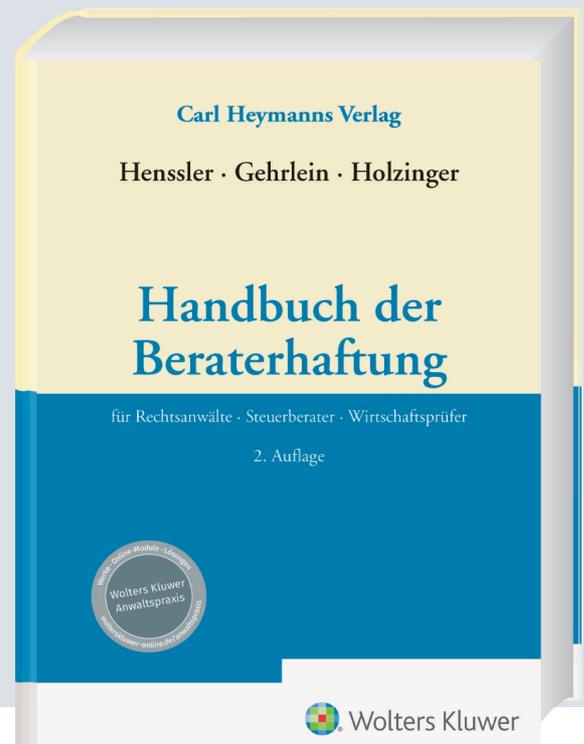
### Abonnementservice

Telefax: 0511-6451113661

# Gesamtdarstellung für Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer

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

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



ISBN 978-3-452-29838-6, € 159,-

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

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

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

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

ALLES, WAS EXPERTEN BEWEGT.

Auch im Buchhandel erhältlich