



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 277/22

Verkündet am:
15. November 2023
Heinekamp
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

AVB Vermögensschaden-Haftpflicht für Steuerberater (hier: BBR-S A. 5.3 a),
B. II. 6.)

- a) Ein Verstoß ist im Bereich eines unternehmerischen Risikos im Sinne der Ausschlussklausel in A. 5.3 a) BBR-S begangen, wenn der Steuerberater entweder in einem fremden Unternehmen unternehmerisch tätig geworden ist oder eine unternehmerische Investitionsentscheidung des Steuerberaters sein dem Verstoß zugrundeliegendes Verhalten beeinflusst hat.
- b) Für die Abgrenzung einer versicherten Aufsichtstreuhand von einer nichtversicherten geschäftsführenden Treuhand im Rahmen der Tätigkeit eines Steuerberaters als Treuhandkommanditist einer Fondsgesellschaft kommt es entscheidend darauf an, inwieweit dem Steuerberater aufgrund des Treuhandvertrags ein Entscheidungs- und Handlungsspielraum, Mitwirkungsrechte und/oder Ermessen zustehen und sich diese auf das unternehmerische Risiko der Fondsgesellschaft auswirken (hier: B.II.6. BBR-S).

BGH, Urteil vom 15. November 2023 - IV ZR 277/22 - OLG Köln
LG Köln

ECLI:DE:BGH:2023:151123UIVZR277.22.0

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Richterinnen Harsdorf-Gebhardt, Dr. Brockmöller, die Richter Dr. Götz, Rust und Piontek auf die mündliche Verhandlung vom 15. November 2023

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 5. Juli 2022 aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf bis 80.000 € festgesetzt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Kläger nehmen den beklagten Versicherer aus einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung in Anspruch, nachdem über das Vermögen einer versicherten Steuerberatungsgesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist.

- 2 Die T GmbH (im Folgenden: Versicherte) war in einem mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten abgeschlossenen Berufshaftpflichtversicherungsvertrag mitversichert. Diesem Versicherungsvertrag lagen die Allgemeinen und Besonderen Versicherungsbedingungen sowie Risikobeschreibungen zur

Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Wirtschaftsprüfer und verteidigte Buchprüfer, Steuerberater, Rechtsanwälte und Patentanwälte (AVB-WSR) zugrunde.

- 3 Teil 1 der AVB-WSR enthält die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB). Er lautet auszugsweise:

"A. Der Versicherungsschutz (§§ 1-4)

§ 1 Gegenstand der Versicherung

I. Der Versicherer bietet dem Versicherungsnehmer Versicherungsschutz (Deckung) für den Fall, dass er wegen eines bei der Ausübung beruflicher Tätigkeit ... begangenen Verstoßes von einem anderen

auf Grund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts

für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird.

..."

- 4 Teil 3 der AVB-WSR, der die Besonderen Bedingungen und Risikobeschreibungen für Steuerberater (BBR-S) enthält, lautet auszugsweise:

"A. Besondere Bedingungen

...

5. Ausschlüsse

...

5.3 Haftpflichtansprüche aus unternehmerischem Risiko

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

- a) der Versicherungsnehmer im Bereich eines unternehmerischen Risikos, das sich im Rahmen der Ausübung einer

versicherten Tätigkeit ergibt, einen Verstoß begeht, z. B. als Insolvenzverwalter bei der Fortführung eines Unternehmens, als Testamentsvollstrecker, so weit ein gewerbliches Unternehmen zum Nachlass gehört,

b) ...

...

B. Risikobeschreibung für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Steuerberatern

...

II. Der Versicherungsschutz erstreckt sich auch auf die Tätigkeiten, die nach § 57 Abs. 3 Nr. 2, 3 und 6 StBerG mit dem Beruf vereinbar sind, und zwar

...

6. Tätigkeit als nicht geschäftsführender Treuhänder;

..."

5 Mit Beitrittserklärungen vom 9. November 2005 beteiligten sich die Klägerin zu 1 in Höhe von nominal 20.000 € zzgl. Agio und der Kläger zu 2 in Höhe von nominal 40.000 € zzgl. Agio über die Versicherte als Treuhandkommanditistin an der E P M GmbH & Co. KG IV (im Folgenden: Fondsgesellschaft). Die Versicherte fungierte zudem als Mittelverwendungskontrolleurin der Fondsgesellschaft.

6 Den Beteiligungen der Kläger lag der Emissionsprospekt vom 10. August 2005 zugrunde. In dem im Prospekt abgedruckten Gesellschaftsvertrag der Fondsgesellschaft heißt es auszugsweise:

"§ 5 Kommanditanteil, Kapitalerhöhung

...

3. Die Treuhandkommanditistin kann im Hinblick auf ihren Kommanditanteil, jedoch nicht in Höhe des eigennützig gehaltenen Anteils, mit natürlichen und juristischen Personen Treuhandverträge ... abschließen ...

...

§ 6 Erbringung der Kapitaleinlagen.

1. Die Kommanditeinlage der Gründungskommanditistin ist erbracht. Die eigennützige Kommanditeinlage der Treuhandkommanditistin ist sofort zur Einzahlung fällig.

..."

7 Die Versicherte erhielt für jedes Geschäftsjahr eine Vergütung als Treuhänderin in Höhe von 0,03 % und als Mittelverwendungskontrolleurin in Höhe von weiteren 0,07 % der Summe der bis zum 31. Dezember des betreffenden Geschäftsjahres der Gesellschaft eingezahlten Pflichteinlagen der Gesellschaft, wobei jeweils eine Vergütungsdegression griff, sobald die Gesamt-Pflichteinlagen einen Betrag von 20.000.000 € überschritten.

8 Mit Urteil vom 14. September 2017 verurteilte das Oberlandesgericht München die Versicherte zum Ersatz des Schadens, der den Klägern aus der Beteiligung an der Fondsgesellschaft entstanden ist, unter anderem zur Rückzahlung der erbrachten Direkteinlagen sowie zur Erstattung der für den Rückkauf der Inhaberschuldverschreibungen aufgewandten Beträge. Zur Begründung führte es aus, die Versicherte hafte aus ihrer Treuhänderstellung wegen unzureichender Aufklärung der Kläger, weil der Prospekt die Anleger nicht ausreichend über durch das Finanzierungskonzept entstehende Risiken aufkläre. Am 1. April 2018 wurde über das Vermögen der Versicherten das Insolvenzverfahren eröffnet.

9 Im vorliegenden Verfahren haben die Kläger von der Beklagten in der Hauptsache im Wesentlichen gefordert, die durch das Oberlandesgericht München tenorierten Schadensersatzansprüche ihnen gegenüber auf der Grundlage von § 157 VVG in der bis 31. Dezember 2007 geltenden Fassung (im Folgenden: § 157 VVG a.F.) auszugleichen. Die Beklagte hat eingewandt, es handele sich nicht um eine versicherte Tätigkeit. Zudem sei die Versicherte jedenfalls unternehmerisch tätig geworden.

10 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Kläger zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die durch das Berufungsgericht zugelassene Revision der Kläger, mit der sie ihre Klageanträge weiterverfolgen.

Entscheidungsgründe:

11 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

12 I. Dieses hat ausgeführt, die Kläger könnten die Beklagte nicht nach § 157 VVG a.F. in Anspruch nehmen, denn es fehle an einem versicherungsvertraglichen Anspruch der Versicherten gegen die Beklagte. Zwar sei die Aufklärungspflichtverletzung im Rahmen einer versicherten Tätigkeit erfolgt, denn ein Entscheidungsspielraum der Versicherten, der ihre Treuhandtätigkeit zu einer geschäftsführenden gemacht habe, könne anhand des Treuhandvertrags nicht festgestellt werden. Die Tätigkeit als Treuhandkommanditistin und die daraus resultierende Prospekthaftung könne auch nicht generell als nicht versicherte unternehmerische Tätigkeit eingeordnet werden. Es greife aber der Risikoausschluss in A. 5.3 a)

BBR-S. Die Versicherte sei als Treuhandkommanditistin in das Gesamtkonzept der Fondsgesellschaft eingebunden gewesen. Die Pflichtverletzung berühre jedenfalls dann ihre unternehmerischen Interessen, wenn sie am Erfolg und Misserfolg der Fondsgesellschaft partizipiert habe. Das wäre unmittelbar dann der Fall gewesen, wenn sie an dieser eigene Anteile gehalten hätte. Der Treuhänder handele aber auch dann mit Blick auf ein künftiges unternehmerisches Risiko, wenn er im Zeitpunkt des Verstoßes (noch) keine eigenen Anteile halte, der Erwerb solcher Anteile aber vertraglich vorgesehen sei. Nach § 6 Ziff. 1 und § 5 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags sei das Halten eines eigennützigen Kommanditanteils verbindlich vertraglich vorgesehen gewesen. Daran ändere es nichts, dass die Höhe des Kommanditanteils dort nicht geregelt sei. Auf die Umsetzung des Gesellschaftsvertrags komme es nicht an. Diese Auslegung sei durch die Ausschlussklausel gedeckt. Der Wortlaut sei weit gefasst. Für einen Steuerberater ergebe sich nicht, dass ein Treuhänder bereits unternehmerisch tätig sein müsse, wenn er den Pflichtverstoß begehe. Es sei auch der Fall erfasst, dass der Treuhänder mit einem konkreten Bezug zu einem unternehmerischen Risiko handele, auch wenn dies aktuell noch nicht bestehe, wohl aber in naher Zukunft aufgrund konkret getroffener Regelungen sicher zu erwarten sei. Schließlich zeige sich der Umstand, dass die Versicherte im Bereich eines unternehmerischen Risikos gehandelt habe, auch daran, dass die Höhe der Vergütung vom eingeworbenen Kapital abhängig gewesen sei.

13 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

14 1. Mit der gegebenen Begründung hat das Berufungsgericht nicht annehmen dürfen, der Versicherungsschutz sei nach A. 5.3 a) BBR-S aus-

geschlossen, weil die Versicherte den Verstoß im Bereich eines unternehmerischen Risikos begangen habe, das sich im Rahmen einer versicherten Tätigkeit ergeben habe.

15 a) Ein Verstoß ist im Bereich eines unternehmerischen Risikos im Sinne von A. 5.3 a) BBR-S begangen, wenn der Steuerberater entweder in einem fremden Unternehmen unternehmerisch tätig geworden ist oder eine unternehmerische Investitionsentscheidung des Steuerberaters sein dem Verstoß zugrundeliegendes Verhalten beeinflusst hat. Das ergibt die Auslegung der Klausel.

16 aa) Allgemeine Versicherungsbedingungen sind so auszulegen, wie ein durchschnittlicher, um Verständnis bemühter Versicherungsnehmer sie bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und unter Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs versteht. Dabei kommt es auf die Verständnismöglichkeiten eines Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse und damit auch auf seine Interessen an. In erster Linie ist vom Bedingungswortlaut auszugehen. Der mit dem Bedingungswerk verfolgte Zweck und der Sinnzusammenhang der Klauseln sind zusätzlich zu berücksichtigen, soweit sie für den Versicherungsnehmer erkennbar sind (Senatsurteil vom 26. Januar 2022 - IV ZR 144/21, BGHZ 232, 344 Rn. 10 m.w.N.; st. Rspr.). Liegt eine Versicherung zugunsten Dritter vor, so kommt es daneben auch auf die Verständnismöglichkeiten durchschnittlicher Versicherter und ihre Interessen an (Senatsurteil vom 20. Mai 2021 - IV ZR 324/19, VersR 2021, 900 Rn. 21 m.w.N.). Werden Versicherungsverträge - wie hier - typischerweise mit einem und für einen bestimmten Personenkreis geschlossen, so sind die Verständnismöglichkeiten und Interessen der Mitglieder dieses Personenkreises maßgebend (Senatsurteil vom 25. Mai 2011 - IV ZR 117/09, r+s 2011, 295 Rn. 22). Bei einer - wie hier in A. 5.3 BBR-S vereinbarten -

Risikoausschlussklausel geht das Interesse des Versicherungsnehmers und Versicherten zudem in der Regel dahin, dass der Versicherungsschutz nicht weiter verkürzt wird, als der erkennbare Zweck der Klausel dies gebietet. Der durchschnittliche Versicherungsnehmer oder Versicherte braucht nicht damit zu rechnen, dass er Lücken im Versicherungsschutz hat, ohne dass die Klausel ihm dies hinreichend verdeutlicht. Deshalb sind Risikoausschlussklauseln nach ständiger Rechtsprechung des Senats eng und nicht weiter auszulegen, als es ihr Sinn unter Beachtung ihres wirtschaftlichen Zwecks und der gewählten Ausdrucksweise erfordert (vgl. Senatsurteil vom 20. Mai 2021 aaO Rn. 21 m.w.N.).

- 17 bb) Nach dem Wortlaut und erkennbaren Sinnzusammenhang versteht ein durchschnittlicher Steuerberater - auf dessen Sicht als Versicherter es bei der Auslegung der Besonderen Bedingungen und Risikobeschreibungen für Steuerberater ankommt - die Regelung in A. 5.3 a) BBR-S zunächst so, dass sie den Versicherungsschutz dort ausschließt, wo der Steuerberater als Freiberufler ausnahmsweise in einem fremden Unternehmen unternehmerisch tätig wird (vgl. auch Diller in: Späte/Schimikowski, Haftpflichtversicherung 2. Aufl. AVB-V § 4 Auschlüsse Rn. 121 f.; Dallwig, jurisPR-VersR 11/2022 Anm. 2 unter C II 1). Hierauf verweisen ihn insbesondere die in der Klausel aufgeführten Beispiele ("als Insolvenzverwalter bei der Fortführung eines Unternehmens, als Testamentsvollstrecker, so weit ein gewerbliches Unternehmen zum Nachlass gehört"), die im Zusammenhang mit der Erstreckung des Versicherungsschutzes auf diese Tätigkeiten gemäß B. III. BBR-S stehen. Der für ihn erkennbare Zweck der Klausel besteht darin, den Versicherungsschutz auf die Haftung aus der eigentlichen beruflichen Tätigkeit zu beschränken und Haftpflichtansprüche aus berufsfremder Tätigkeit vom Versicherungsschutz auszunehmen (vgl. Senatsurteil vom 30. Januar 1980

- IV ZR 86/78, VersR 1980, 353, 354 zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte; OLG Köln VersR 2017, 1005 [juris Rn. 14]; Gräfe/Brügge in Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess 4. Aufl. § 19 Rn. 604; Dallwig aaO).

18 cc) Darüber hinaus erkennt ein durchschnittlicher Steuerberater, dass der Ausschluss des Versicherungsschutzes gemäß A. 5.3 a) BBR-S nicht auf die unternehmerische Tätigkeit in einem fremden Unternehmen beschränkt ist, sondern Haftpflichtansprüche wegen Schäden schon dann erfasst, wenn der zugrundeliegende Verstoß in den Bereich eines unternehmerischen Risikos fällt.

19 (1) Unter einer unternehmerischen Entscheidung versteht ein durchschnittlicher Steuerberater nach allgemeinem Sprachverständnis eine auf Gewinnerzielung gerichtete Investitionsentscheidung (vgl. Brügge in Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess 4. Aufl. § 19 Rn. 320). Als unternehmerisches Risiko sieht er danach Unsicherheiten an, die einer Investitionsentscheidung mit Blick auf die künftige wirtschaftliche Entwicklung typischerweise in besonderem Maße anhaften (vgl. Brügge in Veith/Gräfe/Gebert, aaO). Bestätigt wird dieses Verständnis durch den erkennbaren Sinn und Zweck des Risikoausschlusses. Der Versicherer möchte keinen Versicherungsschutz für Entscheidungen des Versicherten im Zusammenhang mit einem eigentlichen unternehmerischen Risiko versprechen (Senatsurteil vom 30. Januar 1980 - IV ZR 86/78, VersR 1980, 353, 354), weil er die damit verbundenen Unsicherheiten im Voraus nicht abschließend kalkulieren kann. Die mit einer Investitionsentscheidung beabsichtigten wirtschaftlichen Vorteile lassen sich nicht in jedem Fall verwirklichen. Folgen von Pflichtverstößen sind vorab nur schwer zu überblicken, weil die sich im Rahmen der Investitionsentscheidung stellenden Fragen in der Regel nicht eindeutig bejaht oder verneint werden können.

20 (2) Im Bereich eines unternehmerischen Risikos begangen ist ein Verstoß nach dem Verständnis eines durchschnittlichen Steuerberaters, wenn das unternehmerische Risiko den Verstoß beeinflusst hat. Dieser entnimmt dem Bedingungswortlaut, dass der Verstoß nicht notwendigerweise bei einer unternehmerischen Tätigkeit begangen worden sein muss. Nach allgemeinem Sprachgebrauch beschreibt ein Bereich vielmehr einen umgrenzten Raum oder eine umgrenzte Sphäre. Für den durchschnittlichen Steuerberater erkennbar möchte der Versicherer mit der Risikoausschlussklausel - wie oben dargelegt - solche Verstöße des Versicherten vom Versicherungsschutz ausnehmen, die in die Sphäre der für ihn nicht abschließend kalkulierbaren, unternehmerischen Investitionsentscheidungen fallen. Sinn und Zweck des Risikoausschlusses führen dem durchschnittlichen Steuerberater weiter vor Augen, dass nicht jeder Bezug zwischen Investitionsentscheidung und Verstoß ausreicht, um den Versicherungsschutz entfallen zu lassen. Ein Verstoß fällt vielmehr erst dann in den Bereich eines unternehmerischen Risikos, wenn die Investitionsentscheidung das dem Verstoß zugrundeliegende Verhalten beeinflusst hat. In diesem Fall wirken sich die für den Versicherer nicht abschließend kalkulierbaren wirtschaftlichen Unsicherheiten, die der Investitionsentscheidung anhaften, auch auf die dem Verstoß zugrundeliegende Tätigkeit und damit auch auf den Verstoß aus.

21 (3) Keine Rolle bei der Auslegung von A. 5.3 a) BBR-S spielt dagegen der von der Revisionserwiderung aufgezeigte Gesichtspunkt, das deutsche Recht setze an anderer Stelle - nämlich bei § 1 HGB, § 123 Abs. 2 HGB und §§ 13, 14 BGB - Vorbereitungshandlungen für eine unternehmerische Tätigkeit der Ausübung der unternehmerischen Tätigkeit gleich. Dies übergeht bereits, dass A. 5.3 a) BBR-S anders als B. II.

BBR-S nicht auf eine unternehmerische Tätigkeit, sondern auf einen Verstoß im Bereich eines unternehmerischen Risikos abstellt. Insbesondere unterliegt eine versicherungsvertragliche Risikoausschlussklausel aber anderen Auslegungsgrundsätzen als die genannten gesetzlichen Regelungen. Namentlich ist bei der Auslegung der gesetzlichen Regeln der Verkehrsschutz zu beachten, während für die Auslegung der Klausel - wie gezeigt - die Sichtweise des durchschnittlichen Versicherungsnehmers oder Versicherten maßgeblich und der Grundsatz der engen Auslegung von Risikoausschlussklauseln zu berücksichtigen ist.

22 b) Ein als Treuhandkommanditist tätiger Steuerberater, dem ein gesellschaftsvertraglich begründetes Anrecht auf Erwerb eines eigennützigen Kommanditanteils zusteht, begeht mit einer fehlerhaften Beratung von Anlegern im Zusammenhang mit dem Fondsbeitritt auf dieser Grundlage erst dann einen Verstoß im Bereich eines unternehmerischen Risikos im Sinne von A. 5.3 a) BBR-S, wenn im Zeitpunkt der fehlerhaften Beratung jedenfalls hinreichend sichere Umstände für den späteren Erwerb des eigennützigen Anteils feststehen. Mit diesem Verständnis von A. 5.3 a) BBR-S ist die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht zu vereinbaren.

23 Im Ausgangspunkt zutreffend zieht es für seine Beurteilung eines Verstoßes im Bereich eines unternehmerischen Risikos heran, inwieweit die Versicherte am Erfolg oder Misserfolg der Fondsgesellschaft teilgehabt hat. Bei einer als Treuhandkommanditistin tätigen Steuerberatungsgesellschaft kann es dafür ausreichen, dass sie einen eigenen Anteil an der Fondsgesellschaft hält (vgl. OLG Celle, Urteil vom 2. September 2021 - 8 U 63/21, juris Rn. 48; OLG Köln VersR 2017, 1005 [juris Rn. 24]; OLG München, Urteil vom 19. Oktober 2016 - 20 U 438/16, juris Rn. 64) oder sich schuldrechtlich über den Erwerb einer solchen Beteiligung geeinigt

hat (OLG Celle, Urteil vom 2. September 2021 aaO Rn. 53). Dagegen genügt es nicht, dass der Gesellschaftsvertrag der Fondsgesellschaft den Erwerb eines eigenen Gesellschaftsanteils der Treuhandkommanditistin im festgestellten Umfang zu einem späteren Zeitpunkt vorsieht. Die notwendige Teilhabe am unternehmerischen Erfolg oder Misserfolg der Fondsgesellschaft scheidet entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht erst dann aus, wenn es keinerlei Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Treuhandkommanditistin in Zukunft einen eigenen Anteil erwerben wird. Vielmehr erfordert der Zweck der Risikoausschlussklausel, von einem unternehmerischen Risiko beeinflusste Entscheidungen des Versicherten vom Versicherungsschutz auszunehmen, dass bereits hinreichend sichere Umstände für einen späteren Erwerb eines eigennützigen Anteils feststehen.

24 Dafür darf entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht allein die rechtliche Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags in den Blick genommen werden. Enthält der Vertrag ein Anrecht der Treuhandkommanditistin auf Erwerb eines eigennützigen Anteils, ist vielmehr auch zu berücksichtigen, wie die Parteien dieses Anrecht tatsächlich gehandhabt haben. Die Treuhandkommanditistin muss im Zeitpunkt des Verstoßes jedenfalls entschlossen gewesen sein, ihren Anspruch auf einen eigennützigen Anteil tatsächlich geltend zu machen. Das hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Die von ihm herangezogenen Regelungen des Gesellschaftsvertrags lassen einen entsprechenden Rückschluss schon deshalb nicht zu, weil danach weder die Höhe des Anteils noch der Erwerbszeitpunkt festgestanden haben.

25 c) Daraus, dass nach der Vergütungsregelung die Höhe der Gesamtvergütung der Versicherten von der Höhe der insgesamt eingezahlten

Pflichteinlagen abhing und damit davon, wieviel Kapital bei Anlegern eingeworben werden konnte, folgt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kein Handeln im Bereich eines unternehmerischen Risikos beim Abschluss von Treuhandverträgen mit den Anlegern. Eine entgeltliche Tätigkeit ist nicht gleichzusetzen mit einer unternehmerischen Tätigkeit im Sinne der Risikoausschlussklausel (vgl. OLG Celle, Urteil vom 2. September 2021 - 8 U 63/21, juris Rn. 70). Jene ist - auch nach dem Verständnis eines durchschnittlichen Steuerberaters - dadurch gekennzeichnet, dass sie mit Verlustrisiken verbunden ist (vgl. Dallwig, jurisPR-VersR 11/2022 Anm. 2 unter C a.E.) und der Schaden, der auf einer fehlerhaften unternehmerischen Entscheidung beruht, schwer eingrenzbar ist (vgl. Senatsurteil vom 30. Januar 1980 - IV ZR 86/78, VersR 1980, 353, 354). Das ergibt sich aus der Entgeltlichkeit einer Tätigkeit auch dann nicht, wenn die Höhe der Vergütung von den eingeworbenen Geschäftsanteilen abhängig ist, und erst recht nicht daraus, dass sie degressiv gestaltet ist. Anderes folgt entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nicht aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Aufklärungspflichten von Banken über verdeckte Rückvergütungen (vgl. BGH, Urteile vom 15. April 2010 - III ZR 196/09, BGHZ 185, 185 Rn. 10; vom 19. Dezember 2000 - XI ZR 349/99, BGHZ 146, 235 [juris Rn. 15]). Für die Auslegung der hier maßgeblichen Risikoausschlussklausel lässt sich aus dieser nichts herleiten.

26 2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, die - im Haftpflichturteil bindend festgestellte - Aufklärungspflichtverletzung sei im Rahmen einer versicherten Tätigkeit erfolgt.

27

a) Nach dem maßgeblichen Nachtrag zum Versicherungsschein ist das versicherte Risiko definiert als unter anderem die gesetzliche Haftpflicht des Versicherungsnehmers (hier der Versicherten) aus der freiberuflichen Tätigkeit als Steuerberater. Nach A. § 1 I. AVB-WSR bietet der Versicherer dem Versicherungsnehmer Versicherungsschutz (Deckung) für den Fall, dass er wegen eines bei der Ausübung beruflicher Tätigkeit begangenen Verstoßes von einem anderen auf Grund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird. Diese Versicherung ist erkennbar Ausfluss der Pflicht eines Steuerberaters (§ 67 Abs. 1 StBerG, § 51 Abs. 1 DVStB), sich gegen die aus seiner Berufstätigkeit (§§ 33, 57 Abs. 3 Nr. 2 und 3 StBerG) ergebenden Haftpflichtgefahren für Vermögensschäden zu versichern. Die treuhänderische Tätigkeit ist in § 57 Abs. 3 Nr. 3 StBerG als mit dem Beruf eines Steuerberaters vereinbar benannt. Allerdings unterfällt nicht jede treuhänderische Tätigkeit der Versicherungspflicht gemäß § 67 Abs. 1 StBerG, § 51 Abs. 1 DVStB. Denn zugleich ist einem Steuerberater eine gewerbliche Tätigkeit nach § 57 Abs. 4 Nr. 1 StBerG grundsätzlich untersagt (vgl. OLG Celle, Urteil vom 2. September 2021 - 8 U 63/21, juris Rn. 38-40; Brügge in Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess 4. Aufl. Rn. 277). Die Wahrnehmung geschäftsführender Treuhandfunktionen durch Steuerberater ist regelmäßig als gewerbliche Tätigkeit einzuordnen und damit berufsrechtlich unzulässig (vgl. Brügge aaO; Schlie, Die Berufshaftpflichtversicherung für die Angehörigen der wirtschaftsprüfenden und steuerberatenden Berufe, 1995, S. 86). Dementsprechend ist im Rahmen der hier geltenden Versicherungsbedingungen gemäß B. II. 6. BBR-S der Versicherungsschutz auf die Tätigkeit als nicht geschäftsführender Treuhänder beschränkt.

28 b) Auf dieser Grundlage hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Versicherte im Rahmen einer erlaubten beruflichen Tätigkeit als nicht geschäftsführende Treuhänderin handelte, als sie mit den Klägern die hier gegenständlichen Treuhandverträge abschloss.

29 aa) Der Begriff der geschäftsführenden Treuhandtätigkeit bezieht sich sprachlich auf die Art und Weise, wie eine Treuhandtätigkeit ausgeübt wird. Eine Auslegung, wonach eine geschäftsführende Treuhand nur vorliegt, wenn der Treuhänder - wie hier nicht - zugleich auch Geschäftsführer ist, scheidet vorliegend schon deshalb aus, weil hierfür in B. V. BBR-S ein ausdrücklicher Ausschlussbestand geschaffen ist (vgl. auch OLG Celle, Urteil vom 2. September 2021 - 8 U 63/21, juris Rn. 41; OLG Köln VersR 2017, 1005 [juris Rn. 13]; Brügge in Gräfe/Brügge/Melchers, Berufshaftpflichtversicherung für rechts- und steuerberatende Berufe, 3. Aufl. B Rn. 458; Dallwig, jurisPR-VersR 11/2022 Anm. 2 unter C I).

30 bb) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass es für die Abgrenzung einer versicherten Aufsichtstreuhand von einer nichtversicherten geschäftsführenden Treuhand im Rahmen der Tätigkeit eines Steuerberaters als Treuhandkommanditist einer Fondsgesellschaft entscheidend darauf ankommt, inwieweit dem Steuerberater aufgrund des Treuhandvertrags ein Entscheidungs- und Handlungsspielraum, Mitwirkungsrechte und/oder Ermessen zustehen und sich diese auf das unternehmerische Risiko der Fondsgesellschaft auswirken. Dies entspricht - bei unterschiedlichen Akzentuierungen im Detail - der einhelligen Ansicht in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum (vgl. OLG Celle, Urteil vom 2. September 2021 - 8 U 63/21, juris Rn. 42; OLG Köln VersR 2017, 1005 [juris Rn. 16]; Beschluss vom 16. Juni 2016 - 9 U 206/15, juris Rn. 15; OLG Hamm VersR 1994, 167 [juris Rn. 9-11]; OLG Düsseldorf

VersR 1990, 411, 412; Brügge in Gräfe/Brügge/Melchers, Berufshaftpflichtversicherung für rechts- und steuerberatende Berufe, 3. Aufl. B Rn. 459, 470; ders. in Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess 4. Aufl. § 19 Rn. 277 f.; Hartmann/Jöster in MAH Versicherungsrecht, 5. Aufl. § 22 Rn. 153; von Rintelen in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch 3. Aufl. § 26 Rn. 286; Dallwig, jurisPR-VersR 11/2022 Anm. 2 unter C I; Fortmann, jurisPR-VersR 9/2017 Anm. 1 unter C; Lehmann, r+s 2016, 1, 3 f.; Schlie, Die Berufshaftpflichtversicherung für die Angehörigen der wirtschaftsprüfenden und steuerberatenden Berufe, 1995, S. 86). Die Abgrenzung muss im jeweiligen Einzelfall erfolgen; eine abstrakte, allgemein gültige Abgrenzungsregel lässt sich nicht aufstellen (vgl. Dallwig aaO; Lehmann aaO).

31 cc) Revisionsrechtlich unbedenklich ist das Berufungsgericht auf dieser Grundlage zu dem Ergebnis gekommen, ein Entscheidungsspielraum der Versicherten, der ihre Treuhandtätigkeit zu einer geschäftsführenden gemacht hätte, könne anhand des Treuhandvertrags nicht festgestellt werden (vgl. zum identischen Treuhandvertrag auch OLG Celle, Urteil vom 2. September 2021 - 8 U 63/21, juris Rn. 43, 45). Die Revisionserwiderung greift dies zu Recht nicht an.

32 dd) Die Tätigkeit eines Steuerberaters als Treuhandkommanditist im Rahmen eines geschlossenen Fonds und die damit verbundene Haftung gegenüber beitretenden Anlegern aufgrund von Aufklärungspflichtverletzungen sind entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung auch nicht generell als geschäftsführende Treuhandtätigkeit oder unternehmerische Tätigkeit vom Versicherungsschutz der Berufshaftpflichtversicherung für Steuerberater ausgeschlossen. Vielmehr ist auch in diesen Fällen im Einzelfall zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer geschäftsführenden Treuhand oder einer unternehmerischen Tätigkeit - wie hier nicht - vorliegen.

33 (1) Ein Steuerberater wird einen derart weitreichenden, von den Umständen des Einzelfalls unabhängigen Ausschluss seines Versicherungsschutzes weder aufgrund des Wortlauts noch aufgrund des erkennbaren Zwecks von B. II. 6. BBR-S erwarten. Die Begrenzung des Versicherungsschutzes auf nicht geschäftsführende Treuhandtätigkeiten hat den erkennbaren Zweck, den Versicherungsschutz auf die eigentliche berufliche Tätigkeit zu beschränken und Haftungsansprüche aus berufsfremder Tätigkeit vom Versicherungsschutz auszunehmen (vgl. Senatsurteil vom 30. Januar 1980 - IV ZR 86/78, VersR 1980, 353, 354 zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte; Brügge in Gräfe/Brügge/Melchers, Berufshaftpflichtversicherung für rechts- und steuerberatende Berufe, 3. Aufl. Teil B Rn. 455). Während ihm die Unterscheidung zwischen geschäftsführender und aufsichtsführender Treuhand im Grundsatz bekannt ist (vgl. OLG Köln VersR 2017, 1005 [juris Rn. 13]), muss der Steuerberater nicht damit rechnen, dass jede Tätigkeit als Treuhandkommanditist im Rahmen eines geschlossenen Fonds - unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung - als unerlaubte gewerbliche Tätigkeit und damit als nicht versicherte geschäftsführende Treuhand gewertet wird.

34 (2) Dem lässt sich nicht entgegenhalten, der Steuerberater übernehme in diesen Fällen ein berufsfremdes unternehmerisches Haftungsrisiko, weil er für jeden Prospektfehler und/oder jede Prospektabweichung hafte und damit auf einer Stufe mit den Prospektverantwortlichen stehe, die an dem Vertrieb der Anteile an der Kommanditgesellschaft ein eigenes wirtschaftliches Interesse haben (a. A. Brügge in Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess 4. Aufl. § 19 Rn. 281; ders. in Gräfe/Brügge/Melchers, Berufshaftpflichtversicherung für rechts- und steuerberatende Berufe, 3. Aufl. Teil B Rn. 161 f., 477 f.; vgl. auch Hartmann/Jöster in MAH Versicherungsrecht, 5. Aufl. § 22 Rn. 152). Hätte der Versicherer die

Tätigkeit als Treuhandkommanditist im Rahmen eines geschlossenen Fonds aufgrund ihrer weitreichenden Haftungsrisiken generell vom Versicherungsschutz ausschließen wollen, hätte er auf eine ausdrückliche Regelung hinwirken müssen.

35 (3) Dies steht zudem - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - im Einklang mit der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung zum Versicherungsschutz für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, die aufgrund ihrer Stellung als Treuhandkommanditisten durch Anleger auf Schadensersatz für die Verletzung von Aufklärungspflichten im Rahmen des Beitritts zu einem geschlossenen Fonds in Anspruch genommen wurden. In den Fällen, in denen der Versicherungsschutz versagt wurde, lagen jeweils weitergehende Umstände vor, die eine gewerbliche bzw. unternehmerische Tätigkeit und damit eine geschäftsführende Treuhand begründeten, wie etwa das Halten eigennütziger Anteile und/oder ein sich auf das unternehmerische Risiko auswirkender eigener Entscheidungsspielraum (vgl. OLG Köln VersR 2017, 1005 [juris Rn. 17, 21, 24]; OLG München, Urteil vom 19. Oktober 2016 - 20 U 438/16, juris Rn. 64; OLG Köln, Beschlüsse vom 16. Juni 2016 - 9 U 206/15, juris Rn. 16-20, 23; vom 2. Juni 2014 - 9 U 157/13, juris Rn. 13).

36 ff) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung folgt nichts anderes daraus, dass nicht nur ein Steuerberater als Treuhandkommanditist eingesetzt werden könne und dem Anleger aus dem Umstand, dass die als Treuhänder eingesetzte Person zugleich aufgrund ihrer weiteren beruflichen Tätigkeit zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung verpflichtet sei, kein Vorteil erwachsen könne. Die in § 67 Abs. 1 StBerG, § 51 Abs. 1 DVStB vorgeschriebene Versicherungspflicht beschränkt sich nicht auf die sogenannten Vorbehaltsaufgaben gemäß § 33 StBerG, son-

dern erstreckt sich auch auf die in § 57 Abs. 3 Nr. 2 und 3 StBerG aufgezählten vereinbaren Tätigkeiten, die nicht allein Steuerberatern vorbehalten sind (vgl. Hartmann/Jöster in MAH Versicherungsrecht, 5. Aufl. § 22 Rn. 137; von Rintelen in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch 3. Aufl. § 26 Rn. 273, 276). Hierzu gehört auch die Tätigkeit als nicht geschäftsführender Treuhänder (§ 57 Abs. 3 Nr. 3, Abs. 4 Nr. 1 StBerG), die vorliegend in B. II. 6. BBR-S als versicherte Tätigkeit aufgeführt ist. Solch eine Tätigkeit ist mithin unabhängig davon vom Versicherungsschutz umfasst, dass sie auch von einer Person ausgeübt werden könnte, die keine berufsspezifische Haftpflichtversicherung unterhält. Etwas anderes lässt sich auch nicht aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Verjährung von Schadensersatzansprüchen gegen als Treuhandkommanditisten tätig gewordene Berufsträger (BGH, Urteile vom 6. November 2008 - III ZR 231/07, WM 2008, 2355 Rn. 17; vom 13. Juli 2006 - III ZR 361/04, VersR 2007, 219 Rn. 13) ableiten.

37 III. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um diesem Gelegenheit zu geben, die Voraussetzungen des Risikoausschlusses in A. 5.3 a) BBR-S unter Berücksichtigung der vorstehend dargestellten Maßstäbe erneut zu prüfen. Sollte der Risikoausschluss nicht eingreifen, wird sich das Berufungsgericht mit der Anspruchshöhe, insbesondere mit einem gegebenenfalls nach der vertraglichen Vereinbarung zu berücksichtigenden Selbstbehalt (vgl. OLG Celle, Urteil vom 2. September 2021- 8 U 63/21, juris Rn. 71)

sowie mit der Erstattungsfähigkeit der auf diesen Rechtsstreit bezogenen vorgerichtlichen Kosten und der Kosten des Vorprozesses befassen müssen.

Harsdorf-Gebhardt

Dr. Brockmöller

Dr. Götz

Rust

Piontek

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 22.04.2021 - 24 O 253/20 -

OLG Köln, Entscheidung vom 05.07.2022 - 9 U 108/21 -