

Glaktuell

> Ausgabe 2 / 04.2024 / 44. Jahrgang
 > Informationen für wirtschaftsprüfende,
 rechts- und steuerberatende Berufe

Inhalt

Editorial	66	Notarhaftung	95
GI Entscheidungen	67	Belehrung über Steuerfolgen / Kenntniszurechnung / Kein Drittschutz durch § 18 GrEStG (OLG Frankfurt, Ur. v. 27.4.2022 – 4 U 224/21)	
GI Literaturecke	126	Notarhaftung	99
Steuerberaterhaftung	67	Allgemeine Geschäftsbedingungen / Zweifel an deren Wirksamkeit / Belehrung (OLG Celle, Ur. v. 1.2.2023 – 3 U 60/22)	
Lohnbuchhaltung / Prüfung der Sozialversicherungspflicht / Klärung der Statusfrage (BGH, Ur. v. 8.2.2024 – IX ZR 137/22)		Wiedereinsetzung	106
Steuerberaterhaftung	72	Ausreichende Vorfrist / Erledigungsvermerk / Tägliche Kontrolle am Ende des Arbeitstags (OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 1.9.2022 – 7 U 110/22)	
Unklare Rechtslage / Risikohinweis (LG Lübeck, Ur. v. 11.1.2024 – 15 O 72/23)		Wiedereinsetzung	109
Steuerberaterhaftung	79	Automatisierte Bestätigung / Anwaltssoftware RA- Micro / Falsche Gerichtsadressierung (OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 13.10.2022 – 7 U 160/22)	
Lohnbuchhaltungsmandat / Keine Beratung über Tarifverträge (AG Bad Berleburg, Ur. v. 15.11.2023 – 1 C 7/23)		Wiedereinsetzung	112
Rechtsanwaltshaftung	80	Besonderes elektronisches Anwaltspostfach / Eingangsbestätigung (BGH, Beschl. v. 18.4.2023 – VI ZB 36/22)	
Versorgungsanrecht / Amtsermittlungsgrundsatz / Verjährung / Erhalt von Renteninformationen (LG Baden-Baden, Ur. v. 22.9.2022 – 4 O 79/21)		Wiedereinsetzung	115
Rechtsanwaltshaftung	86	Überprüfung der Rechtsmittelbegründungsfrist / Eintragung einer Vorfrist (BGH, Beschl. v. 17.5.2023 – XII ZB 533/22)	
Änderung der Rechtsprechung / Online Entscheidungs- datenbanken (Thüringer OLG, Ur. v. 26.1.2024 – 9 U 364/18)		Honoraranfechtung	118
Wirtschaftsprüferhaftung	92	Sanierungsberatung / Insolvenz des Unternehmens (OLG Düsseldorf, Ur. v. 9.7.2020 – 12 U 55/19)	
Hinweis auf Insolvenzreife / Inhalt des Lageberichts / Rangrücktrittsklausel (OLG München, Beschl. v. 11.8.2023 – 5 W 774/23 e)			



Ihre Sicherheit für alle Fälle.

 Rechtsanwälte → Vermögensschaden-Haftpflicht

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

Wir sind HDI. #Möglichmacher

Top-Konditionen und verbesserter Deckungsumfang



Dr. Jürgen Gräfe
Rechtsanwalt



Editorial

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

Der BGH hat sich mit dem **Lohnbuchhaltungsmandat eines Steuerberaters** und dessen Pflichtenumfang befasst. Er bleibt dabei, dass den Steuerberater keine Pflicht trifft, die Sozialversicherungsfrage – die sog. Statusfrage des Geschäftsführers - zu prüfen. Er darf aber eine von der Sozialversicherungspflicht befreite Gehaltsabrechnung nur vornehmen, wenn er hierzu eine verbindliche Weisung des Mandanten bekommen hat oder wenn die Statusfrage anderweitig sachkundig geklärt wurde. Andernfalls muss er den Mandanten ansprechen und darauf hinwirken, dass dieser die Statusfrage klären lässt.

Das LG Lübeck befasst sich mit der steuerrechtlichen Beratung, wenn es zu dem beratenen Sachverhalt **noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs** gibt. Im Urteilsfall war die Veranlagung mit ermäßigtem halben Steuersatz für den Mandanten günstig. Der Steuerberater muss darauf hinweisen, dass dieser Steuersatz evtl. nur einmal im Leben in Anspruch genommen werden kann und dann zukünftig Nachteile entstehen können.

Der Wirtschaftsprüfer muss den Mandanten auf eine evtl. **Insolvenzreife** nicht hinweisen, wenn sich aus dem Lagebericht der Geschäftsführung ergibt, dass das **Insolvenzrisiko bekannt** war und zu dessen Abwendung **Rangrücktrittserklärungen** vereinbart wurden. (OLG München)

Das OLG Frankfurt befasst sich mit der **Belehrungspflicht des Notars über steuerliche Fragen**. Ihn trifft nur im Ausnahmefall eine Pflicht zum Warnhinweis auf den möglichen Anfall von Grunderwerbssteuer, wenn einem Beteiligten mangels Kenntnis ein Schaden drohen kann.



Ihr Dr. Jürgen Gräfe

GI Entscheidungen

Steuerberaterhaftung

- Lohnbuchhaltung
- Prüfung der Sozialversicherungspflicht
- Klärung der Statusfrage

(BGH, Urt. v. 8.2.2024 – IX ZR 137/22)

Leitsätze

1. Das Lohnbuchhaltungsmandat umfasst keine Pflicht, die Frage der Sozialversicherungspflicht eigenständig zu klären.
2. Für die der Berechnung der Abzugsbeträge vorgelagerte Frage der Sozialversicherungspflicht der Tätigkeit eines Mitarbeiters des Mandanten hat der Lohnbuchhalter nach einer verbindlichen Vorgabe durch den Auftraggeber zu verfahren. Fehlt eine solche verbindliche Vorgabe und ist die statusrechtliche Einordnung des Mitarbeiters weder als anderweitig geklärt noch als zweifelsfrei anzusehen, hat der Lohnbuchhalter auf eine Klärung der Statusfrage durch den Auftraggeber hinzuwirken (Fortentwicklung von BGH, Urteil vom 12. Februar 2004 - IX ZR 246/02 und Urteil vom 23. September 2004 - IX ZR 148/03).
3. Hat der Lohnbuchhalter auf eine Klärung der Statusfrage durch den Mandanten hinzuwirken, muss er dem Mandanten die Möglichkeit einer rechtssicheren Klärung aufzeigen, etwa durch Einholung anwaltlichen Rats oder durch Klärung der Statusfrage im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV oder eines Verfahrens vor den Einzugsstellen der Krankenkassen nach § 28h Abs. 2 SGB IV, und ihn um Entscheidung zum weiteren Vorgehen und zur statusrechtlichen Behandlung des Mitarbeiters im Rahmen der Lohnbuchhaltung ersuchen.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin ist eine im Jahr 2013 gegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Ihre drei Gesellschafter ließen sich bei der Gründung von der Handwerkskammer sowie von einem Versicherungsmakler beraten. Der am 21. Oktober 2013 beurkundete Gesellschaftsvertrag sah eine Beteiligung der Gesellschafter zu gleichen Teilen vor. Die Beschlussfassung war mit einfacher Mehrheit möglich. Eine Sperrminorität zugunsten eines Gesellschafters war nicht vorgesehen. Die drei Gesellschafter waren zugleich als Geschäftsführer angestellt.

[2] Die Beklagte, eine aus Rechtsanwälten und Steuerberatern bestehende Partnerschaftsgesellschaft, welche die Anstellungsverträge der Geschäftsführer entworfen und von dem Inhalt des Gesellschaftsvertrags Kenntnis hatte, war seit der Gründung der Klägerin von dieser mit der Lohnbuchhaltung beauftragt. Hierbei wurden die Geschäftsführer als selbständig behandelt und deshalb für sie keine Sozialversicherungsbeiträge abgeführt. Am 5. Februar 2014 bat der Versicherungsmakler die Beklagte, einen Fragebogen für die Berufsgenossenschaft auszufüllen und zu bestätigen, dass die Geschäftsführer sozialversicherungsfrei seien und als selbständig gälten. Die Beklagte füllte den Fragebogen aus und gab darin an, dass die Geschäftsführer "im Wesentlichen weisungsfrei hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort der Tätigkeiten" seien; eine ausdrückliche Bestätigung der Sozialversicherungsfreiheit erfolgte nicht.

[3] Als sich im Rahmen einer sozialversicherungsrechtlichen Betriebsprüfung abzeichnete, dass die Deutsche Rentenversicherung die Geschäftsführer als sozialversicherungspflichtig einordnen werde, wurde der Gesellschaftsvertrag am 12. November 2019 dahingehend geändert, dass eine Beschlussfassung nur noch einstimmig möglich war. Ab diesem Zeitpunkt sah die Deutsche Rentenversicherung die Geschäftsführer als selbständig und von der Sozialversicherungspflicht befreit an. Mit Bescheid vom 6. Dezember 2019 forderte die Deutsche Rentenversicherung die Klägerin zur Nachzahlung der Sozialversicherungsbeiträge für die drei Geschäftsführer in Höhe von 258.325,55 € für den der Änderung des Gesellschaftsvertrags vorausgegangenen Zeitraum auf. Das von der Klägerin gegen diesen Bescheid angestrebte sozialgerichtliche Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.

[4] Die Klägerin begehrt die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für die Schäden, die ihr dadurch entstanden seien und noch entstünden, dass ihre Gesellschafter-Geschäftsführer bis zur Änderung des Gesellschaftsvertrags sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen seien. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

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

I.

[6] Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung unter anderem in DStRE 2023, 183 ff veröffentlicht ist, hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Die Beklagte habe ihre vertraglichen Pflichten aus dem übernommenen Lohnbuchhaltungsmandat

verletzt. Sie habe zwar keine Beratung in sozialversicherungsrechtlichen Fragen geschuldet. Der mit der Lohnabrechnung beauftragte Steuerberater habe jedoch zu prüfen, ob jeweils eine Befreiung von der Versicherungspflicht in Betracht komme, wenn Beiträge nicht abgeführt würden. Beständen Unklarheiten in tatsächlicher Hinsicht oder sozialversicherungsrechtliche Schwierigkeiten, so sei der Berater gehalten, die Unklarheiten durch eigene Rückfragen auszuräumen oder auf die Einschaltung eines geeigneten Beraters hinzuwirken. Dieser Pflicht sei die Beklagte nicht nachgekommen, obwohl der Fall Anlass zu Zweifeln gegeben habe. Bei der Frage der Sozialversicherungspflicht der Gesellschafter-Geschäftsführer handele es sich um ein gängiges Problem, zu welchem bereits zum Zeitpunkt der Übernahme der Lohnbuchhaltung Rechtsprechung des Bundessozialgerichts vorgelegen habe. Die Beklagte habe daher wissen müssen, dass die Einordnung der Tätigkeit der Geschäftsführer als selbständig oder nicht selbständig zweifelhaft war, zumal bislang keine Betriebsprüfung durchgeführt worden sei. Hier komme hinzu, dass die Beklagte in ihrem Internet-Auftritt damit geworben habe, alles im Blick zu haben und an sämtliche Details zu denken; ihre Mandanten seien auch bei einer Betriebsprüfung auf der sicheren Seite.

[7] Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass die Klägerin von dritter Seite beraten worden sei. Bei den weiteren Beratern - der Handwerkskammer und dem Versicherungsmakler - habe es sich nicht um Fachleute auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts gehandelt. Wenn die Beklagte ihren Prüfpflichten nachgekommen wäre, hätte die Klägerin den Gesellschaftsvertrag frühzeitig geändert.

[8] Auf ein Mitverschulden der Klägerin könne die Beklagte sich auch dann nicht berufen, wenn sie tatsächlich und abweichend von den Angaben des Versicherungsmaklers von der Handwerkskammer auf eine Sozialversicherungspflicht hingewiesen worden sei. Die Gesellschafter der Klägerin seien als sozialversicherungsrechtliche Laien nicht in der Lage gewesen zu entscheiden, welche Auffassung zutreffend sei.

II.

[9] Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht geht zwar im Ergebnis zu Recht von einer Pflichtverletzung der Beklagten aus; die getroffenen Feststellungen tragen jedoch nicht den Anspruch der Schadensersatzpflicht.

[10] 1. Zu Recht bejaht das Berufungsgericht die **Zulässigkeit der Feststellungsklage**. Auch die Revision zieht die Zulässigkeit nicht in Zweifel. **Der vom Berufungsgericht zuerkannte Klageantrag, den das Revisionsgericht selbständig auslegen kann** (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 2022 - V ZR 99/21, NJW 2022, 2400 Rn. 14), **betrifft den Anspruch dem Grunde nach**

und schneidet dementsprechend den Einwand nicht ab, im Rahmen einer konsolidierten Schadensberechnung habe sich die Klägerin ihren Gesellschafter-Geschäftsführern zufließende Vorteile anrechnen zu lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 18. August 2016 - III ZR 325/15, NJW-RR 2016, 1150 Rn. 11). **Auch eine etwaige Vorteilsanrechnung lässt die für die Zulässigkeit erforderliche Wahrscheinlichkeit eines (Mindest-)Schadens nicht entfallen.**

[11] 2. Im Ergebnis zu Recht bejaht das Berufungsgericht die Verletzung einer Hauptpflicht aus dem Lohnbuchhaltungsmandat durch die Beklagte.

[12] a) Die Klägerin hat die Beklagte mit der Lohnbuchhaltung beauftragt. Nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt hat sie die Beklagte nicht damit beauftragt, die sozialversicherungsrechtliche Einordnung der Geschäftsführer zu prüfen.

[13] aa) Ein **Lohnbuchhaltungsmandat** verpflichtet den Lohnbuchhalter zur Erfassung, Abrechnung und Buchung der Arbeitsentgelte sowie der gesetzlichen Abzüge wie etwa Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge (vgl. BSGE 115, 171 Rn. 30; Gräfe in Gräfe/Wollweber/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 8. Aufl., 1. Teil Rn. 905). Ein solches Mandat umfasst **neben der technischen Abwicklung der Abrechnung auch die korrekte Berechnung der Abzugsbeträge**. Hinsichtlich der der Berechnung der Abzugsbeträge **vorgelagerten Frage der Sozialversicherungspflicht** der Tätigkeit eines Entgeltempfängers hat der Lohnbuchhalter nach einer verbindlichen Vorgabe durch den Auftraggeber zu verfahren. **Fehlt eine solche verbindliche Vorgabe und ist die statusrechtliche Einordnung weder als anderweitig geklärt noch als zweifelsfrei anzusehen, hat der Lohnbuchhalter auf eine Klärung der Statusfrage durch den Auftraggeber hinzuwirken. Eine Pflicht, die Frage der Sozialversicherungspflicht eigenständig zu klären, trifft ihn nicht.**

[14] bb) **Lohnbuchhaltung ist keine Rechtsberatung** (vgl. § 1 Abs. 1 StBerG), sondern hat eine Hilfeleistung bei der Erfüllung der Buchführungspflichten (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 2, § 6 Nr. 4 StBerG) zum Gegenstand, die der Rechnungslegung zuzuordnen ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 2012 - IX ZR 145/11, BGHZ 193, 297 Rn. 10; vom 2. Mai 2019 - IX ZR 11/18, WM 2019, 2178 Rn. 19). Hierbei können zwar vereinzelt auch Rechtsfragen auftauchen und eine Rolle spielen, etwa für die Frage, wie der eine oder andere Posten zu verbuchen ist. Rechtliche Überlegungen geben der Lohnbuchhaltung aber nicht ihr typisches Gepräge. Das Wesentliche der Buchführung, die auch durch einschlägig vorgebildete kaufmännische Gehilfen erbracht werden kann (§ 6 Nr. 4 StBerG), liegt **nicht in der rechtlichen Beratung, sondern in der Vorbereitung und**

(technischen) Abwicklung der Buchungsvorgänge und damit in außerrechtlichen Aufgaben (vgl. BVerfGE 54, 301, 317; BGH, Urteil vom 2. Mai 2019, aaO Rn. 20 f: keine Dienstleistung höherer Art). Dies zeigt auch § 34 StBVV, wonach die Vergütung für die Lohnbuchführung sich nur (arg. § 34 Abs. 5 StBVV) auf die Einrichtung und Führung von Lohnkonten, die Aufnahme von Stammdaten und die Erstellung von Lohnabrechnungen einschließlich der Lohnsteueranmeldung erstreckt.

[15] Daran gemessen, gehört - neben der technischen Verbuchung auf den Konten - grundsätzlich die eigenständige Berechnung der Abzugsbeträge einschließlich der Sozialversicherungsbeiträge zum Aufgabengebiet eines Lohnbuchhalters. Bei der Berechnung handelt es sich primär um einen rechnerischen Vorgang. Dies gilt im Regelfall auch für die Bestimmung der Bemessungsgrundlage der Abzugsbeträge. Deren Berechnung lehnt sich zwar in hohem Maße an das materielle Steuerrecht und die dort definierten Einkommensbegriffe an (§§ 14 ff SGB IV, insbesondere § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB IV; vgl. Gräfe in Gräfe/Wollweber/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 8. Aufl., 1. Teil Rn. 384); gleichwohl kann die Bemessungsgrundlage zumeist schematisiert ermittelt werden. Rechtsfragen geben der Berechnung daher nicht ihr Gepräge. Auch werden für die Berechnung keine vertieften Kenntnisse des Sozialrechts benötigt (vgl. Schothöfer/Holzinger in Handbuch der Beraterhaftung, 2. Aufl., Kap. 4 Rn. 140; Gräfe in Gräfe/Wollweber/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 8. Aufl., 1. Teil Rn. 384 und Rn. 905, 909; Hömig/Matz, DStR 2020, 2696; aA OLG Düsseldorf, DB 2007, 2363, 2364: keine Trennung von Berechnung und Ermittlung der Berechnungsgrundlagen möglich).

[16] cc) Die der Berechnung von Sozialversicherungsbeiträgen vorgelagerte Frage der Sozialversicherungspflicht dem Grunde nach verlässt den Rahmen eines durch schematisierte Abwicklung geprägten Mandats. Sie behandelt die Frage der Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV (vgl. BSGE 115, 171 Rn. 20). **Die eigenständige Klärung der Sozialversicherungspflicht eines Entgeltempfängers ist daher nicht Teil eines auf die Lohnbuchhaltung beschränkten Mandats.**

[17] (1) Die Beantwortung der Statusfrage bedarf bei der Abgrenzung zwischen der kraft Gesetzes eintretenden Versicherungspflicht in den Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung wegen (abhängiger) Beschäftigung nach § 7 Abs. 1 SGB IV einerseits und einer fehlenden Versicherungspflicht auf Grund anzunehmender Selbständigkeit andererseits einer besonderen Sachkunde auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts (vgl. BSGE 115, 171 Rn. 19 zum Steuerberater). Die dabei zu beachtenden Grundsätze und die für die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale maßgebenden Umstände sind überaus

komplex (BSGE, aaO Rn. 20). **Für die Subsumtion ist eine Kenntnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts unabdingbar** (vgl. BSGE, aaO). **Über die erforderliche sozialrechtliche Sachkunde braucht ein durchschnittlicher Lohnbuchhalter nicht zu verfügen** (vgl. BSGE, aaO Rn. 19 ff, 31 ff; OLG Düsseldorf, GmbHR 2021, 770, 772; Eschenfelder, Wirtschaftsprüferhaftung, 2. Aufl., H III. Rn. 636; Gräfe in Gräfe/Wollweber/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 8. Aufl., 1. Teil Rn. 384 und Rn. 908, 910; Schothöfer/Holzinger in Handbuch der Beraterhaftung, 2. Aufl., Kap. 4 Rn. 139; Koslowski, Steuerberatungsgesetz, 8. Aufl., § 33 Rn. 17 - jeweils zum Steuerberater). **Das Lohnbuchhaltungsmandat würde überfrachtet, wäre der Lohnbuchhalter verpflichtet, im Rahmen der Lohnbuchhaltung inzident komplexe Fragen aus dem Sozialversicherungsrecht selbst zu beantworten. Vom Lohnbuchhalter kann auch nicht erwartet werden, dass er die zu einer Prüfung der Sozialversicherungspflicht unverzichtbare einschlägige Rechtsprechung des Bundessozialgerichts kennt und verfolgt** (vgl. OLG Köln, DStRE 2019, 1299 Rn. 38; OLG Düsseldorf, GmbHR 2021, 770, 772 für die Lohnbuchführung; Gräfe in Gräfe/Wollweber/Schmeer, aaO Rn. 910; Schothöfer/Holzinger, aaO Rn. 141; Meixner/Schröder, DStR 2018, 2658, 2660; aA OLG Brandenburg, DB 2007, 1459; jeweils zum Steuerberater). **Dieser ist daher berechtigt, den Mandanten insoweit auf die Einholung fachkundigen Rats zu verweisen** (vgl. Eschenfelder, Wirtschaftsprüferhaftung, 2. Aufl., H.III. Rn. 635) **und von ihm eine Weisung einzuholen** (vgl. BVerfGE 54, 301, 321); alternativ kann er auf die **Möglichkeit der Klärung der Statusfrage im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens** nach § 7a SGB IV oder auf ein **Verfahren vor der Einzugsstelle der Krankenkassen** nach § 28h Abs. 2 SGB IV verweisen.

[18] Dies gilt auch dann, wenn ein Steuerberater, ein Rechtsanwalt oder eine aus Steuerberatern und Rechtsanwälten bestehende Berufsausübungsgesellschaft ein reines Lohnbuchhaltungsmandat übernimmt, denn die (Haupt-)Pflichten eines Mandats bestimmen sich nach dem konkret übernommenen Auftrag. Dieser legt fest, welche (Rechts-)Kenntnisse sich der Auftragnehmer verschaffen muss (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juli 2004 - IX ZR 472/00, WM 2005, 896; vom 23. März 2006 - IX ZR 140/03, WM 2006, 1304 Rn. 7 mwN; vom 21. Juni 2018 - IX ZR 80/17, WM 2018, 1988 Rn. 18 zur Rechtsanwaltschaft; MünchKomm-BGB/Heermann, 9. Aufl., § 675 Rn. 47), welches Personal er zur Auftragsausführung einsetzen kann und welche Vergütung er erhält.

[19] (2) Andererseits muss die (lohn-)buchhalterische Behandlung der sozialversicherungsrechtlichen Statusfrage eines Mitarbeiters geklärt sein, bevor der Lohnbuchhalter seine Aufgabe, die Abzüge vom Entgelt zu bestimmen, erfüllen kann. **Der Lohnbuchhalter hat daher die buchhalterische Ein-**

schlüsselung eines Entgeltberechtigten als ganz, nur in bestimmten Zweigen der Sozialversicherung oder gar nicht sozialversicherungspflichtig nach verbindlicher Vorgabe durch den Auftraggeber vorzunehmen. Fehlt eine solche verbindliche Vorgabe und ist die statusrechtliche Einordnung weder als anderweitig geklärt noch als zweifelsfrei anzusehen, hat der Lohnbuchhalter auf eine Klärung der Statusfrage durch den Auftraggeber hinzuwirken. Nimmt der Lohnbuchhalter die sozialversicherungsrechtliche Einordnung hingegen selbst vor (vgl. BGH, Urteil vom 29. Mai 2008 - IX ZR 222/06, WM 2008, 1416 Rn. 13: fehlerhafte Anmeldung der Tätigkeit des Geschäftsführers bei der Einzugsstelle durch den Steuerberater; OLG Koblenz, DStRE 2017, 958 Rn. 17; Schmikal, DStR 2008, 324: tatsächliche Betreuung des Mandanten im Sozialversicherungsrecht), haftet er bei schuldhafter Fehleinschätzung aus § 280 Abs. 1 BGB.

[20] (a) Erteilt der sozialversicherungsrechtlich für die Meldung seiner Beschäftigten (§ 28a SGB IV) und die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge (§ 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV) verantwortliche Auftraggeber eine **verbindliche Vorgabe zur Versicherungspflicht**, muss der Lohnbuchhalter im Rahmen eines Lohnbuchhaltungsmandats die Statusfrage nicht überprüfen. **Eine solche verbindliche Vorgabe ist allerdings nur anzunehmen, wenn der Auftraggeber mit ihr zum Ausdruck bringt, dass er die Verantwortung für die Richtigkeit der statusrechtlichen Einordnung seines Mitarbeiters übernimmt.** Eine verbindliche Vorgabe liegt deshalb nicht schon darin, dass sich dem Vertrag zwischen Auftraggeber und Mitarbeiter entnehmen lässt, welche sozialversicherungsrechtliche Einordnung sie anstreben, etwa indem sie den Dienstnehmer als "freien Mitarbeiter" bezeichnet haben (vgl. zu dieser Fallgestaltung: Gräfe in Gräfe/Wollweber/Scheer, Steuerberaterhaftung, 8. Aufl., 1. Teil Rn. 918 f) oder Regelungen zu Zuschüssen des Arbeitgebers zu einer privaten Krankenversicherung oder Altersvorsorge aufgenommen haben. Die vertragliche Regelung besagt nicht notwendig, dass die Frage der von Gesetzes wegen eintretenden Sozialversicherungspflicht nach § 7 Abs. 1 SGB IV rechtlich überprüft ist. **Anders ist dies zu beurteilen, wenn der Auftraggeber gleichzeitig erklärt, dass eine abschließende Prüfung der Sozialversicherungspflicht erfolgt sei. Der Lohnbuchhalter muss nicht hinterfragen, durch wen die Prüfung erfolgt ist oder ob die Prüfung als fachkundig anzusehen ist.**

[21] (b) Hat der Auftraggeber dagegen **keine verbindliche Vorgabe zur statusrechtlichen Einordnung** gemacht, muss der Lohnbuchhalter **auf eine Klärung** der Frage der Sozialversicherungspflicht durch den Auftraggeber **hinwirken**, sofern die Frage weder anderweitig (hinreichend) geklärt noch die statusrechtliche Einordnung zweifelsfrei ist.

[22] Als **hinreichend geklärt** anzusehen ist die sozialversicherungsrechtliche Statusfrage, wenn sie **anwaltschaftlich geprüft** ist oder **einschlägige Bescheide der Sozialversicherungsträger vorliegen**, ferner dann, wenn - auch ohne dass Bescheide erlassen wurden - die bisherige Einordnung im Rahmen einer **Betriebsprüfung** der Rentenversicherung nach § 28p SGB IV **unbeanstandet** geblieben ist. Zwar dienen Betriebsprüfungen nicht dem Zweck, den Arbeitgeber zu schützen oder ihn zu entlasten (vgl. BSGE 129, 95 Rn. 30; BeckOGK/Wehrhahn, 2023, § 28p SGB IV Rn. 8 mwN). **Jedoch kann weder von einem Arbeitgeber noch von einem Lohnbuchhalter erwartet werden, noch kritischer zu sein als der zuständige Prüfdienst** (vgl. BGH, Urteil vom 23. September 2004 - IX ZR 148/03, ZIP 2004, 2192, 2193 unter III.1; zu Vertrauensschutz des Arbeitgebers infolge einer beanstandungsfreien Betriebsprüfung: BSGE 129, 95 Rn. 31 f; BeckOGK/Wehrhahn, aaO mwN). **Dagegen kann von einer fachkundigen und damit rechtssicheren Klärung nicht ausgegangen werden, wenn die statusrechtliche Einordnung eines Mitarbeiters allein auf der Einschätzung einer Kammer, eines Berufsverbands oder eines Versicherungsmaklers beruht** (vgl. Gräfe in Gräfe/Wollweber/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 8. Aufl., 1. Teil Rn. 911/1).

[23] Zweifelsfrei ist der sozialversicherungsrechtliche Status eines Mitarbeiters, wenn auch ohne sozialversicherungsrechtliche Fachkenntnisse jeder weitere Prüfbedarf zuverlässig ausgeschlossen werden kann. Von einem solch eindeutigen Fall einer sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit kann bei einem **typischen Arbeitsverhältnis ohne Besonderheiten** ausgegangen werden (vgl. den Wortlaut von § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV), etwa bei Tätigkeit nach Weisung eines Vorgesetzten in einem Unternehmen gegen eine erfolgsunabhängige Vergütung oberhalb der Grenze für eine geringfügige Beschäftigung (§§ 8, 8a SGB IV) und unterhalb der krankenversicherungsrechtlichen Jahresarbeitsentgeltgrenze nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 iVm Abs. 6 und 7 SGB V.

[24] Dagegen besteht **Anlass zu näherer Prüfung**, wie das amtswegige Statusfeststellungsverfahren (§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV) im Falle der Meldung eines entsprechenden versicherungspflichtigen Beschäftigten (§ 28a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Buchst. d und e SGB IV) zeigt, **bei Verträgen eines Unternehmers mit Angehörigen und bei Gesellschafter-Geschäftsführern** (zur Pflicht der Erstreckung einer Betriebsprüfung auf nicht gemeldete Gesellschafter-Geschäftsführer: BSGE 129, 95 Rn. 35; vgl. Schothöfer/Holzinger in Handbuch der Beraterhaftung, 2. Aufl., Kap. 4 Rn. 141; Gräfe in Gräfe/Wollweber/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 8. Aufl., 1. Teil Rn. 911; Beyme, Stbg 2020, 188). **Weiter kommt ein Anlass zur Prüfung in Betracht, wenn Sozialversicherungsbeiträge nicht abgeführt werden sollen, ohne dass eine Klärung durch die Sozialversicherungsbehörden im oben genannten Sinne erfolgt ist,**

und kein Fall einer zweifelsfrei ganz oder teilweise (etwa wegen Überschreitung einer Jahresarbeitsentgeltgrenze) nicht von der Sozialversicherungspflicht betroffenen Tätigkeit vorliegt (vgl. BGH, Urteil vom 23. September 2004 - IX ZR 148/03, ZIP 2004, 2192, 2193 unter III.1; Gräfe in Gräfe/Wollweber/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 8. Aufl., 1. Teil Rn. 911/1). In dieser Situation muss der Lohnbuchhalter dem Auftraggeber die Möglichkeit einer rechtssicheren Klärung aufzeigen, etwa durch Einholung anwaltlichen Rats (vgl. BGH, Urteil vom 12. Februar 2004 - IX ZR 246/02, WM 2004, 2034, 2036 unter II.1b; vom 23. September 2004 - IX ZR 148/03, ZIP 2004, 2192, 2193 unter III.1; Gräfe in Gräfe/Wollweber/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 8. Aufl., 1. Teil Rn. 908, 911) oder durch Klärung der Statusfrage im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV oder eines Verfahrens vor den Einzugsstellen der Krankenkassen nach § 28h Abs. 2 SGB IV (OLG Hamm, DStRE 2022, 1465 Rn. 34; Gräfe in Gräfe/Wollweber/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 8. Aufl., 1. Teil Rn. 911; Schothöfer/Holzinger in Handbuch der Beraterhaftung, 2. Aufl., Kap. 4 Rn. 140), und ihn um Entscheidung zum weiteren Vorgehen und zur statusrechtlichen Behandlung des Mitarbeiters im Rahmen der Lohnbuchhaltung ersuchen.

[25] dd) Soweit den Ausführungen des Senats, ein Lohnbuchhalter müsse im Rahmen eines auf Lohnabrechnungen gerichteten Mandats grundsätzlich auch prüfen, ob für Arbeitnehmer eine Befreiung von der Versicherungspflicht in Betracht komme, wenn Beiträge nicht abgeführt würden (BGH, Urteil vom 23. September 2004 - IX ZR 148/03, ZIP 2004, 2192, 2193 unter III.1; vgl. auch BGH, Urteil vom 12. Februar 2004 - IX ZR 246/02, WM 2004, 2034, 2036 unter II.1.b), **entnommen werden kann, dass ein Lohnbuchhalter die Sozialversicherungsfreiheit eines Mitarbeiters des Auftraggebers zunächst eigenständig zu prüfen und zu beurteilen habe, wird daran nicht festgehalten.**

[26] b) Auch im Falle einer **verbindlichen Vorgabe** zur oder Klärung der Sozialversicherungspflicht durch den Mandanten bleibt die **in Treu und Glauben (§ 242 BGB) wurzelnde Warn- und Hinweispflicht** des Lohnbuchhalters unberührt. Sie greift nur unter engen Voraussetzungen. Sie setzt voraus, dass der Lohnbuchhalter die **Fehlerhaftigkeit der Vorgabe oder der erfolgten Klärung erkennt oder diese für ihn offenkundig** war, weil sie für einen durchschnittlichen Lohnbuchhalter auf den ersten Blick ersichtlich ist, und der Lohnbuchhalter davon ausgehen muss, dass sich der Auftraggeber der ihm drohenden Nachteile nicht bewusst ist (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - IX ZR 12/05, WM 2009, 369 Rn. 14; vom 26. Januar 2017 - IX ZR 285/14, BGHZ 213, 374 Rn. 44; vom 21. Juni 2018 - IX ZR 80/17, WM 2018, 1988 Rn. 12, 15; vom 29. Juni 2023 - IX ZR 56/22, NZI 2023, 781 Rn. 23).

[27] c) An diesen Grundsätzen gemessen hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht angenommen, dass die Beklagte ihre Pflichten verletzt hat.

[28] aa) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts lag keine verbindliche Vorgabe der Klägerin zur Sozialversicherungsfreiheit ihrer Geschäftsführer vor. Das Berufungsgericht hat lediglich festgestellt, dass die Beklagte die Lohnbuchhaltung der Klägerin übernommen hat; der Behauptung, die Beklagte habe eine Beratung zur Sozialversicherungspflicht der Geschäftsführer der Klägerin übernommen, ist es nicht nachgegangen.

[29] bb) Ihre Behandlung der Gesellschafter-Geschäftsführer als sozialversicherungsfrei erfolgte somit, ohne dass die Beklagte eine verbindliche Vorgabe durch die Klägerin eingeholt hätte oder dass sie auf eine Klärung der Frage der Sozialversicherungsfreiheit der Gesellschafter-Geschäftsführer hingewirkt hätte. Deren sozialversicherungsrechtlicher Status war nicht als zweifelsfrei anzusehen (vgl. oben Rn. 24).

[30] Eine fachkundige Prüfung, deren Ergebnis die Beklagte hätte übernehmen können, lag nicht vor. Wie ausgeführt, kann eine solche in einer den Lohnbuchhalter entlastenden Qualität nur durch einen hinreichend Rechtskundigen, wie einen Rechtsanwalt, geleistet oder dadurch ersetzt werden, dass eine Überprüfung durch den Sozialversicherungsträger erfolgt. Gemessen hieran war die Beratung der Klägerin durch die Handwerkskammer und einen Versicherungsmakler, der im Übrigen seinerseits von der Beklagten eine Bestätigung der Sozialversicherungsfreiheit erbeten hat, nicht ausreichend.

[31] 3. Gleichwohl tragen die getroffenen Feststellungen nicht den Ausspruch der Verpflichtung, die Beklagte schulde für den (ganzen) Zeitraum der Sozialversicherungspflicht Schadensersatz.

[32] a) Das Berufungsgericht ist von einer Verletzung von Prüfpflichten durch die Beklagte ausgegangen und hat auf dieser Basis einen kausalen Schaden bejaht. Damit liegt der **Kausalitätsprüfung** ein unzutreffender rechtlicher Anknüpfungspunkt zugrunde. Das Berufungsgericht hätte feststellen müssen, wie die Klägerin reagiert hätte, wenn die Beklagte ihr die Möglichkeit einer rechtssicheren Klärung aufgezeigt hätte, etwa durch Einholung anwaltlichen Rats oder Klärung der Statusfrage im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV oder eines Verfahrens vor den Einzugsstellen der Krankenkassen nach § 28h Abs. 2 SGB IV, und die Klägerin um Entscheidung zum weiteren Vorgehen und zur statusrechtlichen Behandlung ihrer Gesellschafter-Geschäftsführer im Rahmen der Lohnbuchhaltung ersucht hätte.

[33] b) Das Berufungsgericht hätte sich nicht auf die Feststellung beschränken dürfen, die Einholung anwaltlichen Rats oder die Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens hätte zu einer frühzeitigeren Änderung des Gesellschaftsvertrags geführt. Die Beklagte haftet nur für solche Sozialversicherungsbeiträge, die bei pflichtgemäßem Verhalten nicht angefallen wären. Das Berufungsgericht hätte daher den Zeitpunkt der Änderung des Gesellschaftsvertrags oder feststellen müssen, dass die rechtzeitige Einleitung eines Statusfeststellungsverfahrens eine auf den Beginn der beitragspflichtigen Tätigkeit rückwirkende Beitragspflicht gehindert hätte (§ 7a Abs. 5 SGB IV).

III.

[34] Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, da notwendige Feststellungen fehlen. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§§ 562 Abs. 1, 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

[35] Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass ein **Mitverschulden** der Klägerin gemäß § 254 BGB nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Trifft die Behauptung der Beklagten zu, die Klägerin sei zur Frage der Sozialversicherungspflicht ihrer Geschäftsführer von dem Versicherungsmakler und der Handwerkskammer unterschiedlich beraten worden, hätte die Klägerin aufgrund dieser zusätzlichen Informationen von dritter Seite (vgl. BGH, Urteil vom 19. Februar 2015 - III ZR 90/14, WM 2015, 569 Rn. 13) selbst erkennen können und müssen, dass eine fachkundige Überprüfung angezeigt ist, um sich selbst vor Schaden zu bewahren. Ein Mitverschulden scheidet allerdings aus, wenn die Beklagte vertraglich die Beratung der Klägerin zur Sozialversicherungspflicht der Geschäftsführer übernommen hätte.

Steuerberaterhaftung

- Unklare Rechtslage
- Risikohinweis

(LG Lübeck, Urt. v. 11.1.2024 – 15 O 72/23)

Leitsätze (der Redaktion)

1. Für den Fall, dass eine höchstrichterliche Rechtsprechung fehlt, ist ein Steuerberater grundsätzlich dazu verpflichtet, weitere Quellen für die Rechtsprüfung auszuschöpfen.
2. Der Steuerberater hat bei einer unklaren Rechtslage auf etwaige steuerliche Risiken hinzuweisen.

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger nimmt die Beklagte auf Schadensersatz wegen der Verletzung von Pflichten im Zusammenhang mit dem Erlass eines Steuerbescheides für das Veranlagungsjahr 2006, mit Auswirkung auf das Veranlagungsjahr 2016, in Anspruch. Die Beklagte begehrt im Wege der Widerklage die Zahlung ihres Steuerberaterhonorars.

[2] Die Kläger sind Ehegatten und wurden jedenfalls sowohl im Jahr 2006 als auch 2016 zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Der Kläger zu 1. war bis Januar 2016 Gesellschafter der Gemeinschaftspraxis für Radiologie und StrahlentherapieinDie Beklagte war mit der Prüfung des Steuerbescheides über Einkommensteuer und Solidaritätszuschlag des Finanzamtes Lübeck für das Veranlagungsjahr 2006, der am 09.06.2008 (geänderte Fassung: 23.09.2008) erging und der Beklagten am 10.06.2008 zugestellt wurde, beauftragt. In dem Bescheid für das Jahr 2006 erfasste das Finanzamt fälschlicherweise einen Betrag von 39.932 Euro als Veräußerungsgewinn, ohne dass der Beklagte dies für die Kläger beantragt hatte, und wendete den ermäßigten Steuersatz des § 34 Abs. 3 S. 1 EStG darauf an, was zugunsten der Kläger zu einer Steuerminderung von rund 8.000,00 Euro führte. Tatsächlich handelte es sich bei dem Betrag von 39.932 Euro allerdings um Nachzahlungen der Kassenärztlichen Vereinigung an die Gemeinschaftspraxis. Diese sind dem Kläger im vorausgegangen Feststellungsbescheid 2006 anteilig in dieser Höhe als laufende tarifbegünstigte Einkünfte im Sinne des § 24 Nr. 1 und 3 EStG bzw. § 34 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 EStG zugerechnet worden.

[3] Die Beklagte erkannte, dass das Finanzamt diesen für die Kläger in diesem Zeitpunkt günstigeren, allerdings mangels Vorliegen der Voraussetzungen unzutreffenden, Steuersatz angewendet hatte und teilte dies den Klägern in ihrem Schreiben vom 11.06.2008 mit. In diesem Schreiben heißt es auszugsweise:

[4] „[...] Die Erhöhung wurde jedoch vom Finanzamt zu Ihren Gunsten mit nur 56 % des durchschnittlichen Steuersatzes statt mit der sog. Fünftelregelung besteuert. [...]

[5] *Wir sehen von einem Einspruch ab, da dieser zu einer noch höheren Nachzahlung führen würde.“*

[6] Auf dem am 10.06.2008 bei der Beklagten eingegangenen Bescheid vermerkte diese zudem

[7] „[...]“

[8] *Einspruch: Nachzahl. KV!*

[9] *VZ notiert: 1/5 Reg (-) § 34 Abs. 3 EStG -> nicht beantragt!“*

[10] Der für das Veranlagungsjahr 2006 am 09.06.2008 von dem Finanzamterlassene Bescheid wurde bestandskräftig.

[11] Am 02.01.2016 veräußerte der Kläger zu 1. seinen Anteil an der Gemeinschaftspraxis mit einem Veräußerungsgewinn von 1.176.690,00 Euro. Die Beklagten beantragten in der Steuererklärung für das Jahr 2016 für die Kläger, bei den Einkünften aus selbständiger Arbeit die Anwendung des ermäßigten Steuersatzes gemäß § 34 Abs. 3 EStG wegen Vollendung des 55. Lebensjahres oder dauernder Berufsunfähigkeit (§ 34 Abs. 3 S. 1 EStG a.E.).

[12] Mit Schreiben vom 19.09.2017 wies das Finanzamt darauf hin, dass dies nicht möglich sei, da der Steuerpflichtige gemäß § 34 Abs. 3 S. 4 EStG diese Ermäßigung nur *einmal im Leben* in Anspruch nehmen könne und es diese bei der Einkommensteuerfestsetzung 2006 mit Bescheid vom 23.09.2008 (geänd. Fassung) bei der Berechnung der Steuer für Einkünfte des Klägers zu 1. von 39.932 Euro aus selbständiger Arbeit bereits berücksichtigt habe.

[13] Das Finanzamt erließ sodann am 27.09.2017 den Einkommensteuerbescheid für das Veranlagungsjahr 2016. Es hat bei der Berechnung der Steuerpflicht, wie angekündigt, nicht den ermäßigten Steuersatz des § 34 Abs. 3 S. 4 EStG, sondern die Ermäßigung des § 34 Abs. 1 EStG angewendet.

[14] Gegen diesen Bescheid erhob die Beklagte am 30.10.2017 Sprungklage beim Schleswig-Holsteinischen Finanzgericht. Diesem Vorgehen stimmte das Finanzamtfristgemäß zu.

[15] Am 16.07.2018 wandte sich der Prozessbevollmächtigte der Kläger, Dr... .., per E-Mail an das Büro der Beklagten, dort Herrnund informierte diesen darüber, dass die Kläger

seine Kanzlei im Herbst 2017 gebeten hätten, sie in dieser Angelegenheit zu unterstützen und zu beraten. Er bezog sich auf ein Telefonat mit Herrn In dieser E-Mail lautet es auszugsweise:

[16] *„Heute haben wir zu dieser Thematik noch einmal persönlich gesprochen. Gemeinsam werden wir nun die Entscheidung des Finanzamtes über den von Ihnen eingelegten Einspruch abwarten. [...] In unserem Telefonat hatten wir seinerzeit kurz darüber gesprochen, dass für den Fall des Unterliegens unserer Mandantin auch eine Inanspruchnahme Ihrerseits infrage kommen könnte. Der Unterzeichner erinnert insoweit, dass Sie vorsorglich Ihre Haftpflichtversicherung über den Sachverhalt informiert hatten. Nur der guten Ordnung halber weisen wir vorsorglich darauf hin, dass wir auch insoweit mandatiert sind und ggf. solche Ansprüche geltend machen müssten. Ggf. sollten Sie auch diesen Umstand der Versicherung melden.“*

[17] *Zunächst hoffen wir natürlich gemeinsam mit Ihnen, dass entweder das Finanzamt oder das Finanzgericht eine sachgerechte Entscheidung trifft. [...]“*

[18] Darauf erwiderte Herr einen Tag später ebenfalls per E-Mail (Anlage K5, Anlagenband Kläger):

[19] *„[...] unsere Haftpflichtversicherung bzw. unseren Versicherungsmakler, dieGmbH, hatte ich bereits vor einem halben Jahr über den Sachverhalt informiert. Mir wurde allerdings erklärt, dass zunächst der Finanzrechtsweg beschritten werden müsse, dann der Zivilrechtswege im Rahmen eines Amtshaftungsanspruchs und erst als Drittes eine Inanspruchnahme unserer Haftpflichtversicherung in Frage käme.“*

[20] *Über den Stand des Verfahrens werde ich sie auf dem Laufenden halten. [...]“*

[21] Mit Urteil des Schleswig-Holsteinischen Finanzgerichts vom 28.11.2018 (Az. 2 K 205/17) bestätigte es die Rechtsauffassung der Beklagten und entschied, dass auf den Veräußerungsgewinn des Klägers zu 1. von 1.176.690,00 Euro der ermäßigte Steuersatz nach § 34 Abs. 3 EStG zu gewähren sei und das Finanzamt die Berechnung entsprechend vorzunehmen habe.

[22] Gegen dieses Urteil legte das FinanzamtRevision bei dem Bundesfinanzhof ein. Mit Urteil vom 28.09.2021 (Az.VIII R 2/19) hob dieser das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Finanzgerichts auf und wies die Klage der Beklagten ab. Der Bundesfinanzhof begründete seine Entscheidung damit, dass der Anwendung des ermäßigten Steuersatzes des § 34 Abs. 3 S. 1 EStG die Norm des § 34 Abs. 3 S. 4 entgegenstehe, wonach der Steuerpflichtige die Ermäßigung nach den Sätzen 1

bis 3 nur einmal im Leben beanspruchen könne. Es führt weiter aus, dass die Voraussetzungen des § 34 Abs. 3 S. 1 EStG bezogen auf den Kläger zu 1. in Bezug auf den von ihm im Streitjahr erzielten Veräußerungsgewinn vorliegen, die Ermäßigung des § 34 Abs. 3 S. 1 EStG allerdings bereits einmal im Jahr 2006 in Anspruch genommen wurde und damit „verbraucht“ sei. Weiter heißt es in dem Urteil, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs eine antragsgebundene Steuervergünstigung, die dem Steuerpflichtigen nur einmal gewährt werden könne, für die Zukunft auch dann „verbraucht“ sei, wenn die Vergünstigung vom Finanzamt zu Unrecht gewährt, insbesondere ein erforderlicher Antrag vom Steuerpflichtigen nicht gestellt wurde. Entscheidend sei nach Auffassung des Bundesfinanzhofs, dass sich die Vergünstigung auf die frühere Steuerfestsetzung ausgewirkt habe und sie dort nicht mehr rückgängig gemacht werden könne. Für den Fall, dass der Steuerpflichtige beabsichtige, die Vergünstigung des § 34 Abs. 3 S. 1 EStG zu einem späteren Zeitpunkt in Anspruch zu nehmen, müsse er die Steuerfestsetzung anfechten.

[23] Im März 2022 übermittelte die Beklagte den Klägern ihre Kostennote, datierend auf den 11.03.2022 (Anlage B2, Anlagenband Beklagte) über einen Betrag von insgesamt 12.829,39 Euro für die Vertretung der Kläger in den Verfahren vor dem Schleswig-Holsteinischen Finanzgericht und dem Bundesfinanzhof. Es folgte ein E-Mail-Verkehr zwischen dem Prozessbevollmächtigten der Kläger und der Beklagten. Mit E-Mail vom 31.03.2022 beantwortete Herr eine E-Mail von Herrn Dr., worin er ausführt, überrascht darüber zu sein, dass die Kläger über die Übermittlung der Honorarforderung beklagtenseits überrascht seien. Außerdem teilte er mit, von der Versicherung bisher nichts weiter erfahren zu haben und ihn auf dem Laufenden zu halten. Am 08.08.2022 beantwortete Herr eine Anfrage der Haftpflichtversicherung (HDI) vom 14.06.2022, übermittelte darin unter anderem Schriftsätze aus den gerichtlichen Verfahren und machte Ausführungen zur Schadenshöhe, die er mit 223.683,45 Euro ansetzte. Mit weiterem Schreiben vom 26.09.2022 machte er gegenüber seiner Haftpflichtversicherung (HDI) Ausführungen dazu, weshalb seiner Auffassung nach seitens der Beklagten keine Pflichtverletzung bei der Beratung und Prüfung des Steuerbescheides 2006, die sich dann in der Folge auf die Steuerfestsetzung für das Veranlagungsjahr 2016 ausgewirkt habe, vorliege. Mit Antwortschreiben vom 05.10.2022 (Anlage K11, Anlagenband Kläger) bestätigte der zuständige Sachbearbeiter, Herr (HDI) die Rechtsauffassung der Beklagten und wies einen Anspruch auf Schadensersatzzahlungen zurück. Dies teilte die Beklagte den Klägern mit Schreiben vom 10.10.2022 mit.

[24] Die Kläger sind der Auffassung, die Beklagte habe mit dem Absehen von der Einlegung eines Einspruchs gegen den

Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2006 gegen die Sorgfaltspflichten eines Steuerberaters verstoßen. Insoweit liege ein pflichtwidriges Verhalten vor. Ein Steuerberater habe seinen Mandanten im Umfang der Mandatserteilung umfassend zu beraten und diesen ungefragt über alle steuerlich bedeutsamen Einzelheiten und deren Folgen zu unterrichten. Er habe den Auftraggeber möglichst vor Schaden zu bewahren und den nach den Umständen sichersten Weg zu dem erstrebten steuerlichen Ziel aufzuzeigen und sachgerechte Vorschläge für dessen Verwirklichung zu unterbreiten. Die Kläger tragen vor, die Beklagte hätte im Rahmen der ihr obliegenden Sorgfaltspflichten gegen den Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2006 fristgerecht Einspruch einlegen müssen. Sie habe erkannt, dass das Finanzamt eine Besteuerung mit nur 56 % des durchschnittlichen Steuersatzes in Ansatz gebracht habe.

[25] Ein Steuerberater müsse die einschlägige Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs kennen. Bereits in den Jahren 1994 (Az. IX R 12/90) und 2002 (X R 97/98) habe der Bundesfinanzhof ausdrücklich festgehalten, dass eine antragsgemäße Steuerermäßigung auch dann für die Zukunft verbraucht sei, wenn diese zu Unrecht gewährt worden, insbesondere ein erforderlicher Antrag vom Steuerpflichtigen nicht gestellt worden sei. Insbesondere aufgrund der ungewöhnlichen Konstellation, in der das Finanzamt ohne Antragstellung der Steuerpflichtigen eine nicht beantragte Steuerbegünstigung von sich aus einräumt, und der Steuerberater dies erkannt habe, hätte die Beklagte zumindest anlassbezogen die Verpflichtung getroffen, sich über die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zu dieser konkreten Thematik vertieft zu informieren.

[26] Aufgrund dessen sei die Beklagte zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe der Klagesumme, die sich aus dem Differenzbetrag infolge der Nichtanwendung des ermäßigten Steuersatzes des § 34 Abs. 3 S. 1 EStG ergebe, nämlich zwischen dem vom Finanzamtn seinem Bescheid vom 27.09.2017, in dem es einen Gesamtbetrag von 625.098,05 Euro (592.510,00 Euro Einkommensteuer, 32.588,05 Euro Solidaritätszuschlag) festsetzt und dem Betrag der sich bei Anwendbarkeit des § 34 Abs. 3 S. 1 EStG ergeben würde, nämlich insgesamt 401.414,60 Euro (380.508,00 Euro Einkommensteuer, 20.906,60 Euro Solidaritätszuschlag), mithin ein Betrag von 223.683,45 Euro. Von diesem Betrag sei der Steuervorteil aus dem Jahre 2006, der sich infolge der fehlerhaften Anwendung des § 34 Abs. 3 S. 1 EStG errechne, in Höhe von 7.911,46 Euro in Abzug zu bringen, weshalb sich ein Steuergesamtschaden von 215.771,99 Euro errechne. Als weitere Schadensposition seien die Gerichtskosten von 7.700,00 Euro (Verfahren vor dem Schleswig-Holsteinischen Finanzgericht) und 9.625,00 Euro (Verfahren vor dem Bundesfinanzhof) hinzuzurechnen. Denn die Durchführung der Finanzgerichtsprozesse wäre nach Auffassung der Kläger nicht erforderlich

gewesen, hätte die Beklagte fristgerecht Einspruch gegen den Steuerbescheid aus dem Jahre 2006 eingelegt.

[27-34] (Anträge: ...)

[35] Die Beklagte erhob hinsichtlich der von den Klägern geltend gemachten Positionen die Einrede der Verjährung.

[36] Sie ist der Auffassung, ihr könne keine Pflichtverletzung zur Last gelegt werden. Der Steuerberater habe zwar für die Kenntnisse des Steuerrechts einzustehen. Hinsichtlich dieser Materie, nämlich die Gewährung einer Steuerermäßigung, die dem Steuerpflichtigen nur einmal im Leben gewährt werden kann, ohne dass ein diesbezüglicher Antrag überhaupt vorlag, dass diese für die Zukunft auch dann verbraucht sei, wenn diese Vergünstigung vom Finanzamt zu Unrecht gewährt wurde, habe es keine Rechtsprechung gegeben, wonach der Steuerberater zur Korrektur des Fehlers des Finanzamtes verpflichtet gewesen wäre. Es habe zudem im Jahre 2008, zum Zeitpunkt der Prüfung des Steuerbescheides am 11.06.2008, kein einziges Urteil gegeben, das von einem Verbrauch der Steuervergünstigung ausgegangen sei, wenn überhaupt kein Antrag gestellt wurde. Die Entscheidung des Bundesfinanzhofes vom 28.09.2021 (Az. VIII R 2/19) sei aus heiterem Himmel gekommen und so nicht absehbar gewesen.

[37] Die Beklagte meint zudem widerklagend einen Anspruch auf Zahlung des Honorars für die Durchführung des Finanzgerichtsverfahrens und des Verfahrens vor dem Bundesfinanzhof in Höhe von 12.829,39 Euro zu haben.

[38] Die Kläger vertreten dazu die Auffassung, ein Anspruch bestehe bereits aus dem Grund nicht, da diese Verfahren überhaupt nicht erforderlich gewesen wären, hätte die Beklagte eine pflichtgemäße steuerliche Beratung geleistet. Mit Schriftsatz vom 20.04.2023 erklärt der Kläger zu 1. hinsichtlich dieser von der Beklagten erhobenen Widerklage hilfsweise die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen gegen die Beklagte aus der der Forderung der Beklagten zugrundeliegenden Honorarnote in gleicher Höhe, da dem Kläger zu 1. ein entsprechender Schaden aufgrund der von der Beklagten begangenen Pflichtverletzung entstanden sei.

[39] Zu der beklagtenseits erhobenen Verjährungseinrede tragen die Kläger vor, dass die Schadensersatzforderung der Kläger bereits aufgrund eines zwischen ihnen und der Beklagten mit der E-Mail vom 17.07.2018 (Anlage K5, Anlagenband Kläger) geschlossenen Stillhalteabkommens nicht verjährt sei. Darin habe Herr die Kläger im Hinblick auf mögliche Schadensersatzansprüche aus Steuerberaterhaftung vorrangig auf das Beschreiten des Finanzrechtswegs und dann auf eine Zivilklage gegen das Finanzamt im Rahmen eines Amtshaftungsanspruchs verwiesen. Die Beklagte habe damit ganz eindeutig

den Weg aufgezeigt und die Kläger auf die vorzunehmenden Handlungen verwiesen. Die Beklagte habe die Kläger damit veranlasst, Ersatzansprüche bis zur Beendigung des finanzgerichtlichen Rechtsstreits sowie der Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen zurückzustellen. Die Beklagte habe stets im Rahmen der Gerichtsverfahren gegenüber den Klägern deutlich gemacht, dass sie die Entscheidung des Finanzamtes in dem Erlass des Einkommensteuerbescheides für das Jahr 2016 vom 27.09.2017 für unzutreffend halte und diese Auffassung nicht durchstehen könne und habe erneut den Eindruck erweckt, dass das Finanzamt einen riesigen Fehler gemacht habe und die Auffassung nicht vertretbar sei. Jedenfalls sei über den Anspruch verhandelt worden im Sinne des § 203 BGB. Das Verhalten der Beklagten sei zudem rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 242 BGB, da diese die Kläger mit der E-Mail bewusst in die Irre geführt habe, wenn sie sich nunmehr auf die Verjährung der Forderung berufe. Ohne diese Ausführungen in der E-Mail vom 17.07.2018 hätten die Kläger bereits zu diesem Zeitpunkt verjährungshemmende Maßnahmen gegen die Beklagte initiiert. Zudem sei die Forderung nicht verjährt, da die Kläger letztlich Kenntnis von der tatsächlichen Pflichtverletzung der Beklagten durch Urteil des Bundesfinanzhofs erst im Jahr 2021 erlangt haben, so dass im Zeitpunkt der Klageerhebung am 13.01.2023 noch keine Verjährung eingetreten sei. Sofern auf den Steuerbescheid aus dem Jahr 2017 abzustellen sei, sei keine abweichende Bewertung vorzunehmen, da die E-Mail des Gesellschafters der Beklagten vom 17.07.2018 (Anlage K5, Anlagenband) entweder als Verhandeln über einen möglichen Schadensersatzanspruch der Kläger verstanden werden oder ein Stillhalteabkommen geschlossen worden sei.

[40] Die Beklagte führt dazu aus, kein Stillhalteabkommen mit den Klägern abgeschlossen zu haben. Sie habe lediglich ihre Obliegenheiten aus dem Versicherungsvertrag erfüllt, als sie den Vorfall der Haftpflichtversicherung gemeldet habe.

[41] Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen verwiesen.

Aus den Gründen:

[42] Die Klage ist zulässig und im tenorierten Umfang begründet, im Übrigen unbegründet. Die Widerklage ist zulässig, im Ergebnis allerdings unbegründet.

I.

[43] Die Kläger haben einen Anspruch aus §§ 675, 611 BGB i.V.m. § 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB gegen die Beklagte auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung aus einem Steuerberatungsvertrag in Höhe von 220.267,60 Euro.

1.

[44] Die Beklagte hat damit, dass sie die Kläger im Jahr 2008, nachdem sie den Steuerbescheid für das Veranlagungsjahr 2006, bei ihr eingegangen am 10.06.2008, erhalten und geprüft hat, die Kläger nicht auf die Norm des § 34 Abs. 3 S. 4 EStG hingewiesen, infolgedessen kein Einspruch gegen den Steuerbescheid erhoben wurde, gegen ihre Pflichten aus dem Steuerberatungsverhältnis verstoßen.

a.

[45] Die Parteien haben einen Steuerberatungsvertrag, der als Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung im Sinne von § 675 BGB zum Gegenstand hat (MüKoBGB/Heermann, 9. Auflage 2023, § 675 Rn 45; BGH Urt. v. 11.05.2006, Az. IX ZR 63/05, juris, Rn 4), geschlossen.

[46] Die Beklagte hat ihr obliegende Pflichten aus dem Steuerberatungsverhältnis mit den Klägern verletzt. Der Gegenstand der Geschäftsbesorgung und damit die Pflichten des Steuerberaters gegenüber seinem Mandanten sind nicht in einem gesetzlichen Leitbild geregelt, sondern bestimmen sich nach dem jeweiligen Inhalt des begründeten Mandatsverhältnisses (BGH, Urt. v. 06.12.1979, Az. VII ZR 19/79, juris, Rn 15). Der Steuerberater schuldet daher dem ihm vom Mandanten erteilten Auftrag (BGH, Urt. v. 26.01.1995, Az. IX ZR 10/94, juris, Rn 12). Im Rahmen seines Auftrags hat er seinen Mandanten umfassend zu beraten und ungefragt über alle bedeutenden steuerlichen Einzelheiten und deren Folgen zu unterrichten (BGH, Urt. v. 23.01.2003, Az. IX ZR 180/01, juris, Rn 11). Dabei hat er den **Auftraggeber möglichst vor Schaden zu bewahren und den nach den Umständen sichersten Weg nach dem erstrebten steuerlichen Ziel aufzuzeigen und dabei sachgerechte Vorschläge für dessen Verwirklichung zu unterbreiten** (BGH, Urt. v. 19.05.2009, Az. IX ZR 43/08, juris, Rn 11).

[47] Die Beklagte war beauftragt, den von dem Finanzamt Lübeck für das Veranlagungsjahr 2006 erlassenen Steuerbescheid, auf seine inhaltliche Richtigkeit zu prüfen. Im Rahmen dieser Prüfung hat die Beklagte erkannt, dass das Finanzamt bei der Festsetzung der Steuer den Betrag von 39.932 Euro, bei dem es sich um Nachzahlungen der Kassenärztlichen Vereinigung an die Gemeinschaftspraxis handelte, fälschlicherweise den für die Kläger in diesem Zeitpunkt günstigen Steuersatz nach § 34 Abs. 3 S. 2 EStG von 56 % des durchschnittlichen Steuersatzes angesetzt hat, was zugunsten der Kläger im Veranlagungsjahr 2006 zu einer Steuerersparnis von 7.911,46 Euro führte. Sie hat es allerdings unterlassen, die Kläger darauf hinzuweisen, dass es sich bei diesem Steuersatz um einen solchen handelt, der nach § 34 Abs. 3 S. 4 EStG lediglich *einmal im Leben* angesetzt werden kann.

[48] Die Beklagte hat die Norm des § 34 Abs. 3 EStG auch gekannt, wie ihren Ausführungen auf der ersten Seite des Steuerbescheides vom 09.06.2008, eingegangen am 10.06.2008, zu entnehmen ist, wenn es dort auf dem von ihr aufgebrauchten Stempel heißt: „1/5 Reg (-) § 34 Abs. 3 EStG -> nicht beantragt!“. Zudem hat das Finanzamt die Anwendung der Norm in ihren Bescheid aufgenommen (S. 2 des Steuerbescheides vom 09.06.2008).

[49] Der Beklagten ist zwar zuzugeben, dass es Rechtsprechung zu der Norm des § 34 Abs. 3 EStG, die sich mit der Problematik der Anwendung des günstigen Steuersatzes des § 34 Abs. 3 S. 2 EStG, ohne entsprechenden Antrag und ohne, dass die Voraussetzungen der Norm vorliegen, von dem Finanzamt angewendet wird, vor dem zu diesem Streitfall ergangenen Urteil des Bundesfinanzhofs vom 28.09.2021 (Az. VIII R 2/19) nicht gab. **Für den Fall, dass eine höchstrichterliche Rechtsprechung fehlt, ist ein Steuerberater allerdings grundsätzlich dazu verpflichtet, weitere Quellen für die Rechtsprüfung auszuschöpfen.** Sofern die Kläger dazu ausführen, der Bundesfinanzhof habe bereits in den Jahren 1994 (IX R 12/90) und 2002 (X R 97/98) ausdrücklich festgehalten, dass eine antragsgemäße Steuerermäßigung auch dann für die Zukunft verbraucht sei, wenn diese zu Unrecht gewährt, insbesondere ein erforderlicher Antrag vom Steuerpflichtigen nicht gestellt worden ist, kommt es darauf nicht an. Es ist nicht entscheidend, ob die Beklagte sich hätte Kenntnis über vergleichbare Rechtsprechung, wie diejenige zum sog. Objektverbrauch, die es auch bereits vor dem Erlass des Steuerbescheides im Jahr 2008 gab, nämlich darüber, dass Objektverbrauch auch dann eintrete, wenn ein Steuerpflichtiger erhöhte Absetzungen für ein für die Begünstigung untaugliches Objekt in Anspruch nimmt und diese Vergünstigung sich bei ihm steuerlich auswirkt (bspw. BFH, Urt. v. 12.10.2005, IX R 58/04, juris, Rn 9). **Denn es folgt bereits unzweideutig aus § 34 Abs. 3 S. 4 EStG, dass der Steuerpflichtige die Ermäßigung nach den Sätzen 1 bis 3 nur einmal im Leben beanspruchen kann. Darauf hätte die Beklagte die Kläger hinweisen müssen. Sie hätte jedenfalls darauf hinweisen müssen, dass es dazu zwar noch keine Rechtsprechung gibt, aber aufgrund des klaren Wortlautes die Gefahr bestehe, dass dieser Steuersatz zu einem späteren Zeitpunkt gegebenenfalls nicht mehr in Anspruch genommen werden könne.**

[50] Auf dieser Grundlage ist von einer schuldhaften Pflichtverletzung des Steuerberatervertrages auszugehen. Für die Kläger war es zwar zu dem Zeitpunkt des Erlasses des Steuerbescheides für das Veranlagungsjahr 2006 günstig, dass das Finanzamt den ermäßigten Steuersatz des § 34 Abs. 3 EStG angewendet hat. Allerdings umfasste das steuerrechtliche Mandat, die Kläger umfassend aufzuklären, um eben auch zukünftige Nachteile durch aktuelle Entscheidungen – nämlich

das Absehen von der Einlegung des Einspruchs gegen den Steuerbescheid – abzuwenden.

[51] Das **Verschulden** wird gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB **vermutet**. Diese Vermutung hat die Beklagte nicht widerlegt.

[52] Aus der Pflichtverletzung ist den Klägern insgesamt ein Schaden in Höhe von 233.096,99 Euro, der sich zusammensetzt aus der steuerlichen Mehrbelastung von 215.771,99 Euro, wie es die Beklagte in ihrem Schreiben an die Haftpflichtversicherung vom 08.08.2022 (Anlage K8, Anlagenband) errechnet hat und die zu zahlenden Kosten für die Durchführung der Verfahren vor dem Schleswig-Holsteinischen Finanzgericht und dem Bundesfinanzhof, die ohne die Pflichtverletzung der Beklagten nicht erforderlich gewesen wären.

[53] Die Pflichtverletzung war auch kausal für den bei den Klägern eingetretenen Schaden.

[54] Grundsätzlich gilt im Rahmen von Verträgen mit rechtlichen oder steuerlichen Beratern die **Vermutung, dass der Mandant beratungsgemäß gehandelt hätte**, aber nur, wenn im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte Entschließung des zutreffend unterrichteten Mandanten mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre (BGH, Urt. v. 16.07.2015, Az. IX ZR 197/14, juris, Rn 25). **Voraussetzung sind danach tatsächliche Feststellungen, die im Falle sachgerechter Aufklärung durch den Berater aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahegelegt hätte** (BGH, a.a.O.; Urt. v. 05.02.2009, Az. IX ZR 6/06). Hätte die Beklagte die Kläger darüber, dass die Steuerermäßigung im Sinne des § 34 Abs. 1 EStG nur einmal im Leben geltend gemacht werden kann, aufgeklärt, wäre zu erwarten gewesen, dass die Kläger vorsichtshalber Einspruch gegen den Steuerbescheid eingelegt hätten.

b.

[55]

Von diesem den Klägern zustehenden Betrag von 233.096,99 Euro war allerdings der Betrag von 12.829,39 Euro, nämlich in Höhe des Honoraranspruchs, den die Beklagte widerklagend gegen die Kläger geltend macht und gegen den die Kläger mit Schriftsatz vom 20.04.2023 die Hilfsaufrechnung erklärt haben, in Abzug zu bringen (vgl. unten II. 2.). Gemäß § 389 BGB tilgt die Aufrechnung die Forderung mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt, in dem sich Haupt- und Gegenforderung erstmals aufrechenbar gegenüberstanden (Grüneberg/Grüneberg, BGB, 83. Auflage, § 389 Rn 2).

2.

[56] Der Anspruch der Kläger ist auch nicht verjährt. Die von der Beklagten mit Klageerwiderungsschriftsatz erhobene Einrede der Verjährung steht der Durchsetzung etwaiger Ansprüche der Kläger nicht entgegen.

a.

[57] Ansprüche gegen einen Steuerberater aufgrund Pflichtverletzung unterliegen gemäß §§ 195ff. BGB der **regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren**, § 195 BGB. Die Frist beginnt dabei gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. **Maßgebend für den Fristbeginn ist damit, wann sich die Vermögenslage des Auftraggebers infolge der Pflichtverletzung des Beraters objektiv verschlechtert hat** (jurisPK-BGB/Lakkis, 10. Auflage 2023, § 199, Rn 88). Dies ist der Fall, wenn ein entsprechender **belastender Bescheid der Finanzbehörde ergangen** ist (BGH, Urt. v. 15.11.2012, Az. IX ZR 184/09, juris, Rn 12). Ein möglicher Anspruch ist damit spätestens durch Erlass des Bescheides vom 27.09.2017 durch das Finanzamt Lübeck für das Veranlagungsjahr 2016 entstanden. Denn in diesem Bescheid hat das Finanzamt von der Anwendung des ermäßigten Steuersatzes des § 34 Abs. 3 EStG aufgrund „Verbrauchs“ im Rahmen der steuerlichen Veranlagung im Jahr 2006 abgesehen und den Steuersatz des § 34 Abs. 1 EStG bei der Besteuerung des aus dem Anteilsverkauf an der Gemeinschaftspraxis erzielten Veräußerungsgewinns von 1.176.690,00 Euro angewendet.

[58] Entgegen dem Vorbringen der Klägerseite in ihrem Schriftsatz vom 17.07.2023 (Bl. 56ff. d. A.) ist für die Ermittlung des Beginns der Verjährung **nicht auf die abschließende Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 28.09.2021 abzustellen**. Die Kläger hatten bereits im Jahr 2017 Kenntnis davon, dass das Finanzamt den ermäßigten Steuersatz des § 34 Abs. 3 EStG aufgrund „Verbrauchs“ nicht in Ansatz bringen wird. Damit hatten die Kläger Kenntnis von den maßgebenden Umständen, aus denen sich eine mögliche Pflichtverletzung der Beklagten (aus dem Jahr 2006) ergeben kann. **Die Gerichtsverfahren waren lediglich als mögliche Rechtsmittel gegen diese Entscheidung durchgeführt. In dieser Entscheidung hat sich die unterlassene Einspruchseinlegung gegen den Bescheid aus dem Jahr 2006 manifestiert.**

b.

[59] Die Verjährung wurde zwar nicht durch den Abschluss eines **Stillhalteabkommens** (§ 205 BGB), allerdings aufgrund Aufnahme von **Verhandlungen** zwischen den Parteien gemäß § 203 BGB gehemmt.

[60] Für Tatsachen, aus denen sich eine zwischenzeitliche Hemmung der Verjährung ergeben würde, tragen die Kläger die Darlegungs- und Beweislast (allg. M., BGH, Urt. v. 05.11.1992, Az. IX ZR 200/91, juris, Rn 68; Grüneberg/*Ellenberger*, § 204 Rn 55).

aa.

[61] Die Verjährung ist entgegen dem Vorbringen der Kläger allerdings nicht gemäß § 205 BGB gehemmt. Danach tritt eine Hemmung der Verjährung ein, solange der Schuldner auf Grund einer Vereinbarung mit dem Gläubiger vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist. Der Hauptanwendungsfall des § 205 BGB liegt in dem Abschluss eines **Stillhalteabkommens**, nämlich die **Absprache zwischen Gläubiger und Schuldner, dass der Anspruch einstweilen nicht geltend gemacht werden soll** (Grüneberg/*Ellenberger*, BGB, 81. Auflage 2022, § 205 Rn 2). Ein solches Abkommen kann grundsätzlich **auch stillschweigend** getroffen werden. Voraussetzung ist, ein feststellbares äußeres Verhalten der Parteien, das als Ausdruck einer solchen einvernehmlichen Entscheidung gedeutet werden könnte (BGH, Urt. v. 15.07.2010, 0 AZ. IX ZR 180/09, juris, Rn 15).

[62] Diese Grundsätze zugrunde gelegt, lässt sich der Abschluss eines (stillschweigenden) Stillhalteabkommens zwischen den Parteien ihrem Verhalten nicht entnehmen, §§ 133, 157 BGB. Die Beklagte hat mit ihrer E-Mail vom 17.07.2018 (Anlage K5, Anlagenband Kläger) nicht ausdrücken wollen, ein Stillhalteabkommen mit den Klägern zu schließen. Sie hat dargelegt, was ihre Haftpflichtversicherung ihr mitgeteilt hat. Sie war zwar davon überzeugt, dass das Finanzamt unrichtigerweise den günstigen Steuersatz des § 34 Abs. 3 EStG bei der Berechnung der Steuerpflicht für das Veranlagungsjahr 2016 nicht angewendet hat und daher empfohlen den Rechtsweg zu beschreiten. Sie hat damit allerdings nicht ausgedrückt, und so konnte es der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung auf die Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) auch nicht verstehen, ein verjährungshemmendes Stillhalteabkommen mit den Klägern abzuschließen.

bb.

[63] Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs wurde allerdings gemäß § 203 BGB aufgrund von **schwebenden Verhandlungen** zwischen den Klägern und der Beklagten gehemmt.

[64] Gemäß § 203 S. 1 BGB ist die Verjährung für den Zeitraum gehemmt, in dem zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände schweben, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert.

[65] **Der Begriff der „Verhandlungen“ im Sinne des § 203 BGB ist weit auszulegen ist.** Der Gläubiger muss dafür lediglich klarstellen, dass er einen Anspruch geltend macht und worauf er ihn stützen will (BGH, Urt. v. 14.07.2009, Az. XI ZR 18/08, juris, Rn 16). Im Anschluss daran ist **jeder ernsthafte Meinungs-austausch über den Anspruch oder seine tatsächlichen Grundlagen ausreichend, sofern der Schuldner dies nicht sofort und erkennbar ablehnt** (BGH a.a.O.). Erforderlich ist gleichfalls, dass der Schuldner den Eindruck erweckt, er lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruchs ein (Grüneberg/*Ellenberger*, § 203 Rn 2).

[66] Diese Voraussetzungen liegen vor. Der Prozessbevollmächtigte der Kläger hat mit E-Mail vom 16.07.2018 (Anlage B1, Anlagenband Beklagte) mitgeteilt, dass für den Fall des Unterliegens eine Inanspruchnahme der Beklagten infrage komme und er diesbezüglich auch mandatiert sei, woraufhin die Beklagte mit Antwort vom 17.07.2018 (Anlage K5, Anlagenband Kläger) mitteilte, dass sie ihre Haftpflichtversicherung bereits im Jahre 2017 in Kenntnis gesetzt habe und im Weiteren ausführt, was die Haftpflichtversicherung ihr diesbezüglich zu Kenntnis gebracht habe, nämlich, dass zunächst der Finanzrechtsweg beschritten werden müsse, im Anschluss der Zivilrechtsweg im Rahmen eines Amtshaftungsanspruchs und erst im Anschluss daran eine Inanspruchnahme der Haftpflichtversicherung der Beklagten in Frage käme. Die Beklagte teilte abschließend in dieser E-Mail mit, dass er die Prozessbevollmächtigten der Kläger auf dem Laufenden halten werde. Dies tat sie auch im weiteren Lauf der Jahre. So auch am 08.08.2022 (E-Mail, Anlage K15, Anlagenband Kläger), nämlich dahin, dass die HDI Versicherung sie aufgefordert habe, weitere Unterlagen zur Beurteilung des Schadensfalles einzureichen und die Schadenshöhe zu beziffern. Sie teilte außerdem mit, dass sie seit Einreichen der Unterlagen noch nichts Weiteres von der Haftpflichtversicherung gehört habe.

[67] Mit diesem Verhalten und auch mit der Äußerung, das Finanzamt habe einen Fehler begangen, als sie im Rahmen der Steuerfestsetzung für das Veranlagungsjahr 2016 bei der Besteuerung des Veräußerungsgewinns des Klägers zu 1. nicht den ermäßigten Steuersatz des § 34 Abs. 3 EStG aufgrund „Verbrauchs“ bei der Besteuerung im Veranlagungsjahr 2006 angewendete, ist die Beklagte mit den Klägern in Verhandlungen im Sinne des § 203 BGB über einen etwaig gegen sie bestehenden Schadensersatzanspruch getreten. Sie hat den Weg wiedergegeben, der nunmehr vom hinsichtlich des Ablaufs gegangen werden, dass nämlich zunächst der Ausgang der gerichtlichen Verfahren abgewartet werden soll.

[68] Erstmals mit Schreiben der Beklagten vom 10.10.2022 hat die Beklagte unter Verweis der Mitteilung der Haftpflichtversicherung vom 05.10.2022 deutlich gemacht, dass die Versicherung aufgrund mangelnder Pflichtverletzung einen Anspruch

ablehne. Damit war die Verjährung mit Erklärung der Beklagten vom 17.07.2018 (Anlage K5, Anlagenband Klägerin) bis zum Zugang des endgültigen Ablehnungsschreibens am 11.10.2022 bei den Klägern gehemmt. Ausgehend von einem Verjährungsbeginn am 31.12.2017 ist von der Regelverjährungsfrist ein Zeitraum von nahezu 10 Monaten verstrichen. Die am 13.01.2023 erhobene Klage wurde zu einem Zeitpunkt erhoben, als die klägerseits geltend gemachte Forderung nicht verjährt war.

3.

[69] Schließlich haben die Kläger als Gesamtgläubiger gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 S. 1 und 2, 187 BGB einen Anspruch auf Zahlung von Rechtshängigkeitszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf die zugesprochene Hauptforderung seit Zustellung der Klage. Die Klage wurde dem Verfahrensbevollmächtigten der Beklagten am 04.02.2023 zugestellt. Da der Tag der Zustellung gemäß § 187 BGB analog nicht mitgezählt wird, steht den Klägern der Zinsanspruch ab dem 05.02.2023 zu.

II.

[70-77] (...)

Steuerberaterhaftung

- Lohnbuchhaltungsmandat
 - Keine Beratung über Tarifverträge
- (AG Bad Berleburg, Urt. v. 15.11.2023 – 1 C 7/23)

Leitsatz (der Redaktion)

Ein Steuerberater hat im Rahmen eines Lohnbuchhaltungsmandats nicht über mögliche Tarifverträge zu beraten.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin macht mit der vorliegenden Klage Restforderungen gegen die Beklagte aus einem beendeten Steuerberatervertrag geltend. Die Klägerin hat über einen längeren Zeitraum Steuerberatungsleistungen für die Beklagte erbracht. Im Zeitraum vom 18.11.2019 bis zum 06.04.2020 kam es zu einer Betriebsprüfung der DRV-Bund für den Zeitraum 01.01.2015 bis 31.12.2018. Die Klägerin hat im Zusammenhang mit dieser Prüfung erhebliche Leistungen für die Beklagte erbracht. Die Klägerin erfasst erbrachte Leistungen EDV-mäßig. Hierzu hält jeder Mitarbeiter die Zeiten, die er für die Abarbeitung eines bestimmten Mandates benötigt, entsprechend fest. 5 Mitarbeiter der Klägerin waren für die Beklagte tätig, darunter 4 Steuerfachangestellte und ein Steuerberater. Insgesamt macht die Klägerin 41 Std ä 60 € für Tätigkeiten von Steuerfachangestellten und 7 Std ä 90 € für Tätigkeiten des Steuerberaters

geltend. Eine Zahlung durch die Beklagte erfolgte nicht. Im Rahmen der Prüfung durch den DRV-Bund wurde festgestellt, dass die Beklagte bei der Vergütung ihrer Mitarbeiter einen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag für Sicherheitsdienstleistungen hätte anwenden müssen, dies aber im Prüfungszeitraum nicht getan hat. Es wurde eine Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen in Höhe von 64.056,84 € geltend gemacht. Dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten gelang es gegenüber der DRV-Bund durchzusetzen, dass für die Arbeitsverhältnisse der Beklagten nicht der Tarifvertrag Nordrhein-Westfalen, sondern der für Hessen zur Anwendung kommt. Die Nachzahlungsverpflichtung belief sich danach auf nur noch 16.719,59 €.

[2] Die Klägerin ist der Ansicht, im Rahmen der Lohnbuchhaltung nicht verpflichtet gewesen zu sein, über mögliche Tarifverträge zu beraten. Ein Schaden sei der Beklagten jedenfalls nicht entstanden.

[3-6] (Anträge: ...)

[7] Mit Schriftsatz vom 17.03.2023 erhob die Beklagte Widerklage mit dem Antrag, die Klägerin zu verurteilen, an sie 4.970,90 € nebst 9% Zinsen über dem Basiszinssatz der Bundesbank seit dem 21.04.2020 zu zahlen. Nach Erlass eines Versäumnisurteils gegen die Klägerin als Widerbeklagte mit Datum vom 20.04.2023, der Klägerin zugestellt am gleichen Tag, legte diese unter dem 27.04.2023 Einspruch gegen das Versäumnisurteil ein.

[8] Die Beklagte als Widerklägerin beantragt nunmehr, (...)

[9-11] (...)

[12] Die Beklagte meint, die Beratung durch die Klägerin sei fehlerhaft erfolgt. Eine Vergütung könne sie für die fehlerhafte Beratung nicht verlangen. Sie habe die Beklagte darüber aufklären müssen, dass ein Tarifvertrag zur Anwendung kommen könne.

[13] (...)

Aus den Gründen:

[14-21] (...)

[22] Die Beklagte konnte einen begründeten Schadensersatzanspruch nach §§ 280 ff. BGB und insbesondere eine Pflichtverletzung der Klägerin im Rahmen ihrer Tätigkeiten für die Beklagte weder darlegen noch beweisen.

[23] Soweit die Beklagte meint, die Klägerin wäre im Rahmen ihrer Lohnbuchhaltung auch verpflichtet gewesen, darüber zu beraten, dass hinsichtlich der Vergütung für die Beschäftigten

der Beklagten ein Tarifvertrag gelte, kann sie damit nicht gehört werden. **Nach § 34 StBW kann die Lohnbuchhaltung die Einrichtung von Lohnkonten und Aufnahme der Stammdaten, die Führung der Lohnkonten und Anfertigung der Lohnabrechnungen, die Führung der Lohnkonten und Anfertigung der Lohnabrechnungen nach vom Auftraggeber erstellten Buchungsunterlagen umfassen.**

[24] Die Klägerin traf **keine Verpflichtung, über sozialversicherungsrechtliche Fragen zu beraten. Schon gar nicht musste die Klägerin Kenntnisse darüber haben, welcher Tarifvertrag für die Mitarbeiter der Beklagten zur Anwendung kommt.** Soweit die Beklagte vorträgt, die Klägerin hätte wenigstens dahingehend beraten müssen, dass die Möglichkeit der Anwendung eines Tarifvertrages bestehe, wird man davon ausgehen können, dass Arbeitgeber insoweit selbst an die Möglichkeit, dass ein Tarifvertrag zur Anwendung kommen könnte, hätten denken können. Man wird von einem Steuerberater wohl kaum eine umfassende juristische Beratung, vor allem auch nicht in arbeitsrechtliche Fragen, verlangen können. **Bei der Frage, ob ein Tarifvertrag zu Anwendung kommt oder nicht, handelt es sich um eine arbeitsrechtliche Frage.** Es existieren zahlreiche umfassende Tarifverträge. Man wird nicht verlangen können, dass ein Steuerberater die Anwendbarkeit auf einzelne Arbeitsverhältnisse kennen muss. Vielmehr wird man dies von dem Arbeitgeber verlangen können, da dieser mit arbeitsvertraglichen Regelungen beschäftigt ist.

[25] Im Übrigen kommt es hier auch nur auf den sozialversicherungsrechtlichen Aspekt des Tarifvertrages an.

[26] Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Steuerberater zu einer Beratung in sozialversicherungsrechtlichen Fragen nicht berechtigt ist, da es sich dabei um eine reine Rechtsberatung handelt. Umgekehrt ist er auch nicht verpflichtet, auf diesem Gebiet zu beraten (vgl. Boelsen in Eckert, StBW, 7. Auflage, § 34, Rn. 6; OLG Flamm Urteil vom 08.04.2022, 25 U 42/20). Die Grenzen der Beratungspflicht des Steuerberaters ergeben sich grundsätzlich aus dem ihm erteilten Auftrag. **Bei der Finanzbuchführung schuldet der Steuerberater keine weitergehende Beratung in Fragen der Rentenversicherungspflicht und kann für die Nacherhebung von Rentenbeiträgen durch die Deutsche Rentenversicherung nicht schadensersatzpflichtig gemacht werden** (vgl. Feiter in StBW - eKommentar, § 34 StBGebV Rn. 3, juris).

[27] Dafür, dass der Steuerberater im Rahmen des Lohnbuchführungsmandats verpflichtet ist, den Mandanten wenigstens auf eine mögliche Sozialversicherungspflicht hinzuweisen bzw. an einen anwaltlichen Berater oder den Sozialversicherungsträger zu verweisen, müssen konkrete Anhaltspunkte

vorliegen. Solche Anhaltspunkte sind vorliegend nicht ersichtlich. Es wurden weder tatsächliche Unklarheiten oder sozialversicherungsrechtliche Schwierigkeiten vorgetragen.

[28] (...)

Rechtsanwaltshaftung

- Versorgungsrecht
- Amtsermittlungsgrundsatz
- Verjährung
- Erhalt von Renteninformationen

(LG Baden-Baden, Urt. v. 22.9.2022 – 4 O 79/21)

Leitsätze

1. Zur Sicherung eines künftigen Anspruchs des Geschädigten wegen anwaltlicher Falschberatung besteht für einen Feststellungsantrag das erforderliche Feststellungsinteresse gemäß § 256 Abs. 1 ZPO.
2. Bei einem zurechenbar kausalen Schadensereignis in Bezug auf ein zu begründendes Versorgungsrecht besteht ein Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB nur dann, wenn dem Geschädigten nach den Bestimmungen des Rechts der gesetzlichen Rentenversicherung die Befugnis zur Entrichtung von Beiträgen eröffnet ist, die den eingetretenen Schaden ausgleichen können.
3. Eine Schadensersatzpflicht entfällt nicht aus dem Grund, dass das Versorgungsausgleichsverfahren von Amts wegen durch das Familiengericht durchzuführen ist, da dieser Umstand die Mitverantwortung des beratenden Rechtsanwalts nicht aufhebt.
4. Der Geschädigte ist im Rahmen der §§ 195, 199 BGB nicht verpflichtet, nach Erhalt einer Renteninformation Ermittlungen zum Umfang des Versorgungsausgleichs anzustellen.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin begehrt von dem Beklagten Schadensersatz wegen Pflichtverletzung aus Anwaltsvertrag.

[2] Der Beklagte vertrat die Klägerin in deren Scheidungsverfahren gegen deren damaligen Ehemann ... (im Folgenden: Antragsteller) vor dem Amtsgericht - Familiengericht - ... (Az. 4 F 154/12). Die Ehe wurde am 25.08.2000 geschlossen und durch Beschluss des Amtsgerichts ... vom 20.02.2013 rechtskräftig geschieden (Anlage K1). Anlässlich der Scheidung wurde auch

der Versorgungsausgleich durchgeführt. Im Rahmen des Versorgungsausgleichs erfolgte die interne Teilung der jeweiligen Anwartschaften der Klägerin und des Antragstellers in der Deutschen Rentenversicherung sowie der privaten Rentenanprüche bei der Union Investment Service Bank AG.

[3] Der Antragsteller ist seit September 2000 als Realschullehrer im Beamtenverhältnis tätig. Nachdem der Scheidungsantrag der Klägerin am 11.06.2012 zugestellt worden war, hatte der Antragsteller im Scheidungsverfahren mit Formularfragebogen vom 26.06.2012 (Anlage K2) unter Ziffer 5 unter Nennung seiner vom Landesamt für Besoldung und Versorgung Baden-Württemberg (im Folgenden: LBV) vergebenen Personalnummer angegeben, dass für ihn beamtenrechtliche Versorgungsanwartschaften beim LBV bestünden. Auf die im Fragebogen enthaltene Frage „Sind oder waren Sie Beamter, Richter oder Berufssoldat?“ hatte der Antragsteller in der dafür vorgesehenen Spalte mit „Ja“ geantwortet. Ferner hatte er unter Ziffer 3 des Fragebogens seine Berufsbezeichnung als Realschullehrer und das Land Baden-Württemberg als Arbeitgeber angegeben. Mit Verfügung vom 02.07.2012 hatte das Familiengericht dem Beklagten ein Doppel des Formularfragebogens übersandt.

[4] Das Familiengericht hatte diese vom Antragsteller erteilte Auskunft zu seinem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis nicht auf den Aktendeckel übertragen und folglich auch keine Auskünfte über beamtenrechtliche Versorgungsansprüche bei der zuständigen Versorgungskasse eingeholt. Mit Ziff. 2 des Scheidungsbeschlusses vom 20.02.2013 hatte das Familiengericht - bezogen auf die Ansprüche in der gesetzlichen Rentenversicherung - den Versorgungsausgleich dahingehend durchgeführt, dass zu Lasten des Anrechts des Antragstellers bei der Deutschen Rentenversicherung Bund (Vers. Nr. ...) und zugunsten der Klägerin ein Anrecht in Höhe von 0,0535 Entgeltpunkten auf deren - vermeintliches - Konto bei der Deutschen Rentenversicherung Bund, bezogen auf den 31.05.2012, übertragen wurde, sowie dahingehend, dass im Wege der internen Teilung zu Lasten des Anrechts der Klägerin bei der Deutschen Rentenversicherung Baden-Württemberg (Vers. Nr. ...) zugunsten des Antragstellers ein Anrecht in Höhe von 4,5954 Entgeltpunkten auf dessen Konto bei der Deutschen Rentenversicherung Bund, bezogen auf den 31.05.2012, übertragen wurde. Ferner nahm das Familiengericht eine Teilung der Anrechte der privaten Rentenvorsorge bei der Union Investment Service Bank AG vor. Die beamtenrechtlichen Versorgungsanwartschaften des Antragstellers ließ das Familiengericht unberücksichtigt. Nach Erhalt übersandte der Beklagte den Scheidungs- und Versorgungsausgleichsbeschluss der Klägerin ohne weitere Informationen und ohne den Hinweis, dass die Anwartschaften des Antragstellers in der Beamtenversorgung nicht ausgeglichen wurden. Der Beschluss wurde rechtskräftig. Rechtsmittel wurden dagegen nicht eingelegt.

[5] Infolge des unterbliebenen Ausgleichs der Anwartschaften aus der Beamtenversorgung des Antragstellers ist der Klägerin ein Schaden entstanden, der sich nach dem künftigen, im Zeitpunkt des Eintritts der Klägerin in das Rentenalter maßgeblichen Rentenwert in der gesetzlichen Rentenversicherung bemisst.

[6] Die Klägerin ließ über ihre vorgerichtliche Verfahrensbevollmächtigte, Rechtsanwältin ..., durch das LBV mit Zustimmung des Antragstellers eine fiktive Auskunft zum Versorgungsausgleich, bezogen auf die gesetzliche Ehezeit (25.08.2000 bis 31.05.2012) einholen (Bl. 54 d.A.). Das Landesamt für Besoldung und Versorgung bezifferte mit Auskunftsschreiben vom 07.09.2020 (Anlage K3) den Ehezeitanteil der Versorgungsanwartschaften des Antragsgegners auf 889,43 EUR monatlich und errechnete einen Ausgleichswert in Höhe von 444,72 EUR monatlich. Den korrespondierenden Kapitalwert bezifferte es auf 102.954,49 EUR.

[7] Die Klägerin meint, indem der Beklagte trotz vorliegender Auskunft des Antragstellers keine Maßnahmen getroffen habe, um das Anrecht in der Beamtenversorgung dem Versorgungsausgleich zu unterziehen, habe er gegen seine anwaltlichen Pflichten aus dem Anwaltsvertrag verstoßen. Auch habe der Beklagte zur Einlegung eines Rechtsmittels raten müssen, um so wenigstens noch im Beschwerdeverfahren das Anrecht einer Ausgleichung zuzuführen.

[8] Die Klägerin ist der Auffassung, vorehezeitliche Anwartschaften des Antragstellers in der gesetzlichen Rentenversicherung seien zwar nach § 55 BeamtVG im Falle des Erreichens des Pensionsalters auf die Pension in Anrechnung zu bringen, hätten jedoch keine Auswirkung auf die Errechnung des Ehezeitanteils und des entsprechenden Ausgleichswerts.

[9] Die Klägerin behauptet, ihr sei es bis zum Jahr 2018 nicht aufgefallen, dass bei dem wechselseitigen Ausgleich der Ansprüche aus der gesetzlichen Rentenversicherung mögliche beamtenrechtliche Versorgungsansprüche keinem Ausgleich zugeführt worden waren. Erst Ende des Jahres 2018 habe zwischen ihr und ihrem zweiten Ehemann ein Gespräch darüber stattgefunden, wie hoch die möglichen Altersansprüche sein könnten. Ihrem zweiten Ehemann sei dann bei Sichtung der Scheidungsunterlagen aufgefallen, dass die Klägerin mehr Anwartschaften an den Antragsteller habe übertragen müssen als umgekehrt. Daraufhin habe die Klägerin einen Termin mit der Deutschen Rentenversicherung Baden-Württemberg in ... vereinbart und am 20.02.2019 einen Beratungstermin wahrgenommen. In diesem Termin habe ihr der Rentenberater erklärt, dass aufgrund der Beamtentätigkeit des Antragstellers in der Entscheidung auch dessen Beamtenversorgung aufgeführt sein müsse. Am 15.10.2019 habe sie sich diesbezüglich mit einer E-Mail an das LBV gewandt. Mit E-Mail vom

27.01.2020 habe ihr das LBV mitgeteilt, dass eine ehezeitliche Teilung der Anwartschaften im Rahmen des Scheidungsverfahrens nicht erfolgt sei. Die Klägerin meint, ihr sei der unterbliebene Ausgleich der beamtenrechtlichen Versorgungsanwartschaft nicht grob fahrlässig unbekannt geblieben, da sie als juristischer Laie keine Kenntnis davon gehabt habe, dass ihr Rechtsberater - der Beklagte - von dem üblichen rechtlichen Vorgehen abgewichen sei oder Maßnahmen nicht eingeleitet habe, die aus rechtlicher Sicht zur Vermeidung eines Schadens erforderlich gewesen seien.

[10] Die Klägerin beantragt:

[11] Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, an die Klägerin ab dem Zeitpunkt ihres Bezugs einer Alters- oder Erwerbsunfähigkeitsrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung, eine monatliche, bis zum ersten des Monats im Voraus zu entrichtende Rente in Höhe von 16,1893 Entgeltpunkten multipliziert mit dem dann aktuellen Rentenwert der gesetzlichen Rentenversicherung, nebst dem dann aktuellen Krankenversicherungszuschuss - aktuelle Höhe 7,95% - zu zahlen.

[12] Der Beklagte beantragt:

[13] Die Klage wird abgewiesen.

[14] Der Beklagte behauptet, er habe den sich aus der Anlage B1 ergebenden Versicherungsverlauf des Antragstellers in der Deutschen Rentenversicherung seinerzeit an die Klägerin weitergeleitet und ausdrücklich nachgefragt, ob ihr noch sonstige Altersversorgungen ihres Ehemannes bekannt seien. Diese Anfrage sei seitens der Klägerin unbeantwortet geblieben.

[15] Der Beklagte ist der Auffassung, eine etwaige Fehlerhaftigkeit des Scheidungsbeschlusses sei ihm nicht anzulasten, weil auch die Klägerin selbst im Scheidungstermin, in dem die einzelnen Versorgungsträger ausdrücklich besprochen worden seien, eine beamtenrechtliche Versorgung des Antragstellers nicht erwähnt habe. Er habe keinen Anlass gehabt, an der Richtigkeit des vom Familiengericht durchgeführten Versorgungsausgleichs zu zweifeln, da ihm eine beamtenrechtliche Versorgung des Antragstellers nicht mitgeteilt worden sei.

[16] Der Beklagte bestreitet die Richtigkeit der von der Klägerin zur Ermittlung der zu übertragenden Entgeltpunkte zugrunde gelegten wertbildenden Faktoren. Er meint, die Auskunft des LBV vom 07.09.2020 sei fehlerhaft, da diese keine sonstigen Rentenanwartschaften des Antragstellers berücksichtige.

[17] Des Weiteren hat der Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben. Er meint, aus den der Klägerin jährlich übermittelten

Renteninformationen hätte sich für diese unmissverständlich die fehlende Berücksichtigung beamtenrechtlicher Anwartschaften des Antragstellers ergeben müssen. Ihr seien daher sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen spätestens seit 2014, als sie die zweite Rentenmitteilung erhalten habe, bekannt gewesen.

[18] Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf das schriftsätzliche Vorbringen der Parteien in der Akte nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 10.03.2022 verwiesen. Die Kammer hat die Akte des Amtsgerichts - Familiengericht - ... (Az. 4 F 154/12) beigezogen.

Aus den Gründen:

[19] Die zulässige Klage ist vollumfänglich begründet.

I.

[20] Die Klage ist zulässig. Insbesondere ist das für den Feststellungsantrag gem. § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche **Feststellungsinteresse** gegeben, weil der Grundsatz des Vorrangs der Leistungsklage vorliegend nicht greift. **Ein sofortiger Leistungsanspruch ist (nur) gegeben, wenn das Rentenversicherungsrecht dem Verletzten einen Weg zur Fortentrichtung von Beiträgen eröffnet, auf dem er in wirtschaftlich sinnvoller Weise einem späteren Rentennachteil vorbeugen kann. Wenn es hieran fehlt, bleibt der Verletzte mit seinem Ausgleichsanspruch für eine Rentenverkürzung auf die konkrete Schadensberechnung bei Eintritt des Versicherungsfalls angewiesen** (BGH, Urteil v. 15.04.2010, Az. IX ZR 223/07 = NJW 2010, 1961, beck-online).

[21] So liegt der Fall hier. Der Klägerin ist es ausweislich der Auskunft der Deutschen Rentenversicherung vom 30.04.2022 verwehrt, ihren Rentennachteil durch **Einzahlung eines** - vom Beklagten zu leistenden - **Einmalbetrages** zu beseitigen. Somit ist die Klägerin darauf angewiesen, eine künftige Leistungspflicht des Beklagten nach Maßgabe des dann geltenden Rentenwerts feststellen zu lassen.

II.

[22] Die Klage ist auch begründet. Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Feststellung seiner Schadensersatzpflicht in Gestalt der Zahlung einer monatlichen Rente, die einem Rentenwert von 16,1893 Entgeltpunkten entspricht, aus § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem anwaltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag, §§ 675, 611 BGB.

[23] Denn die aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag (hierzu nachfolgend unter 1.a)) folgenden Pflichten des Rechtsanwalts hat der Beklagte in mehrfacher Hinsicht verletzt (hierzu nachfolgend unter 1.b)), was er auch zu vertreten hat (hierzu nachfolgend unter 1.c)).

Diese Pflichtverletzungen haben zu einem kausalen und zurechenbaren Schaden (hierzu nachfolgend unter 1.d.)) in Höhe von 16,1893 Entgeltpunkten geführt, deren Anzahl sich aus der Teilung des hälftigen monatlichen Ausgleichsanspruchs der Klägerin durch den zum Zeitpunkt des Eheendes gültigen Rentenwert zu je einem Entgeltpunkt ergibt (hierzu nachfolgend unter 1.e)). Darüber hinaus ist der Anspruch auch nicht verjährt (hierzu nachfolgend unter 2.).

1.

a)

[24] Zwischen der Klägerin und dem Beklagten ist zur Wahrnehmung des Mandats im Rahmen der gerichtlichen Vertretung im Scheidungs- und Versorgungsausgleichsverfahren unstreitig ein Geschäftsbesorgungsvertrag nach §§ 675, 611 BGB zustande gekommen.

b)

[25] Der Beklagte hat seine **Pflichten aus dem Anwaltsvertrag** in mehrfacher Weise verletzt. Zum einen hat er es unterlassen, das Gericht darauf aufmerksam zu machen, dass die erforderliche **Auskunft beim Versorgungsträger noch nicht eingeholt** worden war, zum anderen hat er es **unterlassen, gegen den Beschluss des Amtsgerichts Beschwerde einzulegen**.

aa)

[26] Zunächst stellt es eine erhebliche Pflichtverletzung dar, dass der Beklagte nach Auskunftserteilung des Antragstellers vom 26.06.2012 nicht darauf hingewirkt hat, dass die Versorgungsausgleichsansprüche aus den beamtenrechtlichen Versorgungsanwartschaften im Scheidungsbeschluss berücksichtigt wurden.

[27] Der Rechtsanwalt muss den Mandanten grundsätzlich umfassend und möglichst erschöpfend belehren und die erforderlichen Schritte anraten, um Nachteile des Mandanten zu verhindern (BGH, Urteil v. 01.03.2007, Az. IX ZR 261/03, m.w.N. = NJW 2007, 2485, beck-online). Der um eine Beratung ersuchte Rechtsanwalt ist daher zu einer umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung verpflichtet und hat die Pflicht, den Mandanten vor möglichen Schädigungen zu bewahren (BGH, Urteil v. 08.12.1983, Az. I ZR 183/81 = BeckRS 1983, 1289). Er muss den Auftraggeber vor Nachteilen bewahren, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat der Anwalt seinem Mandanten den sichersten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant eine sachgerechte Entscheidung treffen kann; Zweifel und Bedenken, zu denen die Sachlage Anlass gibt, muss der Anwalt darlegen und mit seinem Auftraggeber erörtern (BGH, Urteil v. 20.10.1994, Az. IX ZR 116/93 = NJW 1995, 449, beck-online). Welche konkreten Pflichten sich aus diesem allgemeinen Grundsatz ergeben, bestimmt sich nach

dem erteilten Mandat und den Umständen des Einzelfalls (BGH, Urteil v. 07.10.2010, Az. IX ZR 191/09, m.w.N. = BeckRS 2010, 26827, beck-online).

[28] Nach diesen Maßstäben musste der Beklagte den **Fragebogen des Antragstellers zur Kenntnis nehmen und die Mitteilung des bestehenden Dienstverhältnisses nebst Angabe der Personalnummer des LBV zum Anlass nehmen, weitere Nachforschungen zu veranlassen**. Aus der Verknüpfung der mitgeteilten Berufstätigkeit unter Ziffer 3 - Realschullehrer beim Land Baden-Württemberg - und der Bejahung der Frage unter Ziffer 5 nach einer Anstellung im Beamtenverhältnis musste sich dem Beklagten aufdrängen, dass **möglicherweise zusätzliche beamtenrechtliche Versorgungsansprüche ausgleichspflichtig** sind, zumal einem sorgfältig beratenden und gewissenhaft prüfenden Rechtsanwalt schon die - angesichts der Lebensverhältnisse, der Zeiten der Berufsausübung und des jeweiligen Alters der Eheleute - im Saldo verhältnismäßig hohe Übertragung von Entgeltpunkten in der Deutschen Rentenversicherung zulasten des Versicherungskontos der Klägerin und zum Vorteil des Antragstellers hätte auffallen müssen. Bereits durch vorbereitenden Schriftsatz, spätestens aber im Termin zur mündlichen Verhandlung hätte der Beklagte daher darauf hinwirken müssen, dass sich das Familiengericht mit etwaigen beamtenrechtlichen Versorgungsansprüchen des Antragstellers befasst, diese einholt und zur Ausgleichung bringt.

bb)

[29] Darüber hinaus stellt es auch eine vorwerfbare Pflichtverletzung dar, den **Scheidungsbeschluss nicht auf etwaige Fehler überprüft** und der Klägerin **nicht zur Einlegung einer Beschwerde geraten** zu haben (§§ 58 ff. FamFG).

[30] Die Kammer hat dabei nicht übersehen, dass im **Versorgungsausgleichsverfahren der Amtsermittlungsgrundsatz** gilt. Denn gemäß § 26 FamFG hat das Gericht die zur Feststellung der entscheidungserheblichen **Tatsachen erforderlichen Ermittlungen von Amts wegen durchzuführen**. Da das Gericht auch in Verfahren der Zivilprozessordnung für den Inhalt seiner Entscheidung die volle Verantwortung trägt (vgl. BGH, Urteil vom 18.12.2008, Az. IX ZR 179/07, Tz. 8 = NJW 2009, 987, zitiert nach beck-online; vgl. BGH, Urteil vom 10.12.2015, Az. IX ZR 272/14, Rn. 7 = NJW 2016, 957, zitiert nach beck-online), muss dies erst Recht gelten, wenn - wie hier - der Beibringungsgrundsatz eingeschränkt ist und das Familiengericht von Amts wegen die erforderlichen Auskünfte einzuholen hat. Mit Rücksicht auf das auch bei Richtern nur unvollkommene menschliche Erkenntnisvermögen und die niemals auszuschließende Möglichkeit eines Irrtums ist es aber **Pflicht des Rechtsanwalts, nach Kräften dem Aufkommen von Irrtümern und Versehen des Gerichts entgegenzuwirken**. Dies

entspricht auch dem in § 1 Abs. 3 BORA zum Ausdruck gekommenen Selbstverständnis der Anwaltschaft (BGH, a.a.O.). **An dieser Verpflichtung des Rechtsanwalts ändert auch der Amtsermittlungsgrundsatz nichts.** Denn etwaige Versäumnisse des Gerichts schließen die Mitverantwortung des Rechtsanwalts für eigenes Versehen grundsätzlich nicht aus. **Der Verpflichtung, „das Rechtsdickicht zu lichten“, ist der Rechtsanwalt folglich nicht wegen der dem Gericht obliegenden Rechtsprüfung („iura novit curia“) enthoben** (BGH, a.a.O., Rn. 8). Der Rechtsanwalt ist somit auch im Versorgungsausgleichsverfahren dazu verpflichtet, alles vorzubringen, was die Entscheidung günstig beeinflussen kann.

[31] Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Beklagte vorliegend den Formularauskunftsbogen bereits mit Verfügung des Gerichts vom 02.07.2012 übermittelt bekommen hatte und somit frühzeitig Kenntnis von den Versorgungsanwartschaften des Antragstellers haben musste. Hat der Anwalt eine ihm übertragene Aufgabe nicht sachgerecht erledigt und auf diese Weise zusätzliche tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hervorgerufen, sind die dadurch ausgelösten Wirkungen ihm grundsätzlich zuzurechnen. **Folglich haftet er für die Folgen eines gerichtlichen Fehlers, sofern dieser auf Problemen beruht, die der Anwalt durch eine Pflichtverletzung erst geschaffen hat oder bei vertragsgemäßem Arbeiten hätte vermeiden müssen** (BGH, Urteil vom 10.12.2015, Az. IX ZR 272/14, Rn. 8, zitiert nach beck-online).

[32] Gerade vor dem Hintergrund, dass es der Beklagte unterlassen hatte, durch geeignetes schriftsätzliches Vorbringen auf die Einholung der Auskunft zu den beamtenrechtlichen Versorgungsansprüchen des Antragstellers hinzuwirken und angesichts des Umstands, dass er dies auch im Termin zur mündlichen Verhandlung trotz aktenkundigen Beamtenverhältnisses nicht zur Sprache gebracht hat, hätte er der Klägerin ungefragt zur **Einlegung eines Rechtsmittels gegen den Scheidungs- und Versorgungsausgleichsbeschluss raten müssen.** Bei gewöhnlichem Lauf der Dinge wäre dies in der Beschwerdeinstanz auch korrigiert und der Beschluss des Amtsgerichts insoweit abgeändert worden.

c)
[33] Das **Vertretenmüssen** des Beklagten wird **vermutet**, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB. Zu seiner Exkulpation hat der Beklagte nichts Durchgreifendes vorgebracht. Dabei lässt die Kammer dahinstehen, ob die Klägerin eine etwaige Anfrage des Beklagten, ob ihr noch weitere Altersversorgungen ihres Ehemannes bekannt seien, nicht beantwortet hat. Denn eine solche unterbliebene Mitteilung seitens der Klägerin wäre nicht geeignet, den Beklagten zu entlasten. **Zwar hat sich der Rechtsanwalt nur mit den tatsächlichen Angaben zu befassen, die zur pflichtgemäßen Erledigung des ihm übertrage-**

nen Auftrags zu beachten sind. Er braucht sich grundsätzlich nicht um die Aufklärung von Vorgängen zu bemühen, die weder nach den vom Auftraggeber erteilten Informationen noch aus Rechtsgründen in einer inneren Beziehung zu dem Sachverhalt stehen, aus dem der Mandant einen Anspruch gegen seinen Vertragspartner herleiten will (BGH, Urteil v. 07.02.2002, Az. IX ZR 209/00 = NJW 2002, 1413, m.w.N., beck-online). Vorliegend lagen dem Beklagten die erforderlichen Informationen aber bereits durch Beantwortung des Formularfragebogens vom 26.06.2012 vor, den er mit Verfügung des Familiengerichts vom 02.07.2012 übermittelt bekommen hatte. Aufgrund der darin angegebenen Personalnummer beim LBV war für den Beklagten **offenkundig, dass zusätzlich beamtenrechtliche Altersversorgungsansprüche des Antragstellers vorhanden sein müssen.** Damit bestand **kein weitergehendes Informationsbedürfnis** des Beklagten.

d)
[34] Die anwaltliche **Pflichtverletzung durch Unterlassen** hat den eingetretenen Schaden auch **zurechenbar** verursacht. Denn bei gewöhnlichem Lauf der Dinge ist davon auszugehen, dass das Amtsgericht, wäre der Hinweis des Rechtsanwalts auf die noch fehlenden Auskünfte rechtzeitig erfolgt, diese auch umgehend eingeholt hätte und so zu einer richtigen Entscheidung gelangt wäre.

[35] Es fehlt auch nicht an der **adäquat zurechenbaren Kausalität**, weil dem Amtsgericht hier ein - für sich genommen ebenso schadensgeeigneter - Fehler unterlaufen ist. Beruht ein Schaden haftungsrechtlich auf mehreren Ursachen, die von verschiedenen Personen gesetzt worden sind, so haften diese grundsätzlich als Gesamtschuldner. Zivilrechtlich wird in diesen Fällen nicht danach unterschieden, ob einzelne Ursachen wesentlicher sind als andere. **Soweit sich deshalb in der gerichtlichen Fehlentscheidung das allgemeine Prozessrisiko verwirklicht, das darin liegt, dass das Gericht bei ordnungsgemäßem Vorgehen trotz des Anwaltsfehlers richtig hätte entscheiden können und müssen, ist dem Anwalt der Urteilsschaden haftungsrechtlich zuzurechnen** (vgl. BGH, Urteil vom 18.12.2008, Az. IX ZR 179/07, Tz. 20, 21 = NJW 2009, 987, zitiert nach beck-online).

e)
[36] Aus dieser Pflichtverletzung ist der Klägerin der Höhe nach ein Schaden entstanden, der dem Gegenwert von 16,1893 Entgeltpunkten in der gesetzlichen Rentenversicherung entspricht. Diese berechnen sich wie folgt:

[37-41] (...)

2.
[42] Der Anspruch ist auch nicht verjährt. Die **Verjährung des Schadensersatzanspruchs** richtet sich nach den §§ 195, 199

BGB. Nach § 199 Abs. 1 BGB beginnt die regelmäßige dreijährige Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

[43] Für eine positive Kenntnis der Klägerin von den den Schadensersatzanspruch begründenden Umständen vor dem Jahr 2020, namentlich einer Kenntnis von der unterbliebenen Ausgleichung im familiengerichtlichen Verfahren, ist nichts ersichtlich. Die Kammer hat auch keine Veranlassung an der Darstellung der Klägerin, ihrem neuen Ehemann sei die unterbliebene Ausgleichung erst nach einem Gespräch Ende des Jahres 2018 und nach Sichtung der Scheidungsunterlagen aufgefallen, zu zweifeln. **Es ist durchaus nachvollziehbar und lebensnah, dass die Klägerin die Gründe des Scheidungsbeschlusses nach Erhalt nicht vollständig gelesen hat, geschweige denn als rechtlicher Laie daraus die richtigen Schlussfolgerungen gezogen hat.** Der Beklagte hat auch keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass die Klägerin anderweitig von der unterbliebenen Ausgleichung in Kenntnis gesetzt wurde.

[44] Eine **grobe Fahrlässigkeit** ist der Klägerin im Hinblick auf den **jährlichen Erhalt der Renteninformation** seit dem Jahr 2014 und der darin nicht aufgeführten Übertragung von Entgeltpunkten aus der Beamtenversorgung des Antragstellers ebenso **nicht anzulasten**.

[45] Grobe Fahrlässigkeit setzt einen objektiv schwerwiegenden und subjektiv nicht entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus. Grob fahrlässige Unkenntnis im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB liegt vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was jedem hätte einleuchten müssen. Ihm muss persönlich ein schwerer Obliegenheitsverstoß in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung vorgeworfen werden können (BGH, Urteil v. 21.02.2022, Az. VIa ZR 8/21, m.w.N. = BeckRS 2022, 6222, beck-online).

[46] Dabei bezieht sich die grob fahrlässige Unkenntnis ebenso wie die Kenntnis auf Tatsachen, auf alle Merkmale der Anspruchsgrundlage und bei der Verschuldenshaftung auf das Vertretenmüssen des Schuldners, wobei es auf eine zutreffende rechtliche Würdigung nicht ankommt. Ausreichend ist, wenn dem Gläubiger aufgrund der ihm grob fahrlässig unbekannt gebliebenen Tatsachen hätte zugemutet werden können, zur Durchsetzung seiner Ansprüche gegen eine bestimmte Person aussichtsreich, wenn auch nicht risikolos Klage zu erheben (BGH, a.a.O.).

[47] Den Geschädigten trifft dabei im Allgemeinen weder eine Informationspflicht noch besteht für ihn eine generelle Obliegenheit, im Interesse des Schuldners an einem möglichst frühzeitigen Beginn der Verjährungsfrist Initiative zur Klärung des Schadenshergangs oder der Person des Schädigers zu entfalten. Für die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger zur Vermeidung der groben Fahrlässigkeit zu einer aktiven Ermittlung gehalten ist, kommt es vielmehr auf die Umstände des Einzelfalls an. **Das Unterlassen von Ermittlungen ist nur dann als grob fahrlässig einzustufen, wenn Umstände hinzutreten, die das Unterlassen aus der Sicht eines verständigen und auf seine Interessen bedachten Geschädigten als unverständlich erscheinen lassen.** Für den Gläubiger müssen konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen eines Anspruchs ersichtlich sein und sich ihm der Verdacht einer möglichen Schädigung aufdrängen, ohne dass er zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts auf der Hand liegende Informationsquellen nutzt, die weder besondere Kosten noch nennenswerte Mühe verursachen (BGH, a.a.O.).

[48] Nach diesen Maßstäben musste die Klägerin nicht schon nach Erhalt der jeweiligen Renteninformationen Ermittlungen zum Umfang des Versorgungsausgleichs anstellen und sich aufgrund der darin fehlenden Angaben zu einer Übertragung von Entgeltpunkten auf ihr Versicherungskonto mit den zuständigen Stellen in Verbindung setzen und hierzu nähere Informationen der Rentenversicherungsträger bzw. der Versorgungskasse einholen. Zwar wird in den Renteninformationen der gesetzlichen Rentenversicherung regelmäßig auch über die Umsetzung des Versorgungsausgleichs informiert (vgl. nur OLG Saarbrücken, Urteil v. 11.10.2018, Az. 4 U 84/17 = BeckRS 2018, 30251). Ein schwerer Obliegenheitsverstoß in ihrer eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung kann hierin schon deshalb nicht gesehen werden, weil die Klägerin keine generelle Kenntnis davon haben musste, dass hierüber in den jährlichen Renteninformationen für gewöhnlich informiert wird. Eine taugliche Informationsquelle stellte die Renteninformation für die Klägerin nicht dar, da in ihrem Fall die Angaben zur Umsetzung des Versorgungsausgleichs aus der Beamtenversorgung des Antragstellers gerade nicht enthalten waren, weil eine solche Ausgleichung auch nicht durchgeführt worden war. Aus dem bloßen Schweigen der Renteninformation ergeben sich keine Verdachtsmomente, die Anlass zu aktiven Ermittlungen hätten geben können.

[49] Das Unterlassen einer noch früheren Nachforschung stellt sich somit aus Sicht eines verständigen und auf seine Interessen bedachten Geschädigten noch nicht als schlechthin unverständlich dar. **Anders mag der Fall liegen, wenn es sich um einen besonders fachkundigen Anspruchsberechtigten handelt, der sich beispielsweise als Sachbearbeiter einer Versorgungskasse dazu veranlasst sehen musste, nach Lage**

des Falles weitere Ermittlungen anzustellen (vgl. dazu OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 19.04.2017, Az. 4 B 15/15, Rn. 36 ff. = BeckRS 2017, 109672). Dass die Klägerin über solches Sonderwissen verfügt hätte, hat der Beklagte aber nicht aufgezeigt und ist auch sonst nicht ersichtlich.

[50] Die Verjährungsfrist hat daher erst mit Erhalt der E-Mail des LBV vom 27.01.2020 zu laufen begonnen. Erst ab Kenntnisnahme dieser Mitteilung musste die Klägerin die naheliegenden Überlegungen anstellen, dass es der Beklagte im familiengerichtlichen Verfahren pflichtwidrig unterlassen haben könnte, auf die Ausgleichung der beamtenrechtlichen Versorgungsansprüche hinzuwirken. Somit ist die dreijährige Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen.

[51] (...)

Rechtsanwaltshaftung

- Änderung der Rechtsprechung
- Online Entscheidungsdatenbanken
(*Thüringer OLG, Urt. v. 26.1.2024 – 9 U 364/18*)

Leitsätze

1. Zu den Beratungspflichten eines Rechtsanwalts bei Wegfall der Erfolgsaussicht eines Rechtsstreits nach Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung.
2. Einheitlichkeit des Streitgegenstandes einer Schadensersatzklage wegen anwaltlicher Beratungspflichtverletzung in Bezug auf die Einleitung und Fortführung eines aussichtslosen bzw. aussichtslos gewordenen Rechtsstreits.
3. Der Annahme der Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung steht es hier nicht entgegen, dass sich der Bundesgerichtshof in einschlägigen Urteilen in Parallelverfahren nicht ausdrücklich mit der Vereinbarkeit seiner Entscheidung mit dem Unionsrecht auseinandergesetzt hat.
4. Die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen eine letztinstanzliche Entscheidung rechtfertigt die Fortführung eines nach der einschlägigen Rechtsprechung der Fachgerichte aussichtslosen Rechtsstreits grundsätzlich nicht.
5. An der der anwaltlichen Beratung zugrunde zu legenden fehlenden Erfolgsaussicht der weiteren Rechtsverfolgung ändert auch die Tatsache nichts, dass die

Rechtsanwälte beim Bundesgerichtshof die Durchführung des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens in Parallelverfahren befürwortet haben.

6. Die aktuelle einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung hat ein auf das betroffene Rechtsgebiet spezialisierter Rechtsanwalt, der mit einer Vielzahl ähnlich gelagerter Verfahren mandatiert ist, im besonderen Maße zeitnah zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Beratung zu berücksichtigen. Er ist gehalten, sich über die online verfügbare Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs über die fortlaufende Rechtsprechung zu informieren.
7. Ein auf Kapitalanlagerecht spezialisierter Rechtsanwalt, der für die von ihm vertretenen Anleger massenhaft Güteanträge zur Hemmung der Verjährung gestellt hatte und bundesweit Klageverfahren betrieb, musste die Entwicklung der Rechtsprechung zu den Güteanträgen im besonderen Maße verfolgen. Dass im Jahr 2015 zahlreiche Revisions- bzw. Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren beim Bundesgerichtshof anhängig waren, bei denen (auch) die Hemmungswirkung von Güteanträgen gegenständlich war, musste einem auf diesem Feld tätigen Rechtsanwalt bekannt sein, so dass er die höchstrichterliche Entscheidung zu erwarten und zeitnah zur Kenntnis zu nehmen hatte. Dieser Zeitpunkt ist zum 30.09.2015 eingetreten.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin, ein Rechtsschutzversicherer, nimmt die beklagten Rechtsanwälte aus übergegangenem Recht ihrer Versicherungsnehmer, der Eheleute A. (im Folgenden: die Mandanten oder die Zeugen), auf Ersatz eines Kostenschadens in Anspruch. Der Schaden soll dadurch verursacht worden sein, dass die Beklagten für ihre Mandanten einen von vornherein aussichtslosen Rechtsstreit geführt bzw. fortgeführt haben.

[2-12] (...)

Aus den Gründen:

[13] Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§ 511 Abs. 1, 2 Nr. 1, §§ 517, 519, 520 ZPO). Sie hat teilweise Erfolg.

[14] Der Klägerin steht gegen die Beklagten aus übergegangenem Recht ein Schadensersatzanspruch wegen einer Pflichtverletzung aus Anwaltsvertrag in Höhe von 6.004,20 EUR zu (§ 280 Abs. 1, § 675 Abs. 1 BGB, § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG).

[15-18] (...)

[19] Soweit die Beklagten einer Klageänderung widersprochen haben, weil sie in dem Schadensersatzbegehren der Klägerin, das sich zumindest teilweise auf die Fortführung eines aussichtslos gewordenen Rechtsstreits gründet, einen anderen und im erstinstanzlichen Verfahren nicht rechtshängig gewordenen Streitgegenstand sehen, geht dieser Widerspruch ins Leere.

[20] Der von der Klägerin geltend gemachte Kostenschaden ist von dem Streitgegenstand ihrer ursprünglichen Klage, wie er sich aus den Mahnbescheiden vom 27.12.2016 und der Anspruchsbegründung vom 13.04.2017 ergibt, umfasst.

[21] a) Der von der Rechtskraft erfasste **Streitgegenstand** wird durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet, bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Zum Anspruchsgrund sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden und den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtung zu dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören, den der Kläger zur Stützung seines Rechtsschutzbegehrens dem Gericht vorträgt (vgl. st. Rspr. BGH, Urteil vom 22. Oktober 2013 – XI ZR 57/12 –, juris Rn. 15; vom 25. Oktober 2012 – IX ZR 207/11 –, juris Rn. 14). Vom Streitgegenstand werden damit alle materiell-rechtlichen Ansprüche erfasst, die sich im Rahmen des gestellten Antrags aus dem zur Entscheidung unterbreiteten Lebenssachverhalt herleiten lassen. Das gilt unabhängig davon, ob die einzelnen Tatsachen des Lebenssachverhalts von den Parteien vorgetragen worden sind oder nicht, und auch unabhängig davon, ob die Parteien die im Vorprozess nicht vorgetragenen Tatsachen des Lebensvorgangs damals bereits kannten und hätten vortragen können (vgl. Urteil vom 22. Oktober 2013 – XI ZR 57/12 –, juris Rn. 15).

[22] In dem Urteil vom 16.09.2021 (IX ZR 165/19) hat der Bundesgerichtshof dargelegt, dass **ein und derselbe Kostenschaden zwei unterschiedlichen, sich wechselseitig ausschließenden Streitgegenständen** unterfallen kann (dort Rn. 25, juris). Der Mandant kann behaupten, der Vorprozess wäre bei pflichtgemäßem Vorgehen des Anwalts gewonnen und ihm folglich keine Kostenpflicht auferlegt worden. Hier tritt der Kostenschaden neben den Schaden, der im Verlust der Hauptsache liegt. Zum anderen kann der Mandant geltend machen, der Anwalt habe den nicht gewinnbaren Vorprozess gar nicht erst einleiten oder fortführen dürfen (BGH, a.a.O.). Anders als die Beklagten meinen, liegen in der zweiten Alternative nicht nochmals zwei unterschiedliche Streitgegenstände, nämlich die Einleitung und die Fortführung des Rechtsstreits über mehrere Instanzen. Vielmehr bilden die Einleitung und die Fortfüh-

rung nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs erkennbar einen einheitlichen Streitgegenstand. Dies ergibt sich aus Randnummer 31 des Urteils, in der der Bundesgerichtshof ausdrücklich die Beratungspflicht über die Erfolgsaussichten über die Einleitung hinaus auf die Fortführung des Verfahrens ausweitet und insbesondere bei Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Ausgangslage die Beratung des Mandanten über diese Umstände verlangt.

[23] b) Der Einwand der Beklagten, diesem Verständnis stehe das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 13.03.2008 (IX ZR 136/07) entgegen, geht fehl. Denn im dortigen Verfahren war der Vorwurf an den beklagten Rechtsanwalt allein mit der Behauptung begründet worden, überhaupt Klage erhoben zu haben. Die erst mit der Revision vorgetragene mangelhafte Begründung dieser Klage, die zur Erfolglosigkeit des Rechtsstreits geführt hat, war zuvor nicht Gegenstand des Rechtsstreits gewesen (vgl. BGH, Urteil vom 13. März 2008 13.03.2008 – IX ZR 136/07 –, juris Rn. 24; dazu auch Urteil vom 22. Oktober 2013 – XI ZR 57/12 –, juris Rn. 25). Diese Konstellation liegt hier aber gerade nicht vor. Die Klägerin hat nämlich zu keinem Zeitpunkt vorgetragen, dass die Ausgangsverfahren bei einer pflichtgemäßen Prozessführung hätten gewonnen werden können.

[24] c) **Vielmehr beinhaltet die Behauptung der Klägerin, die Beklagten hätten den Prozess schon nicht führen bzw. fortführen dürfen, zugleich den impliziten Vortrag, dass an der Weiterführung des Rechtsstreits trotz Aussichtslosigkeit, die sich auch zu einem späteren Zeitpunkt ergeben kann, noch nach der Klageabweisung bzw. Berufungszurückweisung festgehalten wurde.** Einem Rechtsanwalt kommt nämlich die Verpflichtung zu, den **Rechtsstreit kontinuierlich** im Hinblick auf dessen Erfolgschancen zu **beobachten**. Es handelt sich insoweit nicht um immer wieder neu einsetzende Pflichten, sondern um eine dynamische, der Entwicklung des Rechtsstreits wie auch der Rechtsprechung folgende Verpflichtung (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 – IX ZR 165/19 –, juris Rn. 31; so auch: OLG Zweibrücken, Urteil vom 9. März 2023 – 4 U 97/22 –, juris Rn. 42, 44). Es handelt sich gerade nicht um einen anderen Lebenssachverhalt, denn die Pflicht, einen Rechtsstreit nicht bei Aussichtslosigkeit zu führen, setzt sich während des gesamten Rechtsstreits bis zu dessen rechtskräftigen Abschluss fort und kann auch mehrere Pflichtverletzungen umfassen. Von dieser Bestimmung des Streitgegenstands ist auch der Bundesgerichtshof (vgl. BGH, a.a.O.) ausgegangen, denn sonst hätte er die Revision hinsichtlich der Kosten, die nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18.06.2015 (III ZR 198/14) entstanden sind, also die im dortigen Verfahren geltend gemachten Kosten der Berufung und des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, zurückweisen müssen, weil es sich um einen anderen Streitgegenstand oder

um sich gegenseitig ausschließende Streitgegenstände handelt.

[25] d) Aber selbst wenn insoweit von zwei unterschiedlichen Streitgegenständen auszugehen wäre, weil eine neue Pflichtverletzung der Beklagten erst mit der Rechtsprechungsänderung durch den Bundesgerichtshof begründet worden sei, so hätte die Klägerin beide Pflichtverletzungen von Anfang an zum Gegenstand des Klageverfahrens gemacht (§ 260 ZPO). Ausdrücklich führt sie in der Anspruchsbegründung nämlich aus, dass die Beklagten nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18.06.2015 (III ZR 198/14) pflichtwidrig Berufung eingelegt haben bzw. die Berufung nicht zurückgenommen haben. Dementsprechend macht sie auch den danach durch die Durchführung des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens entstandenen Kostenschaden mit der Anspruchsbegründung geltend. Damit hat sie bereits mit der Anspruchsbegründung schlüssig behauptet, dass auch diese Pflichtverletzung für den Kostenschaden ursächlich sein soll. Sich gegenseitig ausschließende Streitgegenstände liegen dabei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ebenfalls nicht vor (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 – IX ZR 165/19 –, juris Rn. 25).

[26] 3. Die Schadensersatzansprüche der Mandanten gegen die Beklagten wegen einer Pflichtverletzung aus Anwaltsvertrag gemäß § 280 Abs. 1, § 675 Abs. 1 BGB sind gemäß § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG auf die Klägerin übergegangen (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 – IX ZR 165/19 –, juris Rn. 15 ff.). Die Klägerin hat den Mandanten, ihren Versicherungsnehmern, den Schaden ersetzt, indem sie entsprechende Leistungen aus dem Versicherungsvertrag erbracht hat. Die Geltendmachung der Schadensersatzansprüche durch die Klägerin verstößt nicht gegen Treu und Glauben (vgl. BGH, a.a.O. Rn. 22).

[27] 4. Die Beklagten haben die ihnen zukommenden Pflichten aus dem Anwaltsvertrag mit ihren Mandanten B. verletzt, weil sie sie vor der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Gera am 11.07.2016 nicht zum Wegfall der Erfolgsaussichten ihrer Klage beraten und nicht von der Einlegung dieses Rechtsmittels abgeraten haben.

[28] a) **Ein Rechtsanwalt ist grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Beratung des Auftraggebers verpflichtet** (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 – IX ZR 165/19 –, juris Rn. 27). Unkundige muss er über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren. In den Grenzen des Mandats hat er dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziel zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken

aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist (BGH, a.a.O. Rn. 27, juris). Ziel der anwaltlichen Rechtsberatung ist es danach, dem Mandanten eigenverantwortliche, sachgerechte (Grund-)Entscheidungen („Weichenstellungen“) in seiner Rechtsangelegenheit zu ermöglichen. Dazu muss sich der Anwalt über die Sach- und Rechtslage klarwerden und diese dem Auftraggeber verständlich darstellen (BGH, a.a.O. Rn. 28). Auch im Blick auf die Erfolgsaussichten eines in Aussicht genommenen Rechtsstreits geht es darum, den Mandanten in die Lage zu versetzen, eigenverantwortlich seine Rechte und Interessen zu wahren und eine Fehlentscheidung in seinen rechtlichen Angelegenheiten vermeiden zu können. Aufgrund der Beratung muss der Mandant in der Lage sein, Chancen und Risiken des Rechtsstreits selbst abzuwägen. Hierzu reicht es nicht, die mit der Erhebung einer Klage verbundenen Risiken zu benennen. Der Rechtsanwalt muss auch das ungefähre Ausmaß der Risiken abschätzen und dem Mandanten das Ergebnis mitteilen (BGH, a.a.O. Rn. 29). **Zwar besteht keine mandatsbezogene Pflicht, einen von Anfang an aussichtslosen Rechtsstreit nicht zu führen, jedoch muss der Rechtsanwalt seiner Pflicht zur Beratung des Mandanten über die Erfolgsaussichten des in Aussicht genommenen Rechtsstreits genügen** (vgl. BGH a.a.O. Rn. 26). Ist danach eine Klage praktisch aussichtslos, muss der Rechtsanwalt dies klar herausstellen. Er darf sich nicht mit dem Hinweis begnügen, die Erfolgsaussichten seien offen. Vielmehr kann der Rechtsanwalt nach den gegebenen Umständen gehalten sein, von der beabsichtigten Rechtsverfolgung ausdrücklich abzuraten (BGH a.a.O. Rn. 29 m.w.N.).

[29] Bei der Beratung kommt der **aktuellen einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung** überragende Bedeutung zu (BGH a.a.O. Rn. 30). Diese hat ein auf das betroffene Rechtsgebiet spezialisierter Rechtsanwalt, der mit einer Vielzahl ähnlich gelagerter Verfahren mandatiert ist, im besonderen Maße zeitnah zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Beratung zu berücksichtigen. Der Rechtsanwalt hat seine Hinweise, Belehrungen und Empfehlungen in der Regel an dieser Rechtsprechung auszurichten, dies sogar dann, wenn er diese für unzutreffend hält (BGH a.a.O. m.w.N.). Seine Pflicht, den Mandanten über die Erfolgsaussichten eines in Aussicht genommenen Rechtsstreits aufzuklären, endet nicht mit dessen Einleitung (vgl. BGH a.a.O. Rn. 31). Verändert sich die rechtliche oder tatsächliche Ausgangslage im Laufe des Verfahrens, muss der Rechtsanwalt seinen Mandanten über eine damit verbundene Verschlechterung der Erfolgsaussichten aufklären (BGH a.a.O.). Dies kommt in Betracht, wenn eine zu Beginn des Rechtsstreits noch ungeklärte Rechtsfrage in einem Parallelverfahren höchstrichterlich geklärt wird und danach das Rechtsschutzbegehren des Mandanten keine Aussicht auf Erfolg mehr hat. In dieser Situation hat er von einer Fortführung der Rechtsverfolgung abzuraten (BGH a.a.O.).

[30] Über die Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung hat der Tatrichter zu befinden (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 – IX ZR 165/19 –, juris Rn. 40). Ausgangspunkt der Beurteilung ist die Sach- und Rechtslage im **Zeitpunkt der bei pflichtgemäßem Handeln des Rechtsanwalts** zu erteilenden Beratung. Die Annahme der Aussichtslosigkeit unterliegt hohen Anforderungen. Die Rechtsverfolgung muss aus der maßgeblichen Sicht ex ante aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen objektiv aussichtslos gewesen sein. Dies kommt etwa in Betracht, wenn eine streitentscheidende Rechtsfrage höchstrichterlich abschließend geklärt ist. Regelmäßig ist dies dann der Fall, wenn eine einschlägige Entscheidung ergangen ist. Auch dann können aber im Schrifttum geäußerte Bedenken, mit denen sich die Rechtsprechung noch nicht auseinandergesetzt hat, Veranlassung zu der Annahme geben, die Rechtsprechung werde noch einmal überdacht. Die niemals auszuschließende Möglichkeit einer zugunsten des Mandanten ergehenden Fehlentscheidung steht der Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung indes nicht entgegen (vgl. BGH a.a.O.).

[31] Das Recht des Mandanten, nach entsprechender Beratung durch den Rechtsanwalt eigenverantwortlich über die Einleitung und Fortführung der Rechtsverfolgung zu entscheiden, wird durch eine bestehende Rechtsschutzversicherung nicht berührt (BGH a.a.O. Rn. 33, juris).

[32] b) Gemessen an diesen Grundsätzen waren die Beklagten verpflichtet gewesen, vor der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Gera am 11.07.2016 zur Rücknahme der Klage zu raten, weil diese infolge des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 18.06.2015 (III ZR 198/14) praktisch aussichtslos geworden war und die Beklagten ihre Beratung mit dem 30.09.2015 danach hätten ausrichten müssen. Im vorliegenden Rechtsstreit kommt hinzu, dass nach dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 28.01.2016 (III ZB 88/15), der am 23.02.2016 auf der Homepage des Bundesgerichtshofs veröffentlicht wurde, weiträumig vor dem Termin vor dem Landgericht eine höchstrichterliche Entscheidung vorlag, die einerseits den von den Beklagten formulierten Güteantrag und andererseits eine Auseinandersetzung mit unionsrechtlichen Fragen enthielt. Die rechtliche Einschätzung der Beklagten, dass über den 30.09.2015 bzw. den 28.01.2016 hinaus weiterhin Erfolgsaussichten bestanden hätten, war objektiv unzutreffend, für einen sorgfältig arbeitenden Rechtsanwalt erkennbar und damit pflichtwidrig.

[33] Ausgangspunkt des Vorprozesses war ein von den Beklagten am 29.12.2011 für die Mandanten gefertigter Güteantrag, mit dem die Verjährung von Ansprüchen wegen der Verletzung von Beratungspflichten vor Abschluss einer Beteiligung an dem „S. GmbH & Co. KG“ gehemmt werden sollte (vgl. Anlage K 3). Die Beklagten reichten diesen „Antrag auf außergerichtliche Streitschlichtung“ bei der Gütestelle

Rechtsanwalt D. in L. ein. Dieser Güteantrag vermochte die Verjährung nicht zu hemmen, so dass die Schadensersatzansprüche bereits vor der Klageerhebung im Jahr 2013 verjährt waren (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 28.01.2016 (III ZB 88/15); Beschluss vom 18. August 2016 – III ZR 336/15 – juris; Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 5. Juli 2019 – 4 U 359/18 –, juris Rn. 57).

[34] Der Vorprozess begann im Juni 2013 mit der Klage gegen die S. Deutschland GmbH (im Folgenden: S. L.) zum Landgericht G. (4 O 658/13), vor dem am 11.07.2016 die mündliche Verhandlung erfolgte und das mit Urteil vom 22.08.2016 die Klage abwies (vgl. Anlage K 6).

[35] Gegen das Urteil des Landgerichts G. legten die Beklagten im Auftrag der Mandanten Berufung beim Thüringer Oberlandesgericht (5 U 663/16) ein. Das Thüringer Oberlandesgericht erließ am 01.02.2017 einen Hinweisbeschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO und nach Verlängerung der Frist zur Stellungnahme am 09.05.2017 einen Zurückweisungsbeschluss nach dieser Vorschrift (vgl. Anlage K 16).

[36] Während des erstinstanzlichen Verfahrens, nämlich mit Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18.06.2015 (III ZR 198/14), änderte sich die Rechtsprechung zur Hemmungswirkung eines Güteantrags. Der Bundesgerichtshof stellte nunmehr erhöhte Anforderungen an eine Individualisierung des im Güteantrag geltend gemachten Anspruchs. Diesen Anforderungen wurde der Güteantrag vom 29.12.2011 nicht gerecht. Dass die weitere Rechtsverfolgung dadurch aussichtslos geworden war, mussten die Beklagten jedenfalls vor dem Termin am 11.07.2016 erkennen und ihre Mandanten zur Rücknahme der 2013 eingereichten Klage raten.

[37-72] Im Einzelnen: (...)

[73] Ein Rechtsberater ist verpflichtet, die höchstrichterliche Rechtsprechung zeitnah zur Kenntnis zu nehmen und seine Rechtsberatung daran auszurichten (vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2003 – IX ZR 54/02 –, juris Rn. 16; Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 5. Juli 2019 – 4 U 359/18 –, juris Rn. 113, Vill, in: Fischer/Vill/Fischer/Pape/Chab, Handbuch der Anwaltschaft, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 79). Dieser Zeitpunkt ist im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Anforderungen an Güteanträge bereits zum 30.09.2015 eingetreten.

[74] (1) Über die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich der Rechtsanwalt anhand von **amtlichen Sammlungen und einschlägigen Fachzeitschriften** zu informieren (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 2014 – IX ZR 199/13 –, juris Rn. 11). Ferner findet sich diese Rechtsprechung in Kommentaren,

Lehrbüchern und elektronischen Datenbanken (vgl. Vill, in: Fischer/Vill/Fischer/Pape/Chab, Handbuch der Anwaltshaftung, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 80). Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2010 hierbei bewusst offengelassen, ob bei einer fortschreitenden, einen einfachen, raschen und kostengünstigen Zugriff gestattenden Informationstechnologie in Zukunft strengere Anforderungen an die Kenntnis höchstrichterlicher Entscheidungen zu stellen sind (vgl. BGH, Urteil vom 23. September 2010 – IX ZR 26/09 –, juris Rn. 26).

[75] Ein auf Kapitalanlagerecht spezialisierter Rechtsanwalt war nach Auffassung des Senats gehalten, sich über die online verfügbare Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs über die fortlaufende Rechtsprechung zu informieren. Der Begriff der amtlichen Sammlung ist im Hinblick auf Entscheidungen des Bundesgerichtshofs nicht allein auf Druckwerke beschränkt. Vielmehr muss berücksichtigt werden, dass gerade angesichts der Entwicklung des allgemeinen Medienkonsums (vgl. Frees/Koch, Media Perspektiven 9/2015, S. 366 ff. zur ARD/ZDF-Onlinestudie 2015) und der zunehmenden Digitalisierung im Arbeitsbereich eine immer stärker werdende Verlagerung der Wahrnehmung höchstrichterlicher Rechtsprechung hin zu digitalen Angeboten erfolgt. **Dies gebietet es, dass nicht allein die Druckwerke amtlicher Sammlungen (BGHZ und BGHSt) als maßgebliches Erfassungsmittel der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in den Blick genommen werden müssen, sondern auch dessen online verfügbare Entscheidungsdatenbank, in der die seit dem 01.01.2000 ergangenen Entscheidungen veröffentlicht werden** (in diese Richtung bereits OLG München, Urteil vom 17. Juli 2007 – 4 UF 108/07 –, juris; Rott, in: Blocher/Heckmann/Zech, DGRI Jahrbuch 2016, 1. Aufl. 2017, Legal Tech aus Verbraucherperspektive, Rn. 43; ablehnend Heinemann, NZF 2015, 438, (441)). Die von Heinemann angeführten ablehnenden Stimmen von Fischer (AnwBl. 1993, S. 597 (599)) und Lange (DB 2003, S. 869 (871)) betreffen jeweils Zeiträume, in denen die digitale Recherche und allgemein die Internetnutzung noch nicht derart stark ausgeprägt waren wie 2015. So nutzten 1997 gerade einmal 6,5 % der Deutschen das Internet und im Jahr 2000 28,6 %. Seitdem hat sich die zumindest gelegentliche Internetnutzung auf 79,5 % im Jahr 2015 deutlich gesteigert (im Einzelnen: Frees/Koch, Media Perspektiven 9/2015, S. 366 f.). Dabei geht es, anders als Heinemann (in: Vollkommer/Greger/Heinemann, Anwaltshaftung, 5. Auflage 2021, § 11 Rn. 19 ff., 28) meint, nicht darum, dem Anwalt letzten Endes eine (insbesondere zeitlich) unbegrenzte Überwachungspflicht solcher Quellen aufzugeben, sondern eine vom ihm geforderte Informationsbeschaffung an die sich weiter entwickelnden Medien und Informationsquellen anzupassen. **Gerade bei der Online-Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs handelt es sich um eine einfach zugängliche und kostenfreie Recherchemöglichkeit, die nach Ansicht des Senats ein Äquivalent**

zu der gedruckten amtlichen Sammlung darstellt. Ihr kommt die für amtliche Sammlungen kennzeichnende besondere Autorisierung vor.

[76] Zwar ist von einem Rechtsanwalt grundsätzlich nicht zu erwarten, dass er sämtliche Entscheidungen in dieser Datenbank durchsieht. Jedoch besteht zumindest die **Pflicht, die für seinen konkreten Tätigkeitsbereich als „Leitsatzentscheidungen“ in der Datenbank benannten Entscheidungen zeitnah zur Kenntnis zu nehmen.** Für den Fall, dass der Tätigkeitsbereich des Rechtsanwalts auf einen eng zugeschnittenen Rechtsbereich begrenzt ist, kann sich die Verpflichtung derart steigern, dass er auch darüberhinausgehende Entscheidungen des für seinen Tätigkeitsbereich zuständigen Senats des Bundesgerichtshofs zur Kenntnis zu nehmen hat. Dies wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn er massenhaft Verfahren zu vergleichbaren Sachverhalts- und Rechtsfragenkonstellationen betreibt. Gerade in diesen Fällen ist eine besondere Sorgfalt für den Fall geboten, dass entscheidungserhebliche Rechtsfragen dieser Fälle bislang nicht geklärt sind. Insoweit hatte der Bundesgerichtshof schon bisher eine gesteigerte Pflicht zur Kenntnisnahme der Rechtsprechung der Instanzgerichte und des Schrifttums einschließlich der Aufsatzliteratur angenommen, soweit ein Rechtsgebiet auf Grund eindeutiger Umstände in der Entwicklung begriffen und neue höchstrichterliche Rechtsprechung zu erwarten ist (BGH, Urteil vom 25. September 2014 – IX ZR 199/13 –, juris Rn. 12; Urteil vom 21. September 2000 – IX ZR 127/99 –, juris Rn. 49; OLG Düsseldorf, Urteil vom 16. Juli 2019 – I-23 U 180/18 –, juris Rn. 21).

[77] In welchen **Zeitabständen** ein Rechtsanwalt diese Quellen zu durchsuchen hat, ist dabei abhängig von dem ihm zur Kenntnisnahme zuzubilligenden Karenzzeitraum. Dem Rechtsanwalt muss zur Erfassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein **realistischer Toleranzrahmen** zugebilligt werden, wobei es hinsichtlich dessen Bestimmung auf die besonderen Umstände des Einzelfalls ankommt (BGH, Urteil vom 25. September 2014 – IX ZR 199/13 –, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 21. September 2000 – IX ZR 127/99 –, juris Rn. 49; Vill, in: Fischer/Vill/Fischer/Pape/Chab, Handbuch der Anwaltshaftung, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 81). Die grundsätzliche Karenzzeit von vier bis sechs Wochen (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 20. November 2001 – 23 U 20/01 –, juris; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 11. April 2013 – 11 U 80/12 –, juris Rn. 28) kann unter Umständen auch kürzer zu bemessen sein, soweit beispielsweise das Mandat eine höchstrichterlich noch nicht abschließend geklärte Rechtsfrage betrifft (vgl. Heinemann, in: Vollkommer/Greger/Heinemann, Anwaltshaftung, 5. Auflage 2021, § 11 Rn. 23 ff.).

[78] (2) Die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18.06.2015 (III ZR 198/14) wurde nach der amtlichen Auskunft des Bundesgerichtshofs am 06.07.2015 in die Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs eingestellt. Sie wurde danach in der Neuen Juristischen Wochenschrift, Heft Nr. 33 vom 13.08.2015, veröffentlicht (dort S. 2407 ff.). Die nachfolgenden Urteile des Bundesgerichtshofs vom 20.08.2015 (III ZR 373/14) und vom 03.09.2015 (III ZR 347/15) wurden am 10.09.2015 und am 22.09.2015 in die Datenbank eingestellt.

[79] (3) **Ein auf Kapitalanlagerecht spezialisierter Rechtsanwalt, der für die von ihm vertretenen Anleger massenhaft Güteanträge zur Hemmung der Verjährung gestellt hatte und bundesweit Klageverfahren betrieb, musste die Entwicklung der Rechtsprechung zu den Güteanträgen im besonderen Maße verfolgen.** Dass im Jahr 2015 zahlreiche Revisions- bzw. Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren beim Bundesgerichtshof anhängig waren, bei denen (auch) die Hemmungswirkung von Güteanträgen gegenständlich war, musste einem auf diesem Feld tätigen Rechtsanwalt bekannt sein, so dass er die höchstrichterliche Entscheidung zu erwarten und zeitnah zur Kenntnis zu nehmen hatte.

[80-110] (...)

[111] (2) **Die Möglichkeit, nach Erschöpfung des Rechtswegs eine Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht einzulegen, steht der Annahme der Aussichtslosigkeit der Verfahrenfortsetzung im hiesigen Vorprozess nicht entgegen.** Schon bei abstrakter Betrachtung dieser Möglichkeit, ist die Annahme selbst geringer Erfolgsaussichten fernliegend. Ferner teilt der Senat die Auffassung der Beklagten, ihre Mandanten hätte trotz der Aussichtslosigkeit das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesgerichtshof durchführen müssen, um sich den Weg für eine Verfassungsbeschwerde offen zu halten oder um die Durchführung anderer Verfassungsbeschwerdeverfahren abzuwarten, weil diese Erfolgsaussichten für sein Verfahren hätten begründen können, nicht.

[112] (...)

[113] (b) **Ein Rechtsanwalt ist nach Erschöpfung des Rechtswegs zwar grundsätzlich verpflichtet, den Auftraggeber über die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde aufzuklären** (vgl. Vill, in: Fischer/Vill/Fischer/Pape/Chab, Handbuch der Anwaltshaftung, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 256). Dies ist aber nur dann veranlasst, wenn der Rechtsweg von den ordentlichen Gerichten bereits abgeschlossen wurde und zu diesem Zeitpunkt Erfolgsaussichten für eine Verfassungsbeschwerde bestehen. Davon durften die Beklagten hier aber nicht ausgehen. Der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vom

18.06.2015 (III ZR 198/14) und den nachfolgenden Entscheidungen zu Güteanträgen lag weder eine willkürliche Rechtsanwendung zugrunde noch war eine Verletzung des Rechts auf Gewähr des rechtlichen Gehörs oder des Rechts auf den gesetzlichen Richter gegeben. Die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil vom 18.06.2015 wurde dementsprechend bereits mit Beschluss vom 10.09.2015 (1 BvR 1817/15) nicht zur Entscheidung angenommen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 10. September 2015 – 1 BvR 1817/15 –, juris).

[114] Soweit die Beklagten auf die Einlegung einer Verfassungsbeschwerde am 21.09.2017 gegen den in einem Parallelverfahren ergangenen Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 10.08.2017 (III ZR 37/17) verweisen, führt dies nicht zu einer anderen Beurteilung der Erfolgsaussichten. Denn auch diese Verfassungsbeschwerde wurde vom Bundesverfassungsgericht, wie auch andere Verfassungsbeschwerden gegen andere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu Güteanträgen, nicht zur Entscheidung angenommen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. November 2017 – 1 BvR 2137/17 –, Anlage BK 26 im Verfahren 9 U 348/18; Beschluss vom 10. September 2015 – 1 BvR 2072/15 –, juris). Zudem wurde diese Verfassungsbeschwerde erst nach Abschluss des Verfahrens ihrer Mandanten B. eingelegt.

[115-121] (...)

[122] (4) An der fehlenden Erfolgsaussicht der weiteren Rechtsverfolgung ändert auch die Tatsache nichts, dass die **Rechtsanwälte beim Bundesgerichtshof X. und Y.**, auch über den 29.09.2015 bzw. den 28.01.2016 hinaus die **Durchführung des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens** in anderen von den Beklagten betriebenen Verfahren **befürwortet** haben. Die Beklagten waren zunächst unabhängig von deren Tätigkeit in Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren verpflichtet, die Erfolgsaussichten der Klage zu prüfen (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 1989 – IX ZR 75/88 –, juris Rn. 8, vom 27. März 2003 – IX ZR 399/99 –, juris Rn. 19; OLG Zweibrücken, Urteil vom 9. März 2023 – 4 U 97/22 –, juris Rn. 41; Vill, in: Fischer/Vill/Fischer/Pape/Chab, Handbuch der Anwaltshaftung, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 257). Wie der Bundesgerichtshof ausgeführt hat, hätten die Streithelfer der Beklagten bei der objektiven Aussichtslosigkeit des Rechtsstreits allenfalls den gleichen Fehler begangen wie die Beklagten (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 – IX ZR 165/19 –, juris Rn. 46). Diese Frage ist jedoch nicht Gegenstand des hiesigen Verfahrens und von dem Senat nicht zu beurteilen.

[123] Damit steht fest, dass die Beklagten jedenfalls vor dem 11.07.2016 ihre ab dem 30.09.2015 gegenüber ihrem Mandanten bestehende Beratungspflicht verletzt haben, indem sie ihnen nicht von der weiteren Rechtsverfolgung abgeraten haben.

[124] 5. Die anwaltliche Pflichtverletzung beruht auf Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB). Insoweit haben sich die Beklagten nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu entlasten (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juni 1996 – IX ZR 106/95 –, juris Rn. 30; G. Fischer, in: Fischer/Vill/Fischer/Pape/Chab, Handbuch der Anwaltshaftung, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 50). Solchen Vortrag haben die Beklagten nicht gehalten. Die Beklagten hätten bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt die Pflichtwidrigkeit ihres Vorgehens erkennen und die sich daraus ergebenden Nachteile für ihre Mandanten vermeiden können. Ein Rechtsirrtum ist in der Regel zu vertreten (vgl. G. Fischer, a.a.O. Rn. 43). Er wird auch nicht dadurch entschuldigt, dass andere Rechtskundige möglicherweise denselben Fehler begangen haben (vgl. G. Fischer, a.a.O.). Jedenfalls dann, wenn – wie hier – eine mehrfach bestätigte höchstrichterliche Entscheidung vorliegt, ist von einem schuldhaften Irrtum auszugehen.

[125] 6. Der Senat geht davon aus, dass sich die Mandanten der Beklagten bei pflichtgemäßer Beratung gegen die Fortführung des Rechtsstreits entschieden hätten. Die schuldhafte Pflichtverletzung der Beklagten ist für den Schaden kausal geworden.

[126] a) Fällt dem Rechtsanwalt eine schuldhafte Verletzung der ihm obliegenden Beratungspflicht zur Last, kommt es darauf an, wie sich der Mandant im Falle pflichtgemäßer Unterweisung verhalten hätte. Diese Frage stellt sich im Rahmen der **haftungsausfüllenden Kausalität**, die der Anspruchsteller nach dem Maßstab des § 287 ZPO zu beweisen hat (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 – IX ZR 165/19 –, Rn. 35 f., juris). Zu Gunsten des Anspruchstellers ist jedoch zu vermuten, der Mandant wäre bei pflichtgemäßer Beratung den Hinweisen des Rechtsanwalts gefolgt, sofern im Falle sachgerechter Aufklärung aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahegelegen hätte. Eine solche Vermutung kommt hingegen nicht in Betracht, wenn nicht nur eine einzige verständige Entscheidungsmöglichkeit bestanden hätte, sondern nach pflichtgemäßer Beratung verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht gekommen wären, die unterschiedliche Vorteile und Risiken in sich geborgen hätten. Anders verhält es sich wiederum, wenn von einer objektiven Aussichtslosigkeit der (weiteren) Rechtsverfolgung auszugehen ist. Dann wirkt die **Vermutung beratungsgerechten Verhaltens** trotz des Bestehens einer bestandskräftigen Deckungszusage eines Rechtsschutzversicherers zugunsten des Geschädigten (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 – IX ZR 165/19 –, juris Rn. 39, juris). **In diesem Fall ist nämlich nicht mehr davon auszugehen, dass sogar ganz geringe Erfolgsaussichten einen rechtsschutzversicherten Mandanten dazu veranlassen könnten, den Rechtsstreit zu führen oder fortzusetzen.** Greift die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens ein, so liegt hierin

keine Beweislastumkehr, sondern ein Anscheinsbeweis, der durch den Nachweis von Tatsachen entkräftet werden kann, die für ein atypisches Verhalten des Mandanten im Falle pflichtgemäßer Beratung sprechen (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 – IX ZR 165/19 –, juris Rn. 36 m.w.N.).

[127-177] (...)

Wirtschaftsprüferhaftung

- Hinweis auf Insolvenzzreife
- Inhalt des Lageberichts
- Rangrücktrittsklausel

(*OLG München, Beschl. v. 11.8.2023 – 5 W 774/23 e*)

Leitsätze

1. Der Abschlussprüfer ist nicht verpflichtet, auf eine mögliche Insolvenzzreife der Gesellschaft hinzuweisen, wenn sich schon aus dem Inhalt des Lageberichts ergibt, dass die Insolvenzzreife von der Frage der rechtlich nicht geklärten Wirksamkeit von Rangrücktrittsklauseln abhängt.
2. Die Gewährung von Prozesskostenhilfe kann versagt werden, wenn der Antragsteller zwar für die beweisbedürftige Tatsache einen Zeugen benannt hat, eine entsprechende Aussage des Zeugen aufgrund der Umstände aber in jedem Fall unglaubwürdig wäre.

Zum Sachverhalt:

[1] Der Antragsteller begehrt als Insolvenzverwalter der ... (haftungsbeschränkt) & Co. KG die Bewilligung von Prozesskostenhilfe, um gegen die Antragsgegnerin als ehemalige Wirtschaftsprüferin der Insolvenzschuldnerin Haftungsansprüche wegen eines Insolvenzverschleppungsschadens geltend machen zu können.

[2] Hinsichtlich des Sachverhalts wird auf die Darstellung in Ziffer 1. des angefochtenen Beschlusses vom 22.05.2023 Bezug genommen.

[3] Das Landgericht Ingolstadt hat mit Beschluss vom 22.05.2023 den Antrag des Antragstellers auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt und zur Begründung ausgeführt, der Hauptantrag auf Feststellung scheitere bereits am fehlenden Feststellungsinteresse, zudem lägen sowohl bezüglich des Hauptantrags als auch bezüglich des Hilfsantrags keine hinreichenden Erfolgsaussichten vor. Eine Pflichtverletzung auf Seiten der Antragsgegnerin sei aufgrund des bislang vorgetragenen Sachverhalts nicht anzunehmen, ebenso liege ein

ausreichend nachvollziehbarer Sachvortrag des Antragstellers zur Kausalität einer eventuellen Pflichtverletzung nicht vor; schließlich sei ein etwaiger Schadensersatzanspruch infolge eines der Insolvenzschuldnerin analog § 31 BGB zuzurechnenden Mitverschuldens ihres Geschäftsführers nach § 254 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

[4] Der Beschluss wurde dem Antragsteller am 25.05.2023 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 23.06.2023, bei Gericht eingegangen am 26.06.2023, hat der Antragsteller sofortige Beschwerde eingelegt.

[5] Im Beschwerdeverfahren trägt der Antragsteller vor, es befänden sich eine Vielzahl von Gesellschaften der ...-Gruppe, die von privaten Anlegern Gelder mittels Nachrangdarlehen eingeworben hätten, in Insolvenz, und in all diesen Insolvenzverfahren erfolge eine Haftungsinsanspruchnahme des jeweiligen Steuerberaters und ggf. auch Wirtschaftsprüfers mit identischer Begründung. Im Verfahren 4 O 16132/22 vor dem Landgericht München I sei ebenfalls der PKH-Antrag des Insolvenzverwalters abgewiesen worden, das Oberlandesgericht München (15 W 526/23 e) habe jedoch den Beschluss aufgehoben und Prozesskostenhilfe bewilligt. Die Sachverhalte und Verfahren seien vollkommen identisch gelagert und sollten deshalb nicht unterschiedlich behandelt werden. Die Antragsgegnerin habe gegen ihre Warn- und Hinweispflichten verstoßen. Der BGH habe mit Urteil vom 06.12.2018 Nachrangklauseln in Darlehensvereinbarungen mit Verbrauchern de facto für unwirksam erklärt. Dies sei für die Antragsgegnerin spätestens mit Veröffentlichung der Entscheidung in juris am 22.03.2019, in Beck online am 26.03.2019 oder in der NJW am 09.05.2019 erkennbar gewesen. Der Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin hätte bei einem entsprechenden Hinweis der Antragsgegnerin, oder wenn der Jahresabschluss nicht testiert worden wäre, eine genaue Prüfung veranlasst und dann auch unverzüglich Insolvenzantrag gestellt. Dem Geschäftsführer sei nur die handelsbilanzielle Überschuldung bekannt gewesen, nicht jedoch die insolvenzrechtliche Überschuldung.

[6] Das Landgericht Ingolstadt hat der sofortigen Beschwerde mit Beschluss vom 27.06.2023 nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt. Das Vorbringen der Antragstellerseite im Beschwerdeschriftsatz vom 23.06.2023 enthalte kein neues sachliches oder rechtliches Vorbringen, zu dem sich das Gericht nicht bereits in dem angegriffenen Beschluss verhalten hätte. Die Antragstellerseite beschränke sich darauf, ihre eigene rechtliche Bewertung an die Stelle des Ausgangsgerichts zu stellen.

[7] Die Antragsgegnerin beantragt mit Schriftsatz vom 03.08.2023 die Zurückweisung der sofortigen Beschwerde und trägt vor, dass keine fehlerhaften Bilanzansätze vorgelegen hätten und der Antragsteller hierzu auch nicht vorgetragen

habe. Eine Warnhinweispflicht habe nicht bestanden, da der Insolvenzschuldnerin das Risiko, dass die von ihr verwendeten Nachrangklauseln unwirksam sein könnten, bekannt gewesen sei und sie auch gewusst habe, dass im Falle einer Unwirksamkeit eine mögliche Insolvenzreife vorliegen würde. Der BGH habe in seinem Urteil vom 06.12.2018 lediglich die Anforderungen zur Erfüllung des Transparenzgebotes konkretisiert. Die Antragsgegnerin habe keine eigene Einschätzung der Unwirksamkeit der Nachrangklauseln vorzunehmen gehabt, sondern habe zu beurteilen gehabt, ob die Einschätzung der Geschäftsleitung zur Fortführungsfähigkeit nachvollziehbar, schlüssig und widerspruchsfrei gewesen sei. Der Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin hätte bei einem Hinweis durch die Antragsgegnerin Rechtsgutachten bzw. rechtlichen Stellungnahmen eingeholt und wie nach den erstinstanzlichen Urteilen in der ... Gruppe geschehen daraufhin keinen Insolvenzantrag gestellt. Dass der Geschäftsführer auf diese rechtlichen Einschätzungen nicht hätte vertrauen dürfen, trage der Antragsteller nicht vor, so dass es bereits an einer schuldhaften Insolvenzverschleppung durch den damaligen Geschäftsführer mangelte und insoweit an einer haftungsausfüllenden Kausalität fehle, da sich der damalige Geschäftsführer rechtskonform dadurch verhalten habe, dass er seinerzeit gerade keinen Insolvenzantrag gestellt habe.

[8] Ergänzend wird auf den angefochtenen Beschluss des Landgerichts sowie die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

Aus den Gründen:

[9] 1. Die sofortige Beschwerde des Antragstellers ist zulässig, insbesondere statthaft (§ 127 Abs. 2 Satz 2 ZPO) und form- und fristgerecht eingelegt (§ 127 Abs. 2 Satz 3, § 569 Abs. 1 und 2 ZPO).

[10] 2. Die Beschwerde ist jedoch unbegründet, da die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet, § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Erfolgsaussicht setzt voraus, dass das Gericht den Rechtsstandpunkt der Prozesskostenhilfe begehrenden Partei auf Grund ihrer Sachdarstellung und der vorhandenen Unterlagen für vertretbar hält und von der Möglichkeit der Beweisführung überzeugt ist (Zöller/Schultzky, Zivilprozessordnung, 34. Auflage 2022, § 114 ZPO Rn. 22). Hinreichend bedeutet, dass der an die Erfolgsaussichten anzusetzende Maßstab nicht überspannt werden darf (ebenda, Rn. 23). Nach diesem Maßstab hat die intendierte Klage des Antragstellers keine Aussicht auf Erfolg, wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat.

[11] 2.1. Zunächst ist klarzustellen, dass der vom Antragsteller behauptete Gleichlauf mit Sachverhalt und Verfahren der Beschwerdeentscheidung des Oberlandesgerichts München, Az. 15 W 526/23 e, nicht vorliegt. Zum einen ist beklagte Partei im

dortigen Verfahren die ehemalige Steuerberaterin einer anderen Gesellschaft der ...-Gruppe und nicht die für diese Gesellschaft ebenfalls als Wirtschaftsprüferin tätige hiesige Antragsgegnerin. Zum anderen weist der Sachverhalt im hiesigen Verfahren zwei Besonderheiten auf: Einerseits wird vorliegend im Lagebericht ausdrücklich dargelegt, dass im Hinblick auf den nicht durch Vermögenseinlagen gedeckten Fehlbetrag zum 31.12.2018 eine „Überschuldung im Sinne der Insolvenzordnung aufgrund der Rangrücktrittsvereinbarungen in den der Gesellschaft gewährten Nachrangdarlehen nicht gegeben“ sei. Andererseits wurde die hiesige Antragsgegnerin durch den damaligen Geschäftsführer der hiesigen Insolvenzschuldnerin in seiner weiteren Funktion als Geschäftsführer der ... GmbH mit Schreiben vom 20.08.2020 (Anlagenkonvolut B8, Seite 1) darüber informiert, dass nach Erlass der beiden erstinstanzlichen Urteile gegen Gesellschaften der ...-Gruppe, die die dort jeweils verwendeten Nachrangklauseln gegenüber den Anlegern für unwirksam erklärt hatten, rechtsanwaltliche Stellungnahmen eingeholt worden seien, wonach diese Urteile fehlerhaft und die Nachrangklauseln wirksam seien, dass in beiden Fällen Berufung eingelegt worden sei und dass daher „weiterhin mit dem Ansatz der Wirksamkeit der Nachrangklauseln bilanziert“ worden sei. Die Gefahr divergierender Entscheidungen besteht daher nicht.

[12] 2.2. Mit dem Landgericht ist davon auszugehen, dass nach dem bisherigen Parteivortrag eine Pflichtverletzung der Antragsgegnerin nicht vorliegt und schon deshalb eine hinreichende Erfolgsaussicht nicht besteht.

[13] Der mit der Erstellung eines Jahresabschlusses für eine GmbH beauftragte Steuerberater hat die Mandantin auf einen möglichen Insolvenzgrund und die daran anknüpfende Prüfungspflicht ihres Geschäftsführers hinzuweisen, wenn entsprechende Anhaltspunkte offenkundig sind und er annehmen muss, dass die mögliche Insolvenzzureife der Mandantin nicht bewusst ist (BGH, Urteil vom 26.01.2017, Az. IX ZR 285/14, NJW 2017, 1611, 1616, Rn. 44 ff.). Das OLG Düsseldorf (Urteil vom 20.12.2018, Az. 10 U 70/18, NZI 2019, 757) hat eine **entsprechende Pflicht auch für Wirtschaftsprüfer** bejaht. Vorliegend scheidet eine Pflichtverletzung der Antragsgegnerin aber bereits deshalb aus, weil sie aufgrund der eindeutigen Formulierung im Lagebericht („Die Gesellschaft weist zum 31.12.2018 einen nicht durch Vermögenseinlagen gedeckten Fehlbetrag aus. Eine Überschuldung im Sinne der Insolvenzordnung ist aufgrund der Rangrücktrittsvereinbarungen in den der Gesellschaft gewährten Nachrangdarlehen nicht gegeben.“) davon ausgehen konnte, dass der **Geschäftsleitung das Insolvenzrisiko in Abhängigkeit von der Wirksamkeit der Rangrücktrittsklauseln** in den Nachrangdarlehen **bekannt** war. Soweit der Antragsteller vorträgt, der damalige Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin habe den Inhalt des Lageberichts nicht gekannt, dieser sei durch die Steuerberater

der Gesellschaft erstellt worden, ist dies vorliegend nicht relevant, da die Antragsgegnerin aufgrund der Unterschrift des Geschäftsführers ... vom 03.06.2019 unter dem Lagebericht und dem diesen abschließenden Absatz „Versicherung des gesetzlichen Vertreters“ (Anlage K 25, Seite 22) von einer Kenntnis des Geschäftsführers ausgehen musste.

[14] Hinsichtlich der erforderlichen Offenkundigkeit der Anhaltspunkte für eine mögliche Insolvenzzureife ist darüber hinaus auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts unter 3.3 des Beschlusses vom 22.05.2023 Bezug zu nehmen. Die Frage, in welcher Form qualifizierte Nachrangdarlehen auch gegenüber Verbrauchern wirksam sein können, ist - wie der Senat aus eigener Befassung mit dieser Rechtsfrage in anhängigen Verfahren weiß - bis heute nicht abschließend geklärt, zumal der BGH in seiner Entscheidung vom 06.12.2018 (Az. IX ZR 143/17, BGHZ 220, 280, NJW 2019, 1446) in Rn. 36 die Bedingungen aufzählt, die für eine hinreichende Transparenz einer solchen Klausel erfüllt sein müssen, was darauf schließen lässt, dass es aus Sicht des 9. Zivilsenats durchaus gegenüber Verbrauchern wirksame qualifizierte Nachrangvereinbarungen geben kann. Die Unwirksamkeit der von der Insolvenzschuldnerin verwendeten Nachrangklauseln war auch unter Zugrundelegung der genannten BGH-Entscheidung für die Antragsgegnerin nicht ohne Weiteres erkennbar.

[15] 2.3. Schließlich liegt eine hinreichende Erfolgsaussicht auch deshalb nicht vor, weil der Antragsteller trotz der ihn treffenden **Darlegungs- und Beweislast weder nachvollziehbar vorgetragen noch erfolgversprechend unter Beweis gestellt hat, dass die Geschäftsführung bei einem entsprechenden Hinweis der Beklagten umgehend**, jedenfalls nicht erst wie geschehen am 05.04.2022, **einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hätte**. Prozesskostenhilfe darf nach gefestigter Rechtsprechung des BVerfG dann versagt werden, wenn konkrete und nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Beweisaufnahme mit großer Wahrscheinlichkeit zum Nachteil des Antragstellers ausfallen würde (MüKoZPO/Wache, 6. Aufl. 2020, ZPO § 114 Rn. 58 mwN). Die herrschende Auffassung der Rechtsprechung der Fachgerichte, dass eine **Beweisantizipation in eng begrenztem Rahmen zulässig** ist, hat das BVerfG bereits mehrfach unbeanstandet gelassen (BVerfG NJW-RR 2004, 61, 62). Vorliegend hat der damalige Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin, der Zeuge ... , selbst nach den für die ...-Gruppe nachteiligen erstinstanzlichen Urteilen gegenüber zwei ebenfalls vom ihm als Geschäftsführer geleiteten Gesellschaften der ...-Gruppe keinen Insolvenzantrag gestellt, sondern stattdessen Rechtsgutachten erholt und auf deren Grundlage Berufung eingelegt und im Übrigen die von ihm geleiteten Gesellschaften der ...-Gruppe fortgeführt; der Antragsgegnerin hat er die Rechtsgutachten mit Schreiben vom 20.08.2020 (An-

lagenkonvolut B8, Seite 1) zugeleitet und mitgeteilt: „Wir haben daher bei allen ...-Festzinsprodukten weiterhin mit dem Ansatz der Wirksamkeit der Nachrangklauseln bilanziert.“ Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass bei Erteilung des vom Antragsteller geforderten Hinweises (oder bei Erteilung eines Versagungsvermerkes) durch die Antragsgegnerin seitens des Zeugen ... genauso verfahren worden wäre. Selbst wenn der Zeuge bei einer Einvernahme aussagen würde, dass er bei entsprechendem Hinweis umgehend einen Insolvenzantrag gestellt hätte, wäre dies vor dem Hintergrund des Anlagenkonvoluts B8 nicht glaubhaft. Letztlich ist dies jedoch ohnehin nicht entscheidend, da die Klage bereits mangels Pflichtverletzung der Antragsgegnerin keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat (siehe Ziffer 2.2.).

[16] Die sofortige Beschwerde war daher zurückzuweisen.

[17] (...)

Notarhaftung

- Belehrungspflicht über Steuerfolgen
- Kenntniszurechnung
- Kein Drittschutz durch § 18 GrEStG

(*OLG Frankfurt, Urt. v. 27.4.2022 – 4 U 224/21; nachgehend BGH, Beschl. .v. 27.4.2023 – III ZR 101/22, NZB zurückgewiesen*)

Leitsätze

1. Die Amtspflichten des Notars zur Rechtsbelehrung (§ 17 Abs. 1 BeurkG) und zur allgemeinen Betreuung der Beteiligten (§ 14 Abs. 1 BNotO) erstrecken sich in der Regel nicht auf die steuerlichen Folgen des zu beurkundenden Geschäfts. Etwas anderes gilt nur, wenn die Steuerfolgen das geplante Rechtsgeschäft unmittelbar berühren oder wenn der Notar nach den besonderen Umständen des Einzelfalls Anlass zu der Vermutung haben muss, einem Beteiligten drohe ein Schaden vor allem deswegen, weil er sich infolge mangelnder Kenntnis der Rechtslage der Gefahr nicht bewusst ist.
2. Ein Notar ist nicht verpflichtet, organisatorische Vorkehrungen zu treffen, aufgrund derer ihm der Inhalt jedweder Urkunden bei späteren Amtshandlungen gegenwärtig ist (Anschluss BGH, Beschluss vom 26. Februar 2009 - III ZR 135/08, Rn 2, juris).
3. Dem Notar ist die Kenntnis eines in der gleichen Kanzlei tätigen Notars zum Inhalt von Rechtsgeschäften, die dieser beurkundet hat, nicht zuzurechnen, denn jeder Notar ist nur allein Träger seines Amtes. Auch die

Kenntnis des gemeinsamen Kanzleimitarbeiters ist dem Notar nicht analog § 166 BGB zuzurechnen, wenn der Mitarbeiter das entsprechende Wissen nicht im Zusammenhang mit der Vorbereitung der durch den beklagten Notar beurkundeten Urkunde erlangt hat, sondern im Zusammenhang mit der Beurkundung eines anderen Rechtsgeschäfts durch einen anderen Notar derselben Kanzlei.

4. Die Pflichten des Notars aus § 18 GrEStG dienen nicht dem Schutz der Interessen der Urkundsbeteiligten. Sie haben keinen drittschützenden Charakter, sondern der Notar erfüllt insoweit ausschließlich eigene Pflichten gegenüber der Finanzverwaltung. Der potentiell steuerpflichtige Urkundsbeteiligte wird durch die Erklärungs- und Anzeigepflicht des Notars nach § 18 GrEStG nicht von einer eigenverantwortlichen Prüfung der steuerlichen Relevanz des Erwerbsvorgangs befreit (Anschluss an OLG Hamm, Urteil vom 15. September 2021 - I-11 U 5/21).

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin verlangt von dem beklagten Notar Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 73.110,92 € wegen einer behaupteten Amtspflichtverletzung im Zusammenhang mit der Beurkundung und dem Vollzug eines Anteilskaufvertrages, in dessen Folge sie mit Grunderwerbssteuer belastet worden ist.

[2] Wegen der Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

[3] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass dem Beklagten keine Amtspflichtverletzung zur Last falle. Den Notar treffe grundsätzlich keine Beratungspflicht hinsichtlich steuerrechtlichen Folgen des Rechtsgeschäfts. Etwas Anderes gelte nur dann, wenn der Notar im Zusammenhang mit dem beurkundeten Rechtsgeschäft über steuerrechtliche Fragen berate und dabei eine unrichtige, unklare oder nicht erkennbar unvollständige Auskunft erteile. Zudem könne den Notar eine Warnpflicht mit Blick auf die steuerrechtlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts treffen, wenn die Steuerpflicht Folge eines Gestaltungsvorschlages des Notars sei oder dieser erkenne, dass sich ein Beteiligter einer Steuerpflicht nicht bewusst sei. Im vorliegenden Fall habe der Beklagte ausdrücklich schon in den Urkundenentwurf aufgenommen, dass er keine steuerliche Beratung erteile. Unstreitig sei eine solche auch nicht erfolgt. Auch sei nicht vorgetragen, dass im vorliegenden Fall die Steuerpflicht Folge eines Gestaltungsvorschlags des Notars sei. Weiterhin lasse sich nicht fest-

stellen, dass der Beklagte erkannt habe, dass sich ein Teilnehmer einer Steuerpflicht nicht bewusst sei. So lasse sich schon nicht feststellen, dass dem Beklagten die Stellung der Klägerin als Alleingesellschafterin der X GmbH bekannt gewesen sei. Vielmehr sei die vorhergehende Beurkundung, aus der sich dieser Umstand ergeben habe, von einem anderen Notar, wenn auch aus der gleichen Kanzlei, vorgenommen worden. Dies führe jedoch nicht dazu, dass dem Beklagten solche Umstände bekannt waren oder bekannt sein mussten, weil ihm allenfalls Tatsachen aus seiner eigenen Tätigkeit zugerechnet werden könnten, es sei denn, dies wäre ihm ausdrücklich mitgeteilt worden, was jedoch nicht behauptet worden sei. Selbst wenn dem Notar die Absicht, den Grundbesitz alsbald zu veräußern, bekannt gewesen sei, führe dies nicht zu einer Hinweispflicht. Der Beklagte habe nicht von der Erforderlichkeit eines Hinweises ausgehen müssen. Der Klägerin sei schon aus dem Entwurf des Vertrages bekannt gewesen, dass der Beklagte von einer ausreichenden steuerlichen Beratung ausgegangen sei und er für sich selbst eine solche ausgeschlossen habe. Weder seitens der Klägerin noch der übrigen Beteiligten an der Beurkundung sei der Angabe wegen der anderweitig erfolgten steuerlichen Beratung widersprochen worden.

[4] Ein Anspruch ergebe sich auch nicht aus einer Verletzung der Anzeigepflicht nach § 18 GrEStG. Der Notar handle insoweit nicht in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Steuerpflichtigen im Sinne von § 378 Abs. 1 S. 1 AO. Auch handle der Notar nicht in Erfüllung der Anzeigepflicht des Steuerschuldners aus § 19 GrEStG und leiste diesem auch nicht bei der Erledigung seiner steuerlichen Angelegenheiten Hilfe, sondern erfülle eine eigene dem Finanzamt gegenüber bestehende Pflicht.

[5] Gegen das der Klägerin zu Händen ihrer Prozessbevollmächtigten am 9.8.2021 zugestellte Urteil hat sie am 6.9.2021 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 8.11.2021 mit einem am 13.10.2021 eingegangenen Schriftsatz begründet.

[6] Sie rügt, dass das Landgericht zu Unrecht eine Amtspflichtverletzung des Beklagten verneint habe, weil diesem im vorliegenden Fall keine erweiterte Belehrungspflicht wegen von allen Beteiligten mangels Kenntnis der Rechtslage nicht erkannter und nicht gewollter steuerlicher Auswirkungen des Geschäfts obliegen habe. Tatsächlich habe sich dem Beklagten die Grunderwerbsteuerpflicht und die Unkenntnis über diese steuerliche Gefahrenlage aufdrängen müssen, als der Vertragsentwurf im Beurkundungstermin hinsichtlich des Grundbesitzes abgeändert wurde. Spätestens zu diesem Zeitpunkt habe dem Beklagten klarwerden müssen, dass eine steuerliche Gefahrenlage entstehen könnte, weil sich in der Person der Klägerin unmittelbar nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG a.F. mehr als 95% der Anteile an der Y GmbH vereinigten und dadurch

eine Grunderwerbsteuerpflicht ausgelöst wurde. Der Beklagte habe im Beurkundungstermin nicht ohne weiteres davon ausgehen dürfen, dass die Klägerin auch zu dem geänderten Sachverhalt, nach dem die Y GmbH sehr wohl über Grundbesitz verfügte, steuerlich beraten worden sei. Auch habe sich für den Notar in dieser Situation aufdrängen müssen, dass sich die Parteien über den Anfall von Grunderwerbsteuer bei einem Geschäft, das die Übertragung von Geschäftsanteilen zum Gegenstand habe, nicht bewusst seien. Dies könne nicht als Allgemeinwissen bei Gesellschaftern unterstellt werden. Dem Beklagten sei in tatsächlicher Hinsicht positiv bekannt gewesen, dass die Klägerin die Alleingesellschafterin der X GmbH war. Dies ergebe sich aus der notariellen Urkunde vom 19.10.2018 (Anlage K3), wonach er hinsichtlich der X GmbH bestätigt habe, dass er das Handelsregister eingesehen habe. Aus der dort hinterlegten Gesellschafterliste sei zwanglos die Gesellschafterstellung der Klägerin zu erkennen gewesen. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, müsse sich der Beklagte jedenfalls das Wissen seines Notarfachangestellten Z als seines Wissensvertreters nach § 166 BGB analog zurechnen lassen. Jedenfalls dieser habe positive Kenntnis davon gehabt, dass die Klägerin Alleingesellschafterin der X GmbH war.

[7] Die Klägerin ist zudem der Auffassung, dass das Landgericht zu Unrecht eine drittschützende Wirkung der den Beklagten treffenden Pflicht aus § 18 Abs. 3 GrEStG verneint habe.

[8-14] (Anträge: ...)

[15] Er (*der Beklagte*) verteidigt das angefochtene Urteil und ist der Auffassung, dass das Landgericht zu Recht einen Verstoß des Beklagten gegen eine mögliche Warn- oder Hinweispflicht verneint habe. Abgesehen davon, dass die Klägerin in ihren erstinstanzlichen Schriftsätzen nicht dargetan habe, dass er positive Kenntnis von deren Alleingesellschafterstellung hinsichtlich der X GmbH gehabt habe, sei für ihn auch ein irgendwie gearteter steuerlicher Beratungsbedarf nicht erkennbar gewesen. Ein solcher sei durch den Inhalt der notariellen Urkunde (dort Ziff. 9) widerlegt und zudem auch durch den unstreitigen Gang der Beurkundung unter Berücksichtigung des vorausgegangenen Abstimmungsprozesses. Angesichts der Tatsache, dass die Klägerin schon mit E-Mail vom 17.10.2018 und auch in der Beurkundung selbst Widerspruch gegen den Inhalt der Urkunde erhoben habe, soweit es um den vermeintlich nicht vorhandenen Grundbesitz ging, aber nicht bezüglich der bereits erfolgten steuerlichen Beratung bezüglich der Auswirkungen des beurkundeten Geschäfts, habe der Beklagte davon ausgehen dürfen, dass eine steuerliche Beratung tatsächlich stattgefunden habe. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass es sich bei den beteiligten Gesellschaften ausnahmslos um Gesellschaften mit beschränkter Haftung, also Formkaufleute im Sinne von § 13 Abs. 1 GmbHG, gehan-

delt habe, bei denen die Angabe, bezüglich des Erwerbsgeschäfts bereits anderweitig steuerlich beraten zu sein, auch plausibel gewesen sei und durchaus nahegelegen habe.

[16] Eine Wissenszurechnung der Kenntnis von der Alleingesellschafterstellung der Klägerin an der X GmbH nach § 166 BGB analog berücksichtige nicht, dass jeder Notar selbst individuell Träger seines eigenen öffentlichen Amtes sei, so dass eine Wissenszurechnung im Hinblick auf Beurkundungsvorgänge verschiedener Notare über einen Notariatsmitarbeiter von vornherein nicht möglich sei. Auch habe die Klägerin keinen Beweis für ihre Behauptung angeboten, dass der Notariatsmitarbeiter Z überhaupt Kenntnis von der Alleingesellschafterstellung der Klägerin gehabt habe oder ihm eine solche bewusstgeworden sei. Der Beklagte selbst habe keinerlei Einblick in dem Beurkundungsvorgang vom 14.9.2018 des Notars Q gehabt. Der Beklagte verweist darauf, dass das von ihm im Vorfeld der streitgegenständlichen Beurkundung eingesehene Handelsregister nur die Vertretungsverhältnisse wiedergebe, wegen derer die Einsicht auch erfolgt sei, nicht aber die Gesellschafterstruktur.

[17] Auch sei der Auffassung des Landgerichts zu folgen, dass sich seine Haftung nicht auf Grundlage der Anzeigepflicht nach § 18 GrEStG ergeben könne. Er verweist insoweit auf die Entscheidung des BGH vom 21.11.1978 (Az.: VI ZR 227/77) zu § 2 GrEStDV.

Aus den Gründen:

[18] Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg.

[19] Die angefochtene Entscheidung beruht weder auf einer Rechtsverletzung im Sinne des § 546 ZPO, noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zulegenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 Abs. 1 ZPO). Das Landgericht hat zu Recht einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten aus § 19 Abs.1 S.1 BNotO mit der Begründung verneint, dass die Klägerin eine Amtspflichtverletzung des Beklagten nicht schlüssig dargelegt hat.

[20] 1. Der Klägerin steht gegen den Beklagten **kein Anspruch aus § 19 Abs.1 S.1 BNotO wegen eines unterlassenen Warnhinweises auf den möglichen Anfall von Grunderwerbssteuer wegen der Vereinigung von mehr als 95% der Geschäftsanteile** an der Y GmbH in der Hand der Klägerin infolge des Kauf- und Abtretungsvertrages vom 19.10.2018 zu.

[21] Die **Amtspflichten des Notars zur Rechtsbelehrung (§ 17 Abs. 1 BeurkG) und zur allgemeinen Betreuung der Beteiligten (§ 14 Abs. 1 BNotO) erstrecken sich in der Regel nicht auf die steuerlichen Folgen des zu beurkundenden Ge-**

schäfts. Die Pflicht nach § 19 BeurkG, auf das **Erfordernis einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts** (§ 22 GrEStG) hinzuweisen, bedeutet nicht, dass der Notar über den möglichen Anfall und die Höhe einer solchen Steuer oder steuersparende Gestaltungen zu unterrichten hätte. **Ausnahmsweise können die Amtspflichten des Notars allerdings auch Steuerfragen umfassen.** Im Rahmen seiner Pflicht zur Rechtsbelehrung hat der Notar die Beteiligten insoweit zu befragen und zu belehren, als es notwendig ist, um eine ihrem Willen entsprechende, rechtswirksame Urkunde zu errichten. Dabei sind sie über die rechtliche Tragweite ihrer Erklärungen und die Voraussetzungen für den Eintritt des beabsichtigten Rechtserfolges aufzuklären. **Diese Pflicht zur Belehrung über die rechtliche Tragweite des Geschäfts kann sich auf Steuerfolgen erstrecken, wenn sie das geplante Rechtsgeschäft unmittelbar berühren.**

[22] Eine dahingehende Belehrung kann dem Notar **ausnahmsweise auch im Rahmen seiner allgemeinen Betreuungspflicht obliegen.** Eine solche Pflicht besteht dann, wenn der Notar nach den besonderen Umständen des Einzelfalles - vor allem wegen der rechtlichen Anlage oder vorgesehenen Durchführung des Geschäfts - **Anlass zu der Vermutung haben muss, einem Beteiligten drohe ein Schaden vor allem deswegen, weil er sich infolge mangelnder Kenntnis der Rechtslage der Gefahr nicht bewusst ist.** Unter dieser Voraussetzung muss der Notar auch über die wirtschaftlichen Folgen des zu beurkundenden Geschäfts belehren (vgl. zum Ganzen BGH, Urteil vom 14. Mai 1992 - IX ZR 262/91 -, Rn. 39 - 42, juris mwN.; OLG Hamm, Urteil vom 15. September 2021 - I-11 U 5/21 -, Rn. 34, juris).

[23] Im vorliegenden Fall hätte der Beklagte nur dann Anlass zu der Vermutung haben können, der Klägerin drohe ein (Steuer-)Schaden in Form des Anfalls von Grunderwerbssteuer, dessen sie sich infolge mangelnder Kenntnis der Rechtslage nicht bewusst war, wenn er gewusst hätte, dass sie Alleingesellschafterin der X GmbH war und sich durch den von ihm beurkundeten Anteilskaufvertrag mehr als 95% der Geschäftsanteile an der Grundbesitz haltenden Y GmbH in ihrer Hand vereinigten.

[24] Der Beklagte hat allerdings bereits erstinstanzlich bestritten, entsprechende Kenntnis gehabt zu haben, und die Klägerin hat eine solche Kenntnis nicht nachgewiesen. Aus der Einsicht in das Handelsregister ergibt sich die entsprechende Kenntnis nicht, denn die Gesellschafter sind im Register selbst nicht eingetragen. Die Gesellschafterliste wird lediglich dem Handelsregister übersandt und dort in den Akten verwahrt.

[25] Die **Kenntnis des in der gleichen Kanzlei tätigen Notars Q,** welcher erst kurz vorher, am 14.9.2018 den Kauf der Ge-

sellschaftsanteile an der X GmbH durch die Klägerin beurkundet hatte, ist dem **Beklagten nicht zuzurechnen, denn jeder Notar ist nur allein Träger seines Amtes**. Auch die Kenntnis des Notarmitarbeiters Z, die von der Klägerin bereits erstinstanzlich behauptet wurde und vom Beklagten erstmals in der Berufungsinstanz bestritten wurde, ist dem Beklagten nicht analog § 166 BGB zuzurechnen. Denn der Mitarbeiter hat das entsprechende Wissen nicht im Zusammenhang mit der Vorbereitung der durch den Beklagten beurkundeten Urkunde erlangt, sondern im Zusammenhang mit der Beurkundung eines anderen Rechtsgeschäfts durch einen anderen Notar derselben Kanzlei.

[26] Den Beklagten traf auch **keine allgemeine Pflicht zur Nachforschung zu relevanten, im Notariat eventuell vorliegenden Altverträgen**. Ein Notar ist nicht verpflichtet, organisatorische Vorkehrungen zu treffen, aufgrund derer ihm der Inhalt jedweder Urkunden bei späteren Amtshandlungen gegenwärtig ist (BGH, Beschluss vom 26. Februar 2009 - III ZR 135/08 -, Rn. 2, juris). Zwar verlangt § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG, dass der Notar den Willen der Beteiligten erforschen und den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärung klar in der Niederschrift wiedergeben soll. Davon ist jedoch eine allgemeine Nachforschungspflicht für vergangene, möglicherweise relevante Vertragsvorgänge nicht umfasst. Anders kann es sich zwar dann verhalten, wenn ein Anlass zur Überprüfung bestand, weil dem Notar konkrete Anhaltspunkte für einen zuvor geschlossenen, auch für den aktuellen Vertrag relevanten Vertrag vorlagen (OLG Koblenz, Beschluss vom 10. August 2015 - 1 U 257/15 -, Rn. 7, juris). Dass dem Beklagten solche konkreten Anhaltspunkte bekannt gewesen wären, wird von der Klägerin aber nicht behauptet.

[27] Es kann daher dahinstehen, ob sich der Beklagte auf die seitens der Klägerin vor und bei der Beurkundung unwidersprochen gebliebene Passage in Ziff. 9 des Kauf- und Abtretungsvertrags mit dem Wortlaut: „Der Notar hat die Erschienenen nicht über die steuerlichen Auswirkungen dieser Vereinbarung belehrt. Sie sind insoweit steuerlich beraten. Der Notar wird von jeder Haftung freigestellt.“ berufen kann.

[28] 2. Der Klägerin steht gegen den Beklagten auch kein Anspruch aus §§ 19 Abs. 1 S. 1, 39 Abs. 4, 46 BNotO wegen der unterbliebenen Weiterleitung des Übertragungsvertrags vom 19.10.2018 nach dessen Beurkundung **innerhalb der Frist des § 18 GrEStG an das zuständige Finanzamt** zu.

[29] Soweit der Beklagte eigene Anzeigepflichten gegenüber der Finanzverwaltung aus § 18 GrEStG verletzt hat, kann die Klägerin hieraus keine Ansprüche herleiten. **Denn die seitens des Beklagten verletzte Amtspflicht hat in Bezug auf die**

Klägerin keinen drittschützenden Charakter. Natur und Zweck der hier in Rede stehenden Pflichten des Notars aus § 18 GrEStG dienen **nicht dem Schutz der Interessen des Urkundsbeteiligten**. Für die Pflicht des Notars, der Finanzverwaltung grunderwerbssteuerlich relevante Vorgänge anzuzeigen, **hat der Bundesgerichtshof dies ausdrücklich entschieden** (Urt. v. 21. November 1978, VI ZR 227/77, Rn. 16 - 20, juris, zu dem seinerzeit geltenden § 2 GrEStDV). **Die Aussage des BGH in der genannten Entscheidung, dass es sich bei dieser Pflicht um eine reine Beistandspflicht des Notars gegenüber der Finanzbehörde handelt und sie deshalb lediglich steuerlichen Zwecken dient und nicht dem Schutz der Steuerschuldner, weshalb sie dem Notar auch nicht außerdem den Beteiligten gegenüber obliegt, wird nicht durch die Ausführungen in Rn. 21 des Urteils entwertet**. Vielmehr führt der Bundesgerichtshof im Folgenden auch im Hinblick darauf, dass der in § 17 GrEStG a.F. vorgesehenen Fortfall der Grunderwerbsteuer bei nachträglicher Aufhebung eines Vertrages die ordnungsgemäße Anzeige voraussetzt und die pünktliche Erfüllung der gegenüber der Steuerbehörde bestehenden Beistandspflicht des Notars damit auch mittelbar die Interessen der Vertragsparteien berühren kann, unter Hinweis auf RGZ 134, 311, 324 ausdrücklich aus, dass die Interessen der Vertragsparteien durch die Anzeigepflicht nicht geschützt werden sollten. Ihre Verletzung kann infolgedessen auch nicht dazu führen, dass der beklagte Notar einer Vertragspartei die Grunderwerbsteuer ersetzen muss (BGH, a.a.O., Rn. 19, 20, juris). Erst danach wird ausgeführt, dass dies im Streitfall zudem letztlich dahinstehen könne, da das Berufungsgericht festgestellt habe, dass der Kläger keine Vertragsaufhebung gewollt habe, so dass selbst dann, wenn der beklagte Notar wegen einer etwaigen Vertragsaufhebung auch dem Kläger gegenüber verpflichtet gewesen wäre, den Vertragsschluss dem Finanzamt anzuzeigen, die Ersatzpflicht entfalle, weil dieser Fall, für den die Amtspflicht dann bestanden haben könnte, nicht eingetreten sei. Der Bundesgerichtshof hat damit seine Entscheidung auf zwei selbständig tragende Erwägungen gestützt, nämlich zum einen die fehlende Verletzung einer dem Notar gegenüber dem damaligen Kläger obliegenden Amtspflicht und zum anderen auf die fehlende Kausalität der ihm zur Last gelegten Amtspflichtverletzung, die aber schon zuvor verneint wurde. Angesichts der eindeutigen Aussagen in den vorhergehenden Randziffern kann die Entscheidung nicht dahingehend verstanden werden, dass der Bundesgerichtshof die Frage einer Amtspflichtverletzung durch den damals beklagten Notar und den Umfang des Schutzbereichs der Anzeigepflicht gegenüber der Finanzbehörde offenlassen wollte.

[30] Etwas Anderes ergibt sich auch nicht aus dem Wortlaut von § 16 Abs. 5 GrEStG, wonach die Möglichkeit der Aufhebung der Steuerfestsetzung nach den Absätzen 1 bis 4 nicht besteht, wenn einer der in § 1 Absatz 2 bis 3a GrEStG bezeichneten Erwerbsvorgänge rückgängig gemacht wird, der nicht

fristgerecht und in allen Teilen vollständig angezeigt (§§ 18 bis 20) war. Denn die Vorschrift nimmt ausdrücklich auch die eigene Anzeigepflicht des Steuerpflichtigen nach § 19 GrEStG in Bezug mit der Folge, dass sich die Klägerin durch die rechtzeitige eigene Anzeige die Möglichkeit der Aufhebung der Steuerfestsetzung hätte offenhalten können.

[31] Soweit der Notar die Anzeigepflicht gegenüber der Finanzbehörde aus § 18 GrEStG verletzt, steht allenfalls in Streit, ob die Regelung aus § 18 GrEStG gegenüber dem Fiskus dritt-schützend wirkt (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 15. September 2021 - I-11 U 5/21 -, Rn. 22 - 23, juris mwN.).

[32] Eine Haftung des Beklagten ergibt sich auch nicht wegen der Verletzung besonderer Vollzugspflichten aus § 53 BeurkG oder § 24 Abs.1 S.1 BNotO. § 53 BeurkG regelt die hier nicht in Rede stehende Verpflichtung des Notars, Urkunden an das Registergericht oder an das Grundbuchamt weiterzuleiten. Nach § 24 Abs. 1 S.1 BNotO haftet der Notar wegen der Verletzung selbständiger Vollzugstätigkeiten dann, wenn er solche Tätigkeiten übernommen hat. Dass der Beklagte gegenüber der Klägerin die Verpflichtung übernommen hat, den Vertrag zur Erfüllung der steuerlichen Obliegenheiten der Klägerin an die Finanzverwaltung weiterzuleiten, ist weder vortragen noch sonst aus der Akte ersichtlich. Die Klägerin trifft vielmehr nach § 19 GrEStG eine eigene Verpflichtung, steuerlich relevante Sachverhalte gegenüber der Finanzbehörde anzuzeigen, die sie nicht stillschweigend auf den Beklagten abwälzen kann. Der Notar erfüllt mit der Erklärung und Anzeige nach § 18 GrEStG vielmehr ausschließlich eigene Pflichten gegenüber der Finanzverwaltung. Ihm entstehen durch die Erklärungs- und Anzeigepflicht aus § 18 GrEStG gegenüber dem Urkundsbeteiligten keine Pflichten, insbesondere keine weiteren steuerlichen Beratungs- und Betreuungspflichten. Der potentiell steuerpflichtige Urkundsbeteiligte wird daher durch die Erklärungs- und Anzeigepflicht des Notars nach § 18 GrEStG nicht von einer eigenverantwortlichen Prüfung der steuerlichen Relevanz des Erwerbsvorgangs befreit. Dies entspricht auch der gesetzlichen Konzeption des GrEStG. Den Steuerschuldner trifft gem. § 19 GrEStG in den dort normierten Fällen eine eigene, nicht vom Notar zu erledigende Verpflichtung, die steuerlich relevanten Vorgänge der Finanzbehörde mitzuteilen. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Katalog der anzeigepflichtigen Rechtsgeschäfte nach § 18 und § 19 GrEStG nicht deckungsgleich ist und der Notar nicht verpflichtet ist, alle in Person des Steuerpflichtigen relevanten Erwerbsvorgänge anzuzeigen (vgl. § 19 Abs. 1 S. 2 GrEStG). **Die Anzeigepflicht des Urkundsbeteiligten nach § 19 GrEStG besteht deshalb unabhängig von und neben der Pflicht des Notars aus § 18 GrEStG.** Aus diesem Grund kann der Urkundsbeteiligte nicht darauf vertrauen, dass er seiner Pflicht aus § 19 GrEStG schon dann nachgekommen ist, wenn

der Notar seine Amtspflichten gegenüber der Finanzverwaltung erfüllt hat (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 15. September 2021 - I-11 U 5/21 -, Rn. 25, juris mwN.).

[33-35] (...)

Notarhaftung

- Allgemeine Geschäftsbedingungen
- Zweifel an deren Wirksamkeit
- Belehrung

(*OLG Celle, Urt. v. 1.2.2023 – 3 U 60/22*)

Leitsätze

1. Eine in einem Bauträgervertrag enthaltene Formular-klausel, wonach "mit der Prüfung der Abnahmereife ein vom zukünftigen Verwalter noch zu benennender Sachverständiger beauftragt wird und die Erwerber zur Abnahme verpflichtet sind, wenn der Sachverständige keine wesentlichen Mängel, die die Gebrauchsfähigkeit des Gemeinschaftseigentums beeinflussen, feststellt", begründet eine unangemessene Benachteiligung der Erwerber im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB und ist unwirksam.
2. Zu den Pflichten eines Notars gehört es, Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, an deren Wirksamkeit Zweifel bestehen können, einer näheren Prüfung zu unterziehen. Ergibt sich die Unwirksamkeit einer vertraglichen Klausel, muss der Notar die Vertragsparteien darauf hinweisen. Aber auch wenn sich die rechtliche Wirksamkeit einer Klausel nicht zweifelsfrei klären lässt, darf der Notar das Rechtsgeschäft erst dann beurkunden, wenn die Parteien nach Belehrung über die offene Rechtsfrage und das mit ihr verbundene Risiko auf der Beurkundung bestehen.
3. Bei einer Verletzung der seiner Prüfungs- und Belehrungspflicht hat der Notar dem Bauträger die Mängelbeseitigungskosten sowie sonstige Schäden zu erstatten, die dem Bauträger mangels erfolgter Abnahme aus der Geltendmachung berechtigter Gewährleistungs- oder Schadensersatzansprüche durch die Erwerber entstehen.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Feststellung seiner Haftung aus notarieller Amtspflichtverletzung in Anspruch.

[2] Die Klägerin errichtete auf dem Grundstück ... in H. durch die als Generalunternehmerin tätige Z. GmbH vier Wohngebäude mit insgesamt 41 Eigentumswohnungen, wobei die Bauvertragsparteien im Generalunternehmervertrag vom 5. Mai 2014 eine Gewährleistungsfrist von 5 Jahren und 3 Monaten vereinbarten.

[3] Die Klägerin veräußerte die Eigentumswohnungen mit notariellen Kaufverträgen, die in der Mehrzahl zu den im Antrag benannten UR-Nrn. von dem Beklagten beurkundet wurden. Unter anderem beurkundete der Beklagte am 18. Dezember 2013 zu seiner UR-Nr. 503/2013 einen Kaufvertrag, in dem es unter § 9 u.a. wie folgt heißt:

[4] § 9 Abnahme, Übergabe

[5] [...]

Die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums erfolgt nach vollständiger Fertigstellung.]

[6] *Mit der Prüfung der vollständigen Fertigstellung und der Abnahmefähigkeit wird ein vom zukünftigen Verwalter noch zu benennender Sachverständiger auf Kosten der Wohnungseigentümer beauftragt. Der Sachverständige soll eventuell noch ausstehende Restarbeiten und Mängel protokollieren. Die Feststellungen des Sachverständigen sind für die Verkäuferin und die Käufer verbindlich.*

[7] *Die Käufer sind zur Abnahme verpflichtet, wenn der Sachverständige keine wesentlichen Mängel, die die Gebrauchsfähigkeit des Gemeinschaftseigentums beeinflussen, feststellt.*

[8] *Die Verkäuferin und die Käufer sind berechtigt, an der Abnahme teilzunehmen. Die Käufer können stattdessen zwei Personen aus ihrer Mitte bevollmächtigen, die für sie die Abnahme durchführen und unter den vorgenannten Voraussetzungen die Abnahme erklären. [...]*

[9] Eine entsprechende Regelung fand sich in allen vom Antrag der Klägerin erfassten Kaufverträgen.

[10] Am 3. November 2015 fand aufgrund der vorgenannten Verträge eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums statt, die wie aus der Anlage K 7 ersichtlich protokolliert wurde. Die Abnahme erklärten „für die W.“ zwei Mitarbeiter der sie vertretenden D. F. mbH, nachdem auf der Grundlage der sachverständigen Begutachtung festgestellt worden war, dass keine wesentlichen, die Gebrauchsfähigkeit des Gemeinschaftseigentums beeinflussenden Mängel vorhanden waren. Die Beseitigung der festgestellten unwesentlichen Mängel wurde ausweislich des Abnahmeprotokolls bis zum 31. Januar 2016 angestrebt.

[11] Soweit der Beklagte zudem – u.a. unter dem 11. April 2017 zu seiner UR-Nr. 73/2017, wie aus der Anlage K 4 ersichtlich – weitere Kaufverträge als sog. Nachzüglerverträge beurkundete, ist die darin enthaltene modifizierte Abnahmeklausel zuletzt nicht mehr Gegenstand des Verfahrens.

[12] In einem Prozess vor dem Landgericht W. betreffend ein anderes Bauobjekt mit abweichender Abnahmeklausel wurde die Klägerin vom Gericht am 22. Januar 2021 darauf hingewiesen, dass diese Klausel nach § 307 BGB unwirksam sei, weil sie das Recht eines jeden Erwerbers, über die Abnahme selbst zu entscheiden, unangemessen einschränke.

[13] Mit Schreiben ihrer späteren Prozessbevollmächtigten vom 18. Januar 2021 forderte die Klägerin den Beklagten zur Abgabe einer Erklärung auf, dass er – der Beklagte – zur Erstattung der Schäden infolge der nach Auffassung der Klägerin unwirksamen Abnahmeklauseln verpflichtet sei. Der Beklagte verweigerte dies mit E-Mail vom 4. Februar 2021.

[14] Zur Begründung ihrer auf Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten und Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten gerichteten Klage hat die Klägerin – soweit in der Berufungsinanz noch von Interesse – die Auffassung vertreten, dass der Beklagte mit der Verwendung der Abnahmeklausel gegen die ihm obliegenden Amtspflichten verstoßen habe. Die Klausel sei gemäß § 307 BGB unwirksam, da mit ihr das Recht und die Pflicht zur Abnahme jedenfalls im Ergebnis durch einen „Abnahmezwang“ für die Erwerber an einen aus dem Lager der Verkäuferin stammenden bevollmächtigten Dritten übertragen worden sei. Die im Jahr 2015 durchgeführte Abnahme entfalte deshalb gegenüber den Erwerbern keine Wirkung. Hierauf habe der Beklagte bei Vertragsschluss hinweisen müssen. Eine Abnahme sei – anders als zum damaligen Zeitpunkt wegen der ausweislich des Protokolls nur unwesentlichen Mängel – derzeit nicht möglich, da noch „eine Vielzahl von Mängeln am Bauvorhaben zu beseitigen“ seien, weshalb die fünfjährige Gewährleistungsfrist gegenüber den Erwerbern noch nicht zu laufen begonnen habe. Mithin sei sie – die Klägerin – aufgrund der unwirksamen Klausel über Jahre gegenüber den Käufern zur Gewährleistung verpflichtet, ohne selbst die Generalunternehmerin in Regress nehmen zu können. Hätte der Beklagte hingegen eine wirksame Abnahmeklausel beurkundet oder ganz auf eine solche verzichtet, so hätte die Klägerin die Möglichkeit zur individuellen Abnahme gehabt und die Gewährleistungsfristen zwischen ihr und der Generalunternehmerin einerseits und ihr und den Erwerbern andererseits wären nicht auseinandergelaufen.

[15] Von den Pflichtverletzungen des Beklagten habe die Klägerin erst mit Zugang des Hinweisbeschlusses des Landgerichts W. Kenntnis erhalten.

[16] Der Beklagte hat sich gegen die Klage verteidigt und sowohl eine Pflichtverletzung als auch ein Verschulden und die Kausalität eines etwaigen Verstoßes für einen – ebenfalls bestrittenen – Schaden in Abrede genommen.

[17] Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands und der dort gestellten Anträge wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

[18] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat die Kammer – soweit im Berufungsverfahren von Interesse – ausgeführt, zwar falle dem Beklagten eine schuldhaftige Pflichtverletzung zur Last, weil die in § 9 des Vertrages vom 18. April 2013 verwendete Gutachterklausel gemäß § 307 BGB unwirksam sei. Diese Unwirksamkeit ergebe sich allerdings nicht aus dem Gesichtspunkt einer unzulässigen Delegation der Abnahme, weil der Sachverständige nur mit der Feststellung der Abnahmereife, nicht aber mit der Erklärung der Abnahme selbst betraut worden sei. Jedoch ergebe sich eine unangemessene Benachteiligung der Erwerber aus der veröffentlichten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unwirksamkeit obligatorischer Schiedsgutachterklauseln, die dem Beklagten hätte bekannt sein müssen. Die Pflichtverletzung sei jedoch nicht kausal für einen möglichen Schaden der Klägerin geworden. Nach dem Inhalt von § 9 des Vertrages vom 18. April 2013 sei unabhängig von der Wirksamkeit der Gutachterklausel jedenfalls eine individuelle Abnahme im Verhältnis zu allen Erwerbern notwendig gewesen, auf deren Erforderlichkeit sich die unwirksame Klausel nicht ausgewirkt habe.

[19] Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie zuletzt nur den Feststellungsantrag bezogen auf die Ursprungsverträge aus den Jahren 2103 bis 2015 weiterverfolgt. Im Übrigen – hinsichtlich der Nachzüglerverträge – hat die Klägerin ihre Berufung gegen das klageabweisende Urteil teilweise zurückgenommen.

[20-27] (...)

Aus den Gründen:

[28] Die zulässige Berufung der Klägerin hat in dem nach der teilweisen Berufungsrücknahme verbleibenden Umfang Erfolg. Die Klage ist insoweit zulässig (dazu nachfolgend unter 1.) und begründet (dazu nachfolgend unter 2.).

[29] 1. Die Klage ist mit dem zuletzt gestellten Antrag zulässig.

[30] a) Den vom Senat im Beschluss vom 9. September 2022 unter Ziffer 2.a) geäußerten Bedenken an der hinreichenden Bestimmtheit des Klageantrags gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hat die Klägerin mit der Neufassung des Antrags im Schriftsatz

vom 27. Oktober 2022 Rechnung getragen und nunmehr alle Verträge, aus denen die Klägerin Ansprüche gegen den Beklagten herleiten will, in den Antrag aufgenommen.

[31] b) Das vom Senat ebenfalls in dem o.g. Beschluss angesprochene Feststellungsinteresses gemäß § 256 Abs. 1 ZPO besteht ebenfalls.

[32] Steht – wie hier – nicht die Verletzung eines absoluten Rechtsguts, sondern „nur“ einer Norm zum Schutz des Vermögens im Raum, muss der Kläger schon für die Zulässigkeit der Klage eine Vermögensgefährdung substantiiert dartun (vgl. Zöller/ Greger, ZPO, 34. Aufl., § 256 Rn. 9 m.w.N.). Zwar dürfen die Anforderungen an den Klägervortrag in diesem Punkt nicht überspannt werden; erforderlich ist aber jedenfalls die Darlegung von Tatsachen, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden Schadens ergibt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juli 2018 – I ZR 274/16 –, Rn. 23, juris).

[33] Auf den Hinweis des Senats hat die Klägerin zuletzt im Schriftsatz vom 27. Oktober 2022 konkrete Umstände und Zahlen vorgetragen, die ihren drohenden Schaden begründen und beziffern. Dieser Vortrag ist jedenfalls für die Darlegung einer bloßen Vermögensgefährdung ausreichend. Der Umstand, dass die Klägerin nicht vorgetragen hat, dass sich die konkreten Vertragspartner der im Antrag genannten Verträge auf die Unwirksamkeit der Abnahmeklausel berufen, steht dem Interesse der Klägerin an einer zeitnahen Feststellung – etwa auch zum Ausschluss einer Verjährung – nicht entgegen.

[34] 2. In der Sache hat die Klage in dem noch verbleibenden Umfang Erfolg. Der Klägerin steht ein Anspruch aus § 19 BNotO zu wegen einer Amtspflichtverletzung des Beklagten – dazu nachfolgend a) –, die letzterer schuldhaft begangen hat – dazu nachfolgend b) – und die auch kausal für den behaupteten (möglichen) Schaden geworden ist – dazu nachfolgend c) und d) –.

[35] a) Der Beklagte hat bei der Beurkundung der im Antrag genannten Kaufverträge aus 2013 bis 2015 die ihm obliegende Hinweis- und Belehrungspflicht aus § 17 Abs. 1 BeurkG i.V.m. § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO verletzt.

[36] aa) Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG hat der Notar den Willen der Beteiligten zu erforschen, den Sachverhalt zu klären und über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren. Damit soll gewährleistet werden, dass die zu errichtende Urkunde den Willen der Parteien vollständig sowie inhaltlich richtig und eindeutig wiedergibt. Demzufolge hat der Notar die Beteiligten über die rechtliche Bedeutung ihrer Erklärungen sowie die Voraussetzungen für den Eintritt der bezweck-

ten Rechtsfolge in dem Umfang zu belehren, wie es zur Errichtung einer dem wahren Willen entsprechenden rechtsgültigen Urkunde erforderlich ist. Bestehen Zweifel, ob das Geschäft dem Gesetz oder dem wahren Willen der Beteiligten entspricht, sollen die Bedenken mit den Beteiligten erörtert werden (§ 17 Abs. 2 Satz 1 BeurkG). Der Notar hat dabei in allen Phasen seiner Tätigkeit den sichersten Weg zu gehen, das heißt den Beteiligten zur sichersten Gestaltung zu raten und dafür zu sorgen, dass ihr Wille diejenige Rechtsform erhält, die für die Zukunft Zweifel ausschließt (vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 2016 – III ZR 159/15 –, Rn. 12 ff., juris).

[37] Es gehört deshalb auch zu den Pflichten des Notars, AGB-Klauseln, die zu Zweifeln an ihrer Wirksamkeit Anlass geben könnten, einer näheren Prüfung zu unterziehen. Stellt sich eine im Vertrag enthaltene Klausel als unwirksam heraus, muss der Notar die Vertragsparteien darauf hinweisen. Aber auch wenn sich die rechtliche Wirksamkeit einer Klausel nicht zweifelsfrei klären lässt, darf der Notar das Rechtsgeschäft erst dann beurkunden, wenn die Parteien nach Belehrung über die offene Rechtsfrage und das mit ihr verbundene Risiko auf der Beurkundung bestehen (vgl. BGH; a.a.O., Rn. 34).

[38] bb) Gemessen an diesen Maßstäben gilt für die vom Beklagten beurkundeten hinsichtlich der Abnahmeklausel in § 9 wortgleichen Verträge aus 2013 bis 2015 Folgendes:

[39] (1) Das Landgericht hat jedenfalls im Ergebnis zu Recht eine Pflichtverletzung des Beklagten im Zusammenhang mit der Beurkundung des Vertrages vom 18. Dezember 2013 festgestellt.

[40] (a) Allerdings teilt der Senat nicht die Auffassung des Landgerichts, dass die Regelung in § 9 des Vertrags unter Anwendung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Schiedsgutachterklauseln unwirksam sei. Die vom Landgericht zitierte Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 10. Oktober 1991 – VII ZR 2/91 –, Rn. 10 ff., juris) betrifft den Fall der Beurteilung von im Gewährleistungsprozess streitigen Baumängeln durch einen obligatorischen Schiedsgutachter und wurde vom Bundesgerichtshof damit begründet, dass hiermit ein mögliches Fehlgutachten praktisch unangreifbar und der gerichtliche Rechtsschutz für Mängelgewährleistungsansprüche unangemessen verkürzt wird.

[41] Darum geht es hier gerade nicht, weil den Erwerbern nach den vom Beklagten beurkundeten Kaufverträgen sämtliche Mängelrechte verbleiben und sie diese – auch gerichtlich – ohne Bindung an eine obligatorische Schiedsgutachterklausel geltend machen können. Vielmehr ist im vorliegenden Fall der Gutachter „nur“ im Zusammenhang mit der Abnahme tätig, so dass sich hier die von den Parteien diskutierte Frage der

Wirksamkeit der konkreten Abnahmeklausel (nicht: Schiedsgutachterklausel) stellt.

[42] (b) Im Ergebnis ist dem Landgericht aber zuzustimmen, dass § 9 des Vertrages in der vom Beklagten beurkundeten Fassung unwirksam ist. Der Verstoß gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt sich daraus, dass das jedem einzelnen Erwerber zustehende Recht zur Abnahme auch bezüglich des Gemeinschaftseigentums (vgl. dazu grundlegend BGH, Urteil vom 21. Februar 1985 – VII ZR 72/84 –, juris) durch die streitgegenständliche Regelung unterlaufen wird.

[43] Zwar hat das Landgericht im Ausgangspunkt zu Recht darauf hingewiesen, dass dem Sachverständigen nach § 9 nicht die eigentliche Abnahmeerklärung übertragen wird, was angesichts der Tatsache, dass die Erwerber auf die Person des Sachverständigen keinen Einfluss haben, sondern dieser von dem vom Bauträger bestellten Erstverwalter ausgewählt wird, unzweifelhaft unzulässig wäre (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 30. September 2013 – 1 U 18/12 –, Rn. 7, juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. September 2011 – 8 U 106/10 –, Rn. 83, juris; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 13. Juni 2013 – 12 U 162/12 –, Rn. 108, juris; BeckOGK/Fehrenbach, Stand: 1.9.2022, § 307 Abnahmeklausel Rn. 43 m.w.N.).

[44] Da jedoch die Erwerber bei der „eigenen“ Erklärung der Abnahme an die vorangegangene Feststellung der Abnahmereife durch den Sachverständigen gebunden sind, verbleibt ihnen faktisch keinerlei Einfluss mehr auf die Abnahmeentscheidung. Damit wird den Erwerbern jedenfalls im Ergebnis das Recht zur individuellen Abnahme entzogen, weil ihnen die Möglichkeit genommen wird, über die Ordnungsgemäßheit der Werkleistung selbst zu befinden. Dies hat die Unwirksamkeit der Klausel zur Folge (vgl. BeckOGK/Fehrenbach, Stand: 1.9.2022, § 307 Abnahmeklausel Rn. 41 ff. m.w.N.).

[45] Es handelt sich – anders als der Beklagte meint – vorliegend nicht etwa um eine zweistufige Regelung, wie sie teilweise in der Literatur diskutiert und für zulässig erachtet wird (vgl. dazu BeckOGK/Fehrenbach, a.a.O. Rn. 47; BeckOGK/Kober, Stand: 1.7.2022, § 634 Rn. 567.8; v. Oefele, Abnahmeregelung für das Gemeinschaftseigentum im Bauträgervertrag nach der WEG-Novelle, DNotZ 2011, 249), bei der zwischen „technischer Abnahme“ durch einen Sachverständigen und „rechtsgeschäftlicher Abnahme“ durch den Erwerber zu trennen ist. Zum einen wäre auch eine solche Stufenregelung allenfalls dann zulässig, wenn der Sachverständige neutral ist bzw. von beiden Vertragsparteien ausgesucht wird. Zum anderen soll der Gutachter nach der hier vorliegenden Regelung nicht nur den technischen Zustand des Gemeinschaftseigentums, sondern ausdrücklich auch dessen „Abnahmereife“ feststellen, was bereits eine rechtliche Bewertung beinhaltet und den Käufern angesichts der vereinbarten Bindungswirkung

keinerlei Spielraum für die rechtsgeschäftliche Abnahme mehr belässt.

[46] Soweit der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat argumentiert hat, der Käufer könne sich über die Einschätzung des Sachverständigen hinwegsetzen – wie es bei einer zweistufigen Regelung in dem o.g. Sinne der Fall sein könnte – ist dies angesichts der hier vertraglich vereinbarten Bindungswirkung unzutreffend. Insoweit kann der Beklagte auch nicht mit Erfolg darauf verweisen, dass das Gesetz (in § 640 Abs. 1 BGB) eine Pflicht des Bestellers zur Abnahme des vertragsmäßig hergestellten Werks vorliegt. Dies ändert nichts daran, dass den Käufern auf der Grundlage der konkreten vertraglichen Regelung die Möglichkeit genommen wird, über die Ordnungsmäßigkeit der Werkleistung selbst – ggf. auch mit Hilfe eines eigenen Sachverständigen – zu befinden.

[47] b) Diese Amtspflichtverletzung hat der Beklagte auch fahrlässig begangen.

[48] aa) Der pflichtbewusste und gewissenhafte durchschnittliche Notar muss über die für die Ausübung seines Berufs erforderlichen Rechtskenntnisse verfügen. Er hat sich über die Rechtsprechung der obersten Gerichte, die in den amtlichen Sammlungen und den für seine Amtstätigkeit wesentlichen Zeitschriften veröffentlicht ist, unverzüglich zu unterrichten sowie die üblichen Erläuterungsbücher auszuwerten. **Zwar hat der Notar nicht die Pflicht, die künftige Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung vorauszuahnen. Erkennbare Tendenzen der Rechtsprechung darf er allerdings nicht übersehen.** Dies gilt auch im Hinblick auf künftige Entscheidungen im Bereich der richterlichen **Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.** In diesem Zusammenhang darf zwar die objektiv unrichtige Verwendung neu entwickelter Allgemeiner Geschäftsbedingungen, deren Inhalt zweifelhaft sein kann und durch eine höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht klargestellt ist, einem Notar nicht als Verschulden angelastet werden, wenn er nach sorgfältiger Prüfung zu einer aus seiner Sicht keinen Zweifeln unterliegenden Rechtsauffassung gelangt und dies für rechtlich vertretbar gehalten werden kann. Jedoch muss der Notar – wie oben ausgeführt – über offene Rechtsfragen und das daraus folgende Risiko selbst ohne jegliche Vorgaben belehren (vgl. zu allem Vorstehenden: BGH, Urteil vom 21. Januar 2016 – III ZR 159/15 –, Rn. 18 ff. juris).

[49] bb) Danach stellte es einen sorgfaltswidrigen Pflichtverstoß dar, dass der Beklagte die Streitgegenständlichen Verträge beurkundete, ohne die Klägerin zuvor über die Unwirksamkeit der Abnahmeklausel zu belehren.

[50] Entgegen seiner Auffassung kann sich der Beklagte insoweit nicht darauf berufen, dass die von der Klägerin zitierten

Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und der Obergerichte nicht den hier geregelten Fall erfassten, in dem „nur“ die Beurteilung der Abnahmereife und nicht die Abnahmeerklärung selbst auf einen im Lager des Bauträgers stehenden Dritten übertragen wird. Denn auch aus der bis Dezember 2013 ergangenen Rechtsprechung (insbesondere BGH, Beschluss vom 12. September 2013 – VI ZR 308/12 – sowie von der Klägerin zitierte OLG-Entscheidungen) ergab sich der oben dargelegte Grundsatz der Unwirksamkeit von Klauseln, mit denen dem einzelnen Erwerber das Recht zur individuellen Abnahme entzogen und die Möglichkeit genommen wird, über die Ordnungsgemäßheit der Werkleistung selbst zu befinden. Die daraus folgenden Probleme bei der Praxis der Gestaltung von Bauträgerverträgen wurden auch in der Literatur bereits geraume Zeit vor Dezember 2013 umfassend diskutiert und auf die Gefahren einer „Vergemeinschaftung“ der Abnahme hingewiesen (vgl. nur Vogel, Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums – ein (immer noch) ungelöstes Problem der Bauträgerpraxis, NZM 2010, 377; von Oefele, Abnahmeregulierung für das Gemeinschaftseigentum im Bauträgervertrag nach der WEG-Novelle, DNotZ 2011, 249; Lucenti, Der Bauträgervertrag in der Wirtschaftskrise – Ein Minenfeld aus Verbrauchersicht, NZBau 2010, 469). Um eine strikte Trennung zwischen „technischer“ und „rechtsgeschäftlicher“ Abnahme, die der Beklagte für zulässig hätte erachten können, ging es im vorliegenden Fall gerade nicht.

[51] c) Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist auch die **Kausalität der Pflichtverletzungen** für den behaupteten Schaden gegeben.

[52] aa) **Im Rahmen des § 19 BNotO hat der Geschädigte unter anderem zu beweisen, dass der ihm entstandene Schaden in ursächlichem Zusammenhang mit der Amtspflichtverletzung steht** (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juli 1992 – IX ZR 209/91 –, Rn. 59, juris). Zur Beantwortung der Frage, welchen Schaden die Pflichtverletzung zur Folge hatte, ist zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten genommen hätten und wie die Vermögenslage des Betroffenen sein würde, wenn der Notar die Pflichtverletzung nicht begangen, sondern pflichtgemäß gehandelt hätte. **Sofern die Pflichtverletzung in einer Unterlassung besteht, muss untersucht werden, wie die Dinge bei pflichtgemäßem positiven Handeln verlaufen wären.** Es muss also hinzugedacht werden, dass der Schädiger seine Pflichten ordnungsgemäß erfüllt hätte (vgl. BGH, Urteil vom 21. September 2017 – IX ZR 34/17 –, Rn. 27, juris).

[53] Bei der **Notarhaftung** gilt **wie im Anwaltsvertragsrecht** die Regel, dass bei Verstößen gegen die Beratungspflicht zu Gunsten des Geschädigten die **Vermutung eingreift, dieser hätte sich bei vertragsgrechtem Handeln des Beauftragten im Rahmen der geschuldeten Belehrung beratungsgemäß**

verhalten (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juli 1992 – IX ZR 209/91 –, Rn. 59, juris). Hingegen unterliegen entferntere Folgeschlüsse des Ratsuchenden den allgemeinen Beweisregeln. Besteht also nicht nur eine einzige verständige Entscheidungsmöglichkeit, sondern **stehen mehrere Handlungsweisen als nahelegend offen und bergen sämtliche von ihnen gewisse Risiken oder Nachteile in sich, die zu gewichten und gegenüber den Vorteilen abzuwägen sind, so gibt es keinen Anscheinsbeweis**. Nur wenn im Falle der Verletzung der Beratungspflicht feststeht, dass der Schaden vermieden worden wäre, falls der sachgemäße Rat gegeben und befolgt worden wäre, ist der Berater für seine Behauptung beweispflichtig, dass der Beratene sich nicht an den Rat gehalten hätte. **Soweit keine feste Lebenserfahrung für eine bestimmte Entwicklung spricht, muss auch bei Amtspflichtverletzungen der Geschädigte beweisen, dass sein Schaden durch die Amtspflichtverletzung des Notars verursacht worden ist** (vgl. BGH, a.a.O.).

[54] bb) Nach diesen Maßstäben gilt für die vom Beklagten beurkundeten Verträge Folgendes:

[55] **Es spricht ein Anscheinsbeweis dafür, dass die Klägerin bei einem unterstellten Hinweis des Beklagten auf die Unwirksamkeit der in § 9 der Verträge enthaltenen Abnahmeklausel diese nicht verwendet hätte, weil bei vernünftiger Betrachtungsweise nur diese Entscheidung sinnvoll erschienen wäre**. In diesem Fall wäre stattdessen eine wirksame vertragliche Regelung getroffen – dazu (1) – und umgesetzt worden – dazu (2) –. Der Anscheinsbeweis und damit die Kausalität wird vorliegend weder durch die tatsächlich erfolgte (unwirksame) Abnahme vom 3. November 2015 ausgeschlossen – dazu (3) – noch durch eine spätere konkludente Abnahme – dazu (4) – noch durch die vom Landgericht angenommene Möglichkeit und Notwendigkeit einer von der Klägerin zu veranlassenden Einzelabnahme – dazu (5) –.

[56] (1) Soweit nach einer fehlerfrei erteilten Belehrung eine neue – andere – Regelung für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums hätte getroffen werden müssen, hat die Klägerin auf den entsprechenden Hinweis des Landgerichts im Schriftsatz vom 2. März 2022 nachvollziehbar vorgetragen, welche – wirksame – Abnahmeklausel dann vereinbart worden wäre. Auch über die an die Stelle der unwirksamen Klausel zu setzende Regelung hätte der Beklagte im Übrigen belehren und eine **wirksame Alternative vorschlagen** müssen. Dass die Klägerin diesem Vorschlag gefolgt wäre, entspricht angesichts ihres Vertrauens in den fachkundigen Notar der Lebenserfahrung. Es bestehen auch keinerlei Anhaltspunkte dafür (und werden auch von dem Beklagten nicht geltend gemacht), dass sich die Erwerber auf eine derartige abweichende Regelung nicht eingelassen hätten. Im Gegenteil wäre die Einzelabnahme ohne Bindung an Feststellungen eines Sachverständigen für die Käufer sogar vorteilhafter gewesen. Dies hat der

Beklagte nicht in Abrede genommen, sondern sich lediglich mit dem unter (2) erörterten Einwand verteidigt, die Erwerber hätten auf der Grundlage dieser Vereinbarung keine Abnahme erklärt.

[57] (2) Soweit sich der Beklagte weiterhin darauf beruft, es sei ungewiss, ob bei Vereinbarung von Einzelabnahmen diese planmäßig Ende 2015 erfolgt wären, vermag dieser Einwand nicht zu überzeugen. Aus dem Protokoll der unwirksamen Abnahme vom 3. November 2015 ergibt sich, dass zum damaligen Zeitpunkt nach dem Ergebnis des Sachverständigengutachtens lediglich unwesentliche Mängel vorlagen. Dem Vortrag des Beklagten lässt sich auch nicht entnehmen, warum bei Durchführung von Einzel- statt Gesamtabnahme die jeweiligen Erwerber eine andere Auffassung vertreten hätten bzw. warum im Falle einer Verweigerung die Klägerin ihr Recht zur Abnahme nicht hätte durchsetzen können.

[58] (3) Die tatsächlich erfolgte Abnahme am 3. November 2015 steht der Kausalität der Pflichtverletzung entgegen der Auffassung des Beklagten nicht entgegen, da sie auf der unwirksamen Klausel in § 9 der Verträge beruhte und deshalb ihrerseits unwirksam war. Ein weiterer Unwirksamkeitsgrund ergibt sich auch daraus, dass die Abnahme ausweislich des Protokolls „für die W.“ durch die Verwalterin erklärt wurde, obwohl nach dem Kaufvertrag allenfalls eine Vertretung der Käufer durch „zwei Personen aus ihrer Mitte“ – also nach meinem Verständnis durch zwei Wohnungseigentümer – zulässig gewesen wäre. Sollte diese Formulierung im Vertrag anders zu verstehen und damit auch eine Stellvertretung durch den vom Bauträger bestellten Erstverwalter ermöglicht werden, wie wohl die Klägerin in der Berufungsbegründung meint, wäre die Klausel auch aus diesem Grund gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam (vgl. BGH, Beschluss vom 12. September 2013 – VII ZR 308/12 –, Rn. 7 ff., juris; Urteil vom 30. Juni 2016 – VII ZR 188/13 – Rn. 10, juris).

[59] (4) Es kann auch nicht etwa – wie die Beklagte hilfsweise einwendet – davon ausgegangen werden, dass mangels späterer Beanstandungen der Erwerber in der Ingebrauchnahme der Wohnung und Zahlung des Kaufpreises eine konkludente Abnahme liegt, infolge derer die Pflichtverletzung des Beklagten sich nicht auswirken würde. Denn die rügelose Nutzung und Zahlung des Erwerbers erfolgte gerade in der unzutreffenden Annahme, das Gemeinschaftseigentum sei bereits wirksam abgenommen, und kann deshalb nicht als Billigung der vertraglichen Leistung mit Erklärungsbewusstsein angesehen werden (vgl. BeckOGK/Kober, Stand: 1.7.2022, § 634 Rn. 567.6; Kniffka/Koebler in: Kniffka/Koebler/Junrgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, Teil 3 Die Abnahme der Bauleistung Rn. 58).

[60] (5) Schließlich überzeugt auch die Auffassung des Landgerichts nicht, die Klägerin hätte auch nach dem Inhalt der beurkundeten Verträge weiterhin ein Recht und eine Pflicht zur Einzelabnahme mit dem jeweiligen Erwerber gehabt, dessen unterlassene Geltendmachung dazu führe, dass sich die Beurkundung der unwirksamen Klausel nicht ausgewirkt habe.

[61] Es erscheint bereits im Ausgangspunkt zweifelhaft, ob ein unterstelltes Unterlassen der etwa möglichen Einzelabnahmen durch die Klägerin die Kausalität ausschließen würde oder nicht allenfalls – wie die Klägerin in der Berufungsbegründung meint – unter dem Gesichtspunkt eines Mitverschuldens nach § 254 BGB zu prüfen wäre, das im Verhältnis zum sachkundigen Berater nur in Ausnahmefällen zu bejahen ist.

[62] Jedenfalls bestand entgegen der Auffassung der Kammer für die Klägerin angesichts ihres aus der Amtspflichtverletzung folgenden Vertrauens auf die Wirksamkeit der Abnahmeklausel kein Anlass, die Erwerber zu derartigen Einzelabnahmen aufzufordern. **Die Haftung für eine Pflichtverletzung wegen unzureichender Belehrung über unwirksame AGB kann nicht dadurch ausgehebelt werden, dass man dem Vertragspartner die Durchsetzung der „in Wahrheit“ bestehenden Ansprüche abverlangt.**

[63] Im Übrigen weist die Berufungsbegründung zu Recht darauf hin, dass eine Aufforderung der Erwerber zu Einzelabnahmen auf der Grundlage der vertraglichen Regelung und damit infolge der Pflichtverletzung lediglich dazu geführt hätte, dass diese im Glauben an ihre Bindung an die Feststellungen des Sachverständigen die – dann ebenfalls unwirksame – Einzelabnahme erklärt hätten.

[64] (6) Eine Entkräftung des Anscheinsbeweises ergibt sich entgegen der Auffassung der Beklagten schließlich auch nicht daraus, dass der Kaufvertrag – wie oben unter (3) ausgeführt – bei der Abnahme die Vertretung der Käufer durch „zwei Personen aus ihrer Mitte“ und nicht durch Mitarbeiter der bevollmächtigten Hausverwaltung „für die W.“ vorsah, so dass (auch) die tatsächlich durchgeführte Abnahme nicht den vertraglichen Regelungen entsprach. Denn es sind keine Anhaltspunkte dafür dargetan oder sonst ersichtlich, dass es bei ordnungsgemäßer Belehrung und der daraus folgenden Vermutung der Aufnahme einer wirksamen Abnahmeklausel ebenfalls zu einer unwirksamen Vertretung der Erwerber gekommen wäre. Im Gegenteil: In diesem Fall wären gerade Einzelabnahmen vereinbart worden, so dass es einer Vertretung durch Personen aus der Mitte der WEG nicht bedurft hätte.

[65] d) Den ihr drohenden Schaden kann die Klägerin bei Vorliegen eines Feststellungsinteresses und der übrigen Anspruchsvoraussetzungen in dem zuletzt beantragten Umfang als ersatzfähig feststellen lassen.

[66] Die Verwendung der Formulierung „und/oder“ ist nicht zu beanstanden, weil der Beklagte sowohl für Gewährleistungs- als auch für Schadensersatzansprüche haftet, die aufgrund der unwirksamen Klausel noch geltend gemacht werden können, und weil Gewährleistungsrechte bzgl. des Gemeinschaftseigentums – abhängig von den konkret geltend gemachten Ansprüchen – sowohl der WEG als auch den einzelnen Wohnungseigentümern zustehen kann (vgl. BGH, Urteil vom 12. April 2007 – VII ZR 236/05 –, Rn. 18 ff., juris).

[67] Soweit der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat den **Einwand des Mitverschuldens** in Gestalt eines vermeintlichen **Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht** erhoben hat, weil die Klägerin nach Auffassung des Beklagten nach Erkennen der Unwirksamkeit der Klausel nachträgliche Einzelabnahmen hätten durchführen können und müssen, greift dieser Einwand ebenfalls nicht durch. Zwar verkennt der Senat nicht, dass der Vorbehalt der Bestimmung eines **Mitverursachungsanteils im Feststellungsurteil** unzulässig ist und dass deshalb für den Erlass eines solchen Urteils kein Raum ist, solange ein im Streit befindliches Mitverschulden des Gläubigers ungeklärt ist und sich mindernd auf die mit einem Feststellungsantrag verfolgte Ersatzpflicht des Schuldners auswirken kann (vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 1997 – VI ZR 145/96 –, Rn. 13, juris). Vorliegend fehlt es jedoch bereits an schlüssigem Vortrag des für den Mitverschuldenseinwand darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten. Insbesondere ist weder mit Substanz dargetan noch sonst ersichtlich, dass (und ggf. ab wann) die Klägerin verpflichtet gewesen wäre, entgegen dem Vertragswortlaut und entgegen der nach wie vor vertretenen Auffassung ihres sachkundigen Beraters, des Notars, die Erwerber zu Einzelabnahme aufzufordern. Vielmehr durfte sich die Klägerin – wie oben unter c)bb) (5) ausgeführt – grundsätzlich darauf verlassen, dass der Notar seine Amtspflicht zur Belehrung aus § 17 BeurkG ordnungsgemäß und rechtsfehlerfrei erfüllt hatte. **Der Notar, der bei der Durchführung eines Amtsgeschäfts das Recht fehlerhaft anwendet, kann einem Beteiligten ein Mitverschulden in aller Regel selbst dann nicht vorwerfen, wenn dieser – etwa weil er selbst rechtskundig ist – den Fehler hätte bemerken können** (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 15. Juli 2004 – IX ZR 262/00 –, Rn. 17, juris). Im Übrigen weist die Berufungsbegründung zu Recht darauf hin, dass eine unterstellte Aufforderung der Erwerber zu Einzelabnahmen auf der Grundlage der vertraglichen Regelung und damit infolge der Pflichtverletzung lediglich dazu geführt hätte, dass diese im Glauben an ihre Bindung an die Feststellungen des Sachverständigen die – dann ebenfalls unwirksame – Einzelabnahme erklärt hätten.

[68-70] (...)

Wiedereinsetzung

- Ausreichende Vorfrist
- Erledigungsvermerk
- Tägliche Kontrolle am Ende des Arbeitstags

(OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 1.9.2022 – 7 U 110/22)

Leitsätze

1. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird nur gewährt, wenn eine Partei ohne ihr Verschulden verhindert war, die Frist zur Begründung der Berufung einzuhalten. Dabei muss sich die Partei nach § 85 Abs. 2 ZPO das Verschulden ihrer Prozessbevollmächtigten zurechnen lassen. Es gilt der berufsbedingt strenge Sorgfaltsmaßstab, sodass insoweit regelmäßig eine Fristversäumnis verschuldet ist, wenn sie für einen pflichtbewussten Rechtsanwalt abwendbar gewesen wäre.
2. Sämtliche organisatorische Maßnahmen in einem Anwaltsbüro müssen so beschaffen sein, dass auch bei unerwarteten Störungen des Geschäftsablaufes (z.B. durch Überlastung der zuständigen Angestellten, Verzögerungen der anwaltlichen Bearbeitung oder ähnliche Umstände) die Einhaltung der anstehenden Frist gewährleistet ist.
3. Das Fristenwesen einer Anwaltskanzlei muss gewährleisten, dass neben der eigentlichen Rechtsmittelbegründungsfrist auch stets eine Vorfrist notiert wird, mit der sichergestellt werden soll, dass dem sachbearbeitenden Rechtsanwalt für die Fertigung der Rechtsmittelbegründung hinreichend Zeit verbleibt.
4. Das Büroangestellten sind anzuweisen, die im Kalender vermerkten Fristen erst dann zu streichen oder als erledigt zu kennzeichnen, wenn sie sich anhand der Akte selbst vergewissert haben, dass zweifelsfrei nichts mehr zu veranlassen ist.
5. Zu einer wirksamen Fristenkontrolle gehört auch die Anordnung des Rechtsanwalts, dass die Erledigung fristgebundener Sachen am Abend eines jeden Arbeitstages anhand des Fristenkalenders von einer dazu beauftragten Bürokraft nochmals und abschließend selbstständig überprüft wird (allabendliche Fristenkontrolle).

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger beansprucht von der Beklagten die Rückabwicklung bzw. Schadenersatz wegen des Erwerbs eines Dieselmotorkraftfahrzeugs.

[2] Streitgegenständlich ist ein Fahrzeug der Marke Mercedes-Benz GLK 220 CDI 4MATIC (Erstzulassung: 21.03.2015), das der Kläger am 22.06.2015 in gebrauchtem Zustand (Kilometerstand bei Übergabe: 6.015 km) zum Preis von brutto 49.000,00 € bei der X in Hamburg gekauft hat (Anlage K 1). Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor OM 651 ausgestattet und unterliegt der Euro-Norm 5. Die Auslieferung des Fahrzeuges an den Kläger erfolgte am 23.06.2015. Für das Fahrzeug existiert kein amtlicher Rückruf des KBA. Dem Kläger wurde auch kein Software-Update angeboten, es wurde auch kein Update aufgespielt.

[3] Am 01.03.2022 betrug der Kilometerstand des Fahrzeuges 34.515 km.

[4] Mit anwaltlichem Schreiben vom 08.03.2018 beanspruchte der Kläger die Rückabwicklung des Kaufvertrages. Am 29.08.2018 (der Beklagten zugestellt am 12.10.2018) erhob der Kläger Klage beim zuständigen Landgericht Itzehoe. Infolge der Säumnis des Klägers erließ das Landgericht Itzehoe ein Versäumnisurteil, gegen das der Kläger am 28.04.2021 Einspruch eingelegt hat. Mit dem Versäumnisurteil vom 19.4.2021 wurde die Klage abgewiesen und dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits auferlegt.

[5] Der Kläger hat behauptet, dass sein Fahrzeug mit mehreren unzulässigen Abschaltvorrichtungen, u.a. einem Thermofenster und einer Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung versehen sei. Der Kläger hat beantragt,

[6] das Versäumnisurteil des Landgerichts vom 19.04.2021 aufzuheben und

[7] 1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 41.469,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 29.03.2018 abzüglich eines Gebrauchsvorteils von 0,4% des Kaufpreises je angefangene 1.000 km Laufleistung seit Übergabe des Fahrzeuges Zug um Zug gegen Herausgabe des Fahrzeuges Typ Mercedes-Benz BFI 204 X GLK 220 CDI 4MATIC mit der Fahrzeugidentifikationsnummer ... nebst Fahrzeugschlüsseln und Fahrzeugpapieren zu zahlen.

[8] 2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des unter Ziffer 1 genannten Fahrzeuges in Verzug befindet.

[9] 3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.706,94 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

[10] Die Beklagte hat beantragt,

[11] das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten und die Klage abzuweisen.

[12] Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte sowie die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

[13] Mit dem angefochtenen Urteil vom 27.05.2022, dem Kläger zugestellt am 01.06.2022, hat das Landgericht das Versäumnisurteil aufrechterhalten und dem Kläger auch die weiteren Kosten des Rechtsstreites auferlegt. Wegen der Begründung wird auf den Inhalt des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

[14] Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner bereits am 21.06.2022 form- und fristgerecht eingelegten Berufung. Die Berufung wurde jedoch nicht innerhalb der gemäß § 520 Abs. II S. 1 ZPO bis zum 01.08.2022 laufenden Berufungsbegründungsfrist begründet. Die Berufungsbegründung ist erst am 11.08.2022 beim Oberlandesgericht Schleswig eingegangen (Bl. 310 ff. GA).

[15] Auf den Hinweis des Senats vom 08.08.2022 wegen der Fristversäumnis hinsichtlich der Berufungsbegründungsfrist hat der Kläger mit Schriftsatz vom 09.08.2022 (Bl. 302 ff. GA) beantragt, ihm wegen Versäumnung der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Dazu hat er vorgetragen, dass die Eintragung und Löschung von Fristen sowohl im Hand- als auch im Fristenkalender weisungsgemäß durch die langjährige Büroangestellte N1 erfolgt sei, die bislang immer zuverlässig gearbeitet habe. Entsprechend der verfügten Vorfrist habe seine Büroangestellte ihm, dem Klägervorteiler, die Akte bereits am 21.07.2022 vorgelegt. Aufgrund von Arbeitsüberlastung und wegen des Umfangs der Angelegenheit sei aber bereits zu diesem Zeitpunkt absehbar gewesen, dass die Anfertigung der Berufungsbegründung nicht fristgerecht möglich war, weshalb eine erneute Wiedervorlage für den beabsichtigten Fristverlängerungsantrag auf den 01.08.2022 verfügt worden sei. Weisungsgemäß habe die Büroangestellte N1 die Akte dann auch tatsächlich am 01.08.2022 aus dem Aktenschrank genommen und die entsprechend für den 01.08.2022 vermerkten Fristen in beiden Kalendern sogleich gestrichen. Danach sei die Akte jedoch versehentlich nicht auf den Stapel für Wiedervorlagen und Fristabläufe, sondern auf einen Stapel mit bearbeiteten Akten gelegt worden (Bl. 302 R GA). Auch bei der abendlichen Durchsicht der beiden Kalender sei - nach dem Vortrag des Klägervorteilers - dieser Fehler nicht aufgefallen. Das Versehen sei der Büroangestellten N1 leider erst am Folgetag, Di. 2.08.2022, aufgefallen. Mit der eidesstattlichen Versicherung vom 09.08.2022 (Bl. 305 + 306 GA) hat die Büroangestellte N1 erklärt, dass sie die Akte am 01.08.2022 - vermutlich, weil sie gerade abgelenkt gewesen sei - nicht auf den Stapel für

Wiedervorlagen und Fristabläufe, sondern auf einen Stapel mit bearbeiteten Akten gelegt habe. Solch ein „dummer Fehler“ sei ihr bisher noch nie unterlaufen.

Aus den Gründen:

[16] 1. Der Antrag des Klägers vom 09.08.2022 auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der versäumten Berufungsbegründungsfrist ist unbegründet, weil keine Tatsachen vorliegen, wonach der Kläger ohne Verschulden an der Wahrung der Frist gehindert war. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird nach § 233 S. 1 ZPO nur gewährt, wenn eine Partei ohne ihr Verschulden verhindert war, die Frist zur Begründung der Berufung einzuhalten. Dabei muss sich der Kläger gemäß § 85 Abs. 2 ZPO das Verschulden seiner Prozessbevollmächtigten zurechnen lassen. Hinsichtlich des zuzurechnenden anwaltlichen Verschuldens gilt der übliche, also berufsbedingt strenge Sorgfaltsmaßstab, sodass insoweit regelmäßig eine Fristversäumnis verschuldet ist, wenn sie für einen pflichtbewussten Rechtsanwalt abwendbar gewesen wäre (Zöller-Greger, ZPO, 34. Aufl., § 233 Rn. 13 mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 22.11.1984, VII ZR 160/84, NJW 85, 1710-1711).

[17] Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat ein Rechtsanwalt durch **organisatorische Vorkehrungen** sicherzustellen, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig gefertigt wird und innerhalb der laufenden Frist beim zuständigen Gericht eingeht. Hierzu hat er grundsätzlich sein Möglichstes zu tun, um Fehlerquellen bei der Eintragung und Behandlung von Rechtsmitteln- und Rechtsmittelbegründungsfristen auszuschließen (BGH, Beschlüsse vom 09.05.2017, VIII ZB 5/16, NJW-RR 2017, 953, Rn. 8; vom 04.09.2018, VIII ZB 70/17, NJW-RR 2018, 1325, Rn. 13, jeweils m.w.N.). Auf welche Weise der Rechtsanwalt sicherstellt, dass die Eintragung im Fristenkalender und die Wiedervorlage der Handakten rechtzeitig erfolgen, steht ihm grundsätzlich frei. Sämtliche organisatorische Maßnahmen müssen aber so beschaffen sein, dass auch bei **unerwarteten Störungen des Geschäftsablaufes** (z.B. durch Überlastung der zuständigen Angestellten, Verzögerungen der anwaltlichen Bearbeitung oder ähnliche Umstände) bei Anlegung eines äußersten Sorgfaltsmaßstabes die Einhaltung der anstehenden Frist gewährleistet ist (BGH, Beschluss vom 04.09.2018, VIII ZB 70/17).

[18] Hiervon ausgehend darf der Rechtsanwalt zwar die Notierung und Löschung von Fristen einer **gut ausgebildeten, als zuverlässig erprobten und sorgfältig überwachten Bürokraft** übertragen. Jedoch hat er durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Fristen zuverlässig festgehalten und kontrolliert werden. In der Organisation des Fristenwesens einer Anwaltskanzlei muss gewährleistet sein, dass außer der eigentlichen Rechtsmittelbegründungsfrist auch eine **Vorfrist** notiert wird, mit der sichergestellt werden soll, dass dem sachbearbeitenden Rechtsanwalt für die Fertigung

der Rechtsmittelbegründung hinreichend Zeit verbleibt (BGH; Beschluss vom 12.05.2020, XI ZB 19/19, juris, Rn. 11). Der Prozessbevollmächtigte muss außerdem sicherstellen, dass ihm die Akten von Verfahren, in denen Rechtsmittelbegründungsfristen laufen, rechtzeitig vorgelegt werden, und zusätzlich eine Ausgangskontrolle schaffen, durch die zuverlässig gewährleistet wird, dass fristwahrende Schriftsätze auch tatsächlich rechtzeitig hinausgehen. Da für die Fristenkontrolle in jedem Anwaltsbüro ein Fristenkalender unabdingbar ist, muss der Rechtsanwalt sicherstellen, dass die im Kalender **vermerkten Fristen erst dann gestrichen werden, wenn die fristwahrende Maßnahme tatsächlich auch durchgeführt worden ist**. Dabei ist die für die Kontrolle zuständige Bürokräft anzuweisen, dass Fristen im Kalender erst zu streichen oder als erledigt zu kennzeichnen sind, nachdem sie sich anhand der Akte selbst vergewissert hat, dass zweifelsfrei nichts mehr zu veranlassen ist. Schließlich gehört zu einer wirksamen Fristenkontrolle auch eine Anordnung des Prozessbevollmächtigten, durch die gewährleistet wird, dass die Erledigung der fristgebundenen Sachen **am Abend eines jeden Arbeitstages anhand des Fristenkalenders von einer dazu beauftragten Bürokräft nochmals und abschließend selbstständig überprüft** wird (ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. Beschlüsse vom 07.01.2015, VI ZB 14/14; vom 09.12.2014, VI ZB 42/13; vom 04.11.2014, VIII ZB 438/14, NJW 2015, 253 f., Rn. 8; vom 26.02.2015, III ZB 55/14, juris, Rn. 8 m.w.N.).

[19] Nach diesen Maßstäben hat der Kläger nicht dargelegt und glaubhaft gemacht, dass im Büro seines Prozessbevollmächtigten hinreichende organisatorische Vorkehrungen getroffen worden sind, welche die vorzeitige Streichung von Fristen verhindert und damit die rechtzeitige Vorlage fristgebundener Sachen sichergestellt hätte.

[20] Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hat selbst vorgebracht, dass schon am 21.07.2022 absehbar gewesen sei, dass ihm die fristgerechte Anfertigung der Berufungsbegründung zum 01.08.2022 wegen Arbeitsüberlastung und des Umfangs der Angelegenheit nicht möglich gewesen sei und er deshalb einen entsprechenden Fristverlängerungsantrag nach § 520 Abs. 2, Satz 2 ZPO stellen wollte. Eine Vorfrist für den beabsichtigten Fristverlängerungsantrag hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers jedoch nicht verfügt, sondern die Wiedervorlage erst für den Tag des Fristablaufes am 01.08.2022 angeordnet. Es fehlt ferner an der Darlegung einer entsprechenden Anweisung an seine Bürokräft, dass Fristen im Kalender erst zu streichen sind, nachdem die fristwahrende Maßnahme auch tatsächlich durchgeführt ist. Schließlich fehlt es auch an der Darlegung einer entsprechenden Anweisung, dass die Erledigung der fristgebundenen Sachen am Abend eines jeden Arbeitstages nochmals und abschließend von einer dazu beauftragten Bürokräft selbstständig überprüft wird. Die

Durchführung einer abendlichen Kontrolle hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers zwar behauptet, davon ist in der eidesstattlichen Versicherung der Angestellten N1 vom 09.08.2022 jedoch nichts zu lesen. Es fehlt insofern an der notwendigen Glaubhaftmachung. Selbst wenn die Büroangestellte die Akte tatsächlich versehentlich auf einen falschen Stapel (mit bereits bearbeiteten Akten) gelegt hätte, hätte dies spätestens bei der erforderlichen Kontrolle am Abend des 01.08.2022 auffallen müssen. Der beabsichtigte Fristverlängerungsantrag hätte dann noch rechtzeitig bis zum 01.08.2022, 24:00 Uhr gestellt werden können.

[21] Im Ergebnis ist das Wiedereinsetzungsgesuch des Klägers vom 09.08.2022 zwar zulässig (die zweiwöchige Wiedereinsetzungsfrist nach § 234 Abs. 1 ZPO ist eingehalten) aber unbegründet. Die Berufungsbegründungsfrist ist hier schuldhaft versäumt worden, weil sich der Kläger das Verhalten seines Rechtsanwalts zurechnen lassen muss.

[22] 2. Gemäß § 522 Abs. 1 S. 2 ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen, wenn sie nicht innerhalb der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden ist. Die Berufungsbegründungsfrist beträgt gem. § 520 Abs. 2 S. 1 ZPO zwei Monate und beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils (hier ab dem 01.06.2022). Die Berufungsbegründungsfrist war deshalb bereits am Montag, den 01.08.2022, 24:00 Uhr, abgelaufen. Binnen dieser Frist ist die Berufungsbegründung unstreitig nicht bei dem zuständigen Oberlandesgericht Schleswig eingelegt worden. Auf die Fristversäumung ist der Kläger bereits mit Verfügung vom 08.08.2022 (Bl. 300 GA) hingewiesen worden. Die Berufung ist erst am 11.08.2022 - und damit verspätet - beim Berufungsgericht eingegangen (Bl. 316 GA).

[23] (...)

Wiedereinsetzung

- Elektronische Einreichung
- Automatisierte Bestätigung
- Anwaltssoftware RA-Micro
- Falsche Gerichtsadressierung

(*OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 13.10.2022 – 7 U 160/22*)

Leitsätze

1. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird nur gewährt, wenn eine Partei ohne ihr Verschulden verhindert war, eine Notfrist einzuhalten. Dabei muss sich die Partei nach § 85 Abs. 2 ZPO das Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten zurechnen lassen. Es gilt der berufsbedingt strenge Sorgfaltsmaßstab, sodass insoweit regelmäßig eine Fristversäumnis verschuldet ist, wenn sie für einen pflichtbewussten Rechtsanwalt abwendbar gewesen wäre.
2. Die Berufungsschrift darf nicht beim Ausgangsgericht, sondern muss beim zuständigen Berufungsgericht (in diesem Fall beim OLG Schleswig) eingelegt werden. Ein Rechtsanwalt hat durch entsprechende organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig und innerhalb der laufenden Frist beim zuständigen Gericht eingeht.
3. Seit dem 1. Januar 2022 müssen vorbereitende Schriftsätze gemäß § 130d ZPO als elektronisches Dokument eingereicht werden. Gemäß § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO wird dem Absender nach der Übermittlung eine „automatisierte Bestätigung“ über den Zeitpunkt des Eingangs mitgeteilt.
4. Das Fristenwesen einer Anwaltskanzlei muss sicherstellen, dass dem Rechtsanwalt die Akten von Verfahren, in denen Rechtsmittelfristen laufen, rechtzeitig vorgelegt werden und zusätzlich eine Ausgangskontrolle schaffen, durch die zuverlässig gewährleistet wird, dass fristwahrende Schriftsätze auch tatsächlich an das zuständige Gericht rechtzeitig hinausgehen. Dabei ist die für die Kontrolle zuständige Bürokraft anzuweisen, dass Fristen im Kalender erst dann als erledigt zu kennzeichnen sind, nachdem sie sich anhand der Akte selbst vergewissert hat, dass zweifelsfrei nichts mehr zu veranlassen ist. Schließlich gehört zu einer wirksamen Fristenkontrolle auch eine Weisung, dass die Erledigung der fristgebundenen Sachen am Abend eines jeden Arbeitstages anhand des Fristenkalenders nochmals und abschließend selbstständig überprüft wird. Das Erfordernis der allabendlichen Fristenkontrolle hat gerade den Sinn, durch eine doppelte

Prüfung möglichst alle Fehlerquellen bei der Einhaltung von Fristen auszuschließen.

5. Eine wirksame Fristen- und Ausgangskontrolle darf nicht nur mit der bloßen Anwaltssoftware (hier „RA-Micro“) erfolgen, sondern erfordert auch einen Vergleich anhand des Fristenkalenders und der Handakte. Das Büropersonal ist bereits vor Anfertigung und Verarbeitung der Berufungsschrift anzuweisen, in der entsprechenden Anwaltssoftware (hier „RA-Micro“) das zuständige Berufungsgericht einzupflegen.
6. Die Ursächlichkeit einer falschen Gerichtsadressierung entfällt lediglich dann, wenn ein an sich schuldhaftes Verhalten sich wegen eines Fehlers des unzuständigen Gerichts nicht entscheidend auswirkt. Kausalität wäre in diesem Fall nur dann nicht gegeben, wenn die Fristversäumnis bei pflichtgemäßer Weiterleitung des Schreibens an das zuständige Gericht vermieden worden wäre. Das wäre aber nur dann der Fall, wenn die fristgerechte Weiterleitung an das zuständige Gericht im ordentlichen Geschäftsgang erwartet werden konnte.

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger nimmt die Beklagten auf Schadenersatz aufgrund eines behaupteten Verkehrsunfalls in Anspruch, der sich am ...2020 in N. ereignet haben soll. Dabei soll der Porsche Panamera 45 (amtliches Kennzeichen ..., Erstzulassung ...2009), den seine Ehefrau von seinem Bruder erworben haben will, beschädigt worden sein. Die Ehefrau des Klägers hat sämtliche Ansprüche an den Kläger abgetreten. Der Kläger beantragt Schadenersatz in Höhe von insgesamt 15.903,04 €.

[2] Die Beklagte zu 2. bestreitet den Unfallhergang mit Nichtwissen. Die Beklagte zu 1. hat behauptet, dass es sich um einen gestellten Unfall gehandelt haben soll und dass der Kilometerstand bei dem Porsche Panamera manipuliert worden sei.

[3] Mit dem angefochtenen Urteil vom 12.08.2022 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Nach der Überzeugung des Landgerichts handelte es sich nicht um einen Verkehrsunfall, weil der Kläger mit der Beschädigung des Fahrzeuges einverstanden gewesen sei. Das Urteil wurde am 15.08.2022 zugestellt.

[4] Die Prozessbevollmächtigten des Klägers haben gegen dieses Urteil am 15.09.2022 (16:39 Uhr) zunächst Berufung beim unzuständigen Landgericht Kiel eingelegt (Bl. 255 GA). Nachdem das Landgericht Kiel am Nachmittag des Folgetages

(16.09.2022) die Prozessbevollmächtigten des Klägers auf die Unzuständigkeit hingewiesen hat, wurde die Berufungsschrift (die das Datum vom 14.09.2022 trägt; Bl. 246 GA) am Dienstag, den 20.09.2022 (17:47 Uhr) beim zuständigen Oberlandesgericht Schleswig eingereicht. Gleichzeitig beantragten die Prozessbevollmächtigten des Klägers mit Schriftsatz vom 20.09.2022 unter Beifügung einer eidesstattlichen Versicherung der Büroangestellten D1 vom 19.9.2022 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der versäumten Berufungsfrist. Eine weitere eidesstattliche Versicherung der Büroangestellten D1 vom 11.10.2022 wurde mit Schriftsatz vom 11.10.2022 nachgereicht (Bl. 289 ff. GA).

[5] Der Kläger meint, die Berufungsfrist sei unverschuldet versäumt worden. Es habe sich lediglich um einen „Anklick-Fehler“ der ansonsten stets weisungsgemäß und fehlerfrei arbeitenden Rechtsanwaltsfachangestellten D1 gehandelt. Letztere sei am Nachmittag des 15.9.2022 in Vertretung der teilzeitbeschäftigten Rechtsanwaltsfachangestellten W1 (35 Wochenstunden) unter deren elektronischer Kennung (Benutzername ...) und entsprechender Nutzung von deren Mitarbeiterkarte (registriert bei der Notarkammer) tätig geworden. Die Angestellte D1 sei mit der elektronischen Übersendung der Berufungsschrift beauftragt gewesen und habe dabei übersehen, dass der Berufungsschriftsatz vom 14.09.2022 an das OLG Schleswig adressiert war und deshalb eigentlich über das beA-Postfach an das OLG Schleswig zu senden gewesen wäre. In der entsprechenden Anwaltssoftware (RA-Micro) sei aber das zuständige Oberlandesgericht Schleswig nicht eingepflegt gewesen, sondern nur das Landgericht Kiel als das „im Berufsalltag (der Kanzlei K1) am häufigsten vorkommende Berufungsgericht“. Auch bei der anschließenden weisungsgemäßen Zugangskontrolle habe die Fachangestellte D1 nicht realisiert, dass die elektronische Zustellung an das unzuständige Landgericht Kiel erfolgt war. Die allabendliche Fristenendkontrolle sei zeit- und situationsbedingt mit der ohnehin durchgeführten Zugangskontrolle zusammengefallen, sodass sich für die Fachangestellte D1 auch daraus keine Auffälligkeit ergeben habe. In der ergänzenden eidesstattlichen Versicherung der Büroangestellten D1 vom 11.10.2022 heißt es, dass die Ausgangskontrolle am späten Nachmittag des 15.9.2022 (16.39 Uhr) mit der weisungsgemäß vorzunehmenden allabendlichen Fristenendkontrolle „nahezu“ zusammenfiel, weil Herr Rechtsanwalt K1 aufgrund einer Fortbildungsveranstaltung das Büro an dem Tag bereits um 17.00 Uhr verlassen musste. Es handle sich - so die Prozessbevollmächtigten des Klägers - deshalb lediglich um einen unglücklichen inhaltlichen Irrtum einer ansonsten stets fehlerfrei arbeitenden Bürokraft.

[6] Mit Verfügung vom 26.09.2022 hat der Senat den Beklagten aufgegeben, abschließend zu dem Wiedereinsetzungsge-such des Klägers bis zum 11.10.2022 Stellung zu nehmen.

Beide Beklagte haben beantragt, die Berufung des Klägers wegen der Fristversäumnis als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise die Berufung als unbegründet zurückzuweisen. Mit Schriftsatz vom 11.10.2022 hat der Kläger eine ergänzende eidesstattliche Versicherung der Rechtsanwaltsfachangestellten D1 eingereicht.

Aus den Gründen:

[7] 1. Der Antrag des Klägers vom 20.09.2022 auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der versäumten Berufungsfrist ist unbegründet, weil keine Tatsachen vorliegen, wonach der Kläger ohne Verschulden an der Wahrung der Frist gehindert war. Bei der einmonatigen Berufungsfrist handelt es sich um eine Notfrist (§ 517 ZPO). Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird nach § 233 S. 1 ZPO nur gewährt, wenn eine Partei ohne ihr Verschulden verhindert war, eine Notfrist einzuhalten. Dabei muss sich eine Partei gemäß § 85 Abs. 2 ZPO das Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten zurechnen lassen. Hinsichtlich des zuzurechnenden anwaltlichen Verschuldens gilt der übliche, also berufsbedingt strenge Sorgfaltsmaßstab, sodass insoweit regelmäßig eine Fristversäumnis verschuldet ist, wenn sie für einen pflichtbewussten Rechtsanwalt abwendbar gewesen wäre (Zöller-Greger, ZPO, 34. Aufl., § 233 Rn. 13 mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 22.11.1984, VII ZR 160/84, NJW 1985, 1710-1711). Die Berufungsschrift muss gemäß § 519 Abs. 1 ZPO nicht beim Ausgangsgericht, sondern beim zuständigen Berufungsgericht (in diesem Fall beim OLG Schleswig) eingelegt werden. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH hat ein Rechtsanwalt durch organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig und innerhalb der laufenden Frist beim zuständigen Gericht eingeht. Hierzu hat er grundsätzlich sein möglichstes zu tun, um Fehlerquellen bei der Einhaltung von Rechtsmittelfristen auszuschließen (BGH, Beschlüsse vom 09.05.2017, VIII ZB 5/16, NJW-RR 2017, 953, Rn. 8; vom 04.09.2018, VIII ZB 70/17, NJW-RR 2018, 1325, Rn. 13 jeweils m.w.N.). Der Prozessbevollmächtigte muss außerdem sicherstellen, dass ihm die Akten von Verfahren, in denen Rechtsmittelfristen laufen, rechtzeitig vorgelegt werden und zusätzlich eine Ausgangskontrolle schaffen, durch die zuverlässig gewährleistet wird, dass fristwahrende Schriftsätze auch tatsächlich an das zuständige Gericht rechtzeitig hinausgehen. Dabei ist die für die Kontrolle zuständige Bürokraft anzuweisen, dass Fristen im Kalender erst dann als erledigt zu kennzeichnen sind, nachdem sie sich anhand der Akte selbst vergewissert hat, dass zweifelsfrei nichts mehr zu veranlassen ist. Schließlich gehört zu einer wirksamen Fristenkontrolle auch eine Anordnung des Prozessbevollmächtigten, durch die gewährleistet wird, dass die Erledigung der fristgebundenen Sachen am Abend eines jeden Arbeitstages anhand des Fristenkalenders von einer dazu beauftragten Bürokraft nochmals und abschließend selbstständig überprüft wird (ständige Rechtsprechung des BGH, Fortführung BGH vom 17. 1.2012,

VI ZB 11/11, VersR 2012, 1009; Beschlüsse vom 07.01.2015, VI ZB 14/14; vom 9.12.2014, VI ZB 42/13, juris; vom 4.11.2014, VIII ZB 438/14, NJW 2015, 253 f., Rn. 8; vom 26.02.2015, III ZB 55/14, juris, Rn. 8 m.w.N.).

[8] Nach diesen Maßstäben hat der Kläger weder dargelegt noch glaubhaft gemacht, dass im Büro seines Prozessbevollmächtigten hinreichende organisatorische Vorkehrungen getroffen worden sind, welche die rechtzeitige Zustellung der Berufung innerhalb der Berufungsfrist an das zuständige Gericht sichergestellt hätten.

[9] Seit dem 01.01.2022 müssen vorbereitende **Schriftsätze gemäß § 130 d ZPO als elektronisches Dokument eingereicht** werden. Gemäß § 130 a Abs. 5 S. 2 ZPO wird dem Absender nach der Übermittlung eine „**automatisierte Bestätigung**“ über den Zeitpunkt des Eingangs mitgeteilt. Die Rechtsanwaltsfachangestellte D1 hat zwar in ihrer eidesstattlichen Versicherung vom 19.09.2022 erklärt, sie habe diese Eingangsbestätigung kontrolliert. Offenbar ist ihr bei dieser Kontrolle fahrlässig nicht aufgefallen, dass in dem entsprechenden Prüfprotokoll vom 15.09.2022, 16:39 Uhr das unzuständige Landgericht Kiel vermerkt war. Von einer **nochmaligen allabendlichen Fristenkontrolle** war zunächst in der eidesstattlichen Versicherung der Angestellten D1 vom 19.09.2022 nichts zu lesen. Erst in der nachgereichten eidesstattlichen Versicherung vom 11.10.22 (Bl. 290 GA) heißt es, sie habe die weisungsgemäß vorzunehmende Fristenendkontrolle „*wohl gegen 17.00 Uhr noch einmal über unsere Anwaltssoftware überprüft*“.

[10] Es ist schon nicht glaubhaft, dass die Zugangskontrolle anhand der „automatisierten Bestätigung“ gemäß § 130 a Abs. 5 S. 2 ZPO - wie der Anwalt des Klägers vorträgt - „zeit- wie situationsbedingt“ mit der zwingend erforderlichen allabendlichen Fristen- und Erledigungskontrolle zusammengefallen sein soll. Unstreitig erfolgte die fehlerhafte Übersendung der Berufungsschrift an das unzuständige Landgericht Kiel bereits am Nachmittag des 15.09.2022 (einem Donnerstag) um 16:39 Uhr. Zu diesem Zeitpunkt dürfte der Bürotag für die klägerischen Prozessbevollmächtigten noch nicht zu Ende gewesen sein. Ausweislich der Homepage ist das Anwaltsbüro K1 donnerstags jeweils bis 18.00 Uhr besetzt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass Herr Rechtsanwalt K1 wegen einer Fortbildung das Büro bereits um 17.00 Uhr verlassen müsste. Das Erfordernis der allabendlichen Fristenkontrolle hat gerade den Sinn, durch eine doppelte Prüfung möglichst alle Fehlerquellen bei der Einhaltung von Fristen auszuschließen.

[11] Im Übrigen liegen auch **Organisationsfehler im Büro** der klägerischen Prozessbevollmächtigten vor.

[12] Es fehlt es an der Darlegung und Glaubhaftmachung einer entsprechenden und detaillierten anwaltlichen Weisung für die Durchführung der erforderlichen allabendlichen Ausgangskontrolle. **Es ist nicht vorgetragen, wann und mit welchem Inhalt die Büroangestellten angewiesen worden sein sollten, die tägliche allabendliche Fristenkontrolle durchzuführen.** Es liegt auf der Hand, dass eine wirksame Kontrolle nicht nur mit der bloßen Anwaltssoftware erfolgen kann (wie sie offenbar durch die Angestellte D1 gem. Erklärung vom 11.10.2022 durchgeführt worden ist), sondern selbstverständlich auch einen Vergleich anhand des Fristenkalenders und der Handakte erfordert. Bei einer solchen Überprüfung hatte der Zuständigkeitsfehler spätestens entdeckt werden können und müssen. Schließlich war in der Berufungsschrift vom 14.09.2022 das zuständige Oberlandesgericht Schleswig ausdrücklich als Adressat genannt.

[13] Außerdem wäre der Fehler - worauf die Beklagte zu 1. zu Recht hinweist - vermieden worden, wenn bereits vor Anfertigung und Verarbeitung der Berufungsschrift in der entsprechenden **Anwaltssoftware (hier „RA-Micro“)** das zuständige Oberlandesgericht Schleswig als mögliches Berufungsgericht eingepflegt gewesen wäre. Insoweit wäre eine entsprechende Anweisung der Prozessbevollmächtigten des Klägers gegenüber seinem Büropersonal erforderlich gewesen (BGH, Beschluss vom 09.12.2014, VI ZB 42/13, juris Rn. 8 m.w.N.). Schließlich dürfte es auch fehlerhaft gewesen sein, dass die in Vollzeit tätige Fachangestellte D1 unstreitig nicht über eine eigene beA-Mitarbeiterkarte verfügte und deshalb unter dem Namen ihrer Kollegin (W1) die elektronische Versendung der Berufungsschrift veranlasst hat.

[14] Die **falsche Adressierung der Berufungsschrift** ist für die Fristversäumnis auch kausal geworden. Eine Ursächlichkeit entfällt lediglich dann, wenn ein an sich **schuldhaftes Verhalten sich wegen eines Fehlers des Gerichts nicht entscheidend** auswirkt. Kausalität wäre in diesem Fall nur dann nicht gegeben, wenn die Fristversäumnis bei pflichtgemäßer Weiterleitung des Schreibens an das zuständige Gericht vermieden worden wäre. Das wäre aber nur dann der Fall, wenn die fristgerechte Weiterleitung an das zuständige Gericht im ordentlichen Geschäftsgang erwartet werden konnte (Zöller-Greger, a.a.O., § 233, Rn. 21 mit Hinweis auf BGH, Beschluss vom 14.12.2010, VIII ZB 20/09, NJW 2011, 683 ff., 684). Das Landgericht Kiel war insoweit nicht gehalten, den erst am Donnerstag, den 15.09.2022, um 16:39 Uhr per beA dort eingereichten Schriftsatz des Klägers noch am gleichen Tage an das zuständige Oberlandesgericht Schleswig weiterzuleiten. Vielmehr durfte das Landgericht Kiel das Büro des Prozessbevollmächtigten des Klägers erst am nächsten Geschäftstag (Freitag, 16.09.2022) im ordentlichen Geschäftsgang darauf hinweisen,

dass die Berufung beim zuständigen Oberlandesgericht Schleswig einzulegen gewesen wäre. Zu diesem Zeitpunkt war die Berufungsfrist aber schon abgelaufen.

[15] Im Ergebnis ist das Wiedereinsetzungsgesuch des Klägers vom 20.09.2022 damit zwar zulässig (die zweiwöchige Wiedereinsetzungsfrist nach § 234 Abs. 1 ZPO ist eingehalten) aber unbegründet, weil die Berufungsfrist hier schuldhaft versäumt worden ist und der Kläger sich das Verhalten seiner Anwälte zurechnen lassen muss.

[16] 2. Gemäß § 522 Abs. 1 S. 2 ZPO ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen, wenn sie nicht innerhalb der gesetzlichen Form und Frist eingelegt worden ist. Das ist hier der Fall. Die Berufungsfrist beträgt gemäß § 517 ZPO einen Monat und beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils (hier ab dem 15.08.2022). Die Berufungsfrist war deshalb am Donnerstag, den 15.09.2022, 24:00 Uhr abgelaufen. Binnen dieser Frist ist die Berufungsschrift unstreitig nicht bei dem zuständigen Oberlandesgericht Schleswig eingelegt worden. Die Berufung ist erst am 20.09.2022 um 17:44 Uhr - und damit verspätet - beim Berufungsgericht eingegangen.

[17] 3. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 101 ZPO. Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 47 GKG.

[18] (...)

Wiedereinsetzung

- Besonderes elektronisches Anwaltspostfach
- Eingangsbestätigung

(BGH, Beschl. v. 18.4.2023 – VI ZB 36/22)

Leitsatz

Zur Frage, wann ein Rechtsanwalt von einer erfolgreichen Übermittlung eines Schriftsatzes mittels des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs (beA) an das Gericht ausgehen darf.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Schadensersatz und Schmerzensgeld nach einem Verkehrsunfall in Anspruch. Das Amtsgericht hat mit am 25. Januar 2022 verkündeten Urteil die Klage abgewiesen. Am 14. März 2022 - zuvor hatte das Landgericht auf telefonische Nachfrage nach dem Aktenzeichen des Berufungsverfahrens mitgeteilt, dass eine Berufungsschrift bisher nicht eingegangen sei; der Prozessbevollmächtigte der Klägerin übersandte daraufhin die Berufungsschrift "nochmals" - ist beim Landgericht eine Berufungsschrift mit

Datum 11. Februar 2022 eingegangen; darin heißt es "(...) lege ich namens der Klägerin und Berufungsklägerin gegen das am 25.01.2022 verkündete und am 02.02.2022 zugestellte Urteil des Amtsgerichts (...) Berufung ein." Mit Verfügung vom 6. April 2022 hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass die Berufung verspätet, nämlich erst am 14. März 2022, eingegangen sei, die angefochtene Entscheidung der Klägerin jedoch bereits am 2. Februar 2022 zugestellt worden sei.

[2] Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hat eine Dokumentation zu einer Nachricht aus dem besonderen elektronischen Anwaltspostfach (beA) vorgelegt. Unter der Überschrift "Zusammenfassung Prüfprotokoll" finden sich dort in den Spalten "Übermittlungscode Meldungstext" und "Übermittlungsstatus" keine Eintragungen. Unter der Überschrift "Nachrichtenjournal" enthalten die Spalten "Ereignis" und "Zeitpunkt" die Angaben "MESSAGE_ZEITPUNKT_INITIIERUNG_VERSAND" und "15.02.2022 12:18:00". Weiter enthält die Dokumentation unter der Überschrift "Prüfprotokoll vom 15.02.2022 12:17:04" den Abschnitt "Zusammenfassung und Struktur" mit der Anmerkung "Eingang auf dem Server 15.02.2022 12:12:03 (lokale Serverzeit)". Die Klägerin hat hierzu vorgetragen, das vorgelegte Prüfprotokoll bestätige, dass die Berufungsschrift auf dem Server des Landgerichts am 15. Februar 2022 um 12:12:03 Uhr eingegangen sei. Eine Fehlermeldung werde nicht angezeigt. Anhaltspunkte dafür, dass die Übertragung nicht erfolgreich gewesen sei, lägen nicht vor. Hilfsweise hat die Klägerin Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsfrist beantragt und zur Begründung ausgeführt, die zur Fristwahrung erforderlichen Handlungen seien fristgerecht vorgenommen worden. Ihr Prozessbevollmächtigter habe von einer erfolgreichen Übermittlung ausgehen dürfen.

[3] Das Berufungsgericht hat den Antrag auf Gewährung von Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsfrist gegen das Urteil des Amtsgerichts zurückgewiesen und die Berufung durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 1 Satz 2 ZPO als unzulässig verworfen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der Rechtsbeschwerde, mit der sie erstmals darauf hinweist, dass ihr Prozessbevollmächtigter per Fax am 18. März 2022 ein an ihn adressiertes Formular eines Empfangsbekennnisses für das amtsgerichtliche Urteil mit dem von ihm eingetragenen Zustelldatum 14. Februar 2022 und seiner Unterschrift an das Amtsgericht zurückgesandt hat.

Aus den Gründen:

[4] Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

[5] 1. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Berufung gegen das am 2. Februar 2022 der Klägerin zugestellte Urteil des Amtsgerichts sei beim

Landgericht verspätet, nämlich erst am 14. März 2022, eingegangen. Aus dem vom Prozessbevollmächtigten der Klägerin vorgelegten beA-Protokoll lasse sich eine Übermittlung der Berufungsschrift am 15. Februar 2022, wie von ihm behauptet, nicht entnehmen. Für die notwendige anwaltliche Prüfung, ob ein Dokument erfolgreich an das Gericht übertragen worden sei, reiche es nicht aus, dass das beA die Signaturprüfung (hier "Prüfprotokoll vom 15.02.2022 12:17:04") als "erfolgreich" bestätige. Wesentlich sei der Übermittlungsstatus in der Spalte "Meldetext". Dieser sei hier leer. Wäre die Nachricht auf dem Server des Gerichts eingegangen, dann wäre eine Eingangsbestätigung an den übermittelnden Rechtsanwalt gesandt worden, § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO. Erst wenn der Rechtsanwalt diese Nachricht erhalte, dürfe er davon ausgehen, dass das Dokument bei Gericht eingegangen sei. Bei der im beA-Protokoll angegebenen Serverzeit "12:12:03" handele es sich um die Uhrzeit des beA-Servers und gerade nicht um jene des Justizservers, welche für den wirksamen Zugang maßgeblich sei. Wäre die beA-Nachricht erfolgreich versandt worden, ergäbe sich das auch aus dem sogenannten Nachrichtenjournal. Dann wäre dort nicht nur die Bemerkung "Initiierung Versand", sondern "Versand erfolgreich" vermerkt.

[6] Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei zurückzuweisen, da ein fehlendes Verschulden an der Versäumung der Berufungsfrist nicht glaubhaft gemacht worden sei. **Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hätte zur Glaubhaftmachung seines fehlenden Verschuldens die Eingangsbestätigung im Sinne von § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO zu den Akten reichen müssen.** Diese hätte er unmittelbar nach dem Sendungsversuch am 15. Februar 2022 oder jedenfalls sehr kurzfristig danach anhand der in sein beA-Konto eingestellten Empfangsbestätigung überprüfen müssen. Indem er knapp einen Monat habe verstreichen lassen, ehe er sich am 11. März 2022 beim Berufungsgericht nach dem Sachstand der Berufung erkundigt habe, habe er die erforderliche Sorgfalt insbesondere im Zusammenhang mit der Fristenkontrolle vermissen lassen. Dieses Verschulden müsse sich die Klägerin gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen.

[7] 2. Die Rechtsbeschwerde ist zwar gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthaft und genügt den gesetzlichen Frist- und Formerfordernissen. Sie ist aber unzulässig, weil die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt sind. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs weder zur Rechtsfortbildung (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 ZPO) noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 ZPO) erforderlich. Die Entscheidung des Berufungsgerichts steht vielmehr im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung und verletzt nicht den Anspruch der Klägerin auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip).

[8] Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die Berufung nach Ablauf der Berufungsfrist (§ 517 ZPO) beim Berufungsgericht eingegangen ist. Es hat zu Recht die beantragte Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsfrist versagt und die Berufung gemäß § 522 Abs. 1 Satz 2 ZPO als unzulässig verworfen.

[9] a) Es kann offen bleiben, ob die Rechtsbeschwerde überhaupt auf das erstmals in der Rechtsbeschwerdeinstanz geltend gemachte Vorbringen gestützt werden kann, das amtsgerichtliche Urteil sei ausweislich des bei der Akte befindlichen Empfangsbekennnisformulars erst am 14. Februar 2022 zugestellt worden, was das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung habe berücksichtigen müssen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 18. September 2003 - IX ZB 40/03, BGHZ 156, 165, 167 ff., juris Rn. 5 ff.; vom 30. März 2021 - VIII ZB 37/19, juris Rn. 23; vom 22. November 2022 - VIII ZB 28/21, NJW-RR 2023, 208 Rn. 8). Denn das Berufungsgericht hat jedenfalls ohne Rechtsfehler angenommen, dass der Klägerin das Urteil des Amtsgerichts bereits am 2. Februar 2022 zugestellt worden ist.

[10] aa) Nach § 175 Abs. 3 ZPO wird die Zustellung eines Schriftstücks gegen Empfangsbekennnis durch das mit Datum und Unterschrift des Adressaten versehene Empfangsbekennnis nachgewiesen. Nach § 175 Abs. 4 ZPO muss das Empfangsbekennnis schriftlich, durch Telekopie oder als elektronisches Dokument an das Gericht gesandt werden. Das Gesetz verlangt jedoch nicht, dass das Empfangsbekennnis zwingend auf dem vom Gericht nach § 175 Abs. 2 ZPO zur Verfügung gestellten üblichen Formular abgegeben werden muss. Der Empfänger kann vielmehr seinen Annahmewillen auf beliebige Weise schriftlich bestätigen. Eine solche Bestätigung kann auch in einem Schriftsatz enthalten sein (vgl. BGH, Beschlüsse vom 12. September 2017 - XI ZB 2/17, NJW-RR 2018, 60 Rn. 12; vom 31. Mai 2000 - XII ZB 211/99, VersR 2001, 606, juris Rn. 10; jeweils mwN).

[11] Das Empfangsbekennnis beweist gemäß § 175 Abs. 3 ZPO und der darin enthaltenen **gesetzlichen Beweisregel** (§ 286 Abs. 2 ZPO) das in ihm angegebene Zustellungsdatum. Der Beweis, dass das zuzustellende Schriftstück den Adressaten tatsächlich zu einem anderen Zeitpunkt erreicht hat, ist zwar nicht ausgeschlossen; nicht ausreichend ist aber eine bloße Erschütterung der Richtigkeit der Angaben im Empfangsbekennnis. Vielmehr muss die Beweiswirkung vollständig entkräftet, also jede Möglichkeit der Richtigkeit der Empfangsbestätigung ausgeschlossen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Oktober 2021 - IX ZB 41/20, NJW-RR 2021, 1584 Rn. 10 mwN).

[12] bb) Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hat in der Berufungsschrift, auf der das Datum 11. Februar 2022 angegeben ist und die beim Berufungsgericht am 14. März 2022

eingegangen ist, erklärt, dass er gegen das ihm am 2. Februar 2022 zugestellte Urteil des Amtsgerichts Berufung einlege. Damit hat er unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er das ihm zum Zwecke der Zustellung gegen Empfangsbekanntnis übersandte Urteil des Amtsgerichts als am 2. Februar 2022 zugestellt ansehe. Durch das auf dem Formularvordruck abgegebene, mit Datum 14. Februar 2022 und einer Unterschrift versehene, aber erst am 18. März 2022 an das Amtsgericht übersandte Empfangsbekanntnis wird die Beweiswirkung des zuvor in der Berufungsschrift übermittelten Empfangsbekanntnisses nicht entkräftet. Es ruft zwar Zweifel hervor, ob das in der Berufungsschrift enthaltene Empfangsbekanntnis richtig ist; die Möglichkeit, dass das dort angegebene Zustelldatum zutrifft, ist aber - schon angesichts des Datums der Berufungsschrift - nicht ausgeschlossen. Weiteren Beweis für die Richtigkeit des zeitlich später mitgeteilten Zustelldatums 14. Februar 2022 hat die Klägerin, die vom Berufungsgericht mit Verfügung vom 6. April 2022 darauf hingewiesen worden ist, dass das Berufungsgericht von der Zustellung des Urteils des Amtsgerichts am 2. Februar 2022 ausgehe, nicht angetreten.

[13] b) Das Berufungsgericht ist weiter zu Recht davon ausgegangen, dass die Angaben in der vorgelegten Dokumentation zur beA-Nachricht nicht den Schluss zulassen, die Berufungsschrift sei bereits am 15. Februar 2022 und damit innerhalb der Berufenungsfrist des § 517 ZPO beim Berufungsgericht eingegangen.

[14] aa) Nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO erhält der Absender eines elektronischen Dokuments, sobald dieses auf der für den Empfang bestimmten Einrichtung des Gerichts gespeichert ist, eine automatisierte Bestätigung über den Zeitpunkt des Eingangs. Diese Eingangsbestätigung soll dem Absender unmittelbar und ohne weiteres Eingreifen eines Justizbediensteten Gewissheit darüber verschaffen, ob die Übermittlung an das Gericht erfolgreich war oder ob weitere Bemühungen zur erfolgreichen Übermittlung des elektronischen Dokuments erforderlich sind. **Hat der Rechtsanwalt eine Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO erhalten, besteht Sicherheit darüber, dass der Sendevorgang erfolgreich war** (BGH, Beschluss vom 20. September 2022 - XI ZB 14/22, NJW 2022, 3715 Rn. 7 mwN). **Der Rechtsanwalt darf jedoch nicht von einer erfolgreichen Übermittlung eines Schriftsatzes per beA an das Gericht ausgehen, wenn in der Eingangsbestätigung im Abschnitt "Zusammenfassung Prüfprotokoll" nicht als Meldetext "request executed" und unter dem Unterpunkt "Übermittlungsstatus" nicht die Meldung "erfolgreich" angezeigt wird** (vgl. BGH, Beschlüsse vom 24. Mai 2022 - XI ZB 18/21, NJW-RR 2022, 1069 Rn. 12; vom 20. September 2022 - XI ZB 14/22, NJW 2022, 3715 Rn. 8; Senatsbeschluss vom 8. März 2022 - VI ZB 25/20, NJW 2022, 1820 Rn. 13; BRAK beA-Newsletter

31/2019 vom 17. Oktober 2019: Wo findet man Eingangsbestätigung, Prüf- und Übermittlungsprotokoll?, https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/newsletter/bea-newsletter/2019/ausgabe-31-2019-v-17102019.html, zuletzt abgerufen am 14. März 2023).

[15] bb) Wie schon das Berufungsgericht festgestellt hat, enthält die von der Klägerin vorgelegte Dokumentation zur beA-Nachricht im Abschnitt "Zusammenfassung Prüfprotokoll" in den Spalten "Übermittlungscode Meldungstext" und "Übermittlungsstatus" gar keinen Text. Es fehlt also an der Mitteilung über eine erfolgreiche Übersendung der Nachricht an das Gericht. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin durfte daher nicht davon ausgehen, dass seine Nachricht tatsächlich an das Berufungsgericht übermittelt wurde.

[16] Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde besagt die Meldung in der vorgelegten Dokumentation unter der Überschrift "Prüfprotokoll vom 15.02.2022 12:17:04" nichts über den Eingang der Berufungsschrift auf dem Justizserver. Sie zeigt nur, dass der Signaturvorgang (§ 130a Abs. 3 Satz 1 ZPO) ordnungsgemäß erfolgt ist. Die qualifizierte elektronische Signatur entspricht im elektronischen Rechtsverkehr der handschriftlichen Unterschrift. **Der Nachweis, dass das Schriftstück elektronisch unterzeichnet wurde, lässt keinen Rückschluss auf dessen Eingang bei Gericht zu. Denn auch nach erfolgreicher Signatur verbleibt die Möglichkeit, dass die signierte Datei infolge eines Fehlers nicht oder nicht lesbar an das Gericht übermittelt wird** (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Mai 2022 - XI ZB 18/21, NJW-RR 2022, 1069 Rn. 13).

[17] Die Frage, ob die unter der Überschrift "Prüfprotokoll vom 15.02.2022 12:17:04" im Unterabschnitt "Zusammenfassung und Struktur" enthaltene Angabe "Eingang auf dem Server 15.02.2022 12:12:03 (lokale Serverzeit)" den Eingang der Berufungsschrift auf dem Gerichtserver nachweist, bietet - entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde - keine Gelegenheit zur Fortbildung des Rechts. Dass es sich bei der Zeitangabe "15.02.2022 12:12:03" nicht um den Zeitpunkt des Eingangs der Nachricht auf dem Justizserver handeln kann, ergibt sich schon daraus, dass dieser Zeitpunkt vor dem für das Ereignis "MESSAGE_ZEITPUNKT_INITIIERUNG VERSAND" angegebenen Zeitpunkt "15.02.2022 12:18:00" liegt. Es ist jedoch ausgeschlossen, dass der Eingang einer Nachricht auf dem Justizserver zeitlich vor der Initiierung ihres Versands liegt. Dieses "Prüfprotokoll" enthält im Übrigen nur Angaben dazu, welche Signaturen sich an bzw. in einer Nachricht befinden (vgl. BRAK beA-Newsletter 31/2019 vom 17. Oktober 2019: Was fängt man eigentlich mit einem Prüfprotokoll an?, https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/newsletter/bea-newsletter/2019/ausgabe-31-2019-v-

17102019.html, zuletzt abgerufen am 14. März 2023). Informationen zur Übermittlung von Dokumenten an das Gericht finden sich hingegen im Abschnitt "Zusammenfassung Prüfprotokoll"; dort fehlen jedoch - wie oben ausgeführt - die entscheidenden Angaben, die auf eine erfolgreiche Übermittlung schließen lassen.

[18] c) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler den Antrag auf Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsfrist zurückgewiesen. Die Klägerin hat nicht dargelegt und glaubhaft gemacht, dass sie ohne ein ihr nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechenbares Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten daran gehindert war, die Berufungsfrist einzuhalten.

[19] aa) Die **anwaltlichen Sorgfaltspflichten** im Zusammenhang mit der Übermittlung von **fristgebundenen Schriftsätzen im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs per beA** entsprechen denen bei Übersendung von Schriftsätzen per Telefax. Auch hier ist es unerlässlich, den Versandvorgang zu überprüfen. Die Überprüfung der ordnungsgemäßen Übermittlung erfordert dabei die Kontrolle, ob die Bestätigung des Eingangs des elektronischen Dokuments bei Gericht nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO erteilt wurde. Bleibt die Eingangsbestätigung aus, muss dies den Rechtsanwalt zur Überprüfung und gegebenenfalls erneuten Übermittlung veranlassen (vgl. BGH, Beschluss vom 20. September 2022 - XI ZB 14/22, NJW 2022, 3715 Rn. 7 mwN). Es fällt in den Verantwortungsbereich des Rechtsanwalts, das in seiner Kanzlei für die Versendung fristwahrender Schriftsätze über das beA zuständige Personal dahingehend anzuweisen, Erhalt und Inhalt der automatisierten Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO nach Abschluss des Übermittlungsvorgangs stets zu kontrollieren (vgl. BGH, Beschluss vom 20. September 2022 - XI ZB 14/22, NJW 2022, 3715 Rn. 12).

[20] bb) Die Klägerin hat schon nicht vorgetragen, wer in der Kanzlei ihres Prozessbevollmächtigten für die Versendung des Berufungsschriftsatzes über das beA zuständig war und ob diese Person den Erhalt einer Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO nach Abschluss des Übermittlungsvorgangs am 15. Februar 2022 überprüft hat oder dazu angewiesen war. Das hätte die Klägerin aber im Rahmen der ihr nach § 236 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 ZPO obliegenden geschlossenen, aus sich heraus verständlichen Schilderung der tatsächlichen Abläufe (vgl. Senatsbeschluss vom 26. Januar 2021 - VI ZB 46/20, NJW-RR 2021, 373 Rn. 10 mwN) darlegen müssen. Für den Fall, dass das Büropersonal den Versand übernommen hat, hätte die Klägerin Vortrag zum Ausbildungsstand und zur Zuverlässigkeit der eingesetzten Bürokraft und zu deren Kontrolle halten und diesen glaubhaft machen müssen (§ 236 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 ZPO; Senatsbeschluss vom 26. Januar 2021 - VI ZB 46/20, NJW-RR 2021, 373 Rn. 10

mwN). Der Vortrag der Klägerin, die zur Fristwahrung erforderlichen Handlungen seien fristgerecht vorgenommen worden, reicht in keinem Fall aus.

[21] Wäre der Erhalt der Eingangsbestätigung überprüft worden, wäre aufgefallen, dass die notwendigen Angaben, aus denen sich eine erfolgreiche Übermittlung ersehen lässt, fehlen. Bis zum Ablauf der Berufungsfrist am 2. März 2022 wäre dann noch ausreichend Zeit für einen erneuten Übermittlungsversuch gewesen. Eine Nachfrage bei der Geschäftsstelle des Berufungsgerichts am 11. März 2022 - nach Ablauf der Berufungsfrist - reichte für eine pflichtgemäße Kontrolle der fristgemäßen Versendung des Berufungsschriftsatzes nicht aus.

Wiedereinsetzung

- Überprüfung der Rechtsmittelbegründungsfrist
 - Eintragung einer Vorfrist
- (BGH, *Beschl. v. 17.5.2023 – XII ZB 533/22*)

Leitsätze

1. Werden einem Rechtsanwalt die Akten im Zusammenhang mit einer fristgebundenen Verfahrenshandlung vorgelegt, hat er den Ablauf von Rechtsmittelbegründungsfristen eigenverantwortlich zu prüfen (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 19. Oktober 2022 - XII ZB 113/21, NJW-RR 2023, 136).
2. Die Einhaltung einer Rechtsmittelbegründungsfrist ist nicht nur durch die Eintragung der Hauptfrist, sondern zusätzlich durch eine ausreichende Vorfrist sicherzustellen (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 19. Oktober 2022 - XII ZB 113/21, NJW-RR 2023, 136 und BGH Beschluss vom 13. September 2018 - V ZB 227/17, NJW-RR 2018, 1451).

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger macht gegen die Beklagte Ansprüche aus einem gewerblichen Mietverhältnis geltend. Durch Urteil vom 22. August 2022 hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, an den Kläger Beträge von 19.872,35 € und 18.118,17 € jeweils nebst Zinsen zu zahlen, und die weitergehende Klage abgewiesen. Das Urteil wurde der Beklagten zu Händen ihres Prozessbevollmächtigten am 23. August 2022 zugestellt. Mit einem rechtzeitig beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz hat die Beklagte Berufung eingelegt und mit Schriftsatz vom 28. Oktober 2022, der am selben Tag bei Gericht eingegangen ist, die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist um einen Monat beantragt.

[2] Auf einen dem Prozessbevollmächtigten am 3. November 2022 zugegangenen richterlichen Hinweis, wonach der Fristverlängerungsantrag verspätet gestellt worden sei, hat die Beklagte mit am 7. November 2022 eingegangenem Schriftsatz Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die versäumte Berufungsbegründungsfrist beantragt. Die in der Kanzlei tätige Rechtsanwaltsfachangestellte habe auf dem zugestellten erstinstanzlichen Urteil den 21. Oktober 2022 als Berufungsbegründungsfrist notiert, aufgrund eines erstmaligen Fehlers jedoch in den händisch geführten Fristenkalender versehentlich den 28. Oktober 2022 als Berufungsbegründungsfrist eingetragen. Der Beklagtenvertreter habe die handschriftlich auf der Urteilsabschrift notierte Fristberechnung auf ihre Richtigkeit kontrolliert und sei hinsichtlich der Übertragung in den Fristenkalender von einer korrekten Übertragung ausgegangen. Diesen Sachverhalt hat die Kanzleiangestellte eidesstattlich versichert. Mit einem am 18. November 2022 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz hat die Beklagte ihre Berufung begründet und unter dem 12. Dezember 2022 ergänzend ausgeführt, in der Kanzlei ihres Prozessbevollmächtigten bestehe seit Jahren die Anweisung, dass immer und unter allen Umständen zuerst die Fristen berechnet und im Kalender eingetragen werden müssten und erst danach ein entsprechender Vermerk (Fristeneintrag auf Schriftsatz, Beschluss oder Urteil) eingetragen werden könne. Mit der handschriftlichen Notierung der Frist auf dem jeweiligen Schriftsatz bzw. Urteil bestätige und bringe die Kanzleikraft zum Ausdruck, dass die berechnete Frist im Terminkalender so notiert worden sei.

[3] Das Oberlandesgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen:

[4] Die gemäß §§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 522 Abs. 1 Satz 4, 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist nicht zulässig, weil die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt sind. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde verletzt die angefochtene Entscheidung weder den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) noch ihr Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1, 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG).

[5] 1. Das Oberlandesgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Beklagte habe nicht glaubhaft gemacht, dass sie die Berufungsbegründungsfrist schuldlos versäumt habe (§ 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Dem Sachvortrag des Wiedereinsetzungsgesuchs könne nicht entnommen werden, dass die Erledigung der Eintragung im Fristenkalender auch in der Handakte vermerkt worden sei. Nur unter dieser Voraussetzung sei der Rechtsanwalt jedoch davon befreit gewesen, die korrekte Eintragung der Frist im Fristenkalender persönlich

zu kontrollieren. Das hierzu mit Schriftsatz vom 12. Dezember 2022 ergänzte Vorbringen sei nicht innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist erfolgt; ein Nachschieben von Gründen nach Ablauf der Wiedereinsetzungsfrist sei nicht zulässig.

[6] 2. Dieses Ergebnis hält sich im Rahmen der höchstrichterlichen Rechtsprechung.

[7] a) Das Oberlandesgericht hat zu Recht angenommen, dass die Beklagte die Berufung nicht innerhalb der am Montag, dem 24. Oktober 2022 ablaufenden Frist des § 520 Abs. 2 ZPO begründet hat. Hiergegen erinnert auch die Rechtsbeschwerde nichts.

[8] b) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde sind die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht erfüllt. Denn die Beklagte hat die Berufungsbegründungsfrist nicht unverschuldet im Sinne von § 233 Satz 1 ZPO versäumt. Vielmehr beruht das Versäumnis auf einem Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten, welches sie sich nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen muss.

[9] aa) Die Sorgfaltspflicht in Fristensachen verlangt von einem Rechtsanwalt alles ihm Zumutbare, um die Wahrung von Rechtsmittelfristen zu gewährleisten. Dabei kann die Berechnung und Notierung von Fristen einer gut ausgebildeten, als zuverlässig erprobten und sorgfältig überwachten Bürokraft übertragen werden. Dann hat der Rechtsanwalt aber durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Fristen zuverlässig festgehalten und kontrolliert werden. Zu den zur Ermöglichung einer Gegenkontrolle erforderlichen Vorkehrungen im Rahmen der Fristenkontrolle gehört insbesondere, dass die Rechtsmittelfristen in der Handakte notiert werden und die Handakte durch entsprechende Erledigungsvermerke oder auf sonstige Weise erkennen lässt, dass die Fristen in den Fristenkalender eingetragen worden sind (Senatsbeschluss vom 19. Oktober 2022 - XII ZB 113/21 - NJW-RR 2023, 136 Rn. 11 mwN).

[10] bb) **Darüber hinaus hat ein Rechtsanwalt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs den Ablauf von Rechtsmittelbegründungsfristen immer dann eigenverantwortlich zu prüfen, wenn ihm die Akten im Zusammenhang mit einer fristgebundenen Verfahrenshandlung, insbesondere zu deren Bearbeitung, vorgelegt werden.** Der Rechtsanwalt muss in diesem Fall auch alle weiteren unerledigten Fristen einschließlich ihrer Notierung in den Handakten prüfen. Dabei darf der Anwalt sich allerdings grundsätzlich auf die Prüfung der Vermerke in der Handakte beschränken, sofern sich keine Zweifel an deren Richtigkeit aufdrängen. **Diese anwaltliche Prüfungspflicht besteht auch dann, wenn die Handakte nicht zugleich zur Bearbeitung mit vorgelegt worden ist, so dass der Rechtsanwalt in diesen Fällen die Vorlage**

der Handakte zur Fristenkontrolle zu veranlassen hat (Senatsbeschluss vom 19. Oktober 2022 - XII ZB 113/21 - NJW-RR 2023, 136 Rn. 12 mwN).

[11] cc) Die Einhaltung einer Rechtsmittelbegründungsfrist ist ferner nicht nur durch die Eintragung der Hauptfrist, sondern **zusätzlich durch eine ausreichende Vorfrist sicherzustellen**. Die Vorfrist dient dazu, dass auch für den Fall von Unregelmäßigkeiten und Zwischenfällen noch eine ausreichende Überprüfungs- und Bearbeitungszeit bis zum Ablauf der zu wahrenen Frist verbleibt. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der zu wahrenen Frist kommt nicht in Betracht, wenn der Rechtsanwalt bei pflichtgemäßer Notierung einer Vorfrist die Fehlerhaftigkeit der notierten Frist hätte erkennen und die Frist wahren können (BGH Beschluss vom 13. September 2018 - V ZB 227/17 - NJW-RR 2018, 1451 Rn. 7 f. mwN).

[12] Zwar muss der Rechtsanwalt die auf eine Vorfrist vorgelegte Sache nicht stets sofort bearbeiten, weil er grundsätzlich frei darin ist, ob er die Begründungsfrist vollständig ausnutzen möchte. Der Rechtsanwalt kann die Handakte deswegen auch zur Wiedervorlage am Tag des Fristablaufs zurückgeben. Indes muss er sich zuvor sorgfältig davon überzeugen, dass die Rechtsmittelbegründung noch rechtzeitig innerhalb der Frist bei Gericht eingereicht werden kann (Senatsbeschluss vom 19. Oktober 2022 - XII ZB 113/21 - NJW-RR 2023, 136 Rn. 13 mwN).

[13] dd) Der Wiedereinsetzungsantrag der Beklagten enthält keine aus sich heraus verständliche, geschlossene Schilderung der tatsächlichen Abläufe, die nach den vorstehenden Maßstäben ein fehlendes Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten annehmen ließen. Er lässt weder erkennen, ob im Rahmen der Büroorganisation eine allgemeine Anordnung zur Eintragung von Vorfristen getroffen war, noch wie eine solche Anweisung im konkreten Fall beachtet worden ist.

[14] Wäre pflichtgemäß eine angemessene Vorfrist von etwa einer Woche vor dem notierten Ablauf der Rechtsmittelbegründungsfrist (vgl. BGH Beschluss vom 13. September 2018 - V ZB 227/17 - NJW-RR 2018, 1451 Rn. 7) in den Fristenkalender eingetragen worden, so wäre die Akte dem Prozessbevollmächtigten etwa am 21. Oktober 2022, spätestens aber am 24. Oktober 2022 vorgelegt worden. Anlässlich dieser Vorlage hätte der Prozessbevollmächtigte anhand der in der Handakte angebrachten Vermerke feststellen müssen, dass der Fristablauf durch die Kanzleiangestellte auf den 21. Oktober 2022 notiert worden war. Bei ihm obliegender eigenverantwortlicher Prüfung der Frist anlässlich der Aktenvorlage an ihn hätte er feststellen müssen, dass die Frist tatsächlich am 24. Oktober 2022 ablief. Es hätte dann in seiner Verantwortung gelegen,

die Berufung rechtzeitig noch innerhalb der Frist zu begründen oder einen rechtzeitigen Fristverlängerungsantrag zu stellen.

[15] Das Wiedereinsetzungsgesuch lässt jedoch offen, ob und auf welches Datum eine Vorfrist im Fristenkalender notiert war, wann dem Prozessbevollmächtigten die Akte tatsächlich vorgelegt worden ist und weshalb der Prozessbevollmächtigte anlässlich der Aktenvorlage an ihn die Frist nicht selbstständig berechnet hat. Damit ist fehlendes Verschulden bei der Fristversäumung nicht ausreichend dargelegt.

Honoraranfechtung

- Sanierungsberatung
- Insolvenz des Unternehmens

(*OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.7.2020 – 12 U 55/19*)

Leitsätze

1. Zahlungen an Sanierungsberater in der Krise können nach den von der Rechtsprechung zur Vorsatzanfechtung in "Altfällen" entwickelten Grundsätzen eines bargeschäftsähnlichen Leistungsaustauschs privilegiert sein, wenn der Schuldner den Berater mit den für eine Sanierung erforderlichen Tätigkeiten beauftragt hat, die von dem Berater hierzu entfalteteten Tätigkeiten als Sanierungsbemühungen geeignet sind und schon bei der Beauftragung des Beraters aus objektiver Sicht konkrete Ansätze für eine Sanierungschance bestehen. Wenn sich jedoch im Verlauf der Tätigkeiten des Sanierungsberaters herausstellt, dass keine erfolgversprechende Sanierung möglich ist, liegt in der Vergütungszahlung keine zur Fortführung des Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung, die der Gläubigersamtheit nützt.
2. Zur Darlegung der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung muss der Steuerberater, wenn der Vergütung keine Pauschalgebühren, sondern Stunden- oder Tagessätze zugrunde liegen, den tatsächlichen zeitlichen Aufwand konkret und in nachprüfbarer Weise darlegen, indem er stichwortartig niederlegt, welche konkrete Tätigkeit er innerhalb eines konkreten Zeitraums verrichtet hat. Hierbei sind tätigkeitsbezogene Ausführungen zu Arbeits- und Gesprächsinhalten erforderlich.

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger ist Verwalter in dem durch Beschluss des Amtsgerichts Duisburg vom 29.01.2014 (Anl. K 2) eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der R. GmbH (Schuldnerin); der Verfahrenseröffnung ging ein Eigenantrag der Schuldnerin vom 11.11.2013 voraus. Der Kläger hat die seinerzeit unter E1. GmbH firmierende Beklagte erstinstanzlich auf Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 5 Mio. EUR wegen vermeintlich unrichtig erstellter Jahresabschlüsse der Schuldnerin und dadurch verzögerter Insolvenzantragstellung sowie auf Rückzahlung erhaltener Honorare i.H.v. 147.560 EUR unter dem Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung in Anspruch genommen. Nur letztere sind in der Berufungsinstanz noch in Streit.

[2] Die Schuldnerin handelte u.a. mit Metallen und führte in diesem Zusammenhang auch Börsentermingeschäfte durch. Spätestens im Jahr 2013 geriet die Schuldnerin aufgrund eines

Verfalls des Kupferpreises zusehends in wirtschaftliche Bedrängnis, da sie mit Hilfe von Warentermingeschäften (sogenannten "Long-Positionen") an der Börse auf eine positive Preisentwicklung spekuliert hatte. Für ein Gespräch bei der kreditgebenden C.-Bank (nachfolgend C.) am 11.07.2013, in dem es um die aktuelle wirtschaftliche Situation der Schuldnerin sowie Perspektiven/Handlungsmöglichkeiten ging, fertigte die Beklagte einen Zwischenabschluss zum 30.06.2013 (Fassung v. 10.07.2013, Anl. B 15), der unter Zugrundelegung von Liquidationswerten bei einem Jahresfehlbetrag von rund 42 Mio. EUR erstmals einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag in Höhe von rund 32,5 Mio. EUR auswies. Auf Wunsch der C. wurde die E2. als weiterer externer Berater hinzugezogen, um das Geschäftsmodell der Schuldnerin sowie deren Abschluss- und Planzahlen zu überprüfen und eine Fortführungsprognose zu erstellen. Die Beklagte stellte der Schuldnerin unter dem 12.07.2013 "für die Erstellung eines Zwischenabschlusses auf den 30.06.2013, Planrechnung 2013 einschließlich Liquiditätsplanes sowie Konzept Firmensanierung nebst Teilnahme am Bankengespräch C. in der Zeit vom 03.07.2013 bis zum 10.07.2013" einen Betrag von 57.120 EUR (brutto) in Rechnung (Anl. K 10), zahlbar sofort per Scheck. Die Honorarnote ist am 17.07.2013 beglichen worden.

[3] Unter dem 27.08., 04.09., 13.09. und 24.09.2013 stellte jeweils die W. GmbH eine Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 InsO aus, wonach Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin drohte, aber noch nicht eingetreten war, trotz bilanzieller Überschuldung wegen einer positiven Fortführungsprognose eine insolvenzrechtliche Überschuldung nicht vorlag und eine nach Darlegung des Geschäftsführers angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos war (Anl. B 18). Die E2. präsentierte die Ergebnisse ihres Prüfungsauftrags am 30.09.2013 (Anl. B 16). Dabei legte sie einen von der Beklagten angepassten Zwischenabschluss zum 30.06.2013 (Fassung v. 01.09.2013, Anl. K 9) zugrunde, der nicht mehr von einer Zerschlagung der Schuldnerin, sondern von der Fortführung ausging (vgl. Anl. B 20). Dieser wies bei einem Jahresfehlbetrag von 33,6 Mio. EUR einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von rund 24 Mio. EUR aus. Am 03.10.2013 beauftragte die Schuldnerin die Beklagte mit der Erstellung bzw. mit der Unterstützung bei der Erstellung eines Liquiditätsstatus und Dokumentation, wobei der Auftrag insbesondere die Überprüfung der Finanzbuchhaltung auf Richtigkeit und Fälligkeit der Forderungen und Verbindlichkeiten umfasste, sowie mit der Erstellung eines Liquiditätsplans, bei dem insbesondere die Problematik der Margin-Einschüsse zu berücksichtigen bzw. mit der C. zu klären sein sollte (Anl. K 12). Unter dem 23.10.2013 stellte die Beklagte der Schuldnerin für die in ihrem Auftrag im Oktober 2013 ausgeführten Leistungen 66.640 EUR (brutto), sofort fällig und zahlbar, in Rechnung (Anl. K 11). Die Schuldnerin hat die Rechnung am 24.10.2013 vollständig bezahlt.

[4] Mit weiterem Vertrag vom 09.11.2013 (Anl. K 15) beauftragte die Schuldnerin die Beklagte mit Blick auf die zum 11.11.2013 beabsichtigte Einreichung eines Insolvenzeröffnungsantrags und Antrags auf Durchführung des Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung, das Insolvenzeröffnungsverfahren zu begleiten und den Geschäftsführer in allen Angelegenheiten zu unterstützen. Vereinbarungsgemäß stellte die Beklagte der Schuldnerin hierfür einen Vorschuss i.H.v. 20.000 EUR zzgl. USt. (23.800 EUR brutto) in Rechnung, den die Schuldnerin am 18.11.2013 - unmittelbar vor der am selben Tag erfolgten Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung - bezahlte.

[5] Der Kläger hat mit Blick auf die allein noch in Streit stehenden Honorarzahlfungen der Schuldnerin im Juli, Oktober und November 2013 geltend gemacht, diese seien anfechtbar und von der Beklagten zurückzugewähren. Die Schuldnerin habe mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gehandelt, denn sie sei ausweislich eines Berichts der P. vom 15.08.2014 (Anl. K 16) bereits zum 03.05.2013 zahlungsunfähig gewesen, jedenfalls habe ihr die Zahlungsunfähigkeit gedroht. Die Kenntnis der Beklagten vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin werde vermutet, denn auf ihrer Seite habe aufgrund der von ihr behaupteten Erstellung von Liquiditätsplänen sowie der Teilnahme an dem Bankengespräch v. 11.07.2013 zumindest Kenntnis von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin bestanden. Auf die positive Fortführungsprognose der E2. könne sie sich nicht berufen, denn diese gründe allein auf der Prämisse, dass der Schuldnerin von dritter Seite neue Finanzmittel bereitgestellt werden. Im Hinblick auf die Zahlungen vom 24.10.2013 und 18.11.2013 sei ein Anspruch auf Rückzahlung auch gemäß §§ 129, 130 Abs. 1, 143 InsO begründet.

[6] Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien wird auf die tatsächlichen Feststellungen und Sachanträge im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

[7] Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Klage wegen des erhobenen Schadensersatzanspruchs abgewiesen und die Beklagte im Übrigen antragsgemäß zur Rückgewähr der angefochtenen Honorarzahlfungen nebst Zinsen verurteilt. Zur Begründung hat es - soweit in zweiter Instanz noch von Interesse - ausgeführt, die streitgegenständlichen Zahlungen der Schuldnerin an die Beklagte seien nach § 133 InsO (a.F.) anfechtbar. Die Schuldnerin habe bei Auszahlung des Honorars an die Beklagte mit dem Vorsatz, Gläubiger zu benachteiligen gehandelt, denn sie habe wissen und zumindest für möglich halten müssen, dass sie neben der Beklagten nicht alle Gläubiger befriedigen können. Die wirtschaftliche Misere der Schuldnerin habe sich, wie sich auch aus den Bekundungen der Zeugen ergeben habe, schon seit Monaten abgezeichnet. Die Schuldnerin habe bereits im April 2013 aufgrund wirt-

schaftlicher Schwierigkeiten in engem Kontakt zu der C. gestanden und das Krisengespräch am 11.07.2013 habe allen Beteiligten mithilfe des Zwischenberichts zum (richtig:) 30.06.2013 dann die drohende Insolvenz der Schuldnerin vor Augen geführt. Das als Anl. B 16 vorgelegte Gutachten der E2. rechtfertige eine positive Fortführungsprognose nicht, denn diese stütze sich ausschließlich auf die entfernte Hoffnung, neue Geldgeber gewinnen zu können. Die Gutachten W. ließen eine eigene Prüfung nicht erkennen, sondern stützten sich ihrerseits allein auf Angaben der E2. und der Schuldnerin. Es werde vermutet, dass die Beklagte Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin gehabt habe, denn sie habe spätestens aufgrund der Erstellung des Zwischenberichts zum 30.06.2013 Kenntnis von der finanziellen Lage der Schuldnerin und deren drohender Zahlungsunfähigkeit gehabt.

[8] Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie ihr Ziel einer vollständigen Klageabweisung weiterverfolgt. Sie macht geltend, das landgerichtliche Urteil stelle eine Überraschungsentscheidung dar, soweit es die Anfechtung insgesamt als begründet angesehen habe. Die von ihr - der Beklagten - als Anl. B 16 und B 18 vorgelegten Gutachten von E2. und W. hätten im Zeitpunkt der Beauftragung der mit der Rechnung v. 12.07.2013 fakturierten Tätigkeiten und der Bezahlung der Rechnung noch nicht vorgelegen. Soweit das Landgericht ergänzend auf den von ihr am 11.07.2013 vorgelegten Zwischenbericht zum 31.06.2013 (richtig: 30.06.2013, vorgelegt als Anl. B 15) abgestellt habe, sei darauf hinzuweisen, dass dieser Zwischenabschluss keine Aussagen zur Zahlungsunfähigkeit und / oder drohenden Zahlungsunfähigkeit getroffen habe. Ein Rückschluss von diesem Zwischenabschluss auf eine Kenntnis der Schuldnerin bzw. ihres Geschäftsführers in Bezug auf eine drohende Zahlungsunfähigkeit sei deshalb unzulässig. Erst recht habe die Schuldnerin keine Kenntnis von einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit gehabt, eine solche habe auch nicht bestanden. Darüber hinaus lägen in Bezug auf diese Rechnung die Voraussetzungen eines Bargeschäfts im Sinne von § 142 InsO a.F. vor, unter denen ein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz in der Regel auszuscheiden habe. Die Leistungserbringung als solche sei unstrittig: Der Zwischenabschluss vom 30.06.2013 liege vor, der Steuerberater E. sei für sie unstrittig bei der Bankensitzung am 11.07.2013 anwesend gewesen und die von ihr erstellte Erläuterung der Planung der Schuldnerin sei als Anl. B 21 aktenkundig. Das Honorar sei angemessen, es liege unter demjenigen, das sich bei Anwendung der gesetzlichen Gebührenordnung für Steuerberater ergeben würde (Anl. B 22). Die von ihr erbrachten Tätigkeiten seien in der damaligen Situation erforderlich gewesen, denn die Schuldnerin habe im Bankengespräch am 11.07.2013 bei der C. einen Zwischenabschluss präsentieren müssen. Der erforderliche sachliche Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung sei gegeben. Die

Tätigkeit sei für einen engen beschränkten Zeitraum zeitnah (sofort bei Beendigung der Tätigkeit) abgerechnet und zeitnah (am nächsten Tag) bezahlt worden.

[9] Auch für die Rechnung v. 23.10.2013 gelte das Bargeschäftsprivileg. Die von der Schuldnerin beauftragte Leistung habe auf einem eigens dafür abgeschlossenen Beratungsvertrag beruht. Die Leistung sei angemessen gewesen, abgerechnet worden sei eine Zeit von 20 Tagen, die Rechnung sei am 24.10.2013, d.h. am Tag nach Rechnungsstellung, ausgeglichen worden. Die Leistung sei im Übrigen im Rahmen eines erfolgversprechenden Sanierungskonzepts erfolgt. Die ernsthaften Versuche der Schuldnerin, eine Sanierung umzusetzen, seien aktenkundig belegt. Insoweit dürfe die Inanspruchnahme professioneller Krisenberatung gegen angemessene Vergütung nicht an § 133 Abs. 1 InsO scheitern. Auch im Zusammenhang mit den in der Rechnung v. 09.11.2013 abgerechneten Leistungen habe es an einem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin gefehlt. Die Voraussetzungen eines Bargeschäfts hätten vorgelegen, die Leistung sei in zeitlicher Hinsicht unmittelbar im Zusammenhang mit der Zahlung erbracht worden und die von der Schuldnerin (*richtig: von ihr*) erstellten Leistungen, insbesondere die Anlagen zum Insolvenzantrag, seien in das Vermögen der Schuldnerin gelangt. Wie der Akte zu entnehmen sei, habe die Schuldnerin ein sehr komplexes Geschäftsmodell gehabt. Die für die Erstellung der Anlagen erforderlichen Angaben seien nicht "auf Knopfdruck" aus der Finanzbuchhaltung der Schuldnerin auszudrucken gewesen. Da die Angaben im Insolvenzantrag zutreffend sein müssten, sei die Tätigkeit erforderlich und eine notwendige Voraussetzung für die Stellung des Insolvenzantrages gewesen. Soweit in der Schlussrechnung Tätigkeiten abgerechnet worden seien, die nach der Insolvenzantragstellung vom 11.11.2013 lägen, handele es sich um Tätigkeiten, die sie, die Beklagte, nach Insolvenzantragstellung für den Kläger erbracht habe. Der Kläger habe ihre Dienste nach Insolvenzantragstellung in Anspruch genommen. So habe er sie unter anderem beauftragen wollen, eine Liquiditätsplanung zu erstellen, was sie letztendlich jedoch abgelehnt habe.

[10] Die Beklagte und die Streithelfer beantragen,

[11] (...)

[12] Der Kläger beantragt,

[13] (...)

[14] Er verteidigt das angefochtene Urteil und macht geltend, das objektive Vorliegen der drohenden Zahlungsunfähigkeit im streitgegenständlichen Zeitraum habe die Beklagte erstinstanzlich im Schriftsatz vom 08.06.2017 eingeräumt. Im Fall

einer - bestrittenen - bargeschäftsähnlichen Lage sei nur ausnahmsweise der Vorsatz zu verneinen. Es sei nicht ersichtlich, dass die jeweils abgerechneten Tätigkeiten zur Fortführung des Unternehmens der Schuldnerin notwendig gewesen seien. Ferner seien diese Tätigkeiten jedenfalls nicht wertgleich gewesen. Auch bei einer - unterstellten - bargeschäftsähnlichen Lage müsse vom Anfechtungsgegner - wenn er wie hier Kenntnis von Umständen im Sinne des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO habe - zusätzlich nachgewiesen werden, dass aufgrund konkreter Anhaltspunkte mit einer baldigen Überwindung der Krise habe gerechnet werden können, da anderenfalls die mittelbare Benachteiligung der Gläubiger mindestens billigend in Kauf genommen werde. Einen ernsthaften Sanierungsversuch habe die Beklagte nicht vorgetragen, die bloße Hoffnung des Schuldners auf Sanierung räume den Vorsatz nicht aus.

[15] Die Kenntnis der Beklagten von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin und damit vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz lasse sich bereits aus dem von ihr am 11.07.2013 vorgelegten Zwischenabschluss zum 30.06.2013 ableiten. Im Schriftsatz vom 08.06.2017 habe sie konkret eingeräumt, dass die Teilnehmer der Besprechung am 11.11.2013 in Frankfurt am Main aus den desaströsen Zahlen der Schuldnerin die Notwendigkeit einer Fortführungsprognose abgeleitet hätten, mithin auch die für die Beklagte teilnehmenden Steuerberater E. und J. Ein sofortiger Insolvenzantrag habe am 11.07.2013 nur aus einem Grund nicht gestellt werden sollen, weil man eine Fortführungsprognose und ggf. Sanierungsmöglichkeiten mit Hilfe externer Berater habe eruiieren wollen. Dies habe die Beklagte gewusst und sich darauf verlassen, indes sei es bei einer bloßen Hoffnung geblieben.

[16] Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Aus den Gründen:

[17] Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg, wie der Senat mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung unter Bezugnahme auf den Hinweisbeschluss vom 11.05.2020 erörtert hat. Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht zur Rückgewähr der Honorarzahungen vom 17.07.2013 in Höhe von 57.120 EUR sowie vom 24.10.2013 i.H.v. 66.640 EUR verurteilt, da die Beklagte diese Zahlungen anfechtbar erlangt hat (§§ 133 Abs. 1, 143 Abs. 1 InsO). Ebenfalls zu Recht erfolgt ist die Verurteilung der Beklagten zur Rückgewähr des am 18.11.2013 als Vorschuss gezahlten Betrages i.H.v. 23.800 EUR (§§ 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 143 Abs. 1 InsO). Die Entscheidung beruht weder auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO), noch rechtfertigen nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung. Hieran hält der Senat auch unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Beklagten vom

15.06.2020 und der Erörterungen in der mündlichen Verhandlung fest.

[18] 1. Auf den Sachverhalt finden die Vorschriften über die Insolvenzanfechtung in der bis zum 04.04.2017 geltenden Fassung (a.F.) nach Maßgabe des Art. 103j EGlmsO Anwendung, da das Insolvenzverfahren vor dem 05.04.2017 eröffnet worden ist.

[19] 2. Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die **Honorarzahlung vom 17.07.2013 in Höhe von 57.120 EUR nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar** ist. Die Zahlung der Schuldnerin hat aufgrund der damit verbundenen Minderung der Aktivmasse zu einer Gläubigerbenachteiligung geführt. Das Landgericht hat zu Recht einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin und die Kenntnis der Beklagten hiervon bejaht.

[20] 2.1. **Der Schuldner handelt mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, wenn er die Benachteiligung der Gläubiger als Erfolg seiner Rechtshandlung will oder als mutmaßliche Folge erkennt und billigt. Ein starkes Beweisanzeichen für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ist die Kenntnis der Schuldnerin von ihrer drohenden Zahlungsunfähigkeit** (im Urteil: drohenden Insolvenz) (BGH, Urt. v. 04.09.2017 - IX ZR 108/16, WM 2017, 1988, 1990 Rn. 20). Diese war spätestens seit dem Krisengespräch bei der C. am 11.07.2013 allen an diesem Gespräch Beteiligten bekannt.

[21] Die Schuldnerin hatte sich, wie unstreitig ist, durch Warentermingeschäfte an der Börse verspekuliert und sah sich aufgrund des jedenfalls seit April 2013 deutlich gesunkenen Kupferkurses erheblichen drohenden Verlusten von grob geschätzt mehr als 30 Mio. EUR gegenüber (s. Quickcheck der E2., Anl. B 16 S. 2), wodurch das Eigenkapital vollständig aufgezehrt war. Nach dem von der Beklagten bereits nicht mehr unter Fortführungsgesichtspunkten, sondern unter Zugrundelegung von Liquidationswerten erstellten Zwischenabschluss zum 30.06.2013 (Anl. B 15) deckte das Vermögen die Verbindlichkeiten der Schuldnerin nicht mehr. Die Liquidität war durch Sicherheitsleistungen in erheblichem Umfang belastet, die die Schuldnerin zur Absicherung der von ihr getätigten Spekulationsgeschäfte leisten musste. Hierzu war die Schuldnerin bereits einige Monate vor dem Bankengespräch im Juli 2013 (konkret: im April 2013) ohne die Einräumung eines weiteren Kreditrahmens durch die C. nicht mehr in der Lage gewesen (Zeugenaussage des Bankmitarbeiters F. der C., Bl. 542 GA). Bei einer weiteren negativen Entwicklung des Kupferpreises wären zusätzliche Einschüsse (Sicherheiten) erforderlich geworden (Quickcheck, Anl. B 16 S. 86), die die Liquidität zusätzlich belastet hätten. Ein Kredit bei der Sparkasse D. über 7 Mio. EUR war Ende September 2013 zur Rückzahlung fällig (Prot. v. 26.06.2019, Bl. 535), ferner ein weiterer Kredit bei der B. Ende

November 2013 (Anl. B 16, S. 87). Zusätzlich drohte nach dem Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme eine Kündigung der Kreditlinien anderer Banken für den Fall, dass diese von dem Verlust des Eigenkapitals und/oder den Spekulationsgeschäften der Schuldnerin Kenntnis erlangt hätten. Die N. hatte aufgrund der vorläufigen Zahlen für das Jahr 2012 bereits im Mai 2013 die Kündigung des Kreditvertrages angedroht. Sie hätte sofort gekündigt, wenn sie von der erheblichen Unterbilanz aufgrund der drohenden Verluste der Schuldnerin erfahren hätte, wie die Zeugin Fr., die bei der N. für die Sanierungsfälle und Intensivbetreuung problematischer Kundenbeziehungen zuständig ist, bekundet hat (Bl. 538). Der für die Schuldnerin zuständige Kundenbetreuer H. hat zudem bekundet, Geschäftsgrundlage des Kreditengagements der N. bei der Schuldnerin sei gewesen, dass es keine Börsenspekulationsgeschäfte gebe (Bl. 540), weshalb auch insoweit eine Kündigung der Kreditbeziehung drohte. Auch der Zeuge M. vom Bankhaus L. hat klar bekundet, dass die Vertragsbeziehung nach Kenntniserlangung von dem spekulativen Charakter der Börsengeschäfte Ende August 2013 sofort beendet wurde (Bl. 533/534). Die C., über die die Schuldnerin in größerem Umfang Börsengeschäfte abwickelte und der die Risiken eines weiteren Verfalls des Kupferpreises für die Schuldnerin ausweislich eines Aktenvermerks von Rechtsanwalt M. über eine Besprechung am Geschäftssitz der Schuldnerin am 10.12.2013 (Anl. B 14) frühzeitig bekannt waren, hätte nach der Bekundung des Zeugen F. das Kreditengagement bei Feststellung eines Bilanzverlustes i.H.v. 25 Mio. EUR bereits im Jahr 2012 zwar nicht sofort gekündigt, es wäre jedoch auch keine neue Kreditvergabe erfolgt, auf die die Schuldnerin jedoch angewiesen war, um weitere Sicherheiten für die Börsentermingeschäfte leisten zu können (Bl. 542).

[22] **Die Schuldnerin war ein Sanierungsfall, wie allen Teilnehmern an dem Bankengespräch klar war**, und der anschließend bei der E2. in Auftrag gegebene Quickcheck sollte zunächst einmal der Klärung dienen, ob das Unternehmen **überhaupt sanierungsfähig** war (Zeugenaussage des Bankmitarbeiters F. der C., Bl. 542 GA). Dass der von der Beklagten erstellte Zwischenabschluss selbst keine Aussage zur Zahlungsfähigkeit oder (drohenden) Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin traf, ist angesichts dessen unerheblich. Die Beklagte selbst hat eingeräumt, dass die Zahlen der Schuldnerin desaströs gewesen sind und dass sich die Geschäftsführung der Schuldnerin ab März/April 2013 ihrer Krisensituation ("existenziell bedrohliche Situation") absolut bewusst war; der Geschäftsführer D. sei jedoch im Hinblick auf die Erwartung, der Kupferpreis könne sich noch erholen, bis November 2013 davon ausgegangen, dass er "das Ruder noch rumreißen" könne. Die bloße Hoffnung auf eine Erholung des Kupferpreises steht jedoch der Annahme eines bedingten Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes nicht entgegen, weil dieses

Szenario rein spekulativ war. Ist der Schuldner zahlungsunfähig, handelt er dann nicht mit Benachteiligungsvorsatz, wenn er auf Grund konkreter Umstände - etwa der sicheren Aussicht, demnächst Kredit zu erhalten oder Forderungen realisieren zu können - mit einer baldigen Überwindung der Krise rechnen kann. Droht die Zahlungsunfähigkeit, bedarf es konkreter Umstände, die nahe legen, dass die Krise noch abgewendet werden kann (BGH, Urt. v. 10.01.2013 - IX ZR 13/12, NJW 2013, 611, 612 Rn. 14 m.w.N.). Dazu hat die Beklagte nichts vorgebracht. Obwohl sie ausweislich der Rechnung vom 12.07.2013 eine "Planrechnung 2013 einschließlich Liquiditätsplanes" erstellt haben will, hat sie diese auf das Bestreiten des Klägers hin nicht vorgelegt. Die von ihr nur auszugsweise als Anl. B 21 vorgelegte "Erläuterung der Planung der R." lässt die Liquiditätsplanung der Schuldnerin bis zum Jahresende 2013 nicht erkennen.

[23] 2.2. Ohne Erfolg macht die Beklagte nunmehr erstmals geltend, in Bezug auf die streitgegenständliche Rechnung lägen die **Voraussetzungen eines Bargeschäfts (§ 142 InsO a.F.) vor, unter denen ein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz in der Regel auszuschließen habe.** Der Senat kann hier - worauf er bereits in seinem Beschluss vom 11.05.2020 hingewiesen hat - offen lassen, inwieweit Vorbringen der Beklagten zur bargeschäftsähnlichen Lage in zweiter Instanz überhaupt zu berücksichtigen wäre (§ 531 Abs. 2 ZPO). Die Beklagte hat in erster Instanz hierzu nichts vorgetragen. **Die Voraussetzungen eines bargeschäftlichen Leistungsaustauschs hat der Anfechtungsgegner darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, weil es sich dabei um einen für ihn günstigen Umstand handelt, der dem sonst möglichen Schluss von erkannter Zahlungsunfähigkeit auf einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners entgegenstehen kann** (BGH, Beschl. v. 26.09.2019 - IX ZR 25/19, ZInsO 2019, 2365, 2366 Rn. 13). Für das Landgericht bestand kein Anlass, hierauf in seiner Entscheidung einzugehen oder im Vorfeld Hinweise zu erteilen, weil die Beklagte sich in erster Instanz weder darauf berufen hat, dass hinsichtlich einer oder aller angefochtenen Leistungen der Schuldnerin die Voraussetzungen einer nach den Grundsätzen der bargeschäftsähnlichen Lage privilegierten Zahlung vorliegen, noch die Voraussetzungen eines bargeschäftsähnlichen Leistungsaustauschs schlüssig dargelegt hat. Ob das Berufungsvorbringen neu i.S.d. § 531 Abs. 2 ZPO ist, kann aber letztlich dahin stehen, weil auch das Vorbringen der Beklagten in der Berufungsbegründung nicht ausreicht, um die Indizwirkung einer erkannten (drohenden) Zahlungsunfähigkeit entfallen zu lassen.

[24] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handelt der Schuldner in Fällen kongruenter Leistungen trotz der Indizwirkung einer erkannten (drohenden) Zahlungsunfähigkeit ausnahmsweise nicht mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, wenn er seine Leistung Zug um Zug gegen

eine zur Fortführung seines Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung erbracht hat, die den Gläubigern im Allgemeinen nutzt (BGH, Urt. v. 18.07.2019 - IX ZR 258/18, NZI 2019, 812, 814 Rn. 22; Urt. v. 17.11.2016 - IX ZR 65/15, BB 2017, 139, 142 Rn. 31). **Diese Grundsätze können auch bei Zahlungen an Berater in der Krise anwendbar sein** (vgl. z.B. Stefanink, ZIP 2019, 1557, 1559 f.; Thole, ZIP 2015, 2145, 2152; Sternal, FS Kayser, 2020, 931, 950 ff.). Wenn der Schuldner einen Sanierungsberater aufsucht, dann oft deswegen, weil ihm die Zahlungsunfähigkeit droht und er dies erkennt. Der Sanierungsberater erkennt dies zwangsläufig auch. Wenn das schon ausreichen würde, um dann, wenn die Sanierung fehlschlägt und es zur Insolvenzeröffnung kommt, jegliche Honorarzahlung nach § 133 InsO anfechtbar zu machen, würde sich kein Sanierungsberater mehr finden lassen, seine Dienste anzubieten. Die Inanspruchnahme professioneller Krisenberatung gegen angemessene Vergütung durch den Schuldner darf deshalb nicht an § 133 Abs. 1 InsO scheitern (Ganter, WM 2009, 1441, 1450; Kayser, FS Gero Fischer, 2008, 267, 280). **Die Zahlung eines angemessenen Honorars für ernsthafte und nicht von vornherein als aussichtslos erscheinende Sanierungsbemühungen kann selbst dann, wenn diese gescheitert sind, ein Bargeschäft sein** (BGH, Urt. v. 06.12.2007 - IX ZR 113/06, BB 2008, 298, 300 Rn. 23). Es fehlt in dieser Konstellation gerade an der sonstigen Fällen innewohnenden Typizität, bei der im Rahmen der stets erforderlichen Gesamtwürdigung aus den objektiven Umständen auf einen Benachteiligungsvorsatz des Schuldners geschlossen werden kann (Kayser, a.a.O.; Stefanink, a.a.O.). Stellt sich jedoch im Verlauf der Tätigkeiten des Sanierungsberaters heraus, dass keine erfolgversprechende Sanierung möglich ist, scheidet eine Gleichwertigkeit selbst bei einer angemessenen Vergütung aus, denn in der Vergütungszahlung liegt keine zur Fortführung des Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung, die der Gläubigersamtheit nützt (Sternal, a.a.O., 951 f.)

[25] Inwieweit dies über den Fall der Sanierungsberatung hinaus auch für andere Beraterleistungen in der Krise gilt, bedarf hier keiner Entscheidung, weil die Voraussetzungen einer bargeschäftsähnlichen Lage jedenfalls nicht vorliegen. **Der Rechtsprechung zur bargeschäftsähnlichen Lage liegt die Überlegung zugrunde, dass eine Betriebsfortführung regelmäßig für die Gläubiger von Nutzen ist** (BGH, Urt. v. 18.07.2019, a.a.O.). Hier lag der Fall insofern anders, als das operative Geschäft der Schuldnerin unstreitig profitabel war, es war aber bei weitem nicht ausreichend, um die bereits eingetretenen sowie die weiter drohenden Verluste auszugleichen. Vor diesem Hintergrund hätte die Beklagte bereits erstinstanzlich **substantiiert darlegen müssen, inwieweit angesichts der nach ihrer eigenen Einschätzung "desaströsen" Zahlen der Schuldnerin die Erstellung und die Präsentation des Zwischenabschlusses für die Fortführung des Geschäftsbetriebs und damit letztlich für die Gläubiger nützlich gewesen sein**

sollen. Auch in zweiter Instanz beschränkt sie sich auf die pauschale Behauptung, die von ihr erbrachten Tätigkeiten seien in der damaligen Situation "erforderlich" gewesen, weil die Schuldnerin im Bankengespräch am 11.07.2013 bei der C. einen Zwischenabschluss habe präsentieren müssen. Die Beklagte selbst ging in dem Zwischenabschluss zum 30.06.2013 - jedenfalls in der hier interessierenden ursprünglichen Fassung vom 10.07.2013 (Anl. B 15) - nicht von Fortführungswerten, sondern von Liquidationswerten aus, legte also eine negative Fortführungsprognose zugrunde, so dass auch insolvenzrechtlich Überschuldung vorlag. Auch wenn sie erstinstanzlich vorgetragen hat, der Zwischenabschluss habe aufgrund einer Vorgabe der Geschäftsführung der Schuldnerin im Hinblick auf Bewertungsfragen auf "pessimistischen Annahmen" beruhen und der C. insoweit den zum 30.06.2013 eingetretenen Verlust vor Augen führen sollen, fehlen doch jegliche Ausführungen dazu, dass trotz dieser Verluste und der existenziell bedrohlichen Situation der Schuldnerin eine Fortsetzung ihres Geschäftsbetriebs seinerzeit möglich und (überwiegend) wahrscheinlich erschien. Zudem hat sie sich erstinstanzlich ausdrücklich darauf berufen, die - angeblich - von ihr erstellten Planrechnungen seien für die Vertreter der C. gar nicht von Interesse gewesen. Diese hat vielmehr unstreitig darauf gedrängt, bezüglich der Liquiditätssituation und einer Fortführungsprognose der Schuldnerin die E2. zu beauftragen. Angesichts dessen lässt sich ein Nutzen der Leistungen der Beklagten für die Gläubiger schon nicht feststellen.

[26] Die Beklagte kann nicht mit Erfolg geltend machen, durch eine zu restriktive Handhabung durch den Senat werde die Tätigkeit eines Sanierungsberaters erschwert. Die in der Rechtsprechung z.T. vertretene Auffassung, bei einer Beauftragung mit der Erstellung eines Sanierungskonzepts könnten Honorarzahungen für Tätigkeiten innerhalb einer gewissen Sondierungsphase, **die der Feststellung der wirtschaftlichen Situation des Insolvenzschuldners und der Entscheidung über dessen weiteres Schicksal sowie die Notwendigkeit der Beantragung der Insolvenz und/oder Möglichkeit der Sanierung dienen, privilegiert sein** (vgl. OLG Köln, Urt. v. 29.03.2017 - I-2 U 45/16, ZInsO 2017, 792, 802 f., juris Rn. 180 ff.; s.a. LG Würzburg, Urt. v. 06.02.2018 - 71 O 1592/16 Ins, ZIP 2018, 1891, 1893, juris Rn. 25 ff.; LG Berlin, Urt. v. 26.06.2014 - 63 O 11/14, ZIP 2014, 1688, 1689, juris Rn. 23; ein "Beraterprivileg" ablehnend z.B.: OLG Frankfurt, Urt. v. 19.10.2016 - 19 U 102/15, ZIP 2017, 187, 189 f., juris Rn. 54 ff.), kommt hier schon nicht zum Tragen. Nach ihrem eigenen erstinstanzlichen Sachvortrag wurde die Beklagte nicht mit der **Prüfung der Sanierungsaussichten** oder mit der Erstellung eines Sanierungskonzepts für die Schuldnerin beauftragt, sondern nur mit der Erstellung des Zwischenabschlusses sowie einer Liquiditätsplanung nach Vorgaben der Geschäftsführung, um gegenüber der C. zu dokumentieren, dass nur eine vorübergehende Finanzkrise vorliege. Für eine Beseitigung der

an die (drohende) Zahlungsunfähigkeit anknüpfenden Indizwirkung ist jedoch erforderlich, dass der Schuldner den Berater mit den für eine Sanierung erforderlichen Tätigkeiten beauftragt und die von dem Berater hierzu entfalteten Tätigkeiten als Sanierungsbemühungen geeignet sind. Zudem müssen schon bei der Beauftragung des Beraters konkrete Ansätze für eine Sanierungschance bestehen, wobei es nicht auf die subjektive Sicht des Schuldners ankommt, sondern darauf, wie ein objektiver Dritter anstelle des Schuldners in Kenntnis der bekannten Umstände die Sanierungschancen beurteilt hätte (Sternal, a.a.O. S. 947 f.). Hierzu ist von der Beklagten nichts vorgetragen. Sie konnte im Zeitpunkt der Zahlung auch nicht von einem ernsthaften Sanierungsversuch der Schuldnerin ausgehen, wie sie erstinstanzlich geltend gemacht hat. Unstreitig hat sie selbst ein "Konzept Firmensanierung", wie in der streitgegenständlichen Rechnung abgerechnet, nicht erstellt. Vielmehr sollte im Anschluss an das Bankengespräch vom 11.07.2013 erst durch die E2. geprüft werden, ob die Schuldnerin überhaupt sanierungsfähig war (Aussage F., s.o.). Für eine Privilegierung der Honorarzahlung an die Beklagte besteht daher schon per se kein Anlass.

[27] Im Ergebnis kommt es deshalb auch nicht darauf an, dass sich auch die Gleichwertigkeit zwischen der Leistung der Schuldnerin und der Leistung der Beklagten nicht feststellen lässt. Liegen der Vergütung - wie hier - **keine Pauschalgebühren, sondern Stunden- oder Tagessätze zugrunde, muss der Steuerberater den tatsächlichen zeitlichen Aufwand konkret und in nachprüfbarer Weise darlegen, indem er stichwortartig niederlegt, welche konkrete Tätigkeit er innerhalb eines konkreten Zeitraums verrichtet hat. Erforderlich sind tätigkeitsbezogene Ausführungen zu Arbeits- und Gesprächsinhalten** (so für das Rechtsanwalts honorar z.B. BGH, Urt. v. 04.02.2010 - IX ZR 18/09, WM 2010, 673, 680 Rn. 77 ff.; OLG Frankfurt, Urt. v. 12.01.2011 - 4 U 3/08, AnwBl. 2011, 300 ff., juris Rn. 51 ff.; OLG München, Urt. v. 05.06.2019 - 15 U 318/18, MDR 2019, 1218 f., juris Rn. 82 ff.; Eckert/Lotz, StBVV, 6. Aufl., § 13 Rn. 21). Hierzu hat die Beklagte auch auf den Hinweis des Senats nichts Substantiiertes vorgetragen. Ihre Ausführungen gehen nicht über die vorgelegten Stundenaufstellungen (Anl. B 20a, K 13, B 24) hinaus. Diese aber erschöpfen sich in nur pauschalen allgemeinen Schlagwörtern zu den am betreffenden Tag mit bis zu 12 Stunden angefallenen Tätigkeiten. Hinsichtlich des in der Rechnung vom 12.07.2013 in Ansatz gebrachten Tageshonorars von 3.000 EUR je Steuerberater hat die Beklagte zudem nichts Konkretes dafür vorgetragen, dass eine Vergütung in dieser Höhe für die abgerechneten Tätigkeiten üblich ist, sondern hierfür nur pauschal die Einholung eines Sachverständigengutachtens angeboten. Der Kläger weist zu Recht darauf hin, dass in den späteren Verträgen vom 03.10.2013 und 09.11.2013 lediglich ein Stundensatz von 180 EUR vereinbart ist. Bei angeblich geleisteten zehn Ar-

beitsstunden pro Tag ergibt sich demgegenüber ein Stundenhonorar von umgerechnet 300 EUR, ohne dass dies nachvollziehbar begründet wird. Der Hinweis der Beklagten auf die von ihr vorgelegte Alternativberechnung nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 StBVV (Anl. B 22) ist unbehelflich, da es sich bei der hier in Rede stehenden Erstellung des Zwischenabschlusses allein zur Vorbereitung der Verhandlungen mit der C. nicht um eine Beratung in Steuersachen oder eine der Steuerberatervergütungsverordnung unterliegende Tätigkeit im Zusammenhang mit der Bearbeitung der Steuerangelegenheiten oder der Erfüllung der steuerlichen Pflichten der Schuldnerin handelt (§§ 1 Abs. 1 S. 1 StBVV, 33 StBerG; s.a. Überschrift des 5. Abschn. der StBVV). Für die nach § 57 Abs. 3 StBerG mit dem Beruf des Steuerberaters vereinbarten Tätigkeiten gilt die Verordnung nicht; von der Möglichkeit, eine Vergütung in Anlehnung an die Steuerberatervergütungsverordnung zu vereinbaren (Eckert/Winkler, 6. Aufl., StBVV § 1 Rn. 21 f.), hat die Beklagte keinen Gebrauch gemacht.

[28] Weitere Umstände, die gegen einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz sprechen könnten, sind nicht ersichtlich.

[29] 2.3. Von dem danach vorliegenden Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin hatte die Beklagte Kenntnis. Diese wird vermutet, weil sie die jedenfalls drohende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin und die Gläubigerbenachteiligung kannte (§ 133 Abs. 1 S. 2 InsO). Die wirtschaftliche Lage der Schuldnerin war der Beklagten spätestens aufgrund des von ihr erstellten Zwischenabschlusses und des Bankengesprächs vom 11.07.2013 bekannt. Hieraus ergab sich - wie ausgeführt - die jedenfalls drohende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin. Die Beklagte, die angeblich eine Liquiditätsplanung für die Schuldnerin erstellt haben will, hat keine konkreten Umstände vorgetragen, die nahe legen, dass die Krise noch abgewendet werden kann. Wie der - später erstellte - Quickcheck der E2. zeigte, wäre dies nur mit einer neuen Finanzierung in erheblichem Umfang denkbar gewesen, auf die selbst Ende September 2013 keine konkrete Aussicht bestand. Das gilt erst Recht für den Zeitpunkt der angefochtenen Handlung am 12.07.2013. Da die Schuldnerin gewerblich tätig war, lag die Gläubigerbenachteiligung im Falle des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit auf der Hand.

[30] 3. Ebenfalls zu Recht hat das Landgericht **auch die Honorarzahlung vom 24.10.2013 in Höhe von 66.640 EUR als nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar** angesehen. Das erstmalige Bestreiten der Beklagten im Schriftsatz vom 15.06.2020, dass insoweit eine Leistung der Schuldnerin an sie erfolgt sei, ist im Ergebnis nicht zu berücksichtigen. In erster Instanz war ausweislich des Tatbestandes des landgerichtlichen Urteils unstrittig, dass die Schuldnerin das mit den drei streitgegenständlichen Rechnungen abgerechnete Honorar an die Beklagte gezahlt hat; einen Tatbestandsberichtigungsantrag hat

die Beklagte nicht gestellt. Nach Angaben des Klägers in der mündlichen Verhandlung ist nicht mehr feststellbar, ob eine stattdessen erfolgte Zahlung auf das Konto der E. & Partner Partnerschaft auf einem Versehen oder auf einer Anweisung der Beklagten, das Honorar abweichend von der Kontoangabe in der Rechnung auf das Konto der Partnerschaft zu zahlen, beruht. Der Steuerberater J. hat vor dem Landgericht ausgesagt, dass die Partnerschaft in der Vergangenheit auch Leistungen der GmbH abgerechnet hat, ohne dass er sagen konnte, weshalb dies so gemacht wurde. Wie der Steuerberater E., der sowohl Gesellschafter der Beklagten als auch Partner der Partnerschaft ist, im Senatstermin erklärt hat, ist der Betrag jedenfalls nicht an die Schuldnerin zurückgezahlt worden, sondern zu einem späteren Zeitpunkt - nach seiner Erinnerung im Zuge der Abwicklung der GmbH - zur Beklagten umgebucht worden. Damit ist diese auch insoweit der richtige Anfechtungsgegner.

[31] 3.1. Die Anfechtungsvoraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO liegen auch bezüglich dieser Zahlung vor. Die **Schuldnerin handelte mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz. Ihre drohende Zahlungsunfähigkeit war nicht beseitigt**, wie sich sowohl aus den Bescheinigungen der W. nach § 270b InsO (Anl. B 18, zuletzt vom 24.09.2013) als auch aus dem am 29.10.2013 erstellten Quickcheck der E2. (Diskussion zum Liquiditätsstatus, Anl. B 40) ergibt. Die Lage hatte sich danach vielmehr zugespitzt. Die Schuldnerin wusste daher, dass sie im Insolvenzfall nicht alle Gläubiger würde befriedigen können.

[32] Auf das **Bargeschäftsprivileg** bzw. eine bargeschäftsähnliche Lage kann sich die Beklagte auch im Zusammenhang mit dieser Zahlung nicht berufen. Die Schuldnerin konnte nicht von einem Nutzen der mit Rechnung vom 23.10.2013 abgerechneten Leistungen der Beklagten für ihre Gläubiger ausgehen, weil mit dem Landgericht davon auszugehen ist, dass der Quickcheck der E2. vom 30.09.2013 (Anl. B 16) eine positive Fortführungsprognose der Schuldnerin gerade nicht stützt und die Schuldnerin daher insolvenzreif war (§§ 15a, 19 InsO). Danach deckte Ende September 2013 das mit Liquidationswerten angesetzte Vermögen der Schuldnerin die Verbindlichkeiten nicht mehr (Anl. B 16 S. 98), so dass (jedenfalls jetzt) der Insolvenzgrund der Überschuldung vorlag, wenn nicht die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich war. Eine positive Fortführungsprognose setzt stets den subjektiven Fortführungswillen des Schuldners bzw. seiner Organe sowie die objektive Überlebensfähigkeit des Unternehmens voraus (vgl. BGH, Beschl. v. 09.10.2006 - II ZR 303/05, ZIP 2006, 2171; Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733, 1735). Die objektive Überlebensfähigkeit wiederum setzt zumindest voraus, dass ein Unternehmen während des Prognosezeitraums voraussichtlich, nämlich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, seine fälligen Zahlungen erfüllen kann (Bitter/Kresser, a.a.O.; MüKInsO/Drukarczyk/Schüler, 4. Aufl.,

§ 19 Rn. 74 ff.). Hiervon konnte allerdings auf der Grundlage der Ausarbeitung von E2. realistischerweise nicht ausgegangen werden, wie das Landgericht zutreffend angenommen hat. Darin heißt es zwar, die Liquidität sei "auf Basis der Annahmen von R. bis Q1 2015 gewährleistet" (Anl. B 16 S. 98). Betrachtet man jedoch die Grundlagen der Liquiditätsplanung, ist festzustellen, dass diese im Wesentlichen auf - durch nichts konkretisierten - Annahmen der Geschäftsführung der Schuldnerin beruhte, nicht auf verfügbaren Zahlen (Anl. B 16 S. 77). Entscheidend für die Erlangung eines positiven Cash-Flows war danach die Bereitstellung einer neuen Finanzierung im Umfang von bis zu 120 Mio. EUR durch ein neues Factoringunternehmen, die eine Rückführung bestehender Finanzverbindlichkeiten bis Jahresende ermöglichen sollte (Anl. B 16, S. 77/78, 87 ff.). Wie sich aus der Anl. B 16 ergibt, hat die Schuldnerin zwar Verhandlungen über eine neue Finanzierung geführt, die Beklagte hat jedoch keine konkreten Umstände vorgetragen, aufgrund derer seinerzeit die Erlangung neuer Finanzmittel überwiegend wahrscheinlich war.

[33] Darüber hinaus hat die Beklagte auch bezüglich der Rechnung vom 23.10.2013 nicht konkret dargelegt, dass ihre - angeblich erbrachte - Leistung der von der Schuldnerin geleisteten Zahlung jedenfalls gleichwertig war. Auf die entsprechenden Ausführungen unter Ziff. 2.2. wird insoweit Bezug genommen.

[34] 3.2. Die Beklagte kannte den danach vorliegenden Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin. Denn sie kannte die jedenfalls drohende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin und die Gläubigerbenachteiligung (§ 133 Abs. 1 S. 2 InsO). Die Kenntnis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes entfällt nicht aufgrund des Vorliegens einer bargeschäftsähnlichen Lage. Objektiv lag eine solche - wie aufgezeigt - nicht vor. Auch aus der (subjektiven) Sicht der Beklagten lagen die Voraussetzungen nicht vor, weil die Schuldnerin insolvenzreif war. Die Fortführungsprognose in dem Quickcheck der E2. stützte sich - auch für die Beklagte ohne Weiteres ersichtlich - ausschließlich auf die durch nichts konkretisierte Annahme der Geschäftsführung, eine neue Finanzierung zu erhalten. Die Beklagte hat keine Umstände vorgetragen, die aus ihrer Sicht diese Erwartung rechtfertigen konnten. Sie hat auch die angeblich im Oktober von ihr gefertigte Liquiditätsbilanz und Liquiditätsplanung wiederum nicht vorgelegt.

[35] Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass die Zahlung an sie Bestandteil eines von der Schuldnerin ausgearbeiteten Sanierungsversuchs war. Ein Sanierungskonzept gab es nicht. Ziel des Quickchecks von E2. war die Überprüfung des Geschäftsmodells der Schuldnerin, die Prüfung von Abschluss- und Planzahlen sowie die Erstellung einer Fortführungsprognose (Anl. B 16 S. 1). Hinsichtlich der Zukunftsalter-

nativen der Schuldnerin wurden lediglich Eckpunkte einer etwaigen Sanierung dargestellt, deren Effekte nur grob skizziert wurden. Letztlich hing die Sanierungsfähigkeit der Schuldnerin entscheidend von der Gewinnung einer neuen Finanzierung ab, wofür jedoch konkret keine Anhaltspunkte bestanden. Auch die Bescheinigungen der W. (Anl. B 18) enthielten kein Sanierungskonzept und stützten die Fortführungsprognose allein auf die Angaben der Schuldnerin und der E2. Entscheidend war für die Prüfer, dass das operative Ergebnis der Schuldnerin in der Vergangenheit positiv ausgefallen war. Das war aber schon angesichts der bereits eingetretenen und zu erwartenden weiteren Verluste aus den Börsenspekulationsgeschäften nicht im Ansatz ausreichend, um sämtliche Verbindlichkeiten abzudecken.

[36] (...)

GI Literaturecke:

Armbrüster: Aktuelle Praxisfragen des AVB-Rechts, VersR 2024, 136

Brüning: Notarhaftung – Vermutung beratungsgerechten Verhaltens, NotBZ 2024, 90

Chab: Streitverkündungen, AnwBl 2024, 62

Diller: Rechtliche versus wirtschaftliche Interessenkollision, NJW 2024, 385

Ganter: Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens im Haftungsrecht, WM 2024, 281

Gehrlein: Die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH zur Steuerberaterhaftung in den Jahren 2022 und 2023, DStR 2024, 385

Giral/Struckmeier: Steuerberaterhaftung: Erbringung von Finanztransferleistungen ohne die erforderliche Erlaubnis des § 10 ZAG, Anmerkung zu OLG Hamburg, Urt. v. 3.11.2023 – 13 U 149/22; DStR 2024, 516

Ingenfeld: Ausschluss des Berufshaftpflicht-Versicherungsschutzes bei Verstoß „im Bereich eines unternehmerischen Risikos“, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 15.11.2023 – IV ZR 277/22, DStR 2024, 637

Meixner/Hahn: Steuerberaterhaftung wegen fehlerhafter Umwandlung, Anmerkung zu LG Detmold, Urt. v. 5.5.2023 – 1 O 310/19 und OLG Hamm, Beschl. v. 16.11.2023 – 25 U 60/23, DStR 2024, 575

Orlikowski-Wolf/Bexen: Anmerkung zu einer Entscheidung des OLG Köln, Urteil vom 24.05.2022 (9 U 173/20) – Zum Versicherungsschutz in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte im Falle einer Treuhandtätigkeit, RuS 2023, 1072

Stöckmann: Inanspruchnahme einer Vermögens-Haftpflichtversicherung nach Insolvenz der versicherten Steuerberatungsgesellschaft, BGH v. 15.11.2023 - IV ZR 277/22, jurisPR-VersR 2/2024 Anm. 2

Thode: Anforderungen an die anwaltliche Beratung vor Abschluss eines Abfindungsvergleichs, BGH v. 20.04.2023 - IX ZR 209/2, jurisPR-BGHZivilR 2/2024 Anm. 3

Weiler: Haftung des Testamentsvollstreckers: Strategien zur Vermeidung einer Haftung des Testamentsvollstreckers, EE 2024, 44

Willems: Vorsicht auf der Zielgeraden, NJW-aktuell 5/2024, S. 17

Willems: Verantwortung im anwaltlichen Zusammenspiel, NJW-aktuell 9/2024, S. 17

GI service

Wichtige Info zur GI!

Nichts verpassen und GI als Newsletter abonnieren!

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

Service-Fax

(0511) 645 111 3661

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

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

Worauf Sie sich verlassen können:

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

Impressum

GI Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

Herausgeber

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

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

Redaktion

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

Erscheinungsweise

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

Abonnementservice

Telefax: 0511-6451113661

»seit der ersten Auflage erste Wahl.«

RA Ralf Hansen, jurait.com 1/2016, zur Voraufgabe



Der Versicherungsprozess

Ansprüche und Verfahren

Praxishandbuch

Herausgegeben von RA Dr. Jürgen Veith,

RA Dr. Jürgen Gräfe, FASr u FAVersR,

RA Oliver Lange, LL.M. und VRiLG Dr. Jens Rogler

5. Auflage 2023, ca. 1.600 S., geb., ca. 159,- €

ISBN 978-3-8487-7852-2

Erscheint ca. September 2023

Der „Veith/Gräfe/Lange/Rogler“ ist ein Muss für ein erfolgreich geführtes Versicherungsverfahren: Punkt für Punkt wird für jede Versicherungssparte erläutert, welche versicherungsvertraglichen und gesetzlichen Grundlagen zu beachten und wie diese vorzutragen und zu beweisen sind. Damit vermittelt es das unverzichtbar hohe Maß an taktischem Geschick und Professionalität für erfolgreiches Handeln in- und außerhalb eines Prozesses.

Die Neuauflage

- enthält eine komplette Neufassung und Aktualisierung des allgemeinen Versicherungsprozess- und Versicherungsrechts, insbesondere zum materiellen Kostenerstattungsanspruch des VR gegen den VN bei unberechtigter Inanspruchnahme
- berücksichtigt neue Entwicklungen in der Rechtsprechung (den Auskunftsanspruch des VN gegen den VR aus Art. 15 DS-GVO, die Wirecard-Urteile gegen den D&O-VR, den Business-Judgment-Rule-Wiedereinschluss im Wissenslichsausschluss)

- implementiert Neuerungen zur Rechtsstellung des Exzedenten-VR sowie bei rückverweisenden Subsidiaritätsklauseln
- beinhaltet ein komplett neu überarbeitetes Kapitel zur Cyber-Versicherung.

Ein Muss für die Rechtsanwaltschaft in Versicherungsprozessen und die Praktizierenden der Versicherungswirtschaft, die vom Erfahrungsschatz führender Versicherungsexpert:innen profitieren:

- Eine gelungene Kombination aus Praxis- und Formularhandbuch
- Lösungen auch für schwierige und außergewöhnliche Fragestellungen
- 25 wichtige Versicherungssparten in einem Band
- Ein großer und aktualisierter Fundus an Urteilen und umfangreichen Literaturhinweisen.

Herausgeber und Autor:innen:

RA Dr. Marc Anschlag, LL.M. | RA Ronald Betz | RAin Dr. Mirjam Boche | RA u Mediator (DAA) Rainer-Karl Bock-Wehr | RA Peter Brenner | RA Michael Brügge | RA Joachim Cornelius-Winkler, FAVersR | RAin Sophie-Dorothee Enger, LL.M. | RA Dr. Arndt Eversberg | RA Dr. Jürgen Gräfe, FASr u FAVersR | RA Jürgen Grauschopf | RA, RiOLG a.D. Dr. Dirk Halbach | RA Richard Harder | RAin Kerstin Hartwig, FAVersR | RA Dr. Stefan Hoefl, FATuSpedR u FAVersR | RA Dr. Ulf Hoenicke | RAin Marie Holzhauer, LL.M. | RAin Katharina Kipar LL.B. | RA Oliver Lange, LL.M. (M&A), LL.M. (Insurance) | RA Sven Lehmann | RA Michael Melchers, FAFamR u FAVersR | RA Jörg Ollick | VorsRiLG Dr. Jens Rogler | RA Frank Jörg Schäker, FAMedR u FAMuWR | RA Dr. Winfried Schnepf, FAVersR | Dr. Jürgen Veith | RA Martin Wendt, FAMedR u FAVersR