

GR_GERICHTE ZK2 2021 12 vom 23. November 2021

GR Gerichte, 2021-11-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2021_12

FR: GR_GERICHTE ZK2 2021 12 du 23 novembre 2021

IT: GR_GERICHTE ZK2 2021 12 del 23 novembre 2021

Regeste

Forderung | Berufung OR Übrige Fälle und Innominatverträge

Erwägungen

E. 6

/ 18 1. Prozessuales im engeren Sinn 1.1. Die allgemeinen Prozessvoraussetzungen und (im Hinblick auf die kritisch-fragende Bemerkung des Berufungsbeklagten in act. A.2, S. 3) auch die Rechtzeitigkeit der am Montag 15. März 2021 der Post übergebenen Berufungsschrift geben zu keinen Bemerkungen Anlass, – mit Ausnahme der Frage des Rechtsschutzes (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO), welches umstritten ist und worauf im Einzelnen zurückzukommen ist. 1.2. Die Berufung enthält einen Antrag und eine Begründung. Der Berufungsbeklagte weist in diesem Zusammenhang zutreffend auf die Anforderungen an die Berufung hin, wie sie das Bundesgericht aus Art. 311 ZPO ableitet, und schliesst unter Kritik an der Berufungsschrift daraus, es sei auf die Berufung nicht einzutreten (act. A.2, S. 17 f.). Das kann allerdings nicht allgemein und vorweg, sondern erst bei der Diskussion der einzelnen Kritikpunkte beurteilt werden (eingehender dazu unten E. 1.3.1). 1.3. Am 14. Juni 2021 reichte die Berufungsklägerin Bemerkungen zur Berufungsantwort ein (act. A.3). Der Berufungsbeklagte betrachtet diese Eingabe in seiner Stellungnahme vom 10. August 2021 zum grössten Teil als unzulässig (act. A.4). Dieser Schriftsatz wurde der Berufungsklägerin zugestellt (act. D.13); eine weitere Stellungnahme ging nicht ein. Die Rechtsmittelinstanz kann in der Berufung eine mündliche Verhandlung durchführen oder einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Art. 316 ZPO). Es gibt Fälle, in denen das angezeigt ist – wenn die Sache etwa der Erforschungsmaxime nach Art. 296 ZPO untersteht, oder wenn der Streit durch zulässige Noven auf einer weitgehend neuen Basis steht. Die Rechtsmittel der schweizerischen Zivilprozessordnung zeichnen sich aber durch eine ausgeprägte Noven-Strengung aus (Art. 317 und 326 ZPO). Da deswegen in aller Regel mehr oder weniger die Argumente wiederholt werden, welche schon in erster Instanz vorgetragen wurden, können Berufung und Beschwerde unter bestimmten Voraussetzungen in einem vereinfachten Verfahren ohne Einholen einer Antwort entschieden werden (Art. 312 Abs. 1 und 322 Abs. 1 ZPO). Das legt es nahe, das Verfahren grundsätzlich schlank zu halten, und in der Praxis werden daher ein zweiter Schriftenwechsel oder eine mündliche Verhandlung sehr selten angeordnet. So ist auch in diesem Fall vorzugehen. Mit der Zustellung der Berufungsantwort wies der Vorsitzende die Berufungsklägerin darauf hin, mit Ausnahme einer Stellungnahme zu einem mit der Berufungsantwort neu gestellten Beweisantrag sei ein weiterer Schriftenwechsel nicht vorgesehen (act. D.7).

E. 7

/ 18 Auch wenn kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wird, gilt allerdings das aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 52 ZPO) abgeleitete so genannte Replikrecht. Es kann, muss aber nicht mit einer Replik im technischen Sinn zu tun haben, also mit einem dritten freien Vortrag zur Sache. Vielmehr stellt es den generellen Anspruch auf ein "letztes Wort" dar. Grundsätzlich hat jede Partei also das Recht, sich zu Eingaben des Gegners zu äussern. Dafür muss das Gericht einer anwaltlich vertretenen Partei nicht ausdrücklich Frist ansetzen, sondern es genügt, dass der Vertreter erkennen kann, dass eben kein weiterer Vortrag angeordnet werden wird – darum stellt das Kantonsgericht bei Zustellung einer Berufungsantwort regelmässig klar, ein weiterer Schriftenwechsel sei nicht vorgesehen (so auch hier: act. D.7). Nach der Praxis muss die Partei dann innert längstens zehn Tagen reagieren, wenn sie sich zur Wahrung ihres rechtlichen Gehörs äussern will: durch eine Eingabe, oder aber durch ein Gesuch, für eine solche Eingabe bis zu einem bestimmten Zeitpunkt Gelegenheit zu erhalten; die Anforderungen sind analog zu denen für eine Fristerstreckung (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Das bedeutet, dass das Gericht zehn Tage nach Zustellung der letzten Äusserungen einer Partei an deren Gegner das Urteil fällen darf, ohne das rechtliche Gehör zu verletzen (vgl. BGer 5A_120/2019 v. 21.8.2019 E. 2.2 m.w.H.). Offen bleibt, ob eine Eingabe zu beachten ist, welche später eingeht, aber noch bevor das Urteil gefällt wurde. Im Lichte dieser Grundsätze ergibt sich Folgendes: der Vorsitzende stellte der Berufungsklägerin am 30. April 2021 die Berufungsantwort zu. Er wies darauf hin, es sei kein weiterer Schriftenwechsel vorgesehen, räumte der Berufungsklägerin aber von Amtes wegen Frist ein bis zum 24. Mai 2021, um sich zu einem neuen Beweisantrag des Berufungsbeklagten zu äussern (act. D.7). Der Vertreter der Berufungsklägerin ersuchte am 25. Mai 2021 (rechtzeitig, weil der 24. Mai ein Feiertag gewesen war) um Erstreckung der "Frist für eine Stellungnahme zum Beweisantrag Ziff. 2 des Berufungsgegners" (act. D.8), und dem gab der Vorsitzende bis zum 14. Juni 2021 statt (act. D.9). Der Berufungsbeklagte weist zutreffend darauf hin, dass die Berufungsklägerin damit ausdrücklich erklärt hatte, sie wolle sich nur noch zu dem von ihr selbst beschriebenen Thema äussern. Die Einschränkung musste sie zwar nicht machen, aber wenn sie es tat, war sie nach Treu und Glauben daran gebunden. Soweit sie in ihrer Eingabe vom 14. Juni 2021 darüber hinaus geht, war das unzulässig und ist es im Folgenden nicht zu beachten. Allerdings sind die unzulässigen Bemerkungen der Berufungsklägerin für den vorliegenden Entscheid ohnehin nicht relevant, wie an den entsprechenden Stellen auszuführen ist.

E. 8

/ 18 1.3.1. Zum formellen Einwand des Berufungsbeklagten (vorstehend, E. 1.1 zweiter Absatz) sind die Voraussetzungen an die Berufung in Erinnerung zu rufen: Wenn das Verfahren wie hier der Partei- und der Dispositionsmaxime untersteht, stellt die Berufung keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar. Sie dient vielmehr der Überprüfung des angefochtenen Entscheides und des Verfahrens der ersten Instanz (Art. 310 ZPO). Es obliegt den Parteien, geltend gemachte Mängel aufzuzeigen. Das hebt den Grundsatz nicht auf, dass das Gericht und damit auch die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 57 ZPO). Einer Partei kann es daher nicht schaden, wenn sie sich auf unzutreffende Gesetzesbestimmungen beruft oder solche gar nicht nennt. Es obliegt ihr aber, den geltend gemachten Fehler aufzuzeigen, und zwar nicht nur allgemein, sondern so präzise, dass es die Berufungsinstanz ohne Mühe verstehen kann. Sie darf nicht einfach auf Vorbringen in erster Instanz verweisen, sondern muss sowohl die Passagen im angefochtenen Urteil als auch die angerufenen Aktenstücke genau bezeichnen. Das

Bundesgericht formuliert es im grundlegenden Urteil so: (von der Partei werde verlangt) "de motiver son appel (art. 311 al. 1 CPC), c'est-à-dire de démontrer le caractère erroné de la motivation attaquée. Pour satisfaire à cette exigence, il ne lui suffit cependant pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toutes générales de la décision attaquée. Sa motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique" (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 141 III 576 E. 2.3.3). Diese Anforderungen sind immerhin mit Augenmass oder nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) zu handhaben. Wenn der Berufung bei loyalen Bemühen zu entnehmen ist, was warum kritisiert werden soll, und wenn das angefochtene Urteil den Punkt nicht besonders eingehend abhandelt, sodass auch ohne das Bezeichnen einzelner Seiten oder Absätze klar wird, was gemeint ist, lässt sich die Kritik häufig ohne Schwierigkeiten ("aisément", sagt das Bundesgericht) verstehen und beurteilen. Jedenfalls dürfen die formellen Anforderungen nicht überspannt oder überspitzt formalistisch angewendet werden. Im Einzelnen lässt sich das freilich nur bei der Diskussion konkreter Kritikpunkte beurteilen.

1.3.2. In der Berufung sind neue Vorbringen mit wenigen Ausnahmen ausgeschlossen (Art. 317 ZPO). Die Parteien müssen, um den vorstehend genannten Erfordernissen zu genügen, die Voraussetzungen einer der gesetzlichen Ausnahmen begründen. Wenn sie in der Berufung tatsächliche Behauptungen vortragen, die nicht auf den ersten Blick etwas betreffen, wovon schon das erstinstanzliche

E. 9

/ 18 Gericht ausging, werden sie als neu betrachtet, ohne dass die Berufungsinstanz die erstinstanzlichen Rechtsschriften und Akten darauf hin zu durchforsten hätte, wo die Behauptung allenfalls schon aufgestellt worden sein könnte. Auch neue Beweismittel unterliegen der Noven-Beschränkung. Das ist im Folgenden bei der Diskussion des entsprechenden Punktes für die beantragte Zeugen-Einvernahme zu diskutieren. Der Berufungsbeklagte beanstandet zu Recht, dass die Berufungsklägerin ihrer Berufung zahlreiche Dokumente beilegt, ohne zu erläutern, ob und wo diese bereits im erstinstanzlichen Dossier liegen oder weshalb sie ausnahmsweise trotz des grundsätzlichen Novenverbotes in der Berufung zulässig seien (act. B.1-20; dazu auch act. A.1 mit der Bezeichnung der Beilagen ausschliesslich als solchen, und ohne Differenzierung nach 'neu' oder 'nicht neu' resp. Hinweis auf die Fundstelle im erstinstanzlichen Dossier). Es ist nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, sich durch diese Belege durchzuarbeiten und durch Vergleich mit den erstinstanzlichen Akten herauszufinden, ob sie neu sind oder nicht. Eine Ausnahme sind Unterlagen, die nach dem Datum des Urteils datieren. In diesem Sinn dürften die produzierten Presseberichte aus dem Jahr 2020 und das Urteil / die Pressemitteilung des Landgerichts J. _____ als Noven unbedenklich sein (ob Verlautbarungen in der Presse im Prozess taugliche Beweismittel sind, oder ob sie nur der Stimmungsmache dienen, ist nicht eine Frage ihrer Novenqualität – das ist falls erforderlich am jeweiligen Ort zu würdigen). – Nun hat der Berufungsbeklagte allerdings sehr eingehend zu allen diesen Beilagen Stellung genommen und auch die Noven-Qualität aus seiner Sicht im Detail kommentiert (act. A.2, S. 5 ff.). Er hat also von sich aus die Arbeit geleistet, welche die Berufungsinstanz nicht hätte leisten müssen und was sich zum Nachteil der Berufungsklägerin ausgewirkt hätte. Nachdem aber nun die Urkunden im Einzelnen namentlich auch hinsichtlich ihrer Noven-Qualität kommentiert sind, wäre es formalistisch, sie pauschal als unzulässig zu verwerfen; dies umso mehr, als sich die Berufungsklägerin

zu den Bemerkungen nicht mehr geäußert hat (act. A.3), sodass die Novenqualität der Beilagen damit ohne Mühe ("aisément") beurteilt werden kann. Auch novenrechtlich unzulässige Dokumente sind allerdings nicht "aus dem Recht zu weisen", auch wenn das ein von den Anwälten gerne verwendeter Ausdruck ist. Sie sind wohl für die Entscheidungsfindung nicht zu beachten. Weil aber eine obere Instanz ihre Zulässigkeit anders beurteilen mag, und nur schon aus Gründen der Transparenz und der Vollständigkeit des Dossiers im Sinne einer tatsächlichen Chronologie, dürfen sie aus den Akten nicht etwa entfernt und dem Einleger zurückgeschickt werden. 2. Zuständigkeit und anwendbares Recht

E. 10

/ 18 Die Gerichte des Kantons Graubünden sind nach der im Sinne von Art. 23 LugÜ geschlossenen Vereinbarung (act. B.7, § 23) für diese Sache zuständig. Auch über das anwendbare Recht haben sich die Parteien geeinigt, und danach ist das deutsche Recht anwendbar (act. B.7, § 24). Das ist zulässig (Art. 116 IPRG) und entspricht im Übrigen der subsidiären gesetzlichen Regelung (Art. 117 IPRG). 3. Zulässigkeit einer Feststellungsklage Vorab bestreitet die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten das Recht, eine Feststellungsklage zu erheben (act. A.1, Rz. 39 ff.). Das Regionalgericht hat sich mit der Frage befasst und die Klage als zulässig betrachtet. Irrtümlich hat es sich dabei auf "ungeschriebenes Bundesrecht" gestützt – was beim Erscheinen des zitierten Artikels in der AJP 2007 noch richtig war, aber durch die schweizerische Zivilprozessordnung überholt worden ist: die Feststellungsklage beurteilt sich heute nach den Art. 88 und 59 ZPO (wie das angefochtene Urteil dann später richtig ausführt: E. 3.2., S. 21). Zutreffend ist der Verweis auf § 256 (D-)ZPO. Die Parteien stellen in der Berufung zu Recht nicht in Frage, dass die Feststellungsklage nach beiden Rechtsordnungen zulässig ist und dass sich das konkrete Feststellungsinteresse nach dem Recht am Gerichts-Ort, hier nach schweizerischem Recht, beurteilt (was inhaltlich wohl keinen Unterschied macht und höchstens für die Frage der Kognition beim Weiterzug der Sache an das Bundesgericht eine Rolle spielen kann). Das Regionalgericht hat die Grundlagen zur Beurteilung des Feststellungsinteresses zutreffend dargestellt (Urteil E. 3.2.1. ff., S. 21 ff.), und es kann darauf verwiesen werden. Die Berufungsklägerin stützt sich auf die gleichen Grundlagen wie das Regionalgericht: erhebliche Gefährdung der Rechtsstellung, Unzumutbarkeit der Fortdauer der Ungewissheit und Subsidiarität zur Leistungsklage (act. A.1, Rz. 40 f.). Sie geht davon aus, die Kosten der Vertretung des Berufungsbeklagten im Strafprozess in H. _____ (so genanntes H. _____ Verfahren) würden die Versicherungssumme von EUR 500'000.00 "spielend erreichen". Da nach Darstellung des Berufungsbeklagten bereits erhebliche Kosten angefallen seien (im Zeitpunkt der Klageeinleitung rund EUR 104'000.00), hätte er diese beziffern und dafür Beweismittel bezeichnen können, und damit wäre eine Leistungsklage, allenfalls verbunden mit dem Vorbehalt einer späteren Klageänderung, möglich gewesen. Feststellungs- und Leistungsklage stünden in Konkurrenz zueinander, und die Unsicherheit über den einzuschlagenden Rechtsweg müsse dadurch reduziert werden,

E. 11

/ 18 dass die Feststellungsklage jedenfalls dann als unzulässig beurteilt werde, wenn eine auch nur teilweise Leistungsklage möglich sei. Die Berufungsklägerin zitiert das Bundesgericht zutreffend mit dem Grundsatz, dass die Feststellungsklage nur restriktiv zugelassen werden solle (BGE 135 III 378 E. 2.4 = Pra 2009 Nr. 138: hier hätte die blosser Feststellung eines Pfandrechts weder den Streit beendet noch die künftige Betreuung auf

Pfandverwertung erleichtert). Sie übersieht allerdings die an der zitierten Literaturstelle (Marc Weber, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, N. 15 f. zu Art. 88 ZPO) angeführten differenzierten Überlegungen des Bundesgerichts: dass sich auch bei Möglichkeit der Leistungs- oder Gestaltungsklage ein selbständiges Interesse an einer gerichtlichen Feststellung ergeben kann (BGer 4A_280/2015 v. 20.10.2015 E. 6.2.2 mit Hinweisen). Eine solche selbstständige Bedeutung wird nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bejaht, wenn es darum geht, nicht nur die fällige Leistung zu erhalten, sondern die Gültigkeit des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses auch für dessen künftige Abwicklung feststellen zu lassen (BGE 84 II 685 E. 2; BGer 4A_589/2011 v. 5.4.2012 E. 4.1, nicht publ. in: BGE 138 III 304; BGer 5A_174/2015 v. 14.10.2015 E. 7.2; je mit Hinweisen) oder wenn die Ungewissheit der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien durch die richterliche Feststellung behoben werden kann und ihre Fortdauer für den Kläger unzumutbar ist (BGE 123 III 49 E. 1a; BGer 5C.66/2003 v. 24.4.2003 E. 1.4; je mit Hinweisen). Richtig ist, dass die Alternative zur Feststellungsklage nicht die unbezifferte Forderungsklage gewesen wäre: es ging bei Klageeinleitung nicht darum, dass eine dem Berufungsbeklagten gegenüber der Berufungsklägerin zustehende Forderung im Sinne von Art. 85 ZPO noch nicht beziffert werden konnte und erst das Beweisverfahren darüber Klarheit geschaffen hätte. Für die bereits ausgelegten Kosten hätte der Berufungsbeklagte eine Leistungsklage erheben und sich vorbehalten können, sobald weitere Kosten seiner Verteidigung konkret bekannt seien, diese als Noven im Sinne von Art. 229 ZPO vorzutragen und die Klage entsprechend zu erweitern (Art. 227 ZPO; das wäre in der Berufung ebenfalls zulässig: Art. 317 Abs. 2 ZPO). Unstreitig ist, dass dem Kläger bei Einleitung der Klage bereits erhebliche Kosten entstanden waren. Für diese hätte er eine Leistungsklage erheben können. Weitere Kosten für seine Verteidigung und für das Gericht standen aber ebenso unstreitig noch aus. Die Berufungsklägerin bestreitet und bestreitet ihre Leistungspflicht. Für den Berufungsbeklagten bestand und besteht also die Ungewissheit, ob ihm solche weiteren Kosten unter dem streitigen Versicherungsvertrag ersetzt werden.

E. 12

/ 18 Das ist eine erhebliche Belastung. Weitere EUR 400'000.00, welche unter der Versicherung geschuldet sein können, sind eine grosse Summe und, auch wenn der Berufungsbeklagte finanziell wohl nicht schlecht gestellt ist, geeignet, seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit zu beschränken. Insbesondere in einem offenbar komplexen Strafverfahren muss ein Angeschuldigter/Angeklagter überlegen, welchen Aufwand für seine Verteidigung er treiben kann und will – ob er dafür EUR 500'000.00 aus einer Versicherung einsetzen kann, ist eine wichtige, möglicherweise entscheidende Frage. Nach der vorstehend zitierten Praxis des Bundesgerichts ist das Interesse des Berufungsbeklagten also entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin gegeben. 4. Leistungspflicht aus der Versicherung 4.1. Die Berufungsklägerin bestreitet, dass der Berufungsbeklagte die Gegenstand des aktuellen Strafverfahrens bildenden Handlungen für das versicherte Unternehmen erbracht habe (act. A.1, Rz 48 f. S. 16 f.). Das ist darum von Bedeutung, weil der Versicherungsvertrag von der K._____ abgeschlossen wurde. Im Versicherungsschein, auf welchen sich die Berufungsklägerin beruft (act. B.4), ist nicht spezifiziert, wer und wogegen versichert wird. Immerhin ist angegeben "Art des Unternehmens/Branche: Rechtsanwalts-Steuerberatungskanzlei" und "Vollzeitbeschäftigte: 25". In den allgemeinen Bedingungen wird das sehr genau präzisiert (act.

B.7). Zusammengefasst muss die Berufungsklägerin danach Rechtschutz leisten, wenn eine bei der Versicherungsnehmerin dauerhaft oder zeitweise beschäftigte Person in ein Strafverfahren einbezogen wird, allerdings nur dann, wenn die ihr vorgeworfenen Handlungen oder Unterlassungen im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit für die Versicherungsnehmerin stehen. 4.2. Das Regionalgericht befasst sich im angefochtenen Urteil eingehend mit der Frage der versicherten Gefahr. Es erörtert unter Diskussion der allgemeinen Bedingungen der Berufungsklägerin sorgfältig die einzelnen Elemente wie die Art der Tätigkeit, die Frage, unter welchen Voraussetzungen Rechtsschutz für eine vorsätzliche Straftat zu gewähren ist und die allfällige Rückleistungspflicht des Berufungsbeklagten (B.1, E. 5.1. und 5.2., S. 24 – 28). Die Berufungsklägerin geht in der Berufung auf die Erwägungen des Regionalgerichts nur sehr summarisch ein. Die allgemeinen Bemerkungen zum Verfahren und zur Sache (act. A.1, Rz. 7 ff.) sind grösstenteils nicht konkret auf Erwägungen des angefochtenen Urteils bezogen und enthalten keine nachvollziehbare Kritik an diesem. Presseverlautbarungen können allenfalls belegen, dass die öffentliche Meinung den Berufungsbeklagten bereits vorverurteilt hat – möglicherweise in der

E. 13

/ 18 nicht seltenen Gleichsetzung von moralisch zweifelhaftem mit strafbarem Verhalten. Allerdings hat das Regionalgericht erwogen, die Berufungsklägerin müsste einstweilen auch Rechtsschutz leisten, wenn ein Versicherter (hier der Berufungsbeklagte) eine Straftat vorsätzlich begangen habe – und das kritisiert die Berufungsklägerin soweit ersichtlich nicht. Die allgemeinen Ausführungen der Berufungsklägerin genügen den Anforderungen an eine Berufung offensichtlich nicht, und in diesem Umfang ist auf die Berufung nicht einzutreten. 4.3. Konkret ist der Standpunkt der Berufungsklägerin, die dem Berufungsbeklagten vorgeworfenen Handlungen stellten "nicht zweifelsfrei eine Tätigkeit für das versicherte Unternehmen dar" und lägen auch "nicht im Rahmen einer durch die relevante Strafrechtsschutzversicherung gedeckten anwaltlichen oder steuerberatenden Tätigkeit" (act. A.1, Rz. 20 ff.). Dafür beruft sie sich auf die Einvernahme des früheren Kanzleipartners M._____ des Berufungsbeklagten (act. A.1, Rz. 26 ff.). Sie bedauert oder kritisiert in erster Linie, dass der Berufungsbeklagte sich vor Regionalgericht auf M._____ als Zeugen berufen, diesen Beweisantrag aber dann zurückgezogen habe (act. A.1, Rz. 27 ff.). Das Regionalgericht hat dazu das Nötige ausgeführt: die Berufungsklägerin hatte den Zeugen selber nicht angerufen, und als der Berufungsbeklagte auf dessen Einvernahme verzichtete, konnte die Berufungsklägerin nicht mit Erfolg darauf "bestehen", wie sie sich ausdrückt (act. B.15). Sie sagt zwar nun, es seien ihr erst aufgrund einer Pressemeldung die "Schuppen von den Augen gefallen": M._____ habe sich offenbar entschlossen, als Kronzeuge der Anklage unter anderem den Berufungsbeklagten zu belasten, und damit sei hinterher klar, weshalb dieser seinen entsprechenden Beweisantrag im vorliegenden Verfahren zurückgezogen habe (act. A.1, Rz. 26 ff.). Damit weist die Berufungsklägerin aber nicht nach, dass sie den Zeugen M._____ im erstinstanzlichen Verfahren nicht rechtzeitig selber hätte anrufen können (Art. 229 ZPO). Plausibel ist, dass sie sich zunächst nicht auf den Zeugen berief, weil sie annahm, dieser werde zugunsten des Berufungsbeklagten, seines Kanzleipartners, aussagen. Dass sie zur Auffassung kam, das sei taktisch ungeschickt gewesen, war und ist kein ausreichender Novengrund, und eine Verletzung des Rechts auf Beweis liegt nicht vor. Der Entscheid des Regionalgerichts dazu wurde den Parteien mit Rechtsmittelbelehrung eröffnet (act. B.15). Damit war das rechtliche Gehör gewahrt, auch wenn das angefochtene Urteil den Punkt nicht erneut aufnimmt,

wie in der Berufung behauptet wird (act. A.1, Rz. 33). Die Kritik der Berufungsklägerin am angefochtenen Urteil ist unbegründet, und nachdem die Berufungsklägerin die Einvernahme M._____ schon vor Regionalgericht verlangte, scheidet ein Novengrund im Sinne von Art. 317 ZPO ebenfalls aus. Das Regional-

E. 14

/ 18 gericht hat M._____ zu Recht nicht einvernommen, und auch das Kantonsgericht hat das nicht nachzuholen. 4.4. Die Berufungsklägerin führt aus, der Berufungsbeklagte sei mit der im Strafverfahren thematisierten Tätigkeit "wohl nicht" für die Versicherungsnehmerin tätig geworden, resp. es sei "nicht auszuschliessen", dass er im eigenen Namen oder für ein anderes Unternehmen tätig geworden sei. Sie räumt zwar ein, dass sich der Berufungsbeklagte in erster Instanz auf einen Mandatsvertrag berief, welcher mit dem Briefkopf der versicherten Kanzlei K._____ versehen und vom Berufungsbeklagten unterzeichnet ist (RG-act. II/18), und dass das vom Berufungsbeklagten unterzeichnete "Gutachten zur steuerrechtlichen Beurteilung (...) bei dem Handel mit Aktien über den Hauptversammlungsstichtag" ebenfalls den Briefkopf K._____ trägt (RG-act. II/17). Diese Dokumente sind für sich genommen ohne Weiteres beweiskräftig dafür, dass der Berufungsbeklagte dieses Gutachten als Organ oder Mitarbeiter der versicherten Gesellschaft erstellte. Diese erbringt oder erbrachte Dienstleistungen auf dem Gebiet der Steuerberatung. So viel in diesem Verfahren bekannt ist, geht es darum, dass eine Mehrzahl von Personen je für sich den nämlichen und nur einmal vorgenommenen Steuerrückbehalt zurückforderte. Das war wirtschaftlich nicht gerechtfertigt. Ob es strafbar war, und welche Rolle der Berufungsbeklagte dabei gespielt hat, ist Thema des Strafprozesses. Jedenfalls aber ist die Beratung zum Zurückfordern eines Steuerrückbehaltes Steuer-Beratung. - Die Berufungsklägerin argumentiert auch widersprüchlich: einerseits sagt sie, die Handlungen des Berufungsbeklagten seien von der Versicherung nicht gedeckt. Andererseits lehnt sie Leistungen für das heute streitige "H._____ Verfahren" ab, weil sie in einem parallelen Verfahren bereits die vereinbarte Deckungssumme bezahlt habe und es dabei um eine "weitgehend gleiche Tatbegehung", wenn auch mit einer anderen, nicht näher erläuterten "Art der Beteiligung des Klägers" gehe (act. A.1 Rz. 56 ff.). Diesen Widerspruch löst sie in der Berufung nicht auf. 4.5. Die Berufungsklägerin verweist auf das vereinbarte Honorar von EUR 2,5 Mio. und schliesst aus diesem, dass der Berufungsbeklagte nicht als Rechtsanwalt oder Steuerberater tätig geworden sei. Das Honorar ist tatsächlich sehr hoch. Die Berufungsklägerin stellt allerdings nicht in Frage, dass es vereinbart wurde. Wenn den Berichten geglaubt werden darf, dass dem Staat durch die Machenschaften mit dem verwirrend raschen Handeln von Aktien um den Dividententag herum Verluste in Milliardenhöhe entstanden (und die Berufungsklägerin sagt dazu nichts), müssen die Akteure mit dem System auch exorbitante Summen eingenommen haben. Sie können also sehr wohl bereit gewesen sein, für die entspre-

E. 15

/ 18 chende Beratung Millionen einzusetzen. Ob das Handeln des Berufungsbeklagten nach deutschem Recht gegen anwaltliche Pflichten versties, allenfalls eine (nach Darstellung der Berufungsklägerin) verpönte Gewinnbeteiligung darstellte, muss offen bleiben. Auch wenn dem so wäre, belegte es nicht, dass der Berufungsbeklagte dabei nicht als Steuerberater handelte – im Gegenteil liegt das auf der Hand. Es bleibt also dabei, dass dieses Element durch die erwähnten, schon im erstinstanzlichen Verfahren produzierten Dokumente ausreichend bewiesen wird. Zum ihr offen stehenden Gegenbeweis, das Honorar sei gar

nicht der Kanzlei K. _____ bezahlt worden, bezeichnet die Berufungsklägerin keine Beweismittel, und es sind darum auch keine abzunehmen. 4.6. Das sehr umfangreiche Gutachten des Berufungsbeklagten zum mehrfachen Zurückfordern von Steuerrückbehalten datiert nur gerade einen Tag nach der schriftlichen Mandatserteilung (22. März 2011 gegenüber 21. März 2011). Mit der Berufungsklägerin ist daraus ohne Weiteres zu folgern, dass es bei Mandatserteilung bereits geschrieben war. Es liegt damit nahe, dass es mehreren Klienten verkauft wurde. Das mag anwaltsrechtlich fragwürdig sein. Was damit allerdings für ein "Scheingeschäft" verdeckt werden sollte (act. A.1, Rz. 51), leuchtet nach Lesart der Berufung nicht ein. Und dass ein Steuerberater seine Erkenntnisse und Empfehlungen mehreren Klienten verkauft, ist mindestens auf den ersten Blick nicht ungewöhnlich; die Berufungsklägerin führt denn auch nicht weiter aus, inwiefern darin ein unzulässiges Wahrnehmen kollidierender Interessen (act. A.1, Rz. 50) liegen sollte. Aber auch zu diesem Punkt gilt, dass das Verletzen von anwaltlichen Pflichten nichts damit zu tun hätte, dass der Berufungsbeklagte dabei für die K. _____ handelte. Und ob es "blanker Unsinn" sei, dass eine Mandats- und Honorarvereinbarung oftmals erst nach geleisteter Arbeit abgeschlossen werde (so die Berufungsklägerin in act. A.3, an sich nicht zu beachten), kann offen bleiben. 4.7. Die Berufungsklägerin argumentiert parallel zum soeben Erwogenen, eine Tätigkeit des Berufungsbeklagten, wie sie in den Strafprozessen Thema sei, könne nicht dem (versicherten) Feld der Steuerberatung zugeordnet werden, sondern es müsse "um Provisionen für die Vermittlung von Anlagen oder Kunden" gegangen sein (act. A.1, Rz. 54). Das leuchtet nicht ein. Auch für das Vermitteln von Anlagen oder von Kunden wäre das im erwähnten Vertrag vereinbarte Honorar von EUR 2,5 Mio. überaus hoch, und selbstredend wäre es das auch, wenn der Berufungsbeklagte mit "cum-ex"-Beratungen insgesamt um die EUR 50 Mio. eingenommen haben sollte, wie die Berufungsklägerin zu wissen glaubt. Für die von der Berufungsklägerin vermuteten Tätigkeiten gibt es aber und gibt sie in der Berufung keine weiteren Anhaltspunkte. Sie sei für den Beweis auf das Zeugnis von

E. 16

/ 18 M. _____ angewiesen, welcher aber, wie vorstehend erwogen, als Zeuge nicht anzuhören war und ist. Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass dem Berufungsbeklagten im Strafprozess gravierende Delikte vorgeworfen werden. Dass er damit gegen die Berufspflichten eines Rechtsanwaltes verstossen haben würde, ist trivial. Gerade im Fall eines solchen Vorwurfes sollte die abgeschlossene Versicherung aber Deckung bieten. Die Berufungsklägerin kann sich also nicht mit dem Hinweis auf eine Unrechtmässigkeit des Verhaltens des Berufungsbeklagten ihrer Pflicht als Versicherer entschlagen. Dass ihr ihre Leistungen zurückerstattet werden müssten, wenn eine vorsätzliche Begehung der Delikte rechtskräftig festgestellt werden würde, ändert daran nichts, sondern bestätigt im Gegenteil, dass sie fürs Erste leistungspflichtig ist. 4.8. Endlich macht die Berufungsklägerin geltend, die vertragliche Deckungssumme sei bereits in einem anderen als dem hier Thema bildenden H. _____ Strafverfahren erreicht worden (act. A.1, Rz. 12 ff. und 56 ff.). Der Berufungsbeklagte bestreitet nicht, dass die Berufungsklägerin in jenem anderen Verfahren Leistungen erbrachte oder noch erbringt, betrachtet den Ausschlussstatbestand gemäss Versicherungsvertrag aber nicht als erfüllt (act. A.2, Abschnitt e3, S. 29 f.). Es geht darum, ob bei den zwei in unterschiedlichen Strafverfahren angeklagten Sachverhalten "das gleiche Rechtsgut" verletzt ist und "weitgehend gleiche Tatbegehung" vorliegt (so act. A.1, Rz. 59). Das erläutert die Berufungsklägerin nicht. Insbesondere kann das Kantonsgericht einen "zeitlichen und ursächlichen Zusammenhang" der verschiedenen

angeklagten Sachverhalte im Sinne von § 3/2/a der allgemeinen Bedingungen (act. B.7) nicht beurteilen. Die Berufungsklägerin erfüllt daher die Anforderungen an die Begründung ihrer Berufung nicht, und auf den Punkt ist nicht einzutreten. Im Ergebnis ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. 5. Kostenfolgen Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Berufungsklägerin die Kosten der Berufung. Die Entscheidungsgebühr ist unter Berücksichtigung der zu prüfenden Sach- und Rechtsfragen sowie des Streitwertes von EUR 500'000.00 im Rahmen von Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (VGZ; BR 320.210 (CHF 1'000.00 bis CHF 30'000.00)) auf CHF 15'000.00 festzusetzen. Sie ist mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

E. 17

/ 18 Die Parteientschädigung ist nach der Honorarverordnung des Kantons Graubünden (HV; BR 310.250) festzusetzen. Die Rechnung des Anwaltes, welche nach Art. 2 HV an sich Ausgangspunkt der Überlegungen bildete, ist nicht bekannt. Der gemäss bei den Akten liegenden Honorarvereinbarung vereinbarte Honoraransatz von CHF 350.00 (RG-act. VI/2) übersteigt die nach Honorarverordnung üblichen Ansätze von maximal CHF 270.00 (Art. 3 Abs. 1 HV), ohne dass der Berufungsbeklagte dafür eine Erklärung gibt. Unter Berücksichtigung eines Stundenansatzes von CHF 270.00 und der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen wird die Parteientschädigung ermessensweise auf pauschal CHF 5'500.00 festgesetzt.

E. 18

/ 18

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.