

---

**Datum:** 29.12.2016  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 9. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 9 U 120/16  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2016:1229.9U120.16.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 20 O 387/14

---

**Tenor:**

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Klagepartei nach § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO zurückzuweisen.
  2. Die Klagepartei erhält Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum **31.01.2017**.
- 

**Gründe:**

- 1
- 2 Die zulässige Berufung der Klagepartei hat nach einstimmiger Überzeugung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.
- 3 Die Klagepartei hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Schadensersatz. Die Beklagte als Haftpflichtversicherer der Treuhandgesellschaft hat gegenüber der Klagepartei keine Pflichtverletzung oder unerlaubte Handlung begangen. Den zutreffenden Feststellungen des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung ist die Klagepartei in ihrer Berufungsbegründung nicht entgegengetreten.
- 4 Ein Anspruch der mitversicherten U Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH Steuerberatungsgesellschaft I (nachfolgend U GmbH) gegen die Beklagte auf Gewährung von Versicherungsleistungen aus der bei der Beklagten unterhaltenen Berufshaftpflichtversicherung für Steuerberater wegen einer Pflichtverletzung der U GmbH im Zusammenhang mit dem Beitritt der Klagepartei zu einer K GmbH & Co. Prozesskostenfonds KG (nachfolgend K Fondsgesellschaft) ist nach den vereinbarten Versicherungsbedingungen ausgeschlossen. Zutreffend ist das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung davon ausgegangen, dass die Tätigkeit der U GmbH im Zusammenhang mit der K Fondsgesellschaft wesentliche Elemente einer geschäftsführenden Treuhand enthält und der

von der Klagepartei geltend gemachte Verstoß gegen Aufklärungspflichten in den vom Versicherungsschutz ausgeschlossenen Bereich eines unternehmerischen Risikos fällt. Das Berufungsvorbringen rechtfertigt kein anderes Ergebnis.

Auf den geltend gemachten Deckungsanspruch finden unstreitig die als Anlage B 7 vorgelegten Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Angehörigen der wirtschaftsprüfenden sowie wirtschafts- und steuerberatenden Berufe (AVB-WB) und die Besonderen Bedingungen und Risikobeschreibung für Vermögensschaden-Haftpflicht von Steuerberatern und Steuerbevollmächtigten der Beklagten (Version 0016290 1/95, nachfolgend BBR) Anwendung. 5

Die Zusage eines über die im schriftlichen Versicherungsvertrag vereinbarten Versicherungsbedingungen hinausgehenden Versicherungsschutzes hat die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Klagepartei nicht nachvollziehbar dargetan. Wie das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausführt, hat die Klagepartei nicht substantiiert vorgetragen, dass die Beklagte nach Vorlage des Emissionsprospektes bestätigt habe, dass sie für die damit verbundenen Tätigkeiten der U GmbH Versicherungsschutz unabhängig von der Risikobeschreibung und dem Risikoausschluss in den Versicherungsbedingungen gewähre. Dem Vortrag der Klagepartei ist weder der Inhalt der behaupteten Zusage zu entnehmen noch unter welchen Umständen sie erteilt worden sein soll. Eine Bestimmung der Reichweite der behaupteten Deckungszusage durch Auslegung ist nicht möglich. Anhand des klägerischen Vortrags ist nicht feststellbar, ob und in welchem Umfang die im Versicherungsschein vereinbarten AVB-WB und BBR nachträglich wirksam abbedungen wurden. 6

Wie dem Senat als Spezialsenat für Sachversicherungsrecht bekannt ist, ist es nicht unüblich, dass Berufshaftpflichtversicherer Bescheinigungen ausstellen, in denen sie bestätigen, dass für eine bestimmte Person Versicherungsschutz in der bei ihnen unterhaltenen Haftpflichtversicherung besteht. Das Ausstellen einer dahingehenden Bescheinigung erfolgt regelmäßig im Interesse des Versicherungsnehmers zum Nachweis einer bestehenden Berufshaftpflichtversicherung gegenüber Dritten vor allem im Bereich der Pflichtversicherung. Auch aus Sicht des Versicherungsnehmers stellt die bloße Bestätigung des bestehenden Versicherungsschutzes keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Versicherers dar, die auf eine Änderung des Versicherungsvertrages und der zu Grunde liegenden Bedingungen gerichtet ist. Der im Versicherungsvertrag vereinbarte Deckungsumfang wird grundsätzlich nicht modifiziert. Umstände, die vorliegend eine andere Bewertung rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Auch im Berufungsverfahren erfolgt kein Vortrag der Klagepartei zum Lebenssachverhalt, welcher der behaupteten Bestätigung des Versicherungsschutzes zugrunde liegen soll. 7

Unbehelflich ist der Hinweis der Klagepartei auf eine „einschlägige Markterfahrung“. Die Klagepartei hat sich mit dem substantiierten Vortrag der Beklagten in der Duplik nicht auseinandergesetzt, wonach es eine entsprechende Praxis nicht gegeben habe, ganz im Gegenteil eine geschäftsführende Treuhand und die Wahrnehmung eines unternehmerischen Risikos nicht versicherbar seien. Dem Senat, der als Spezialsenat für Sachversicherungsrecht mit einer Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten zwischen Anlegern von Fondsgesellschaften und dem Vermögensschaden-Haftpflichtversicherer der Treuhandgesellschaft befasst war und ist, ist die von der Klagepartei behauptete allgemeine Praxis im Vorfeld einer Treuhandtätigkeit ebenso wie der 20. Zivilkammer des Landgerichts nicht bekannt. Verifizierbarer Sachvortrag der Klagepartei zu der behaupteten Markterfahrung 8

fehlt. Das Landgericht ist deshalb zu Recht den Beweisangeboten der Klagepartei nicht nachgegangen, weil diese zu einer unzulässigen Ausforschung geführt hätten.

Des Weiteren reicht die Behauptung einer entsprechenden Markterfahrung nicht aus, um im konkreten Fall eine Zusage der Gewährung von Versicherungsschutz für die Treuhandtätigkeit der U GmbH unabhängig von den vertraglich vereinbarten Versicherungsbedingungen zu begründen. Selbst wenn es üblich gewesen sein sollte, dass Steuerberatungsgesellschaften vor der Aufnahme einer Treuhandtätigkeit ihrem Vermögensschaden-Haftpflichtversicherer den Emissionsprospekt zugesandt bzw. unter detaillierter Darstellung der zu versichernden Tätigkeit sich des bestehenden Versicherungsschutzes vergewissert haben sollten, lässt dies nicht den Rückschluss darauf zu, dass sich die U GmbH vor der streitgegenständlichen Pflichtverletzung entsprechend dieser Praxis verhalten hätte. Zum konkreten Verhalten der U GmbH im Vorfeld der streitgegenständlichen Treuhandtätigkeit trägt die Klagepartei nicht vor. Eine vermeintliche Reaktion der Beklagten wird nicht nachvollziehbar dargetan. Wie ausgeführt, gilt dies insbesondere für den Inhalt der behaupteten Bestätigung des Versicherungsschutzes. Zudem fehlt jegliche plausible Erklärung dafür, weshalb die Beklagte abweichend von ihren Versicherungsbedingungen gerade gegenüber der U GmbH auf eine bedingungsgemäße Einschränkung des Versicherungsschutzes für eine Tätigkeit mit unternehmerischem Risiko und als geschäftsführender Treuhänder hätte verzichten sollen, zumal ohne zusätzliche Prämie.

9

Gegen einen entsprechenden Verzicht der Beklagten spricht auch der in dem Parallelverfahren 9 U 93/16, an dem die hiesigen Prozessbevollmächtigten der Parteien beteiligt sind, vorgelegte Nachtrag Nr. 15 vom 22.12.2006 zum Versicherungsschein (dort Anlage B 8). Eine vermeintliche Gewährung von Versicherungsschutz für die Tätigkeit der U GmbH im Zusammenhang mit den K Fondsgesellschaften wird im Nachtrag nicht erwähnt, was bei einer vermeintlichen ausdrücklichen Deckungszusage nahegelegen hätte. Vielmehr wird im Nachtrag auf die Geltung der AVB-S Bezug genommen. Die AVB-S sehen in Ziffer A. § 4 Nr. 6 a) AVB-S und in Ziffer B. V. 1 (1) der zugehörigen BBR - ebenso wie die entsprechenden Regelungen in den AVB-WB - einen Ausschluss für Tätigkeiten im Bereich eines unternehmerischen Risikos vor. In Ziffer 1.1 6. Spiegelstrich der Risikobeschreibung zu den AVB-S ist nur eine Tätigkeit als nicht geschäftsführender Treuhänder versichert. Eine Abbedingung dieser Bedingungen ist in den Besonderen Vereinbarungen zum Nachtrag Nr. 15 nicht aufgeführt. Mit dem Inhalt der ihrem Vortrag entgegenstehenden schriftlichen Versicherungsunterlagen setzt sich die Klagepartei nicht auseinander.

10

Die pauschale Behauptung der Klagepartei, die U GmbH hätte ihre Tätigkeit nicht aufgenommen, wenn ihr von der Beklagten nicht der bestehende Versicherungsschutz bestätigt worden wäre, ist nicht geeignet, eine nachträgliche Änderung der schriftlich vereinbarten Versicherungsbedingungen plausibel zu begründen. Für den Umfang des vereinbarten Versicherungsschutzes kommt es nicht darauf an, ob die U GmbH vor Aufnahme der Treuhandtätigkeit davon ausgegangen ist, dass für ihre Tätigkeit im Zusammenhang mit den K Fondsgesellschaften Versicherungsschutz bei der Beklagten besteht. Maßgeblich ist allein, wie die behauptete Bestätigung des Versicherungsschutzes aus Sicht eines objektiven Empfängers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu verstehen gewesen wäre. Eine Auslegung der vermeintlichen Bestätigung ist indes nicht möglich, weil jeglicher Vortrag zum Wortlaut, Inhalt und zu den heranzuziehenden Begleitumständen fehlt. Ein konkreter Lebenssachverhalt, welcher einer Beweisaufnahme zugänglich wäre, wird nicht geschildert.

11

12

Entsprechendes gilt für die Behauptung der Klagepartei, die Beklagte habe Versicherungsleistungen gegenüber anderen geschädigten Anlegern erbracht. Die Beklagte hat durchgängig bestritten, Erstattungsleistungen an Anleger erbracht zu haben. Dennoch hat die Klagepartei ihren Vortrag zu den Umständen der behaupteten Regulierung von Schäden gegenüber Anlegern der K Fonds nicht substantiiert. Namen der angeblich von der Beklagten entschädigten Anleger werden nicht genannt. Dass die Beklagte der U GmbH bei deren Inanspruchnahme durch Anleger anfangs Abwehrschutz gewährt hat, lässt nicht den Schluss darauf zu, dass die Beklagte der U GmbH vor Aufnahme der Treuhandtätigkeit Deckungsschutz unter Abbedingung der vereinbarten Versicherungsbedingungen zugesagt hat. Die Motivation eines Berufs- oder Vermögensschaden-Haftpflichtversicherers zur Gewährung von Abwehrschutz kann vielfältig sein. Gerade bei einer Inanspruchnahme des Versicherten durch eine Vielzahl von Anspruchstellern mit einem potentiell hohen Gesamtschaden kann der Gewährung von Abwehrschutz bis zur rechtskräftigen Klärung der Haftpflichtfrage eine wirtschaftliche Risikoabwägung des Versicherers zugrunde liegen. Auf vertragliche Zusagen des Haftpflichtversicherers vor Eintritt des Versicherungsfalls kann hieraus nicht geschlossen werden.

Der Umfang des Versicherungsschutzes der U GmbH richtet sich deshalb allein nach den im 13  
Versicherungsvertrag vereinbarten AVB-WB und der BBR 1/95. Gemäß Ziffer A. I. 1 6. Spiegelstrich der BBR ist nur eine Tätigkeit als nicht geschäftsführender Treuhänder versichert. Vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sind gemäß Ziffer B. V. 1 (1) BBR ausdrücklich Tätigkeiten im Bereich eines unternehmerischen Risikos, z.B. als geschäftsführender Treuhänder. Die Rüge der Klagepartei, der vorgenannte Deckungsausschluss wegen Ausübung einer Tätigkeit als geschäftsführender Treuhänder sei für einen durchschnittlichen Versicherungsnehmer ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse intransparent, greift nicht durch. Vorliegend handelt es sich um eine Berufshaftpflichtversicherung für Steuerberater; die mitversicherte U GmbH ist eine Steuerberatungsgesellschaft. Bei der Auslegung der Versicherungsbedingungen ist deshalb auf den Verständnishorizont der versicherten Berufsgruppe abzustellen (BGH, Urteil vom 21.7.2011 - IV ZR 42/10 – juris). Gegenüber einem Steuerberater trifft den Versicherer grundsätzlich keine Aufklärungspflicht über die Bedeutung des Risikoausschlusses „Tätigkeit als geschäftsführender Treuhänder“. Es ist nämlich davon auszugehen, dass ein Steuerberater über entsprechende Rechtskenntnisse verfügt, um Inhalt und Bedeutung eines derartigen Risikoausschlusses zutreffend erfassen zu können (OLG München, Urteil vom 30.01.1987 - 21 U 3798/86, VersR 1989, 1293). Im Übrigen wird der Umfang des versicherten Haftpflichtschutzes bereits eingangs der Risikobeschreibung unter Ziffer A. I unmissverständlich festgelegt. Danach ist zunächst nur die gesetzliche Haftpflicht aus (unter anderem) Tätigkeiten nach § 33 Steuerberatergesetz versichert. Lediglich mitversichert sind die in Ziffer A I.1 BBR ausdrücklich aufgeführten Tätigkeiten, worunter auch die Tätigkeit als nicht geschäftsführender Treuhänder fällt.

Mit dem Wortlaut und dem Sinnzusammenhang der Bedingungen ist die von der Klagepartei 14  
vertretene Auslegung, wonach der Versicherungsschutz nur dann ausgeschlossen sein sollte, wenn der Treuhänder zugleich Geschäftsführer im Sinne der gesetzlichen Vorschriften über die Geschäftsführung sei, nicht vereinbar. Der Begriff geschäftsführende Treuhand bezieht sich sprachlich auf die Art und Weise, wie eine Treuhand ausgeübt wird. Einem Steuerberater ist die Unterscheidung zwischen einer aufsichtführenden und einer geschäftsführenden Treuhand bekannt. Anders als in den vorstehenden Aufzählungen in Ziffer V. 1 (1) BBR - als Konkursverwalter, als Testamentsvollstrecker, als Notgeschäftsführer - wird bei der nicht versicherten Treuhandtätigkeit gerade nicht der Begriff „als Geschäftsführer“ verwendet. Für einen Steuerberater kann deshalb nach dem Kontext kein Zweifel bestehen, dass eine

Organstellung als Geschäftsführer für den Ausschluss nicht erforderlich ist. Die Auslegung der Bedingungen ist nach dem Verständnishorizont eines Steuerberaters eindeutig. Die sog. Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB findet keine Anwendung.

Der vereinbarte Ausschluss des Haftpflichtversicherungsschutzes für Tätigkeiten eines Steuerberaters im Bereich eines unternehmerischen Risikos, z.B. als geschäftsführender Treuhänder, wie in Ziffer B. V. 1 (1) BBR der AVB-WB, ist wirksam (BGH, Urteil vom 30.1.1986 – IV ZR 86/78- zu § 4 Nr. 7 AVB-Vermögen für Rechtsanwälte, VersR 1980, 353; OLG München, Urteil vom 30.1.1987 – 21 U 3798 –, veröffentlicht in VersR 1989, 1293 unter Hinweis auf den nachfolgenden Nichtannahmebeschluss des BGH vom 25.11.1987 – IVa ZR 89/87 -; OLG Köln, Urteil vom 6.6.1991 - 5 U 171/90, veröffentlicht in VersR 1993, 86 ff. unter Hinweis auf den nachfolgenden Nichtannahmebeschluss des BGH vom 6.5.1992 – IV ZR 220/91). Er benachteiligt den Versicherungsnehmer nicht unangemessen und ist auch nicht überraschend. Sinn des Risikoausschlusses für unternehmerische Tätigkeit ist es, den Versicherungsschutz auf die Haftung aus der eigentlichen beruflichen Tätigkeit zu beschränken und Haftungsansprüche aus berufsfremder Tätigkeit vom Versicherungsschutz auszunehmen (BGH VersR 1980, 353). Nach § 57 Abs. 3 Nr. 3 StBerG ist eine treuhänderische Tätigkeit mit dem Berufsbild des Steuerberaters vereinbar und nach dem Inhalt der o.g. Versicherungsbedingungen auch versichert. Andererseits ist einem Steuerberater nach § 57 Abs. 4 Nr. 1 StBerG die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit grundsätzlich untersagt. Die generelle Zulässigkeit treuhänderischer Tätigkeit für einen Steuerberater endet dort, wo diese eine gewerbliche Betätigung darstellt. Als gewerblich und daher generell – auch im Rahmen einer gesetzlichen Pflichtversicherung - nicht versichert gilt die sogenannte geschäftsführende Treuhandtätigkeit (vgl. OLG Hamm NJW-RR 1993, 1308; OLG Düsseldorf VersR 1990, 411; Brügge in: Gräfe/Brügge, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, 2. Aufl., Teil B, Rn. 366; Brügge in: Veith/Gräfe, Der Versicherungsprozess, § 12 Rn. 213).

15

Die U GmbH handelte bei dem von der Klagepartei geltend gemachten Verstoß gegen die Aufklärungspflicht im Rahmen eines unternehmerischen Risikos im Sinne der Ziffer B. V. 1 (1) BBR. Zu Recht hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung festgestellt, dass die Treuhandtätigkeit der U GmbH nach den Regelungen im Treuhandvertrag wesentliche Elemente einer geschäftsführenden Treuhand enthielt. Der Senat nimmt Bezug auf die diesbezüglichen Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung. Das Berufungsvorbringen rechtfertigt keine andere Bewertung.

16

Wie der Senat bereits in seinem Hinweisbeschluss vom 6.2.2014 in dem Parallelverfahren 9 U 157/13 ausgeführt hat, hat die Abgrenzung einer – versicherten – reinen Überwachungstreuhänderschaft von einer – nicht versicherten – (auch) geschäftsführenden Treuhand danach zu erfolgen, ob das unternehmerische Risiko allein bei der zu überwachenden Gesellschaft verbleibt unter Wahrung der Unabhängigkeit und Neutralität des Treuhandkommanditisten. Da das unternehmerische Risiko von kaufmännischen Entscheidungen abhängt, ist in die Beurteilung einzubeziehen, ob der mitversicherten U GmbH abweichend von dem Leitbild eines nur überwachenden Treuhänders ein – sich auf das Risiko eines Unternehmens auswirkender – Entscheidungsspielraum eingeräumt ist. Allein ein Ermessen der U GmbH bei der Erfüllung ihrer Pflichten aus dem Treuhandvertrag im Verhältnis zum Treugeber reicht für die Annahme einer geschäftsführenden Treuhand nicht aus. Entscheidend ist der Zusammenhang zwischen den Entscheidungsbefugnissen der U GmbH und dem unternehmerischen Risiko der Fondsgesellschaft.

17

18

Ein sich auf das unternehmerische Risiko auswirkender Entscheidungsspielraum wird der U GmbH in § 1 und § 4 Nr. 1 und Nr. 2 des Treuhandvertrags eingeräumt. Danach kann die U eigenverantwortlich entscheiden, ob sie den Erwerbssauftrag der Anleger durch Erhöhung ihres Kommanditanteils mit anschließendem treuhänderischen Halten dieses Anteils für den jeweiligen Treugeber oder durch Begründung eines Treuhandverhältnisses über einen schon von ihr im eigenen Namen für eigene Rechnung erworbenen Teil des Kommanditanteils erfüllt. Die U GmbH konnte somit im Fall des Beitritts neuer Anleger bestimmen, ob durch den Beitritt das Fondsvermögen insgesamt erhöht wird oder lediglich eine Verschiebung von Kommanditanteilen ohne Kapitalerhöhung stattfindet. Außerdem war die Befugnis der U GmbH, Kommanditanteile im eigenen Namen für eigene Rechnung zu erwerben, nach dem Gesellschaftsvertrag nicht begrenzt, so dass sie es in der Hand hatte, ob und wenn ja in welchem Umfang sie über ihre Mindestbeteiligung von 5.000 € hinaus selbst weitere Kommanditanteile erwarb. Die der U GmbH nach dem jeweiligen Treuhand- und Gesellschaftsvertrag eingeräumte Möglichkeit, auf die Höhe des Fondsvermögens insgesamt und den Umfang ihrer eigenen kapitalmäßigen Beteiligung Einfluss zu nehmen, betrifft unmittelbar das unternehmerische Risiko des Fonds. Zudem durfte die U GmbH nach § 4 Nr. 2 des jeweiligen Treuhandvertrages entscheiden, bei welchem Institut und zu welchen konkreten Bedingungen sie die eingezahlten Gelder zugunsten der Fondsgesellschaft verzinslich anlegte. Die Erlöse aus der ihr eingeräumten Möglichkeit zur Erwirtschaftung von Zinsgewinnen kamen der Fondsgesellschaft und über ihre Gesellschaftsbeteiligung der U GmbH selbst zugute.

Darüber hinaus wurde der U GmbH in § 8 Nr. 3 und 4 des jeweiligen Treuhandvertrages die Befugnis eingeräumt zu entscheiden, ob, wann und mit welchem Inhalt sie Mehrheitsentscheidungen der Treugeber herbeiführt, und zwar insbesondere auch in Bezug auf eine Kündigung der Gesellschaftsbeteiligung. Hierdurch wurde die U GmbH in die Lage versetzt, auf die Geschäftsführung einwirken zu können. 19

Außerdem erteilten die Anleger der U GmbH im Zeichnungsschein eine Vollmacht, die wie folgt lautet: 20

„Ich bevollmächtige den Treuhänder und die Rechtsanwälte unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, sämtliche für meine Beteiligung notwendigen Rechtsgeschäfte und Handlungen in meinem Namen vorzunehmen. Die Vollmacht ist jederzeit widerruflich.“ 21

Diese der U GmbH eingeräumte umfängliche Handlungsvollmacht zur Vornahme von Rechtsgeschäften und Handlungen für den Treugeber geht über eine reine Aufsichtsführung als Treuhänderin hinaus. Die Vollmacht, sämtliche für die Beteiligung notwendigen Rechtsgeschäfte und Handlungen vorzunehmen, ist nach ihrem Wortlaut nicht auf den Erwerb des Kommanditanteils beschränkt. Nach § 1 des Treuhandvertrages sollte die U GmbH das Vermögen getrennt von ihrem sonstigen Vermögen „halten und verwalten“. Mit der Verpflichtung zur Verwaltung des Treuhandanteils nach dem Erwerb korrespondiert die fortbestehende uneingeschränkte Bevollmächtigung der U GmbH. Sie ermächtigt die U GmbH, für den Treugeber auch Entscheidungen zu treffen, die sich auf das unternehmerische Risiko auswirken. 22

Für einen Risikoausschluss nach Ziffer B. V. 1 (1) BBR ist unerheblich, dass die Klagepartei die Inanspruchnahme der U GmbH auf eine Aufklärungspflichtverletzung vor der Begründung des Treuhandverhältnisses stützt. Wird der Versicherungsnehmer wegen einer Pflichtverletzung in Anspruch genommen, die bei der Anbahnung des Treuhandvertrages begangen worden ist, unterfällt auch dies dem Risikoausschluss "unternehmerische Tätigkeit" 23

(OLG Köln, Urteil vom 06. Juni 1991 – 5 U 171/90 –, juris). Der Bundesgerichtshof hat die gegen die Entscheidung des 5. Zivilsenats des OLG Köln eingelegte Revision durch Beschluss vom 6. 5. 1992 (IV ZR 220/91) nicht angenommen (Anm. der Redaktion der Zeitschrift VersR 1993, 86).

Ohne rechtliche Relevanz ist, ob die U GmbH ihre Treuhandtätigkeit auch aufsichtsführend ausübte. Die hier in Rede stehende Aufklärungspflichtverletzung aus der Anbahnung des Treuhand- und Gesellschaftsverhältnisses betrifft jedenfalls den Bereich der geschäftsführenden Treuhand. Gerade bei der Anbahnung und Durchführung des Beitritts neuer Anleger zur Fondsgesellschaft wird der U GmbH in § 1 und § 4 Nr. 1 und Nr. 2 des jeweiligen Treuhandvertrags ein das unternehmerische Risiko betreffender erheblicher Entscheidungsspielraum eingeräumt. Durch die Art und Weise, wie sie den Erwerbssauftrag der Anleger erfüllt, nämlich durch Erhöhung ihres Kommanditanteils mit anschließendem treuhänderischen Halten dieses Anteils für den jeweiligen Treugeber oder durch Begründung eines Treuhandverhältnisses über einen schon von ihr im eigenen Namen für eigene Rechnung erworbenen Teil des Kommanditanteils, kann die U GmbH unmittelbaren Einfluss auf die Höhe des Fondsvermögens insgesamt und den Umfang ihrer eigenen kapitalmäßigen Beteiligung nehmen. Betrifft die geltend gemachte Pflichtverletzung unmittelbar den Bereich der geschäftsführenden Treuhand, so kann dahinstehen, ob dieses Ergebnis zusätzlich aus der sog. „Abfärbe- oder Infektionstheorie“ herzuleiten ist. Schon aus diesem Grund ist der Einwand der Klagepartei nicht entscheidungsrelevant, dass die Versicherungsnehmerin, daneben alle Steuerberater und Treuhänder, in ihrer Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 GG) durch die Anwendung der Infektionstheorie in rechtswidriger Weise eingeschränkt würden. 24

Neben der Stellung der U GmbH als geschäftsführende Treuhänderin ist der Versicherungsschutz nach Ziffer B. V. 1 (1) BBR auch deshalb ausgeschlossen, weil sich die Gesellschafterstellung der U GmbH, wie der Senat bereits in seinem Zurückweisungsbeschluss vom 2.6.2014 - 9 U 157/13 - ausgeführt hat, nicht in dem treuhänderischen Halten von Beteiligungen der Treugeber erschöpfte. Gemäß § 5 Nr. 2 c) des Gesellschaftsvertrages blieb die U GmbH als Treuhandkommanditistin mit einer Einlage von mindestens 5.000 € selbst am Gesellschaftsvermögen beteiligt. Dieser eigene Gesellschaftsanteil konnte ohne Begrenzungen erweitert werden. Die U GmbH war damit nicht nur Treuhandgesellschafterin, sondern auch „normale“ Gesellschafterin (BGH, Urteil vom 09.07.2013 - II ZR 193/11 - juris). Ein in diesem Sinne „normaler“ Kommanditist ist jedoch entweder durch besondere Regelungen im Gesellschaftsvertrag oder in Ermangelung solcher jedenfalls nach §§ 168, 121 Abs. 1 und 2 HGB am Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt. Als solcher handelt er mit unternehmerischem Risiko, weil sich das wirtschaftliche Ergebnis der Gesellschaft unmittelbar auf seine eigene Vermögenssituation auswirkt. Vorliegend war die U GmbH – wie jeder andere Gesellschafter der K KG - nach § 18 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrages der jeweiligen K KG am Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt. In ihrer Eigenschaft als „normale“ Gesellschafterin handelte die U GmbH im Rahmen eines unternehmerischen Risikos. 25

Für das versicherungsrechtliche Deckungsverhältnis kommt es nicht darauf an, ob die Haftung der U GmbH gegenüber der Klagepartei aus dem gesellschaftsrechtlichen Verhältnis oder aus dem Treuhandvertrag folgt. Die U GmbH hat als Gesellschafterin mit eigenen Kommanditanteilen an der Fondsgesellschaft einerseits und als Treuhänderin für die Kommanditanteile der Anleger an derselben Kommanditgesellschaft andererseits eine Doppelstellung inne. Die der U GmbH im Rahmen dieser Doppelstellung zustehenden Befugnisse und die ihr obliegenden Verpflichtungen stehen in einem untrennbaren sachlichen Zusammenhang. Durch die Einbindung der U GmbH in die Anbahnung der Beteiligung der 26

Kapitalanleger an dem Fonds erweiterten sich ihre rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken erheblich. Die U GmbH war aufgrund ihrer Stellung als Treuhandkommanditistin verpflichtet, die Anleger umfassend aufzuklären (BGH, Urteil vom 9.7.2013 – II ZR 9/12 –, juris). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss einem Anleger für seine Beitrittsentscheidung ein richtiges Bild über das Beteiligungsobjekt vermittelt werden, das heißt, er muss über alle Umstände, die für seine Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, verständlich und vollständig aufgeklärt werden, wozu auch eine Aufklärung über Umstände gehört, die den Vertragszweck vereiteln können (BGH, Urteil vom 9.7.2013 – II ZR 9/12 –; Urteil vom 23.4.2012 – II ZR 211/09 –, juris). Diese Verpflichtung zur umfassenden Aufklärung der Anleger über alle wesentlichen Umstände einer Kapitalanlage geht deutlich über die typischen Berufspflichten eines Steuerberaters hinaus und führt zu einer erheblichen Erhöhung des Haftungsrisikos des Versicherten.

Die hier in Rede stehende Aufklärungspflichtverletzung aus der Anbahnung des Gesellschaftsverhältnisses fällt in den Bereich des unternehmerischen Risikos. Sie geschah nämlich im Zusammenhang mit dem Beitritt neuer Anleger, der nach § 8 Nr. 2 des Gesellschaftsvertrages der K Fondsgesellschaft nur durch Tätigwerden der U GmbH erfolgen konnte. Im Fall des Beitritts eines neuen Kapitalanlegers konnte die U GmbH durch die Regelung in § 4 Nr. 1 des Treuhandvertrages den Umfang ihrer eigenen kapitalmäßigen Beteiligung an der Fondsgesellschaft nach Belieben steuern. Sie konnte ihr eigenes wirtschaftliches Risiko durch das Halten von eigenen Kommanditanteilen an der Fondsgesellschaft auf neue Anleger übertragen, indem sie dem neuen Kapitalanleger eine Treugeberstellung an ihrem eigenen bereits erworbenen Kommanditeil einräumte. Das vom Anleger gezahlte Kapital floss dann als Ausgleich für die Einräumung einer Treugeberstellung unmittelbar dem eigenen Vermögen der U GmbH zu und minimierte ihr wirtschaftliches Risiko bei Verlusten der Fondsgesellschaft. Umgekehrt konnte die U GmbH nach eigenem Ermessen das Kapital der Fondsgesellschaft vergrößern und diese damit befähigen, wie mit dem Beteiligungsmodell beabsichtigt, eine größere Zahl von Rechtsstreitigkeiten zu finanzieren, potentiell erfolgreicher zu sein und einen höheren Gewinn zu erzielen. An diesem Gewinn - ebenso wie an einem möglichen Verlust - war die U GmbH aufgrund ihrer Stellung als Gesellschafterin unmittelbar unternehmerisch beteiligt.

27

Der Versicherungsschutz ist darüber hinaus wegen einer wissentlichen Pflichtverletzung der U GmbH gemäß § 4 Nr. 6 AVB-WB ausgeschlossen. Das Vorliegen einer wissentlichen Pflichtverletzung folgt aus der rechtlichen Bewertung des Sachvortrags der Klagepartei, den sich die Beklagte hilfsweise zu Eigen gemacht hat.

28

Wissentlich handelt derjenige Versicherte, der die verletzten Pflichten positiv kennt. Bedingter Vorsatz, bei dem er die in Rede stehende Verpflichtung nur für möglich hält, reicht dafür ebenso wenig aus wie eine fahrlässige Unkenntnis. Es muss vielmehr feststehen, dass der Versicherte die Pflichten zutreffend gesehen hat. Darlegungs- und beweispflichtig für die Verwirklichung der subjektiven Tatbestandsmerkmale des Risikoausschlusses ist der Versicherer. Aus der grundsätzlichen Darlegungs- und Beweislast des Versicherers folgt, dass dieser zunächst einen Sachverhalt vorzutragen hat, der auf eine Wissentlichkeit der Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers zumindest hindeutet. Dabei wird der Vortrag weiterer zusätzlicher Indizien dann entbehrlich sein, wenn es sich um die Verletzung elementarer beruflicher Pflichten handelt, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden kann (vgl. zum Ganzen BGH, Urteil vom 17.12.2014 – IV ZR 90/13 – m. w. N.; juris).

29

30

So liegt der Fall hier. Nach dem Vortrag der Klagepartei in der Klageschrift, den sich die Beklagte hilfsweise zu Eigen gemacht hat, hatte die U GmbH vor dem streitgegenständlichen Beitritt der Klagepartei positive Kenntnis davon, dass die Entwicklung der K Fonds erheblich von den prospektierten Annahmen abwich. Dennoch hat die U GmbH die Klagepartei nicht über die falschen Angaben im Prospekt aufgeklärt. Wie bereits vor dem streitgegenständlichen Anteilserwerb höchstrichterlich (vgl. BGH, Urteil vom 24.5.1982 – II ZR 124/81- veröffentlicht in BGHZ 84, 141; BGH, Urteil vom 1.12.1994 – III ZR 93/93 -, veröffentlicht in NJW 1995, 1025; BGH, Urteil vom 14.1.2002 – II ZR 40/00 -, veröffentlicht in VersR 2002, 1251; alle zitiert nach juris ) anerkannt war, gehört zu den elementaren Pflichten eines Treuhandkommanditisten, die Anleger vor ihrer Anlageentscheidung über alle wesentlichen Punkte, insbesondere auch die regelwidrigen Umstände der Anlage, aufzuklären, die für die von den Anlegern zu übernehmenden mittelbaren Beteiligungen von Bedeutung sind. Der Treuhandkommanditist hat künftige Treugeber insbesondere über ihm bekannte, für die Anlageentscheidung erhebliche nachteilige Abweichungen zum Prospekt aufzuklären. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung kann bei einer Steuerberatungsgesellschaft, die - wie der U GmbH - in einem erheblichen wirtschaftlichen Umfang als Treuhänder tätig wird und in die Verwirklichung eines Anlagemodells eingebunden ist, von einer positiven Kenntnis dieser elementaren Verpflichtung zur wahrheitsgemäßen Aufklärung ausgegangen werden. Die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wie die o. g. Urteile vom 24.5.1982, 1.12.1994 und 14.1.2002 zeigen, war im Zeitpunkt der Anlageentscheidung der Klagepartei gefestigt und in mehreren Fachzeitschriften veröffentlicht. Indizien, die ausnahmsweise Zweifel an einer Kenntnis der U GmbH von ihrer Kardinalpflicht zur wahrheitsgemäßen Aufklärung der Anleger begründen könnten, sind weder von der Klagepartei vorgetragen noch ersichtlich.

Für den Haftungsausschluss wegen wissentlicher Pflichtverletzung ist unerheblich, ob die U GmbH möglicherweise weitere Pflichten gegenüber der Klagepartei nicht vorsätzlich verletzte. Nach Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 27. Mai 2015 – IV ZR 322/14 –, juris) greift der Deckungsausschluss für Schadenverursachung durch wissentliche Pflichtverletzung in der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung auch dann, wenn derselbe Schaden nicht nur durch eine wissentliche Pflichtverletzung, sondern (möglicherweise) auch durch weitere, nicht wissentliche Pflichtverletzungen mitverursacht worden ist. Das ergibt die Auslegung des Leistungsausschlusses aus der maßgeblichen Sicht eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers (BGH, Beschluss vom 27. Mai 2015 – IV ZR 322/14 –, juris). 31

Die weiteren Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 ZPO liegen vor. Die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern nicht eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung. Der Senat hat bereits in dem den Parteien bekannten Verfahren 9 U 157/13 über Ansprüche von Anlegern der K-Fonds gegen die Beklagte als Berufshaftpflichtversicherer der mitversicherten Treuhandkommanditistin entschieden (Hinweisbeschluss vom 06.02.2014 sowie Zurückweisungsbeschluss vom 02.06.2014). Der Bundesgerichtshof hat die gegen den Zurückweisungsbeschluss des Senats eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde mit Beschluss vom 24.6.2015 (IV ZR 248/14) als unzulässig verworfen. In seinen Gründen hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Nichtzulassungsbeschwerde auch unbegründet gewesen wäre, weil keiner der im Gesetz (§ 543 Abs. 2 ZPO) vorgesehenen Gründe vorliege, nach denen der Senat die Revision habe zulassen dürfen. Allein der Umstand, dass im vorliegenden Fall kein Haftpflichturteil vorliegt, vermag einen Revisionsgrund nicht zu begründen. 32

Die entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind höchstrichterlich geklärt. Der Senat hat die vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze auf den vorliegenden Einzelfall angewandt. Dies gilt auch für den weiteren Ausschlussgrund wegen wissentlicher Pflichtverletzung. Über die Anwendung der sog. Infektionstheorie musste der Senat nicht entscheiden. Entgegen den Ausführungen der Klagepartei kommt es vorliegend auch nicht darauf an, ob eine Wahrnehmung „billigen Ermessens“ im Verhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder zu einem Ausschluss des Versicherungsschutzes führt. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu dieser von der Klagepartei aufgeworfenen Frage ist nicht erforderlich. Eine grundsätzliche Bedeutung der Sache im Sinne des § 543 ZPO folgt nicht daraus, dass die Entscheidung des Senats Auswirkung auf einen größeren Personenkreis hat (Baumbach, ZPO, § 543, Rn. 7 „größerer Personenkreis“). Eine mündliche Verhandlung vor dem Senat ist auch im Übrigen nicht geboten.

Für die Klagepartei besteht Gelegenheit, bis zum **31.01.2017** zu den Hinweisen des Senats Stellung zu nehmen. Auf die gemäß Nr. 1222 KV zum GKG bestehende Möglichkeit zur Kostenersparnis im Fall einer Berufungsrücknahme wird vorsorglich hingewiesen.

34