



Inhalt

Editorial	191	Steuerberaterhaftung	214
GI Entscheidungen	192	Insolvenz / Fortführungsprognose / Maßgebliche Rechtsprechung (OLG Celle, Beschl. v. 11.11. / 12.12.2022 – 18 U 2/22)	
GI Literatur-Ecke	255	Steuerberaterhaftung	219
Rechtsanwaltshaftung	192	Konsolidierte Schadenbetrachtung / Afa-Vorteile (LG Detmold, Urte. v. 5.5.2023 – 01 O 310/19)	
Belehrung über Vergleich / Beweislast (BGH, Urte. v. 20.4.2023 – IX ZR 209/21)		Steuerberaterhaftung	223
Wiedereinsetzung	195	Bilanzerstellung / Insolvenzverschleppung / Kausalität (OLG Köln, Urte. v. 14.12.22 – 16 U 179/21)	
Allgemeine Anordnung / Einwöchige Vorfrist (BGH, Beschl. v. 20.9.2022 – VI ZB 17/22)		Versicherungsschutz	233
Wiedereinsetzung	196	Treuhandkommanditist / Unternehmerische Tätigkeit (LG Köln, Urte. v. 22.4.2021 – 24 O 247/20)	
Ersatzeinreichung / Elektronische Übermittlung (OLG Braunschweig, Beschl. v. 28.10.2022 – 4 U 76/22)		Notarhaftung	238
Wiedereinsetzung	201	Einwände gegen den Gebührenanspruch / Schadenser- satzanspruch wegen Amtspflichtverletzung (BGH, Beschl. v. 23.5.2022 – V ZB 9/21)	
Weiterleitung im ordentlichen Geschäftsgang (BGH, Beschl. v. 26.1.2023 – I ZB 42/22)		Notarhaftung	244
Rechtsanwaltsvergütung	205	Pflichtverletzung / Kausalität / / Beweislast (BGH, Urte. v. 16.2.2023 – III ZR 210/21)	
Honorarvereinbarung / Formwirksame Honorarrechnung (OLG Düsseldorf, Urte. v. 8.11.22 – 24 U 38/21)		Notarhaftung	248
Honorar des Steuerberaters	212	Fehlerhafte Urkunde / Keine Korrektur bei Vollzug (OLG Hamm, Beschl. v. 10.2.2023 – I-11 U 96/22)	
Mündliche Vereinbarung / Anlagenbuchführung (AG Schwelm, Urte. v. 17.6.2021 – 25 C 190/19)		Insolvenzverwalterhaftung	252
		Begründung von Masseverbindlichkeiten / Abschluss von Arbeitsverträgen / Schaden des Arbeitnehmers (Thüringer LAG, Urteil v. 29.3.22 – 5 Sa 7/22)	



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,

In der Beratungspraxis ist der **hohe Standard, der an anwaltliche und steuerliche Beratung angelegt wird**, bekannt. Der BGH hat sich des Themas erneut angenommen. Eine Kernaussage: Gibt es mehrere rechtlich mögliche **Alternativen**, ist davon aber eine deutlich vorteilhafter als die andere, verlangt der BGH, dass der Anwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer hierauf hinweist und eine entsprechende Empfehlung erteilt. In der Entscheidung ging es um einen **Abfindungsvergleich**.

Über **Beratungspflichten des Steuerberaters im Vorfeld** einer Insolvenz musste das OLG Celle entscheiden. Es weist darauf hin, dass er bei bilanzieller Unterdeckung **bis 2013** - BGH-Entscheidung vom 7.3.2013 – IX ZR 64/12 - auf eine Überprüfung der Insolvenzreife nicht hinweisen musste. Unabhängig davon: er muss weder eine Fortführungsprognose erstellen noch die hierfür maßgeblichen Tatsachen ermitteln.

Das OLG Köln hat zum gleichen Themenblock darauf hingewiesen, dass der auf Schadensersatz klagende Insolvenzverwalter beweisen muss, dass **bei ordnungsgemäßer Beratung** der Insolvenzproblematik durch den Steuerberater, der gebotene **zeitnahe Insolvenzantrag vom Mandanten gestellt worden wäre**.

Wird der Steuerberater in einem Anlagefonds als **Treuhandkommanditist** mandatiert, muss er den Versicherungsschutz vorher mit seinem Berufshaftpflichtversicherer abstimmen. Das LG Köln hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass diese Tätigkeit eine unternehmerische Beteiligung darstelle und damit insgesamt **nicht versichert** sei.



Ihr Dr. Jürgen Gräfe

GI Entscheidungen

Rechtsanwaltshaftung

- Belehrung über Vergleich
- Beratungsbedürftigkeit des Mandanten
- Beweislast

(BGH, Urt. v. 20.4.2023 – IX ZR 209/21)

Leitsätze

1. Der Rechtsanwalt ist im Grundsatz gehalten, den Mandanten in die Lage zu versetzen, eine eigenverantwortliche und sachgerechte Entscheidung über den Abschluss eines Vergleichs zu treffen; hierzu hat er den Mandanten über die Vor- und Nachteile des Vergleichs zu beraten.
2. Die Beratungsbedürftigkeit des Mandanten entfällt erst dann, wenn der Mandant aus anderen Gründen über die Vor- und Nachteile des Vergleichs im Bilde ist; dies hat der Rechtsanwalt darzulegen und zu beweisen.

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger nimmt den beklagten Rechtsanwalt auf Schadensersatz in Anspruch. Er wirft dem Beklagten vor, über die Folgen eines (Abfindungs-)Vergleichs nicht ordnungsgemäß beraten zu haben.

[2] Der Kläger beauftragte einen Garten- und Landschaftsbaubetrieb mit Drainage- und Abdichtungsarbeiten an seinem Hausgrundstück. Nach Durchführung der Arbeiten beklagte der Kläger Feuchteschäden an seinem Haus. Er beauftragte einen Privatsachverständigen und den Beklagten. Der Privatsachverständige erstellte ein Gutachten und ein Nachtragsgutachten. Nachdem außergerichtliche Bemühungen des Beklagten gescheitert waren, leitete dieser ein selbständiges Beweisverfahren ein. Der gerichtliche Sachverständige führte einen ersten Ortstermin durch, in dem er sich ein äußerliches Bild von den Gegebenheiten machte. Aufgrabungen zu einer näheren Begutachtung des Werks des Garten- und Landschaftsbaubetriebs wurden nicht vorgenommen. Im Anschluss an den ersten Ortstermin erstellte der Sachverständige einen Zwischenbericht, in dem er mit hoher Wahrscheinlichkeit Arbeiten an der Drainage für erforderlich hielt und darauf hinwies, dass ein Teil der Mängelbeseitigungskosten Sowiekosten sein könnten.

[3] Anlässlich eines zweiten Ortstermins am 26. Juli 2017 stand ein Bagger bereit, mit dessen Hilfe die zur näheren Begutachtung der Arbeiten des Garten- und Landschaftsbaubetriebs erforderlichen Aufgrabungen vorgenommen werden sollten. Auf Seiten des Klägers nahmen an dem Ortstermin

dessen Ehefrau, der Beklagte und der beauftragte Privatsachverständige teil. Der Kläger selbst war nicht anwesend. Noch vor Beginn der Aufgrabungen kam es zu Vergleichsgesprächen. Schlussendlich wurde ein durch gerichtlichen Beschluss vom 4. Oktober 2017 bestätigter Vergleich geschlossen, durch den sämtliche wechselseitigen Ansprüche aus dem Vertrag über die Drainage- und Abdichtungsarbeiten abgegolten und erledigt sein sollten.

[4] Der Kläger behauptet, die tatsächlichen Mängelbeseitigungskosten betrügen mehr als das Vierfache der Vergleichssumme von 55.000 €. Er verlangt von dem Beklagten - zum Teil im Wege eines Feststellungsantrags - Schadensersatz in Höhe der Differenz zwischen Vergleichssumme und Mängelbeseitigungskosten.

[5] Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO zurückgewiesen. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger den geltend gemachten Schadensersatzanspruch in vollem Umfang weiter.

Aus den Gründen:

[6] Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des die Berufung zurückweisenden Beschlusses sowie zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.
[7] Das Berufungsgericht hat eine Pflichtverletzung des Beklagten verneint. Die im streitbefangenen Vergleich verwendete Abgeltungsklausel habe zu keiner besonderen Beratungspflicht geführt. Es hätten keine Prognoseschwierigkeiten bestanden, wie sie sich etwa im Falle eines komplexen Personenschadens ergeben könnten. Das Gegenteil sei der Fall gewesen. Der Sachverhalt sei einfach zu klären gewesen und die künftige Entwicklung, das heißt die Frage, ob Feuchtschäden drohten, sei leicht zu beurteilen gewesen. Es wäre allein erforderlich gewesen, die Begutachtung im selbständigen Beweisverfahren fortzusetzen. Mögliche technische Unkenntnisse des Klägers habe der von ihm beigezogene Privatsachverständige ausgeglichen.

[8] Die Bedeutung von Abgeltungsklauseln in gerichtlichen und außergerichtlichen Vergleichen sei dem verständigen Verbraucher bekannt. Der Kläger habe nicht substantiiert dargelegt, dass er abweichend von einem verständigen Mandanten die Bedeutung einer Abgeltungsklausel nicht gekannt und der Beklagte dies erkannt habe. Es habe auch kein atypischer Fall vorgelegen, der Aufklärungspflichten ausgelöst habe. Es habe vielmehr eine klassische Vergleichssituation vorgelegen. Die weitere Beweiserhebung hätte auch zu Ungunsten des Klägers ausgehen können.

II.

[9] Die Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand.

[10] 1. Soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf, ist der **Rechtsanwalt grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Beratung des Auftraggebers verpflichtet**. 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, Urteil vom 1. März 2007 - IX ZR 261/03, BGHZ 171, 261 Rn. 9 mwN; vom 21. Juni 2018 - IX ZR 80/17, WM 2018, 1988 Rn. 8; vom 16. September 2021 - IX ZR 165/19, DB 2021, 2484 Rn. 27; st. Rspr.).

[11] **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. Der Mandant benötigt, insbesondere wenn er juristischer Laie ist, **nicht unbedingt eine vollständige rechtliche Analyse, sondern allein die Hinweise, die ihm im Hinblick auf die aktuelle Situation und sein konkretes Anliegen die notwendige Entscheidungsgrundlage liefern.** Erscheint unter **mehreren rechtlich möglichen Alternativen** die eine deutlich vorteilhafter als die andere, hat der Anwalt darauf hinzuweisen und eine entsprechende Empfehlung zu erteilen (BGH, Urteil vom 1. März 2007, aaO Rn. 10; vom 16. September 2021, aaO Rn. 28).

[12] 2. Zu den **entscheidenden Weichenstellungen** in einer Rechtsangelegenheit zählt die **Frage, ob diese durch einen Vergleich beendet werden soll.** Auch hier muss der Mandant in die Lage versetzt werden, eine eigenverantwortliche und sachgerechte Entscheidung zu treffen. Dazu bedarf es in aller Regel einer anwaltlichen Beratung, deren Art und Umfang nicht generell abstrakt festgelegt werden kann. Die konkreten Umstände des Einzelfalls bestimmen vielmehr, in welcher Art und in welchem Umfang der Mandant zu beraten ist.

[13] Um eine eigenverantwortliche und sachgerechte Entscheidung über den Abschluss eines Vergleichs treffen zu können, muss der Mandant insbesondere um die **Vor- und Nachteile einer (vorzeitigen) Beendigung seiner Rechtsangelegenheit durch Vergleich** wissen. Eine Beendi-

gung der Angelegenheit durch Vergleich kann für den Mandanten derart nachteilig sein, dass der Rechtsanwalt vom Vergleichsschluss abzuraten hat. **Muss der Anwalt abraten, hat das Auswirkungen auf die haftungsausfüllende Kausalität. Der Beweis des ersten Anscheins spricht dann dafür, dass der Mandant dem Vorschlag des Anwalts, von einem Vergleichsschluss abzusehen, gefolgt wäre** (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2000 - IX ZR 372/98, WM 2000, 1353 f, 1355; vom 11. März 2010 - IX ZR 104/08, NJW 2010, 1357 Rn. 8; Beschluss vom 26. Januar 2012 - IX ZR 222/09, BeckRS 2012, 3733 Rn. 2; Urteil vom 14. Juli 2016 - IX ZR 291/14, NJW 2016, 3430 Rn. 8).

[14] Die Frage, ob der Rechtsanwalt über die Vor- und Nachteile eines Vergleichs zu beraten hat, ist unabhängig vom vorgesehenen Inhalt des Vergleichs. **Soweit der Bundesgerichtshof in der Vergangenheit darauf hingewiesen hat, die Beratungspflicht greife in besonderem Maße, wenn es sich um einen Abfindungsvergleich handle** (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2000, aaO S. 1354; vom 11. März 2010, aaO; Beschluss vom 26. Januar 2012, aaO), **betrifft dies nicht das "Ob" der Beratung.** Ist der Mandant über die Vor- und Nachteile des Vergleichs nicht bereits aus anderen Gründen im Bilde, muss er in jedem Fall entsprechend beraten werden. Zwar kann ein **Abfindungsvergleich besondere Risiken** für den Mandanten mit sich bringen (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 2021 - IX ZR 223/20, WM 2022, 2088 Rn. 8). **Das bedeutet aber nicht, dass der Mandant nicht oder nur in abgeschwächtem Maße über die Vor- und Nachteile eines Vergleichs zu beraten ist, der keine Abfindungsregelung enthält.** Die Kenntnis der Vor- und Nachteile eines Vergleichs ist Grundvoraussetzung für eine eigenverantwortliche und sachgerechte Entscheidung des Mandanten. Der hierzu notwendige Beratungsaufwand wächst mit der Komplexität des vorgesehenen Vergleichs und dessen (Abfindungs-)Folgen; das geschuldete Beratungsergebnis bleibt aber immer das Gleiche. Der Mandant muss in die Lage versetzt werden, eine eigenverantwortliche und sachgerechte Entscheidung zu treffen.

[15] 3. Nicht jeder Mandant ist beratungsbedürftig. Das gilt auch im Falle der beabsichtigten Beendigung einer Rechtsangelegenheit durch Vergleich. **Ist der Mandant aus anderen Gründen über die Vor- und Nachteile im Bilde und deshalb in der Lage, eine eigenverantwortliche und sachgerechte Entscheidung über den Vergleich zu treffen, bedarf es keiner (zusätzlichen) Beratung durch den Rechtsanwalt.**

[16] Da der umfassend vorinformierte und deshalb nicht beratungsbedürftige Mandant in der Rechtswirklichkeit die Ausnahme bildet, hat der Rechtsanwalt **grundsätzlich von der Beratungsbedürftigkeit auszugehen.** Dies gilt selbst gegenüber rechtlich vorgebildeten und wirtschaftlich erfahrenen Mandanten (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 1997 -

IX ZR 153/96, ZIP 1998, 648; vom 26. Oktober 2000 - IX ZR 289/99, NJW 2001, 517, 518; vom 12. Februar 2004 - IX ZR 246/02, WM 2004, 2034, 2036). Der anwaltlich vertretene Mandant hat Anspruch darauf, dass er die erforderliche Beratung erhält. Er muss die Beratung nicht durch eigene Überlegungen ersetzen und erst recht keinen weiteren Berater hinzuziehen. Die Beratungsbedürftigkeit entfällt nicht schon deshalb, weil der Mandant von sich aus in der Lage wäre, die notwendigen Schlüsse zu ziehen (vgl. BGH, Urteil vom 9. Dezember 1999 - IX ZR 129/99, WM 2000, 959, 961; vom 10. Mai 2012 - IX ZR 125/10, BGHZ 193, 193 Rn. 20). **Der Rechtsanwalt darf deshalb nur dann von einer (weiteren) Beratung des Mandanten absehen, wenn dieser über die erforderlichen Informationen bereits verfügt. Das hat Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast. Behauptet der Rechtsanwalt im Regressprozess, der Mandant sei umfassend informiert und deshalb nicht beratungsbedürftig gewesen, trifft ihn insoweit die Beweislast** (vgl. BGH, Urteil vom 26. Oktober 2000, aaO; Weinland in Henssler/Gehrlein/Holzinger, Handbuch der Beraterhaftung, 2. Aufl., Kapitel 3 Rn. 241; Vill in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Pape/Chab, Handbuch der Anwaltshaftung, 5. Aufl., § 2 Rn. 98).

[17] 4. Die vorstehenden Grundsätze hat das Berufungsgericht in rechtserheblicher Weise verkannt.

[18] a) Das Berufungsgericht trifft keine Feststellungen, dass der Beklagte den Kläger (oder seine ihn vertretende Ehefrau) über den Inhalt des Vergleichs, insbesondere im Hinblick auf die Abgeltungsklausel beraten hätte. Revisionsrechtlich ist daher davon auszugehen, dass der Beklagte den Kläger insoweit nicht beraten hat. Soweit das Berufungsgericht prüft, ob die im Vergleich verwendete Abgeltungsklausel eine besondere Beratungspflicht des Beklagten auslösen könnte, ist dies rechtsfehlerhaft. **Der Anwaltsvertrag verpflichtete den Beklagten, den Kläger über Vor- und Nachteile und damit auch über die rechtlichen Wirkungen des Vergleichs aufzuklären. Diese Pflicht besteht bei jeder Abgeltungsklausel.** Inhalt und Komplexität des Vergleichs beeinflussen lediglich Art und Umfang der Beratungspflichten.

[19] Es trifft auch nicht zu, dass es keine Prognoseschwierigkeiten gab. Im maßgeblichen Zeitpunkt vor Abschluss des Vergleichs war nicht abschließend geklärt, in welchem Umfang das Werk des Garten- und Landschaftsbaubetriebs mangelhaft war und ob im Zuge der durchgeführten Arbeiten das Eigentum des Klägers beschädigt worden war. Anders als bei einer bezifferten Leistungsklage gab es noch nicht einmal eine abschließende Vorstellung über die Höhe der entstehenden Mangelbeseitigungskosten und der vom Kläger zu tragenden So-wieso-Kosten. Dazu hätte erst das selbständige Beweisverfahren geführt. Dass die bestehenden Unklarheiten

durch die Fortsetzung der Begutachtung durch den Sachverständigen hätten zeitnah beseitigt werden können, ändert nichts daran, dass die Lage vor Abschluss des Vergleichs unklar war. Die unklare Lage im Zusammenspiel mit der Abgeltungsklausel verpflichtete den Beklagten, den Kläger darüber aufzuklären, dass er mit dem Vergleich das Risiko übernahm, dass die tatsächlichen Mangelbeseitigungskosten die Vergleichssumme von 55.000 € übersteigen könnten, der Kläger solche Mehrkosten selbst zu tragen hätte und ihr Ausmaß zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses nicht feststand.

[20] b) Feststellungen zur vom Beklagten durchgeführten Beratung waren nicht entbehrlich. Rechtsfehlerhaft meint das Berufungsgericht, der Kläger habe nicht ausreichend aufgezeigt, dass er die Bedeutung der Abgeltungsklausel nicht gekannt und der Beklagte dies erkannt habe. **Hat der Rechtsanwalt - wovon im Streitfall revisionsrechtlich auszugehen ist - seinen Mandanten nicht oder nicht ausreichend über die Vor- und Nachteile eines Vergleichs beraten und aufgeklärt, trifft den Rechtsanwalt die Darlegungs- und Beweislast, dass der Mandant in dieser Hinsicht nicht beratungsbedürftig gewesen ist.** Die Feststellungen des Berufungsgerichts genügen diesem Maßstab nicht.

[21] Maßgeblich ist, ob der Kläger das für ihn aufgrund der Abgeltungsklausel des Vergleichs bestehende Risiko im Streitfall tatsächlich und zutreffend erkannt hat. Hingegen ist es - anders als das Berufungsgericht meint - unerheblich, ob das Risiko für den Kläger oder seine für ihn im zweiten Ortstermin auftretende Ehefrau aufgrund gemachter Erfahrungen oder zugerechneten Fachwissens des hinzugezogenen Privatsachverständigen erkennbar war. Zwar musste der Kläger keine nähere Vorstellung von dem Unterschiedsbetrag zwischen den tatsächlichen Mangelbeseitigungskosten und der Vergleichssumme haben. Erforderlich war aber die Kenntnis, dass man möglicherweise einen ganz erheblichen Teil der Mangelbeseitigungskosten selbst zu tragen haben würde. Zu einer solchen Kenntnis hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

III.

[22] Der angefochtene Beschluss ist danach aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO). Eine eigene Sachentscheidung kann der Senat nicht treffen, weil die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das Berufungsgericht wird die Voraussetzungen des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs neu zu prüfen haben.

Wiedereinsetzung

- Organisatorische Vorkehrungen
- Allgemeine Anordnung
- Datum des Fristablaufs
- Einwöchige Vorfrist

(BGH, Beschl. v. 20.9.2022 – VI ZB 17/22)

Leitsatz

Ein Rechtsanwalt hat durch geeignete organisatorische Vorkehrungen dafür Sorge zu tragen, dass Fristversäumnisse möglichst vermieden werden. Hierzu gehört die allgemeine Anordnung, bei Prozesshandlungen, deren Vornahme ihrer Art nach mehr als nur einen geringen Aufwand an Zeit und Mühe erfordert, wie dies regelmäßig bei Rechtsmittelbegründungen der Fall ist, außer dem Datum des Fristablaufs noch eine grundsätzlich etwa einwöchige Vorfrist zu notieren.

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger nimmt die Beklagte auf Schadensersatz in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Gegen das ihm am 25. September 2021 zugestellte Urteil legte der Kläger fristgerecht Berufung ein. Mit Schriftsatz vom 6. Dezember 2021 begründete der Kläger die Berufung und beantragte zugleich die Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsbegründungsfrist.

[2] Zur Begründung hat der Kläger vorgetragen, die erfahrene und zuverlässige Rechtsanwaltsfachangestellte seiner Rechtsanwältin habe es aus nicht mehr nachvollziehbaren Gründen versäumt, das Ende der Berufungsbegründungsfrist im Fristenbuch einzutragen. Die Angestellte habe die Frist richtig auf den 25. November 2021 berechnet, aber lediglich auf einem gelben Notizzettel in der Handakte eingetragen, bevor sie die Erledigung der Fristenkontrolle vermerkt habe. Seine Rechtsanwältin habe bei Einlegung der Berufung anhand der Handakte kontrolliert, dass die Berufungsbegründungsfrist richtig berechnet worden sei. Mangels Eintrags im Fristenbuch sei ihr die Akte dann aber nicht zum Ende der Berufungsbegründungsfrist wieder vorgelegt worden; der Fehler sei erst am 4. Dezember 2021 bemerkt worden. Zur Glaubhaftmachung hat der Kläger eine anwaltliche Versicherung seiner Rechtsanwältin und eine eidesstattliche Versicherung von deren Angestellter vorgelegt.

[3] Das Berufungsgericht hat den Antrag auf Wiedereinsetzung zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Klägers.

Aus den Gründen:

[4] Die statthafte (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO) Rechtsbeschwerde hat keinen

Erfolg. Sie ist unzulässig. Eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts ist nicht zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Der angefochtene Beschluss verletzt den Kläger nicht in seinem Anspruch auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip) und seinen sonstigen Verfahrensgrundrechten.

[5] 1. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist der Wiedereinsetzungsantrag unbegründet, weil der Kläger schon nicht vorgetragen habe, dass in der Kanzlei seiner Rechtsanwältin die grundsätzliche Weisung bestanden habe, Vorfristen auszurechnen und zumindest in den Fristenkalender einzutragen. Dieses Organisationsverschulden sei kausal für das Versäumen der Berufungsbegründungsfrist gewesen, weil die Kanzleiangestellte die Berufungsbegründungsfrist grundsätzlich zutreffend berechnet habe, so dass davon auszugehen sei, dass bei einer entsprechenden Weisung die Vorfrist von mindestens einer Woche vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist im Fristenkalender eingetragen worden wäre.

[6] 2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand. Die Zurückweisung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist ist nicht zu beanstanden. In dem Unterlassen der Weisung, eine Vorfrist zu notieren, liegt ein dem Kläger nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechenbares Organisationsverschulden seiner Prozessbevollmächtigten.

[7] a) Ein Rechtsanwalt darf zwar die Berechnung und Notierung von Fristen einer gut ausgebildeten, als zuverlässig erprobten und sorgfältig überwachten Bürokraft übertragen. Er hat aber durch geeignete organisatorische Vorkehrungen dafür Sorge zu tragen, dass Fristversäumnisse möglichst vermieden werden. Hierzu gehört nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung die **allgemeine Anordnung, bei Prozesshandlungen, deren Vornahme ihrer Art nach mehr als nur einen geringen Aufwand an Zeit und Mühe erfordert, wie dies regelmäßig bei Rechtsmittelbegründungen der Fall ist, außer dem Datum des Fristablaufs noch eine grundsätzlich etwa einwöchige Vorfrist zu notieren.** Die Vorfrist dient dazu sicherzustellen, dass auch für den Fall von Unregelmäßigkeiten und Zwischenfällen noch eine ausreichende Überprüfungs- und Bearbeitungszeit bis zum Ablauf der zu wahrenen Frist verbleibt. **Die Eintragung einer Vorfrist bietet eine zusätzliche Fristensicherung. Sie kann die Fristwahrung in der Regel selbst dann gewährleisten, wenn die Eintragung einer Rechtsmittelbegründungsfrist versehentlich unterblieben ist** (BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2020 - XI ZB 17/19, juris Rn. 9 mwN).

[8] b) Diese Vorgaben hat die Prozessbevollmächtigte des Klägers bei der Organisation ihrer Kanzlei nicht eingehalten. Eine

Vorfrist war nicht notiert. Der Kläger hat nicht vorgetragen, dass dies versehentlich - entgegen einer anderslautenden Anordnung - unterblieben sei.

[9] c) Der Organisationsmangel der Prozessbevollmächtigten des Klägers war für die Fristversäumnis auch ursächlich.

[10] aa) Wiedereinsetzung kann nicht gewährt werden, wenn die Ursächlichkeit des Organisationsmangels für das Versäumen der Frist nicht ausgeräumt ist. Hat ein Rechtsanwalt nicht alle ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen zur Wahrung einer Berufungsbegründungsfrist ergriffen, geht es zu seinen Lasten, wenn nicht festgestellt werden kann, dass die Frist auch bei Durchführung dieser Maßnahmen versäumt worden wäre (BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2020 - XI ZB 17/19, juris Rn. 12 mwN).

[11] bb) **Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist nicht davon auszugehen, dass die Kanzleiangestellte der Prozessbevollmächtigten des Klägers, nur weil sie den Eintrag der Berufungsbegründungsfrist in das Fristenbuch versäumt hat, auch den Eintrag der Vorfrist in das Fristenbuch versäumt hätte. Es ist vielmehr zumindest möglich, dass die zusätzliche Fristensicherung der Vorfrist gegriffen und die Kanzleiangestellte nicht denselben Fehler zwei Mal gemacht und im Ergebnis zumindest die Vorfrist im Fristenkalendarium eingetragen hätte.**

[12] Die Kanzleiangestellte hatte die Berufungsbegründungsfrist grundsätzlich zutreffend berechnet und auch in der Handakte vermerkt (vgl. aber zum Fall der unzutreffenden Berechnung bzw. Übertragung der Berufungsbegründungsfrist Senatsbeschluss vom 29. Oktober 2019 - VI ZB 31/19, MDR 2020, 115 Rn. 8; BGH, Beschluss vom 13. September 2018 - V ZB 227/17, NJW-RR 2018, 1451 Rn. 10). Bei auf die Vorfrist bezogen unterstellt ordnungsgemäßem Vorgehen der Kanzleiangestellten wären die Akten der Prozessbevollmächtigten des Klägers folglich rechtzeitig vorgelegt worden. In diesem Fall hätte die Prozessbevollmächtigte des Klägers rechtzeitig bemerkt, dass eine Berufungsbegründung noch nicht erstellt war. **Ein Rechtsanwalt hat eine ihm aufgrund einer Vorfrist vorgelegte und damit in seinen persönlichen Verantwortungsbereich (zurück-)gelangte Fristsache rechtzeitig zu bearbeiten und für die Weiterleitung der bearbeiteten Sache in der Weise Sorge zu tragen, dass der entsprechende Schriftsatz fristgerecht bei Gericht eingeht.** Dieser Pflicht wird er nicht durch eine weitere, auf den Tag des Fristablaufs notierte Frist entoben. Hätte mithin die Prozessbevollmächtigte des Klägers nach Vorlage der Akten zur Vorfrist die Berufungsbegründung fristgerecht fertiggestellt und einem Büroangestellten mit der Weisung übergeben, sie bei Gericht einzureichen, wäre die Berufungsbegründungsfrist gewahrt worden (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2020 - XI ZB 17/19, juris Rn. 14 mwN).

[13] 3. War dem Antrag auf Wiedereinsetzung nicht stattzugeben, hat das Berufungsgericht die Berufung des Klägers wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zu Recht als unzulässig verworfen (§ 520 Abs. 2 und 3 ZPO).

Wiedereinsetzung

- Ersatzeinreichung
- Elektronische Übermittlung
- Technischer Defekt

(*OLG Braunschweig, Beschl. v. 28.10.2022 – 4 U 76/22*)

Leitsätze (der Redaktion)

1. Für eine wirksame Ersatzeinreichung gemäß § 130d Satz 2 und Satz 3 ZPO muss der Rechtsanwalt darlegen und glaubhaft machen, dass die elektronische Übermittlung im Zeitpunkt der beabsichtigten Einreichung aus technischen Gründen unmöglich war. Gleiches gilt für die vorübergehende Natur des technischen Defektes. Es genügt eine (laienverständliche) Darstellung des Defektes und der zu seiner Behebung getroffenen Maßnahmen.
2. Bezüglich des Zeitpunktes der erforderlichen Darlegung und Glaubhaftmachung kommt nach dem Wortlaut von § 130d Satz 3 ZPO („oder“) dem Zeitpunkt der Ersatzeinreichung selbst kein Vorrang gegenüber der - dann jedoch „unverzöglichen“ - Nachholung zu.
3. Im Anwendungsbereich des § 130d Satz 3 ZPO genügt für die Glaubhaftmachung eine (formgerechte) anwaltliche Versicherung über das Scheitern der Übermittlung. Fehlt diese bzw. wird sie nicht ohne schuldhaftes Zögern beigebracht, ist die Ersatzeinreichung unwirksam.

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger nimmt die Beklagte wegen des Widerrufs seiner auf den Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrages zur Finanzierung eines Kraftfahrzeugkaufs gerichteten Willenserklärung in Anspruch.

[2-6] Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt, (...)

[7-15] Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt, (...)

[16] Durch Urteil vom 13. Juni 2022 hat das Landgericht festgestellt, dass der Beklagten aufgrund des Widerrufs ab dem Zugang der Widerrufserklärung vom 25.05.2021 kein Anspruch mehr gegen den Kläger auf vertragsgemäße Zins- und Tilgungsleistungen zustehe, im Übrigen hat es die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen. Auf die Widerklage hat es

festgestellt, dass der Kläger verpflichtet sei, das näher bezeichnete Fahrzeug an die Beklagte herauszugeben und zu übereignen. Hinsichtlich des Sachverhalts und der Begründung wird auf die Ausführungen in dem landgerichtlichen Urteil Bezug genommen.

[17] Das Urteil ist der Prozessbevollmächtigten des Klägers am 14. Juni 2022 zugestellt worden.

[18] Gegen das Urteil hat der Kläger am 14. Juli 2022 Berufung eingelegt. Mit Schriftsatz von Montag, dem 15. August 2022, eingegangen beim Oberlandesgericht am selben Tag, hat der Kläger eine Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 15. September 2022 beantragt, die antragsgemäß gewährt wurde.

[19] Mit Schriftsatz vom 7. September 2022 haben die Prozessbevollmächtigten des Klägers mitgeteilt, dass ab dem 13. September 2022 nach Ausscheiden der bisherigen Sachbearbeiterin aus der Kanzlei ein Wechsel in der Sachbearbeitung dieses Verfahrens stattfindet, und dass weitere Korrespondenz an die zukünftige, namentlich benannte Sachbearbeiterin gerichtet werden möge.

[20] Die Berufungsbegründung vom 15. September 2022 ging am selben Tage per Telefax beim Oberlandesgericht ein, versehen mit folgender Überschrift: „Hinweis: Leider ist momentan der Versand über das beA-Postfach aufgrund von technischen Schwierigkeiten nicht möglich.“

[21] Mit Verfügung vom 16. September 2022 hat die stellvertretende Senatsvorsitzende die Prozessbevollmächtigten des Klägers auf die Regelung des § 130d ZPO sowie darauf hingewiesen, dass der Schriftsatz vom 15. September 2022 nicht in der gültigen Form eingegangen sei, sie aufgefordert, den besagten Schriftsatz als elektronisches Dokument einzureichen, und darauf aufmerksam gemacht, dass es an der Glaubhaftmachung fehle, soweit vorübergehende technische Gründe vorgebracht würden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfügung vom 16. September 2022 verwiesen, die den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 19. September 2022 zugestellt wurde.

[22] Die Prozessbevollmächtigten des Klägers haben daraufhin die Berufungsbegründung vom 15. September 2022 am 21. September 2022 als elektronisches Dokument eingereicht und unter Bezugnahme auf § 130d Satz 3 ZPO auf die folgende Sachlage hingewiesen:

[23] „Bei dem Kartenwechsel der beA-Karte kam es zu technischen Problemen. In der Folge war ein Versand nicht mehr möglich. Sodann erfolgten mehrere Anrufe bei der BRAK sowie

eine E-Mail mit der Darlegung des Problems an den beA-Support. Es wurde auch ein neues Software-Zertifikat erstellt, jedoch konnte dieses nicht mehr mit den bisherigen Geräten heruntergeladen und aktiviert werden.

[24] Dies hatte zur Folge, dass nicht über das beA-Postfach verschickt werden konnte. Es war demnach unmöglich, fristgebundene Schriftsätze elektronisch per beA einzureichen. Um fristwährend Stellung zu nehmen, erfolgte die Übersendung per Telefax.

[25] Das beA-Postfach ist nun wieder funktionstüchtig, folglich erfolgt die elektronische Nachreichung anbei. Wir bitten dies entsprechend zu berücksichtigen.“

[26] Mit Verfügung vom 23. September 2022 hat der Senat die Prozessbevollmächtigten des Klägers darauf hingewiesen, dass die Berufung gemäß § 522 Abs. 1 ZPO als unzulässig zu verwerfen sein dürfte, da sie nicht in der gesetzlichen Frist begründet worden sei. Die Berufungsbegründung vom 15. September 2022 sei an diesem Tage per Fax und daher nicht in der gesetzlichen Form des § 130d ZPO eingereicht worden. Eine Heilung gemäß § 130d Satz 2 und 3 ZPO sei durch die Erläuterungen in dem Schriftsatz vom 21. September 2022 nicht eingetreten, da es jedenfalls an der gemäß § 130d Satz 3 ZPO erforderlichen Glaubhaftmachung fehle.

[27] Auf diesen Hinweis haben die Prozessbevollmächtigten des Klägers mit Schriftsatz vom 5. Oktober 2022 gemäß § 294 ZPO ausdrücklich anwaltlich die Richtigkeit der folgenden Sachlage versichert:

[28] „Aufgrund des Kartenwechsels der beA-Karte am 13.09.2022 um 16:27 Uhr kam es zu mehreren technischen Problemen. Die erhaltene Anleitung zur Inbetriebnahme der neuen beA-Karte war unvollständig. Zudem konnte die Karte von der von uns verwendeten Software nicht mehr gelesen werden. Daraufhin wurden alle zur Verfügung stehenden Lesegeräte ausprobiert, jedoch war die Karte mit keinem Gerät lesbar. Sodann erfolgten mehrere Anrufe bei der BRAK sowie eine E-Mail mit der Darlegung des Problems an den beA-Support.“

[29] Das Hauptproblem konnte jedoch schließlich auf die fehlerhafte Anleitung zurückgeführt werden. Die erforderliche Software zum Lesen der Karte war in dieser nicht enthalten und nur durch einen separaten Download möglich, welcher am 20.09.2022 erfolgte. Um 14:46 Uhr war ein Versenden über die Rechtsanwältin C wieder möglich.

[30] Während des besagten Zeitraums vom 13.09.2022 bis zum 20.09.2022 war ein Versand über das beA-Postfach nicht möglich. Um fristwährend Stellung zu nehmen, erfolgte die

Übersendung per Telefax. Daran anschließend erfolgt umgehend am 21.09.2022 die Ersatzeinreichung mit einer Erklärung der Sachlage.

[31] Der Kartenwechsel musste auch zu diesem Zeitpunkt erfolgen, da die Rechtsanwältin D die Kanzlei am 13.09.2022 verlassen hat. Der Versand musste somit über die zuvor als Nachfolgerin angezeigte Rechtsanwältin C erfolgen.

[32] (...)

[33] Die Beklagte hat angekündigt zu beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

[34] Sie macht darauf aufmerksam, dass die Kanzlei der Prozessbevollmächtigten des Klägers über 20 Berufsträger verfüge. Dass alle Berufsträger technische Probleme bei der Übersendung über das elektronische Anwaltspostfach gehabt hätten, sei nicht erkennbar.

Aus den Gründen:

1.

[35] Die Berufung des Klägers war gemäß § 522 Abs. 1 Satz 2 ZPO als unzulässig zu verwerfen, weil der Kläger die Berufungsbegründungsfrist versäumt hat.

[36] Gemäß § 522 Abs. 1 ZPO hat das Berufungsgericht von Amts wegen zu prüfen, ob die Berufung an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet ist. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen. Die Frist für die Berufungsbegründung beträgt zwei Monate und beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung (§ 520 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

[37] Das erstinstanzliche Urteil ist den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 14. Juni 2022 zugestellt worden. Auf den rechtzeitig am Montag, dem 15. August 2022, eingegangenen Fristverlängerungsantrag hin ist die Berufungsbegründungsfrist bis zum 15. September 2022 verlängert worden.

[38] Innerhalb dieser Frist ist die Berufung nicht in der gesetzlichen Form des § 130d ZPO begründet worden.

a)

[39] Die Berufungsbegründung, die am 15. September 2022 per Fax beim Oberlandesgericht einging, ist nicht formgerecht eingereicht worden.

[40] Nach § 130d Satz 1 ZPO, der seit dem 1. Januar 2022 in Geltung steht, sind **vorbereitende Schriftsätze und deren An-**

lagen sowie schriftlich einzureichende Anträge und Erklärungen, die durch einen Rechtsanwalt, durch eine Behörde oder durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihr zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse eingereicht werden, als elektronisches Dokument zu übermitteln.

[41] Die formgerechte Einreichung ist eine Frage der Zulässigkeit und daher von Amts wegen zu beachten. Bei Nichteinhaltung ist die Prozessklärung unwirksam. Auf die Einhaltung könnte auch der Gegner weder verzichten noch sich rückelos einlassen (vgl. nur BT-Drs. 17/12634, S. 27; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. März 2022 – I-12 U 61/21 –, Rn. 8, juris).

[42] Die Übermittlung der Berufungsbegründung per Fax innerhalb der Berufungsbegründungsfrist ist nach alledem grundsätzlich unwirksam.

b)

[43] Die Einreichung per Fax ist nach den gegebenen Umständen des vorliegenden Falles auch nicht in Form der **Ersatzeinreichung nach § 130d Satz 2 und 3 ZPO** ausnahmsweise wirksam.

[44] **Nach diesen Vorschriften bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig, soweit die elektronische Übermittlung aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich ist.** Die vorübergehende Unmöglichkeit ist bei der Ersatzeinreichung oder unverzüglich danach glaubhaft zu machen; auf Anforderung ist ein elektronisches Dokument nachzureichen.

[45] Die Voraussetzungen dieser Norm sind vorliegend nicht erfüllt. Es fehlt an der unverzüglichen Glaubhaftmachung der vorübergehenden Unmöglichkeit der elektronischen Übermittlung aus technischen Gründen.

[46] **Für die vorübergehende technische Unmöglichkeit im Sinne der Norm ist es unerheblich, ob die Ursache der Sphäre des Gerichts oder der Sphäre des Einreichenden entstammt** (BT-Drs. 17/12634, S. 27).

[47] Nach dem Wortlaut der Norm kommt es nur auf die **technische Unmöglichkeit im Zeitpunkt der beabsichtigten Einreichung** an. Dies sowie die vorübergehende Natur des technischen Defekts müssen dargelegt und glaubhaft gemacht werden. Es genügt eine (**laienverständliche**) **Darstellung des Defektes und der zu seiner Behebung getroffenen Maßnahmen** (*Biallaß*, in: Ory/Weth, jurisPK-ERV Band 2, 2. Aufl., § 130d ZPO [Stand: 18.10.2022], Rn. 66; vgl. auch Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13. Juni 2022 – 1 LA 1/22 –, Rn. 7, juris).

[48] Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen die Beteiligten nicht damit belastet werden, nach dem Ursprung der technischen Störung zu forschen (vgl. Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13. Juni 2022 – 1 LA 1/22 –, Rn. 3, juris). Die Möglichkeit der Ersatzeinreichung ist verschuldensunabhängig ausgestaltet (Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13. Juni 2022 – 1 LA 1/22 –, Rn. 3, juris; *Siegmund*, NJW 2021, 3617 <3618> Rn. 12).

aa)

[49] Den Darlegungsanforderungen genügte – abgesehen von der fehlenden Glaubhaftmachung – der Hinweis auf der am 15. September 2022 per Fax eingereichten Berufungsbegründungsschrift, nach dem der Versand über das beA-Postfach aufgrund von technischen Schwierigkeiten momentan leider nicht möglich sei, von vornherein nicht.

[50] Die Wiedergabe allein des Gesetzeswortlauts ermöglicht dem Gericht keine eigenständige Subsumtion unter die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes und ist daher ungenügend. Vielmehr ist die – laienhafte – Spezifizierung des technischen Grundes erforderlich (vgl. Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13. Juni 2022 – 1 LA 1/22 –, Rn. 7, juris).

bb)

[51] Auch die Erläuterung in dem Schriftsatz vom 21. September 2022 war ungenügend, um die als Ausnahme ausgestaltete Ersatzeinreichung in Form der Faxübersendung zu rechtfertigen.

[52] Dies gilt nicht etwa, weil diese näheren Erläuterungen zu spät erfolgt seien (1). Es fehlt jedoch auch im Schriftsatz vom 21. September 2022 an der gemäß § 130d Satz 3 ZPO erforderlichen Glaubhaftmachung (2).

(1)

[53] Die Erläuterungen in dem Schriftsatz vom 21. September 2022 waren nicht bereits als verspätet zurückzuweisen, weil die Darlegung der vorübergehenden technischen Unmöglichkeit bei der Ersatzeinreichung am 15. September 2022 vorrangig gewesen wäre.

[54] Bezüglich des Zeitpunktes der erforderlichen Darlegung und Glaubhaftmachung legt der Wortlaut von § 130d Satz 3 ZPO („oder“) nahe, dass der Zeitpunkt der Ersatzeinreichung selbst gleichrangig neben der – dann jedoch „unverzüglichen“ – Nachholung stehe.

[55] Demgegenüber wird in Rechtsprechung und Literatur unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung die Auffassung vertreten, der Zeitpunkt der Ersatzeinreichung sei für

Darlegung und Glaubhaftmachung gegenüber der Nachholung vorrangig. Nur wenn der Rechtsanwalt erst kurz vor Fristablauf feststelle, dass eine elektronische Einreichung aus vorübergehenden technischen Gründen nicht möglich sei und bis zum Fristablauf keine Zeit mehr verbleibe, die Unmöglichkeit darzulegen und glaubhaft zu machen, solle es genügen, die Glaubhaftmachung unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, nachzuholen (Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Beschluss vom 25. Januar 2022 – 4 MB 78/21 –, Rn. 5, juris, zu § 55d VwGO; *Biallaß*, in: *Ory/Weth*, jurisPK-ERV Band 2, 2. Aufl., § 130d ZPO [Stand: 07.09.2022], Rn. 63).

[56] Nach dieser Ansicht wäre die Erläuterung im Schriftsatz vom 21. September 2022 gegenüber der Ersatzeinreichung nachrangig gewesen. Denn wie sich aus dem Vortrag der Prozessbevollmächtigten des Klägers im Schriftsatz vom 5. Oktober 2022 ergibt, bestanden die Probleme mit der beA-Karte bereits 2 Tage vor Fristablauf, nämlich seit dem 13. September 2022. Es wäre der Prozessbevollmächtigten des Klägers also bereits am 15. September 2022 möglich gewesen, die bestehenden technischen Schwierigkeiten bei der Übermittlung zu spezifizieren.

[57] Diese enge Ansicht ist jedoch abzulehnen. Richtig ist zwar, dass in der Gesetzesbegründung der Wunsch formuliert wird, die Darlegung vorübergehender technischer Schwierigkeiten möge möglichst zeitgleich mit der Ersatzeinreichung erfolgen. So heißt es in der Gesetzesbegründung: „Die Glaubhaftmachung soll möglichst gleichzeitig mit der Ersatzeinreichung erfolgen. Jedoch sind Situationen denkbar, bei denen der Rechtsanwalt erst kurz vor Fristablauf feststellt, dass eine elektronische Einreichung nicht möglich ist und bis zum Fristablauf keine Zeit mehr verbleibt, die Unmöglichkeit darzutun und glaubhaft zu machen. In diesem Fall ist die Glaubhaftmachung unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern) nachzuholen“ (BT-Drs. 17/12634, S. 28).

[58] Ein solches etwaiges Stufenverhältnis hat jedoch im Wortlaut der Norm keinen Niederschlag gefunden. Es erscheint daher als Verletzung der Wortlautgrenze, die Überlegungen des Gesetzgebers zu einem wünschenswerten Rangverhältnis in die Bestimmung hineinzulesen, obwohl die Konjunktion „oder“ einen Gleichrang der genannten Alternativen nahelegt.

(2)

[59] Es kann dahinstehen, ob die Erläuterungen in dem Schriftsatz vom 21. September 2022 inhaltlich zur Darlegung einer insbesondere „vorübergehenden“ technischen Störung ausreichen. Jedenfalls fehlt es in diesem Schriftsatz an der Glaubhaftmachung.

[60] Nach § 130d Satz 3 ZPO ist die vorübergehende Unmöglichkeit „glaubhaft“ zu machen. Fehlt die Glaubhaftmachung oder leidet sie selbst an einem Wirksamkeitshindernis, ist auch die Ersatzeinreichung unwirksam (*Siegmund*, NJW 2021, 3617 <3618> Rn. 13).

[61] Die Glaubhaftmachung im Sinne der Norm meint Glaubhaftmachung gemäß § 294 ZPO (*Greger*, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 34. Aufl. 2022, § 130d Rn. 2).

[62] Unter der Ägide dieser Norm gilt: **„Zwar kann die Schilderung von Vorgängen durch einen Rechtsanwalt die mitgeteilten Tatsachen in gleicher Weise glaubhaft machen, wie dies sonst durch eine eidesstattliche Versicherung der Fall ist, wenn der Anwalt die Richtigkeit seiner Angaben unter Bezugnahme auf seine Standespflichten anwaltlich versichert** (Senatsurteil vom 2. November 1988 – IVb ZR 109/87 – FamRZ 1989, 373 f.; BGH Beschluss vom 18. Mai 2011 – IV ZB 6/10 – juris Rn. 11; Senatsbeschluss vom 22. Oktober 2014 – XII ZB 257/14 – FamRZ 2015, 135 Rn. 16). **Hierzu [bedarf] es aber jedenfalls einer Versicherung der Richtigkeit dieser Angaben [...]**“ (BGH, Beschluss vom 5. Juli 2017 – XII ZB 463/16 –, Rn. 14, juris). **Ein einfacher Schriftsatz genügt hierfür nicht** (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Oktober 2014 – XII ZB 257/14 –, Rn. 21, juris; *Greger*, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 34. Aufl. 2022, § 294 Rn. 5).

[63] Im Anwendungsbereich des § 130d Satz 3 ZPO genügt daher eine (formgerechte) anwaltliche Versicherung über das Scheitern der Übermittlung (*Schultzky*, MDR 2022, 201 <202>; *Biallaß*, in: Ory/Weth, jurisPK-ERV Band 2, 2. Aufl., § 130d ZPO [Stand: 18.10.2022], Rn. 65).

[64] An einer solchen ausdrücklichen Versicherung unter Bezugnahme auf die anwaltlichen Standespflichten fehlt es in dem Schriftsatz vom 21. September 2022.

cc)

[65] Die ergänzende Erläuterung nebst ausdrücklicher anwaltlicher Versicherung in dem Schriftsatz vom 5. Oktober 2022 erfolgte nicht mehr unverzüglich.

[66] Die Glaubhaftmachung hat „**unverzüglich**“ zu erfolgen. Das bedeutet entsprechend der Legaldefinition des § 121 Abs. 1 BGB (vgl. BeckOGK/*Rehberg*, 1.9.2022, BGB § 121 Rn. 11) „ohne schuldhaftes Zögern“.

[67] Freilich hat die breite Anwendbarkeit der Legaldefinition auf zahlreiche Vorschriften des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts zur Folge, dass der Begriff „unverzüglich“ keinesfalls einheitlich verstanden und angewandt werden kann. Vielmehr kommt es für die Bestimmung der „Unverzüg-

lichkeit“ entscheidend auf Sinn und Zweck sowie systematische Stellung der jeweiligen Norm an (BeckOGK/*Rehberg*, 1.9.2022, BGB § 121 Rn. 12).

[68] **An dieser Stelle nunmehr sind die bereits erwähnten Überlegungen des Gesetzgebers zur möglichst im Zeitpunkt der Ersatzeinreichung gewünschten Glaubhaftmachung der vorübergehenden technischen Unmöglichkeit der elektronischen Übersendung dogmatisch zutreffend zu verorten** (vgl. in diese Richtung bereits Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 13. Oktober 2021 – 6 Sa 337/20 –, Rn. 128, juris).

[69] Die Einführung der aktiven Nutzungspflicht des elektronischen Rechtsverkehrs ab dem 1. Januar 2022 erfolgte ausdrücklich in dem Bestreben, die Vorteile des elektronischen Rechtsverkehrs flächendeckend auszunutzen und einen wirtschaftlichen Betrieb sicherzustellen (BT-Drs. 17/12634, S. 27). Eine Ausnahme für die zwingende Benutzung in § 130d Satz 2 ZPO wurde aus Gründen der Sicherstellung des wirkungsvollen Zugangs zu Rechtsschutz und eines fairen Verfahrens nur für den Ausnahmefall vorgesehen, wenn die Justiz aus technischen Gründen nicht auf elektronischem Wege erreichbar sei. „Um Missbrauch auszuschließen“ wurde jedoch geregelt, dass die vorübergehende technische Unmöglichkeit bei Ersatzeinreichung oder unmittelbar danach glaubhaft zu machen sei (BT-Drs. 17/12634, S. 27). Im Wege der Formulierungen „aus technischen Gründen“ und „vorübergehend“ hat der Gesetzgeber ausdrücklich klargestellt, dass professionelle Einreicher hierdurch nicht von der Notwendigkeit entbunden seien, die notwendigen technischen Einrichtungen für die Einreichung elektronischer Dokumente vorzuhalten und bei technischen Ausfällen unverzüglich für Abhilfe zu sorgen (BT-Drs. 17/12634, S. 28).

[70] **Die flächendeckende Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs liegt daher im öffentlichen Interesse. Durch das Erfordernis der unverzüglichen Glaubhaftmachung bezweckt der Gesetzgeber nicht nur die Erzielung schneller Klarheit über das Vorliegen einer Ausnahmefallgestaltung, sondern hält auch dazu an, rasch und nachhaltig Rechenschaft über die Nutzung des Ausnahmetatbestandes abzuliegen.**

[71] Unter Berücksichtigung dieser Interessenlage hätte die Glaubhaftmachung unter Berücksichtigung der Umstände des hier vorliegenden Falles spätestens mit der ergänzenden Erläuterung in dem Schriftsatz vom 21. September 2022 erfolgen müssen. Dies gilt umso mehr, als dass die stellvertretende Senatsvorsitzende die Prozessbevollmächtigte des Klägers bereits mit Verfügung vom 16. September 2022 unter Hervorhebung im Fettdruck auf folgendes hingewiesen hatte: „Soweit vorübergehende technische Gründe vorgebracht werden, fehlt

es an der Glaubhaftmachung.“ Auf diesen Hinweis nicht entsprechend zu reagieren, kann nicht anders als ein schuldhaftes Zögern gewertet werden.

2.

[72] Dem Kläger war auch nicht von Amts wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zu gewähren.

[73] Zwar hat der Kläger die versäumte Prozesshandlung – nämlich die Einreichung einer der gesetzlichen Form entsprechenden Berufungsbegründung – am 21. September 2022 nachgeholt, sodass gemäß § 236 Abs. 2 Satz 2 ZPO grundsätzlich der Raum für eine Wiedereinsetzung von Amts wegen eröffnet ist.

[74] Allerdings erfolgte die Fristversäumung nicht ohne Verschulden des Klägers im Sinne des § 233 Satz 1 ZPO, nachdem sich dieser das Verschulden seiner Prozessbevollmächtigten gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen muss. Letzteres liegt wie dargelegt jedenfalls darin, dass sie trotz Hinweises des Gerichts vom 16. September 2022 die Angaben in dem Schriftsatz vom 21. September 2022 nicht glaubhaft gemacht hat.

[75-80] (...)

Wiedereinsetzung

- Besonderes elektronisches Anwaltspostfach
 - Anfertigung Rechtsmittelschrift
 - Büropersonal
 - Weiterleitung im ordentlichen Geschäftsgang
- (BGH, *Beschl. v. 26.1.2023 – I ZB 42/22*)

Leitsätze

1. Hat der Prozessbevollmächtigte einer Partei die Anfertigung einer Rechtsmittelschrift seinem angestellten Büropersonal übertragen, ist er verpflichtet, das Arbeitsergebnis vor Absendung über das besondere elektronische Anwaltspostfach sorgfältig auf Vollständigkeit zu überprüfen. Dazu gehört auch die Überprüfung, ob das Rechtsmittelgericht richtig bezeichnet ist.
2. Geht ein fristwahrender Schriftsatz über das besondere elektronische Anwaltspostfach erst einen Tag vor Fristablauf beim unzuständigen Gericht ein, ist es den Gerichten regelmäßig nicht anzulasten, dass die Weiterleitung im ordentlichen Geschäftsgang nicht zum rechtzeitigen Eingang beim Rechtsmittelgericht geführt hat (Fortführung von BGH, Beschluss vom 8. Februar 2012 - XII ZB 165/11, NJW 2012, 1591 [juris Rn. 22]).

Zum Sachverhalt:

[1] I. Der Kläger begehrt von der Beklagten Maklervergütung. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Der Kläger hat gegen das ihm am 29. November 2021 zugestellte Urteil mit Schriftsatz vom 28. Dezember 2021, gerichtet an das Landgericht, Berufung eingelegt; dort ist der Schriftsatz am 28. Dezember 2021 per besonderem elektronischen Anwaltspostfach (beA) um 18:50:24 Uhr eingegangen.

[2] Das Landgericht hat unter dem 30. Dezember 2021 die Weiterleitung des Berufungsschriftsatzes an das Berufungsgericht verfügt, wo der Berufungsschriftsatz am 3. Januar 2022 eingegangen ist. Mit Schriftsatz vom 11. Januar 2022, beim Berufungsgericht am 12. Januar 2022 eingegangen, hat der Kläger Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist beantragt.

[3] Zur Begründung seines Antrags hat der Kläger vorgetragen, sein vormaliger Prozessbevollmächtigter (nachfolgend: Prozessbevollmächtigter) habe seiner langjährigen und zuverlässigen Mitarbeiterin vor deren Urlaubsantritt den Auftrag erteilt, den Berufungsschriftsatz in der elektronischen Anwaltsakte zu erstellen und zu speichern. Kurz vor dem Urlaubsantritt der Mitarbeiterin habe der Prozessbevollmächtigte gemeinsam mit dieser eine Fristenkontrolle durchgeführt und einen als "Berufung" bezeichneten Schriftsatz in der elektronischen

Akte des Klägers vorgefunden. Diesen habe sein Prozessbevollmächtigter sodann am 28. Dezember 2021 per beA abgesandt. Zu der fehlerhaften Adressierung an das Landgericht sei es gekommen, weil die Mitarbeiterin die Anweisung, den Berufungsschriftsatz selbst zu erstellen, nicht befolgt, sondern eine Auszubildende damit beauftragt habe. Bei der Kontrolle des Schriftsatzes habe die Mitarbeiterin dann übersehen, dass dieser fehlerhaft an das Landgericht adressiert gewesen sei. Sein Prozessbevollmächtigter habe darauf vertraut, dass der Schriftsatz korrekt an das Oberlandesgericht adressiert gewesen sei. Der Schriftsatz sei versehentlich an das falsche Gericht übersandt worden, weil die Übersendung in der bekannten anwaltlichen Stresssituation im Jahresendgeschäft während der Weihnachts- und Urlaubszeit erfolgt und durch den Umstand beeinflusst gewesen sei, dass der Schriftsatz vor dem Versand an das Gericht bei Verwendung des beA - anders als bei einer handschriftlichen Unterzeichnung - nicht auf den ersten Blick ersichtlich sei, sondern durch Betätigung des hierfür vorgesehenen Symbols im beA hätte aufgerufen werden müssen. Es überspannte die Sorgfaltspflichten eines Rechtsanwalts, wenn von ihm verlangt würde, alle Schriftsätze, die er über das beA mit seiner eigenen Kennung an die Gerichte übermittele, vor dem Absenden selbst noch einmal auf ihre Richtigkeit zu überprüfen.

[4] Der Berufungsschriftsatz sei zudem bei der zentralen Eingangsstelle des Landgerichts und des Oberlandesgerichts eingegangen. Es existiere eine zentrale gemeinsame Briefannahmestelle der beiden Gerichte und es könne vermutet werden, dass dies auch noch nach Einführung des beA der Fall sei. Jedenfalls könne durch die Digitalisierung, die gerade das Ziel der Beschleunigung verfolge, keine Schlechterstellung des Rechtsanwalts erfolgen, der Schriftsätze per beA einreiche. Das digitalisierte Schriftstück sei genauso zu behandeln als wäre es an der zentralen gemeinsamen Briefannahmestelle eingegangen.

[5] Selbst wenn man davon ausginge, dass es keine gemeinsame Briefannahmestelle gebe, so hätte der Schriftsatz doch ohne weiteres am 29. Dezember 2021, einem normalen Werktag, digital an das zuständige Rechtsmittelgericht weitergeleitet, ausgedruckt und vorgelegt werden können. Im Zeitalter der Digitalisierung innerhalb der Justiz eine Postlaufzeit von drei Tagen anzunehmen, erscheine antiquiert und laufe dem Ziel des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs zuwider.

[6] Mit Beschluss vom 14. April 2022 hat das Berufungsgericht den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Rechtsbeschwerde.

[7] II. Das Berufungsgericht hat die Zurückweisung des Wiedereinsetzungsantrags wie folgt begründet:

[8] Der Kläger sei nicht schuldlos an der Versäumung der Frist gehindert gewesen, da ihm nach § 85 Abs. 2 ZPO das insoweit vorliegende Verschulden seines Prozessbevollmächtigten zuzurechnen sei. Dieser habe seine Pflichten dadurch verletzt, dass er den Berufungseinlegungsschriftsatz nicht auf die richtige Adressierung hin überprüft und entsprechend berichtigt habe. Die Anfertigung der Rechtsmittelschrift dürfe in einem so gewichtigen Teil wie der Bezeichnung des Rechtsmittelgerichts auch gut geschultem und erfahrenem Personal eines Rechtsanwalts nicht eigenverantwortlich überlassen werden. Der Prozessbevollmächtigte müsse die Rechtsmittelschrift vor Unterzeichnung und Versendung mittels beA auf Vollständigkeit und auf die richtige Bezeichnung des Rechtsmittelgerichts hin überprüfen.

[9] Dieses Verschulden sei auch für die Versäumung der Berufungsfrist kausal geworden. Der Berufungsschriftsatz sei am 28. Dezember 2021 gerade nicht beim Oberlandesgericht eingegangen. Als Empfänger sei vielmehr das Landgericht ausgewiesen. Eine zentrale Eingangsstelle existiere nicht. Es gebe auch keinen verpflichtenden interbehördlichen digitalen Schriftverkehr. Das Landgericht sei kein Erfüllungsgehilfe des Prozessbevollmächtigten des Klägers zur Wahrung der Rechtsmittelfrist. Eine Fiktion der Wahrung der Berufungseinlegungsfrist durch Übermittlung eines digitalen Schriftsatzes an jedwedes Gericht des Landes Hessen lasse sich mit den Vorschriften der Zivilprozessordnung nicht in Einklang bringen.

Aus den Gründen:

[10] III. Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist unzulässig, weil weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (§ 574 Abs. 2 ZPO). Auch bei einer Rechtsbeschwerde gegen einen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ablehnenden Beschluss muss ein Zulässigkeitsgrund vorliegen und ordnungsgemäß dargelegt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Februar 2022 - I ZB 46/21, juris Rn. 6). Daran fehlt es. Die maßgeblichen Rechtsfragen sind geklärt. Der von der Rechtsbeschwerde allein geltend gemachte Zulässigkeitsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ist nicht gegeben. Das Berufungsgericht hat das Verfahrensgrundrecht des Klägers auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG) nicht verletzt. Es hat die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vielmehr zu Recht versagt (§ 233 Satz 1 ZPO) und die Berufung infolgedessen zutreffend

als unzulässig verworfen (§ 522 Abs. 1 ZPO). Dass die Entscheidung über die Wiedereinsetzung nicht in die Beschlussformel aufgenommen worden, sondern nur in den Beschlussgründen erfolgt ist, ist unschädlich (BGH, Beschluss vom 12. Februar 2014 - XII ZB 640/13, juris Rn. 12 mwN).

[11] 1. Eine Partei hat die Berufungsfrist (§ 517 ZPO) versäumt, wenn die Berufungsschrift an das unzuständige Landgericht adressiert war und bei dem Berufungsgericht, bei dem sie gemäß § 519 Abs. 1 ZPO hätte eingereicht werden müssen, erst nach Fristablauf eingegangen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 25. April 2017 - VI ZB 45/16, NJW-RR 2017, 956 [juris Rn. 5]). Hiervon ist das Berufungsgericht im Streitfall zutreffend ausgegangen.

[12] 2. Das Berufungsgericht hat außerdem mit Recht angenommen, dass die nicht fristwahrende Einlegung der Berufung beim Landgericht auf einem Verschulden des Prozessbevollmächtigten des Klägers beruht und deshalb die Voraussetzungen einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht erfüllt sind.

[13] a) Hat eine Partei die Berufungsfrist versäumt, ist ihr nach § 233 Satz 1 ZPO auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn sie ohne ihr Verschulden an der Einhaltung der Frist verhindert war. Das Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten wird der Partei zugerechnet (§ 85 Abs. 2 ZPO), das Verschulden sonstiger Dritter hingegen nicht. Fehler von Büropersonal hindern eine Wiedereinsetzung deshalb nicht, solange den Prozessbevollmächtigten kein eigenes Verschulden etwa in Form eines Organisations- oder Aufsichtsverschuldens trifft (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Januar 2019 - I ZB 47/18, juris Rn. 9 mwN; Beschluss vom 10. Februar 2022 - I ZB 46/21, juris Rn. 7; Beschluss vom 23. Juni 2022 - I ZB 76/21, juris Rn. 16). Die Partei hat einen Verfahrensablauf vorzutragen und glaubhaft zu machen (§ 236 Abs. 2 Satz 1 ZPO), der ein Verschulden an der Nichteinhaltung der Frist zweifelsfrei ausschließt; **verbleibt die Möglichkeit, dass die Einhaltung der Frist durch ein Verschulden des Prozessbevollmächtigten der Partei versäumt worden ist, ist der Antrag auf Wiedereinsetzung unbegründet** (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Oktober 2020 - VIII ZA 15/20, MDR 2021, 319 [juris Rn. 14]; Beschluss vom 18. November 2021 - I ZR 125/21, WRP 2022, 599 [juris Rn. 9]; Beschluss vom 10. Februar 2022 - I ZB 46/21, juris Rn. 7; Beschluss vom 23. Juni 2022 - I ZB 76/21, juris Rn. 16).

[14] b) Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat rechtsfehlerfrei ein eigenes **Verschulden des Prozessbevollmächtigten** des Klägers darin gesehen, **dass dieser seine Büroangestellte mit der Anfertigung der Berufungsschrift beauftragt und sodann vor ihrer Absendung**

nicht selbst überprüft hat, ob darin das Rechtsmittelgericht zutreffend bezeichnet gewesen ist.

[15] aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat ein Rechtsanwalt durch organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig gefertigt wird und beim zuständigen Gericht innerhalb der laufenden Frist eingeht. Hierzu hat er grundsätzlich sein Möglichstes zu tun, um Fehlerquellen bei der Eintragung und Behandlung von Rechtsmittelfristen auszuschließen (BGH, Beschluss vom 29. Oktober 2019 - VIII ZB 103/18, NJW-RR 2020, 52 [juris Rn. 11]; Beschluss vom 9. Januar 2020 - I ZB 41/19, juris Rn. 9). Zwar darf der Rechtsanwalt die Anfertigung einer Rechtsmittelschrift seinem angestellten Büropersonal übertragen. Er ist dann aber verpflichtet, das Arbeitsergebnis selbst sorgfältig zu überprüfen. So gewichtige Aufgaben wie die Bezeichnung des Rechtsmittelgerichts darf auch gut geschultem und erfahrener Personal eines Rechtsanwalts nicht eigenverantwortlich überlassen werden. **Der Prozessbevollmächtigte einer Partei muss die Rechtsmittelschrift deswegen vor der Unterzeichnung auf die Vollständigkeit, darunter auch auf die richtige Bezeichnung des Rechtsmittelgerichts überprüfen** (st. Rspr.; BGH, Beschluss vom 8. Februar 2012 - XII ZB 165/11, NJW 2012, 1591 [juris Rn. 30]; Beschluss vom 5. Juni 2013 - XII ZB 47/10, NJW-RR 2013, 1393 [juris Rn. 11]; Beschluss vom 16. September 2015 - V ZB 54/15, NJW-RR 2016, 126 [juris Rn. 9]; Beschluss vom 22. Juli 2015 - XII ZB 583/14, FamRZ 2015, 1878 [juris Rn. 12]; BGH, NJW-RR 2017, 956 [juris Rn. 6]).

[16] bb) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht seiner Beurteilung zugrunde gelegt und ist dabei mit Recht - und von der Rechtsbeschwerde auch nicht beanstandet - davon ausgegangen, dass **für die Einreichung von Schriftsätzen über das beA keine abweichenden Maßstäbe gelten.**

[17] cc) Gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, der Prozessbevollmächtigte des Klägers habe die von einer Büroangestellten gefertigte Berufungsschrift vor Absendung nicht und damit auch nicht auf die richtige Bezeichnung des Berufungsgerichts hin überprüft, erhebt die Rechtsbeschwerde ebenfalls keine Rüge.

[18] 3. Ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde gegen die Annahme des Berufungsgerichts, das Verschulden sei für die Versäumung der Berufungsfrist ursächlich geworden.

[19] a) **Allerdings ist einer Partei Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn sich das Verschulden einer Partei oder ihrer Verfahrensbevollmächtigten im Hinblick auf die unrichtige Bezeichnung des Gerichts bei der Versäumung der Rechtsmittelfrist nicht auswirkt, weil die Partei darauf vertrauen darf, dass der beim unzuständigen**

Gericht eingereichte Schriftsatz noch rechtzeitig an das Rechtsmittelgericht weitergeleitet wird (BGH, NJW 2012, 1591 [juris Rn. 22]; BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2012 - XII ZB 61/12, NJW-RR 2013, 701 [juris Rn. 9]).

[20] b) Die Rechtsbeschwerde hat jedoch keine Umstände dargelegt und glaubhaft gemacht, die ein schutzwürdiges Vertrauen des Klägers auf eine rechtzeitige Weiterleitung der Berufungsschrift an das Berufungsgericht rechtfertigen.

[21] aa) Da das **Gericht** einerseits aufgrund des Anspruchs auf ein faires Verfahren zur Rücksichtnahme auf die Parteien verpflichtet ist, andererseits die **Justiz im Interesse ihrer Funktionsfähigkeit vor zusätzlichen Belastungen geschützt** werden muss, besteht **keine generelle Fürsorgepflicht** des für das Rechtsmittel unzuständigen Gerichts, durch Hinweise oder andere geeignete Maßnahmen eine Fristversäumung des Rechtsmittelführers zu verhindern. Einer Partei und ihrem Prozessbevollmächtigten muss die Verantwortung für die Ermittlung des richtigen Adressaten fristgebundener Verfahrenserklärungen nicht allgemein abgenommen und auf unzuständige Gerichte verlagert werden (BVerfG, NJW 2006, 1579 [juris Rn. 8] mwN; BGH, Beschluss vom 24. Juni 2010 - V ZB 170/09, WuM 2010, 592 [juris Rn. 7] mwN; BGH, NJW 2012, 1591 [juris Rn. 21]). **Geht ein fristwahrender Schriftsatz statt beim Rechtsmittelgericht beim erstinstanzlichen Gericht ein, ist dieses deshalb grundsätzlich lediglich verpflichtet, den Schriftsatz im ordentlichen Geschäftsgang an das Rechtsmittelgericht weiterzuleiten** (BGH, NJW 2012, 1591 [juris Rn. 21 f.]). **Die eine Wiedereinsetzung begehrende Partei hat mithin darzulegen und glaubhaft zu machen, dass ihr Schriftsatz im normalen ordnungsgemäßen Geschäftsgang fristgerecht an das zuständige Rechtsmittelgericht hätte weitergeleitet werden können** (BGH, Beschluss vom 15. Juni 2011 - XII ZB 468/10, NJW 2011, 2887 [juris Rn. 12]; BGH, NJW 2012, 1591 [juris Rn. 22]). Bei der Frage, ob eine fristgerechte Weiterleitung im normalen ordnungsgemäßen Geschäftsgang zu erwarten war, ist zu berücksichtigen, dass die verfassungsrechtliche Fürsorgepflicht der Gerichte keine generelle Verpflichtung zur sofortigen Prüfung der Zuständigkeit erfordert (vgl. BVerfG, NJW 2006, 1579 [juris Rn. 10]; BGH, NJW 2011, 2887 [juris Rn. 13]). **Geht der Schriftsatz erst einen Tag vor Fristablauf beim unzuständigen Gericht ein, ist es den Gerichten regelmäßig nicht anzulasten, dass die Weiterleitung im ordentlichen Geschäftsgang nicht zum rechtzeitigen Eingang beim Rechtsmittelgericht geführt hat** (vgl. BGH, NJW 2012, 1591 [juris Rn. 22]).

[22] bb) Der Kläger hat nicht dargelegt und glaubhaft gemacht, dass die an das Landgericht adressierte Berufungsschrift im normalen ordnungsgemäßen Geschäftsgang fristgerecht an das zuständige Rechtsmittelgericht hätte weitergeleitet werden können.

[23] (1) Dem steht nach den dargelegten Grundsätzen bereits entgegen, dass die Berufungsschrift erst am 28. Dezember 2021 und damit am Tag vor dem Ablauf der Berufungsfrist beim unzuständigen Gericht eingegangen ist. Erschwerend kommt hinzu, dass der Eingang des Schriftsatzes ausweislich des in der Gerichtsakte befindlichen Prüfvermerks am Vortag des Fristablaufs erst um 18:50:24 Uhr erfolgte. Der Kläger hat nicht dargelegt, dass nach dem normalen und ordnungsgemäßen Geschäftsgang zu erwarten war, dass am Landgericht an diesem oder noch rechtzeitig am Folgetag eine Zuständigkeitsprüfung erfolgen würde. Eine solche ist aber Voraussetzung für die Annahme einer Weiterleitung an das Berufungsgericht.

[24] (2) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde liegt im Streitfall auch kein Fehler des Gerichts vor, der einer Versagung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand entgegenstehen könnte.

[25] (a) Allerdings sind die Anforderungen an eine Wiedereinsetzung mit besonderer Fairness zu handhaben, wenn die Fristversäumung auf Fehlern des Gerichts beruht (vgl. BVerfG, NJW 2008, 2167 [juris Rn. 22]). Davon kann im Streitfall jedoch nicht ausgegangen werden.

[26] (b) Die Rechtsbeschwerde macht ohne Erfolg geltend, dem Landgericht sei es ohne weiteres möglich gewesen, den Schriftsatz elektronisch und damit zügig am 29. Dezember 2021 weiterzuleiten. Es kann offenbleiben, ob die Rechtsbeschwerde dargelegt und glaubhaft gemacht hat, dass zwischen Land- und Oberlandesgericht tatsächlich die technische Möglichkeit einer solchen elektronischen Weiterleitung bestanden hat. Selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, war nach den vorliegenden Umständen eine fristgerechte Weiterleitung im normalen ordnungsgemäßen Geschäftsgang nicht zu erwarten. **Da die Berufungsschrift erst um 18:50:24 Uhr am Tag vor dem Ablauf der Berufungsfrist beim unzuständigen Gericht einging, kann nicht davon ausgegangen werden, dass am Landgericht an diesem oder noch rechtzeitig am Folgetag eine Zuständigkeitsprüfung erfolgen wird** (vgl. BGH, NJW 2012, 1591 [juris Rn. 22]). Auf die Frage, ob darüber hinaus eine sich an die Zuständigkeitsprüfung erst anschließende digitale Weiterleitung an das Berufungsgericht erfolgen konnte, kommt es nicht an.

[27] (c) Das Landgericht war auch nicht verpflichtet, den Kläger oder seinen Prozessbevollmächtigten innerhalb der Berufungsfrist von der Einreichung der Berufung beim unzuständigen Gericht zu unterrichten (BVerfG, NJW 2001, 1343 [juris Rn. 11]; vgl. auch BGH, NJW 2011, 2887 [juris Rn. 12]; BGH, Beschluss vom 19. September 2012 - XII ZB 221/12, juris Rn. 14).

[28] IV. Danach ist die Rechtsbeschwerde des Klägers mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO als unzulässig zu verwerfen.

Rechtsanwaltsvergütung

- Honorarvereinbarung, § 3a RVG
- Stundensätze
- Fälligkeit
- Formwirksame Honorarrechnung, § 10 Abs. 2 RVG (*OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.11.22 – 24 U 38/21*)

Leitsätze

1. Gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1 analog RVG ist ein vereinbartes Zeithonorar mangels Angabe der jeweils angesetzten Stundensätze in der Rechnung - differenzierend nach Tätigkeiten von Partnern einerseits und angestellten Rechtsanwälten andererseits - nicht fällig.
2. Die vorgenannten Angaben können grundsätzlich auch noch in der Berufungsinstanz nachgeholt werden; § 531 Abs. 2 ZPO steht dem regelmäßig nicht entgegen.
3. In einer Vergütungsvereinbarung gemäß § 3a RVG muss eindeutig festgelegt werden, für welche Tätigkeiten der Auftraggeber eine höhere als die gesetzliche Vergütung zahlen soll; insbesondere muss in der Vergütungsvereinbarung festgelegt werden, ob diese nur für das derzeitige Mandat oder auch für zukünftige Mandate, insbesondere Weiterungen des bestehenden Mandates gelten soll.
4. Selbst eine geltungserhaltende Reduktion einer Vergütungsvereinbarung auf ein (vermeintlich) originäres Mandat kann nach den konkreten Umständen des Einzelfalles aufgrund der bei dem Abschluss der Vereinbarung vorherrschenden Situation (hier: Konglomerat potentieller Auseinandersetzungen verschiedener Personen) ausscheiden.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung von Anwalts-honorar auf der Basis einer Mandatsvereinbarung nebst einer Vergütungsvereinbarung vom 05./08.10.2015 (Anlage K 1) in Anspruch. Widerklagend nimmt die Beklagte die Klägerin auf Erstattung bereits gezahlten Honorars in Anspruch.

[2] Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes erster Instanz einschließlich der dort gestellten Anträge wird auf das angefochtene Urteil ("LGU", GA 143ff) gem. § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen. Das Landgericht hat sowohl die Klage als auch die Widerklage abgewiesen und insoweit im Wesentlichen zur Begründung ausgeführt:

[3] Die Klage sei derzeit unbegründet, weil die Klägerin mangels einer ordnungsgemäßen Berechnung keine Zahlung mit Erfolg verlangen könne. Die Regelung des § 10 RVG gelte auch für Zeithonorare. Insbesondere sei § 10 Abs. 2 S. 1 RVG analog anzuwenden, soweit die Eigenart der vereinbarten Vergütung eine nähere Spezifizierung erfordere und zulasse. Insofern sei im Rahmen der notwendigen Berechnung eines Zeithonorars insbesondere der angesetzte Stundensatz anzugeben. Das gelte erst recht, wenn die Tätigkeit mehrerer Rechtsanwälte abgerechnet werde und unterschiedliche Stundensätze in Betracht kämen. Da weder in den erstinstanzlich vorgelegten Rechnungen der Klägerin noch in deren Schriftsätzen der jeweils angesetzte Stundensatz genannt sei, seien Vergütungsansprüche der Klägerin noch nicht fällig gewesen. Die Klägerin könne auch nicht mit Erfolg geltend machen, dass der Geschäftsführer der Beklagten die von der Klägerin geforderten Rechnungsbeträge vorprozessual anerkannt habe: Dem betreffenden Vorbringen der Klägerin sei nicht zu entnehmen, dass sich das vermeintliche Anerkenntnis auch auf den angesetzten Stundensatz bezogen habe.

[4] Am betreffenden Einwand in Bezug auf die fehlende Angabe des angesetzten Stundensatzes sei die Beklagte auch nicht etwa deshalb gehindert, weil sie die Rechnungen - unstreitig - nicht binnen eines Monats nach Zugang beanstandet habe. Die Vereinbarung im vorletzten Absatz der Vergütungsvereinbarung (Anlage K 1 a.E.) beziehe sich allein auf "Bearbeitungszeiten" und es sei zudem nicht erkennbar, dass mit ihr eine Einwendungsfrist rechtsgeschäftlich vereinbart worden sei.

[5] Die Widerklage bleibe ebenfalls ohne Erfolg. Die Beklagte habe nicht hinreichend dargelegt, dass die Vergütungsvereinbarung als Rechtsgrund iSv § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB dafür ausscheide, dass die Klägerin die bislang von der Beklagten erbrachten Zahlungen behalten dürfe. Die streitgegenständliche Vergütungsvereinbarung wahre die Anforderungen des § 3a Abs. 1 S. 1 und S. 2 RVG. Insbesondere sei sie hinreichend bestimmt. Aus ihr ergebe sich im Zusammenspiel mit dem Mandatsbrief (s. ebenfalls Anlage K 1), dass sie sämtliche Tätigkeiten erfasse, die während des Mandats zu den genannten jeweiligen Gegenparteien anfallen werden. Die Vereinbarung enthalte keine Einschränkung auf bestimmte Rechtsfragen oder bestimmte Prozesse. Der letzte Satz der Gebührenvereinbarung stelle einen noch hinreichenden Hinweis iSv § 3a Abs. 1 S. 3 RVG dar. Ein Mandant könne von ihm erbrachte Zahlungen nicht mit der Begründung zurückverlangen, dass die Rechnungen des Rechtsanwalts nicht den Anforderungen des § 10 RVG genügten. Die Beklagte habe auch nicht dargelegt, jedenfalls aber nicht unter tauglichen Beweis gestellt, dass die Klägerin die abgerechneten Leistungen nicht erbracht habe bzw. dass diese in einem unangemessenen Verhältnis zu Umfang und Schwierigkeit der Sache gestanden hätten. Die

Klägerin sei insoweit auch nicht sekundär darlegungsbelastet. Die Beklagte habe nicht hinreichend dargelegt, dass die vereinbarte Vergütung nach § 3a Abs. 2 S. 1 RVG herabzusetzen sei und es daher zu einer Überzahlung gekommen sei. Insbesondere habe die Beklagte nicht ein fünffaches Überschreiten der gesetzlichen Vergütung schlüssig dargelegt. Einen besonderen Umfang der anwaltlichen Tätigkeit der Klägerin habe die Beklagte nicht zu widerlegen vermocht.

[6] Gegen dieses Urteil wendet sich zunächst die Klägerin mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten sowie begründeten Berufung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer erstinstanzlichen Argumentation im Wesentlichen wie folgt: Das Landgericht habe die Reichweite der analogen Anwendung des § 10 Abs. 2 S. 1 RVG verkannt. Hilfsweise verweist die Klägerin auf das Anlagenkonvolut K 10 (GA 189ff), mit dem sie nunmehr in zweiter Instanz korrigierte 2. Seiten ihrer Rechnungen (Anlagen K 2 bis K 7) vorlegt, die ihrer Auffassung nach in der Berufungsinstanz noch berücksichtigt werden müssten. Letzteres entspreche der Rechtsprechung des BGH.

[7] In Reaktion auf den Hinweis des Senats mit Verfügung vom 04.08.2022 (GA 274), wonach Bedenken gegen die Bestimmtheit der Honorarvereinbarung bestünden, hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 18.08.2022 (GA 277ff) weiter hilfsweise eine Abrechnung ihrer anwaltlichen Tätigkeit nach dem Vergütungsverzeichnis (VV) des RVG vorgelegt, wonach sich auf dieser Basis insgesamt eine Honorarforderung gegen die Beklagte iHv EUR 32.815,45 ergebe.

[8] Die Klägerin beantragt sinngemäß,

[9-19] (...)

[20] Sie verteidigt insoweit das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Standpunktes im Wesentlichen wie folgt: Entgegen der Berufung der Klägerin finde § 10 Abs. 2 S. 1 RVG auch analoge Anwendung auf Zeithonorare. Mit den Korrekturen der Rechnungen gem. Anlagenkonvolut K 10 sei die Klägerin präkludiert; jedenfalls fehle es an notwendigen schriftsätzlichen Erläuterungen. Davon abgesehen fehle es auch den nunmehr vorgelegten 2. Seiten der Rechnungen an der Prüfbarkeit: Es mangle immer noch an der differenzierenden Zuordnung zu Tätigkeiten eines Partners und anwaltlicher Mitarbeiter. Die Klägerin habe ihr nicht - wie ihrer Ansicht nach erforderlich - neue Rechnungen im Original zukommen lassen; der Beklagtenvertreter habe bloß Kopien erhalten. Allgemein fehle es an der erforderlichen Bestimmtheit der Vergütungsvereinbarung sowie an der Prüfbarkeit der Rechnungen.

[21] Mit Blick auf die von der Klägerin im Berufungsverfahren hilfsweise vorgelegte Abrechnung der gesetzlichen Vergütung

hat die Beklagte mit nachgelassenem Schriftsatz vom 09.09.2022 (GA 288ff) im Wesentlichen Folgendes erwidert: Gegen die betreffende Abrechnung in den Verfahren LG Düsseldorf mit dem Az. 15 O 173/15 und OLG Düsseldorf mit dem Az. I-11 U 6/17 erhebe sie keine Einwände. Soweit die Klägerin allerdings für weitere Angelegenheiten eine gesetzliche Vergütung fordere, seien diese nicht streitgegenständlich. Soweit der Klägerin eine Vergütung nach RVG zustehe, habe sie (die Beklagte) dies schon bei der Berechnung ihrer Widerklageforderung (vgl. unten) berücksichtigt.

[22] Mit ihrer selbständigen Berufung wendet sich die Beklagte gegen die Abweisung der Widerklage durch das Landgericht:

[23] Das Landgericht habe seine Hinweispflicht gem. § 139 ZPO verletzt, indem es die Widerklage ohne vorherigen Hinweis (trotz entsprechender Bitte der Beklagten mit Schriftsatz vom 21.10.2020, S. 16) mit der Begründung abgelehnt habe, dass die Beklagte gleich mehrere entscheidungserhebliche Tatsachen nicht hinreichend dargelegt habe. Es habe damit auch die Darlegungslast der Beklagten überdehnt und so ihr rechtliches Gehör verletzt. Nicht einmal die Urteilsgründe des Landgerichts erfüllten die Anforderungen an einen konkreten richterlichen Hinweis. Der Schriftsatz der Klägerin vom 15.01.2021, auf den das Landgericht in seiner Entscheidung maßgeblich abgestellt habe, sei ihr vor Urteilsverkündung nicht einmal zugestellt worden. Verfahrensfehlerhaft habe das Landgericht von einer Vernehmung ihres Geschäftsführers Dr. W zu ihrer Behauptung, wonach keine Bereitschaft zu einer Blanko-Mandatierung auch für zukünftige Mandate bestanden habe, abgesehen. Das Landgericht hätte zur streitigen Frage der Bestimmtheit und Wirksamkeit der Vergütungsvereinbarung Beweis erheben müssen. Zumindest hätte es ihren Geschäftsführer nach § 141 ZPO anhören müssen. Das Landgericht habe die Vergütungsvereinbarung rechtsirrig für bestimmt iSv § 3a Abs. 1 S. 1, S. 2 RVG gehalten und diese willkürlich ausgelegt. Rechtsirrig sei das Landgericht davon ausgegangen, die Beklagte müsse im Rahmen des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB darlegen/beweisen, dass die Klägerin die abgerechneten Leistungen nicht erbracht habe. Das Landgericht habe überdies verkannt, welche Anforderungen an die gerichtliche Durchsetzung einer Stundensatzvergütung zu stellen seien. Es habe zudem außer Acht gelassen, dass sie erstinstanzlich die Prüfbarkeit der Honorarrechnungen der Klägerin umfangreich beanstandet habe; insbesondere mangle es an einer Zuordnung der abgerechneten Tätigkeiten zu bestimmten Verfahren. Überdies sei nicht nachvollziehbar, weshalb das Landgericht die fehlende Angabe des Stundensatzes in Bezug auf die Widerklage im Gegensatz zur Entscheidung über die Klage als unerheblich eingeordnet habe. Verfehlt sei die Ansicht des Landgerichts, wonach ein Mandant gezahltes Honorar nicht mit der Begründung zurückverlangen könne, dass die

formalen Anforderungen des § 10 Abs. 1, Abs. 2 RVG nicht erfüllt seien. Unter rechtsirriger Gesamtbetrachtung der gesetzlichen Gebühren für erste und zweite Instanz sei das Landgericht zu dem falschen Ergebnis gelangt, die mit der Klägerin vereinbarte Gebühr überschreite die gesetzliche Gebühr nicht um das Fünffache. Das Landgericht habe grundlos ausgeblendet, dass die Beklagte die mit der Widerklage zurückgeforderte Zahlung allein mit einer 6,37-fachen Überhöhung im Vergleich zu gesetzlichen Gebühren für die erstinstanzliche Vertretung durch die Klägerin gerügt habe; insoweit verweist die Beklagte auf ihre tabellarische Übersicht auf S. 14f der Klageerwidmung: Bis auf eine Rechnung betreffe diese ausschließlich Rechnungen für erstinstanzliche Tätigkeiten der Klägerin; Tätigkeiten in zweiter Instanz seien ohnehin nicht durch die Vergütungsvereinbarung abgedeckt. Verfahrensfehlerhaft habe das Landgericht bei der Ermittlung des Faktors der Überhöhung der vereinbarten Vergütung im Vergleich zur gesetzlichen Vergütung allein Argumente der Klägerin berücksichtigt. Namentlich habe das Landgericht außer Acht gelassen, dass die Klägerin "für die Beklagte ... nichts erreicht und nur horrenden Kosten produziert habe." Verfehlt habe das Landgericht im vorliegenden Verfahren hier nicht streitgegenständliche Tätigkeiten der Klägerin für den Geschäftsführer der Beklagten berücksichtigt.

[24] Die Beklagte beantragt,

[25-26] (...)

[27] Die Klägerin beantragt,

[28] (...)

[29] Sie verteidigt insoweit das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihrer erstinstanzlichen Argumentation. Zu Unrecht rüge die Beklagte eine Verletzung der Hinweispflicht des Landgerichts; die Beklagte räume sogar ein, dass sie selbst im Falle der Erteilung von Hinweisen nichts Ergänzendes habe vorbringen können. Eine Parteivernehmung bzw. Anhörung des Geschäftsführers der Beklagten sei schon deshalb nicht angezeigt gewesen, weil dieser den Wortlaut der Vergütungsvereinbarung akzeptiert und die Beklagte in der Vergangenheit auch Honorarrechnungen der Klägerin beglichen habe. Die Vergütungsvereinbarung gem. Anlage K 1 sei hinreichend bestimmt iSv § 3a Abs. 1 S. 1, S. 2 RVG. Die Beklagte und die in der Mandatsvereinbarung als zweite Partei genannte P. GmbH & Co KG ("P.") seien über den sog. "...fall" miteinander verbunden. Der Geschäftsführer der Beklagten habe anfänglich selbst nicht abschätzen können, wieviel Streitigkeiten mit der P. aus der sog. Februarvereinbarung resultieren würden. Die Vergütungsvereinbarung habe vereinbarungsgemäß alles abdecken sollen. Dass der Geschäftsführer der Beklagten die Klägerin - unstreitig - mit der Durchführung des

Berufungsverfahrens beauftragt habe (vgl. Prozessvollmacht gem. Anlage K 8), zeige, dass dieser selbst davon ausgegangen sei, dass auch diese anwaltliche Tätigkeit von der Vergütungsvereinbarung umfasst sei. Entgegen der Ansicht der Beklagten sei nicht das Zeitmoment in Gestalt der Dauer eines Gerichtsverfahrens für die Reichweite der Vergütungsvereinbarung bestimmend, sondern der Mandatsgegenstand. Die Beklagte übersehe, dass mit Blick auf § 10 Abs. 3 RVG ein einmal gezahltes Honorar nicht unter Verweis auf fehlende Anforderungen des § 10 RVG zurückgefordert werden könne. Wegen Art und Umfang der von ihr abgerechneten Tätigkeiten, die stets mit der Beklagten abgestimmt gewesen seien und zu denen letztere stets Abschriften von Schriftverkehr mit Dritten erhalten habe, verweist die Klägerin auf ihr erstinstanzliches Vorbringen (Schriftsätze vom 07.05.2020, ab S. 5 und vom 15.01.2021, ab S. 2). Die Gerichtsverfahren seien zeitlich nacheinander geführt worden, so dass allein durch den Abrechnungszeitraum eine Zuordnung möglich gewesen sei. Zudem hätten sich die Parteien vor Zahlung durch die Beklagte über die Honorarrechnungen inhaltlich geeinigt. Die Höhe des Gesamthonorars resultiere vor allem aus dem Umfang der von ihr erbrachten Tätigkeiten im Rahmen des komplexen Mandats, das mit Blick auf Weisungen des Geschäftsführers der Beklagten sehr betreuungsintensiv gewesen sei (Verweis auf Schriftsatz vom 07.05.2020, ab S. 11).

[30] Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien neben Anlagen sowie auf den Akteninhalt im Übrigen verwiesen.

Aus den Gründen:

[31] I.

[32] Mit Blick auf die Berufung der Klägerin gilt im Einzelnen Folgendes:

[33] Die Klägerin kann von der Beklagten nicht die Begleichung des primär begehrten Zeithonorars (dazu näher unter 1.), sondern bloß des hilfsweise geltend gemachten gesetzlich geschuldeten Honorars (dazu unter 2.) verlangen.

1.

[34] Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung der mit dem Hauptvorbringen geltend gemachten Anwaltsvergütung iHv insgesamt EUR 32.086,74 aus §§ 611, 675 BGB iVm der Mandats- und Vergütungsvereinbarung (Anlage K 1). Dementsprechend besteht insoweit auch kein Anspruch auf Entrichtung von Verzugszinsen.

a)

[35] Zunächst ist Folgendes festzuhalten:

[36] Das Landgericht hat zu Recht und mit zutreffender Begründung im Wege einer analogen Anwendung des **§ 10 Abs. 2 S. 1 RVG** am für das Landgericht maßgeblichen Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz angenommen, dass etwaige **Vergütungsansprüche** auch unter Berücksichtigung des der Klägerin nachgelassenen Schriftsatzes vom 15.01.2021 **mangels ordnungsgemäßer Angabe der von der Klägerin jeweils angesetzten Stundensätze nicht fällig gewesen sind**. Insoweit wird zunächst auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts (LGU, S. 6 - S. 8) Bezug genommen. Mit Blick auf das Berufungsvorbringen ist insoweit lediglich Folgendes ergänzend anzumerken:

[37] Die Sichtweise des Landgerichts entspricht der Entscheidungspraxis des Senats (Urteil vom 18.02.2010 - I-24 U 183/05 = NJOZ 2010, 1490; Beschluss vom 06.10.2011 - I-24 U 47/11 = NJW 2012, 621 = FD-RVG 2012, 327347 mit zustimmender Anmerkung Mayer), die - soweit ersichtlich - auch in der einschlägigen Kommentarliteratur (Burhoff, in: Gerold/Schmidt, RVG-Kommentar, 25. A. 2021, § 10 Rn 27; v. Seltmann, in: BeckOK RVG, 56. Edition, Stand: 01.09.2021, § 10 Rn 3f) ohne Einschränkung geteilt wird. Entgegen der Berufung sind auch keine gerichtlichen Entscheidungen ersichtlich, denen eine abweichende Auffassung zugrunde liegt:

[38] Das von der Klägerin angeführte Urteil des BGH vom 21.10.2010 (IX ZR 37/10 = NJW 2011, 69 Rn. 29) trägt ihre Auffassung keineswegs. Die dort gegenständliche Abrechnung hat der BGH schon deshalb als nicht ordnungsgemäß eingestuft, weil den dort angegebenen einzelnen Tagen nicht die jeweilige Stundenanzahl zugeordnet worden war. Der BGH hatte folglich keine Veranlassung, sich mit der Erforderlichkeit einer Angabe des Stundensatzes zu befassen.

[39] In dem ferner von der Klägerin zitierten Urteil vom 04.02.2010 (IX ZR 18/09 = NJW 2010, 1364 Rn. 77) führt der BGH lediglich näher aus, dass der ein Zeithonorar beanspruchende Rechtsanwalt die geltend gemachten Stunden substantiiert darzulegen habe. **Er beschäftigt sich insoweit erkennbar nicht mit der Frage, ob eine ordnungsgemäße Abrechnung gem. § 10 RVG die Angabe des Stundensatzes erfordert**, weil die dortige Entscheidung keinen Anlass zu Ausführungen zu dieser Frage gab. Der von der Klägerin gezogene Rückschluss ist daher nicht tragfähig.

[40] Nicht nachvollziehbar ist schließlich die auf den Senatsbeschluss vom 08.05.2018 (I-24 U 96/17) abstellende Argumentation der Klägerin: Der Senat hat sich dort an keiner Stelle mit der hier virulenten Rechtsfrage befassen müssen, welche Anforderungen sich in analoger Anwendung des § 10 Abs. 2 S. 1 RVG für die Abrechnung eines Zeithonorars ergeben. Der Senat ist im betreffenden Beschluss keineswegs von seiner oben zitierten Rechtsprechung abgewichen.

[41] Soweit die Klägerin einzelne Argumente des Landgerichts (Parallele zum Vorschuss (Rz 1.2 der Berufungsbegründung, GA 185); Frage der Zumutbarkeit des Aufwandes der Angabe des Stundensatzes (Rz 1.3 der Berufungsbegründung, GA 186), etwaige Anpassung des Stundensatzes (Rz 1.4 der Berufungsbegründung, GA 186)) angreift, kann dies letztlich auf sich beruhen: Tragender Gesichtspunkt für die Verpflichtung zur Angabe des Stundensatzes in der Abrechnung einer Zeitvergütung ist unabhängig davon die Erwägung, dass Sinn und Zweck der gesetzlich vorgeschriebenen Abrechnung das Transparenzgebot ist und sich der Umfang der Spezifizierung nach der Eigenart der in Rede stehenden vereinbarten Vergütungsform richtet. Das Landgericht hat insbesondere richtig angemerkt, dass gerade dann, **wenn mehrere Rechtsanwälte, die jeweils unterschiedliche Stundensätze abrechnen dürfen, an den abgerechneten anwaltlichen Tätigkeiten beteiligt waren, die Angabe des jeweils bei der Abrechnung angesetzten Stundensatzes notwendig ist: Der Rechtsanwalt schuldet die Berechnung der Vergütung unter Angabe der einschlägigen Vergütungsparameter, zu denen bei einer nach Zeitaufwand berechneten Vergütung denknottwendig der angesetzte Stundensatz gehört**.

b)

[42] Nachdem die Klägerin in Gestalt des mit der Berufungsbegründung eingereichten Anlagenkonvoluts K 10 geänderte bzw. ergänzte 2. Seiten der streitgegenständlichen Rechnungen (Anlagen K 2 bis K 7) vorgelegt hat, liegt nunmehr indessen eine den Anforderungen des § 10 RVG jeweils in jeder Hinsicht genügende Abrechnung vor.

aa)

[43] Entgegen der Ansicht der Beklagten ist das Anlagenkonvolut K 10 bei der Entscheidung des Senats über die Berufung zu berücksichtigen. Die Klägerin ist mit diesem Sachvortrag nicht etwa nach § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert:

[44] Die Klägerin hat zutreffend angemerkt, dass nach der Rechtsprechung des BGH eine nach der letzten mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug erstellte Schlussrechnung eines Architekten im Berufungsrechtszug nicht auf der Grundlage der §§ 529 Abs. 1, 531 Abs. 2 ZPO unberücksichtigt bleiben darf (BGH NJW-RR 2004, 167; BGH NJW-RR 2005, 1687, 1687f). Der BGH hat dies damit begründet, dass die prozessrechtlichen Präklusionsvorschriften die Partei anhalten sollen, zu einem bereits vorliegenden Tatsachenstoff rechtzeitig vorzutragen, hingegen nicht den Zweck verfolgen, auf eine beschleunigte Schaffung der materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen hinzuwirken.

[45] Die vorstehenden Erwägungen gelten auch für eine Abrechnung einer anwaltlichen Tätigkeit, wenn - wie hier - eine bis zum Abschluss der ersten Instanz vorliegende Rechnung an

einem formalen Mangel leidet, der den Eintritt der Fälligkeit des Vergütungsanspruchs hindert. Vor allem spricht der Grundsatz der Prozessökonomie für die Übertragung der vorzitierten BGH-Rechtsprechung zu Schlussrechnungen eines Architekten. Denn materiell-rechtlich ist (auch) der Rechtsanwalt nicht gehindert, eine neue bzw. eine geänderte Abrechnung vorzulegen (vgl. auch unten). Es überzeugt daher nicht, die Parteien durch Nichtberücksichtigung einer erstmals in zweiter Instanz vorgelegten formell ordnungsgemäßen Rechnung in einen neuen Rechtsstreit zu "treiben" (vgl. BGH NJW-RR 2005, 1687, 1687f).

[46] Soweit die Beklagte das Augenmerk darauf richtet, dass der BGH (NJW-RR 2005, 1687, 1687f) betont hat, seine Überlegungen bezögen sich nur auf den allein zu entscheidenden Fall der Vorlage einer neuen Schlussrechnung eines Architekten, steht das einer Übertragung auf den Streitfall, der eine anwaltliche Honorarabrechnung zum Gegenstand hat, keineswegs entgegen. Die wesentliche Gemeinsamkeit einer Schlussrechnung eines Architekten einerseits und der Abrechnung iSv § 10 RVG besteht nämlich darin, dass es sich bei beiden um zwingende materiell-rechtliche Anforderungen an die Fälligkeit des jeweiligen Vergütungsanspruchs handelt. Soweit die Beklagte anführt, Schlussrechnungen eines Architekten seien regelmäßig komplexer als anwaltliche Abrechnungen gem. § 10 RVG ist das ersichtlich kein Gesichtspunkt, der für die betreffende BGH-Rechtsprechung zur Fälligkeit von Schlussrechnungen eines Architekten leitend gewesen ist. Auch bei weniger komplexen Rechnungen dienen die Präklusionsvorschriften der ZPO nicht dazu, den Anspruchsteller dazu anzuhalten, materiell-rechtliche Voraussetzungen - wie hier die Fälligkeit - zwingend schon erstinstanzlich zu schaffen.

[47] Es ist in Literatur und Rechtsprechung zu § 10 RVG zum anerkannt, dass der Rechtsanwalt eine unrichtige Berechnung auch noch im laufenden Prozess nachträglich berichtigen kann (BGH NJW 2002, 2774f; Senat NJOZ 2011, 2026, 2030 mwN betreffend Korrektur während der ersten Instanz; Burhoff, in: Gerold/Schmidt, RVG-Kommentar, 25. A. 2021, § 10 Rn 6 mwN; Mayer, in: Mayer/Kroiß, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 8. A. 2021, § 10 Rn 38 mwN). Dies gilt auch für eine erstmals in der Berufungsinstanz geänderte Abrechnung: Aus den oben zu einer Schlussrechnung eines Architekten angeführten Gründen steht das Präklusionsrecht des § 531 ZPO dem nicht entgegen.

[48] Eine darüber hinausgehende schriftliche Erläuterung der Abrechnung ist entgegen der Ansicht der Beklagten nicht erforderlich, um den Anforderungen des § 10 RVG zu genügen. Denn eine etwaig inhaltlich unrichtige Berechnung beeinflusst die Wirksamkeit der Mitteilung der Berechnung nicht (vgl. BGH NJW 2007, 2332; BGH NJW 2018, 1479). Aus den unten

genannten Gründen ist die Abrechnung der Klägerin nach Vorlage des Anlagenkonvoluts K 10 nunmehr prüfbar.

bb)

[49] Der Einwand der Beklagten, wonach ihr bzw. ihrem Prozessbevollmächtigten das Anlagenkonvolut nicht in der gebotenen Schriftform (§ 10 Abs. 1 S. 1 RVG, § 126 BGB) zugegangen sei, greift nicht durch.

[50] aaa)

[51] Die Ergänzung / Korrektur mittels des Anlagenkonvoluts K 10 stellt schon keine Stornierung und Neuerstellung der ursprünglichen - unstrittig vom Partner Dr. J unterschriebenen - Rechnungen (Anlagen K 2 bis K 7) dar. Der berechnete Betrag hat sich nicht geändert, so dass es insbesondere keiner umsatzsteuerrechtlichen Korrekturen bedarf. Die Rechnungen sind lediglich um Zusatzinformationen betreffend den angesetzten Stundensatz je nach Person und "Rang" des tätig gewordenen Rechtsanwalts zum besseren Verständnis ergänzt worden.

[52] bbb)

[53] Jedenfalls ergibt sich die Wahrung der notwendigen Form mit Rücksicht auf Folgendes:

[54] Eine Mitteilung der Berechnung in der Vergütungsklaugeschrift oder in einem anderen Prozessschriftnsatz reicht aus; es genügt insbesondere, dass im Prozess vorgelegte Rechnungskopien einem vom Prozessbevollmächtigten unterzeichneten Schriftnsatz beigefügt werden. Die Unterzeichnung soll nur sicherstellen, dass die Rechnungen von dem Rechtsanwalt (oder einem bevollmächtigten Vertreter) erstellt und überprüft worden sind (Senat NJOZ 2011, 2026, 2030 mwN). Bei einer Sozietät genügt auch die Unterschrift eines Soziums, der die Sache selbst nicht bearbeitet hat (v. Seltmann, in: BeckOK RVG, 56. Edition, Stand: 01.09.2021, § 10 Rn 7).

[55] Vor diesem Hintergrund ist im Streitfall die Form dadurch gewahrt, dass Rechtsanwalt Paul (der zu den Partnern der Klägerin gehört) das Anlagenkonvolut K 10 zusammen mit der von ihm signierten Berufungsbegründung eingereicht hat. Gem. § 130a Abs. 3 S. 1 Alt. 2 ZPO genügt insoweit u.a. eine von der verantwortenden Person signierte und auf einem sicheren Übermittlungsweg (hier: "beA") eingereichte einfache Signatur. Für die einfache Signatur im Sinne des § 130a Abs. 3 S. 1 Alt. 2 ZPO genügt es, wenn - wie hier - (statt einer eingescannten Unterschrift) die einfache Wiedergabe des Namens am Ende des Textes (zB maschinenschriftlicher Namenszug unter dem Schriftnsatz) erfolgt. Wie § 130a Abs. 3 S. 2 ZPO explizit klarstellt, müssen beigefügte Anlagen ihrerseits nicht signiert sein.

[56] Soweit die Beklagte überdies moniert, sie habe selbst nicht einmal Kopien der neuen 2. Seiten der Rechnungen erhalten, ist dies unschädlich. Denn die Prozessvollmacht des Beklagtenvertreters deckt die Entgegennahme von materiell-rechtlichen Willenserklärungen, die sich auf den Gegenstand des Rechtsstreits beziehen, wenn sie zur Rechtsverfolgung innerhalb des Prozessziels oder zur Rechtsverteidigung dienen, ab (BGH NJW 2003, 963, 964 mwN; BAGE 106, 217, 224 = NZA 2003, 1049, 1051). **Ferner umfasst die Prozessvollmacht insbesondere die Entgegennahme aller materiell-rechtlichen Erklärungen, die die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für einen darauf gestützten prozessualen Angriff bzw. die prozessuale Verteidigung schaffen** (näher zum Ganzen Toussaint, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. A. 2020, § 81 Rn 25). Demzufolge wirkt die Übermittlung des Anlagenkonvoluts K 10 an den Beklagtenvertreter im Streitfall auch gegen die Beklagte.

cc)

[57] Entgegen der Ansicht der Beklagten fehlt es den streitgegenständlichen Rechnungen nach Vorlage des Anlagenkonvoluts K 10 nicht mehr an der erforderlichen Prüfbarkeit.

[58] Soweit die Beklagte meint, es fehle nach wie vor an der notwendigen Differenzierung des angesetzten Stundensatzes für Partner einerseits und anwaltliche Mitarbeiter andererseits, ist das nicht nachvollziehbar. Eine Partnertätigkeit wird nur mit insgesamt drei spezifizierten 2. Seiten (GA 190, GA 191, GA 193) abgerechnet. **Es findet sich die Angabe, welcher Stundensatz für welchen Rechtsanwalt angesetzt worden ist, und es wird auch mitgeteilt, wieviel Zeit welcher namentlich benannte Rechtsanwalt für welche Tätigkeit aufgewendet hat.** Dies entspricht den einschlägigen Anforderungen, da der Beklagten damit eine Überprüfung ermöglicht wird und die Berechnung zumindest taugliche Grundlage einer gerichtlichen Auseinandersetzung sein kann (vgl. BGH NJW 2011, 63). Insbesondere genügt für die Prüfbarkeit auch unter Beachtung von § 14 Abs. 4 S. 1 Nr. 5 UStG, dass einer Kurzbezeichnung entnommen werden kann, welche Dienstleistung erbracht wurde (Senat NJW 2012, 621, 622; v. Seltmann, a.a.O., § 10 Rn 27).

dd)

[59] Lässt sich nach dem für die Entscheidung des Senats maßgeblichen Schluss der mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz nicht mehr annehmen, dass es der geltend gemachten Forderung an der Fälligkeit mangle, so stellt sich in der Berufungsinstanz nunmehr erstmals die Frage, ob die Honorarklage im Übrigen begründet ist. Dies ist in Bezug auf das Hauptvorbringen, mit dem die Klägerin Vergütung aufgrund der Honorarvereinbarung verlangt, nicht der Fall.

[60] Vorweg ist festzuhalten, dass die Beklagte (erstinstanzlich, GA 26) zu Unrecht moniert hat, dass die Textform gem. §§ 3a Abs. 1 S. 1, RVG 126 b BGB nicht gewahrt sei, weil ihr (der Beklagten) Geschäftsführer nicht auch den Mandatsbrief (Anlage K 1) unterzeichnet habe. **Erstens bedarf es gerade keiner Unterschrift der Parteien für die Wahrung der Textform des § 126b BGB. Zweitens hat der Geschäftsführer der Beklagten durch unstreitige Unterzeichnung der "Vergütungsvereinbarung", die auf den Mandatsbrief Bezug nimmt, jedenfalls sein Einverständnis auch mit diesem zum Ausdruck gebracht.**

[61] aaa)

[62] **In der Vergütungsvereinbarung muss eindeutig festgelegt werden, für welche Tätigkeiten der Auftraggeber eine höhere als die gesetzliche Vergütung zahlen soll** (OLG Karlsruhe NJW 2015, 418; Winkler/Teubel, in: Mayer/Kroiß, a.a.O., § 3a Rn 54a). Insbesondere muss geregelt werden, ob die Vergütungsvereinbarung **nur für das derzeitige Mandat oder auch für zukünftige Mandate**, insbesondere Weiterungen des bestehenden Mandates gelten soll. Fehlt eine solche Festlegung in der Vergütungsvereinbarung, gilt sie nur für das bei ihrem Abschluss bestehende Mandat.

[63] bbb)

[64] Eine Übertragung dieser Grundsätze auf den Streitfall führt zu dem Ergebnis, dass die Vergütungsvereinbarung in Bezug auf den Mandatsumfang insgesamt unbestimmt ist und sich insbesondere nicht auf zukünftige Mandate erstreckt:

[65] An potenziell den Mandatsgegenstand spezifizierenden Ausführungen finden sich lediglich folgende Angaben in der gesamten Anlage K 1:

[66] - *"Mandatsvereinbarung i.S. ... GmbH ./... GmbH";*

[67] - *"Wir werden für sie sowohl unterstützend bei auftretenden Rechtsfragen als auch im Bereich der Prozessführung tätig";*

[68] - *"...vielen Dank für ihr Interesse, uns in der im Betreff angegebenen Angelegenheit zu mandatieren".*

[69] Zwar ginge es - entgegen der Auffassung der Beklagten - zu weit, von der Klägerin die Angabe konkreter Rechtsfragen in der Honorarvereinbarung zu verlangen, solange sich das Mandat nicht auf ein konkretes Rechtsgutachten beschränkt.

-1

[70] Von der Klägerin wäre indessen zu erwarten gewesen, dass sie das unstreitig (vgl. GA 28) bei Abschluss der Vereinbarung vor dem LG Düsseldorf bereits rechtshängige Verfahren gegen die P (LG Düsseldorf 15 O 173/15) in die Vereinbarung aufnimmt. Dies gilt nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass nach ihrer (der Klägerin) eigenen Schilderung (GA 68 unten ff) der bei dem Abschluss der Vereinbarung vorherrschenden Situation gänzlich unklar war, welche streitigen Angelegenheiten infolge des Ausscheidens des Geschäftsführers der Beklagten aus der P (noch) resultieren würden. Es bestand demnach ein Konglomerat an potenziellen Auseinandersetzungen, wobei kaum zu trennen war, was den Geschäftsführer persönlich und was die Beklagte als Gesellschaft selbst betraf. **Im Falle einer derart unübersichtlichen Situation muss der Rechtsanwalt erst recht auf eine genaue Festlegung des von der Vergütungsvereinbarung abgedeckten Mandatsgegenstandes achten.** Wenn die Klägerin sicherstellen wollte, dass (zumindest) das bereits rechtshängige Verfahren vor dem LG Düsseldorf erfasst sein sollte, hätte sie zwecks Spezifizierung dessen Aktenzeichen angeben sollen oder zumindest in geeigneter Weise diesen Mandatsgegenstand umreißen müssen (zB in einer vergleichbaren Weise, wie die Klägerin es in der Berufungserwidernng vorgenommen hat: GA 264, 3. Abs.: "...fall" pp). **Demzufolge scheidet auch eine "geltungserhaltende Reduktion" der Vergütungsvereinbarung in Bezug auf dieses vermeintlich originäre Mandat aus.**

-2

[71] Jedenfalls ist der Klägerin darin zu widersprechen, dass sich die Vergütungsvereinbarung "automatisch" auch auf das Berufungsverfahren vor dem OLG Düsseldorf (I-11 U 6/17) erstreckte. Insoweit verfängt nicht das Argument der Klägerin, wonach eine umfassende Beauftragung keiner weiteren Konkretisierung bedürfe. Insbesondere beruft sie sich insoweit vergeblich auf eine Entscheidung des OLG Frankfurt (BeckRS 2017, 142669 Rn. 83): Anders als im dort entschiedenen Fall fehlt es in der streitgegenständlichen Vereinbarung gem. Anlage K 1 nämlich an einem expliziten (oder sinngemäßen) Passus mit den Worten "*für alle Tätigkeiten*" in der Vergütungsvereinbarung selbst. Es reicht nicht, dass die Vereinbarung keine Beschränkung erkennen lässt; es geht vielmehr - umgekehrt - darum, den Mandatsgegenstand positiv festzulegen. In jedem Falle hätte es somit einer ausdrücklichen Klarstellung bedurft, dass vereinbarungsgemäß auch künftige Mandate erfasst sein sollen; nur dann könnte man die Vergütungsvereinbarung als eine Art "Rahmenvereinbarung" verstehen (vgl. dazu Senat AnwBl. 2006, 770).

[72] Entsprechendes gilt mit Blick auf die von der Klägerin überdies angeführte Entscheidung des OLG München (NJW-RR 2018, 244). Nach der dort maßgeblichen Vereinbarung (vgl.

OLG München, a.a.O. Rn. 44) sollte "in *sämtlichen* außergerichtlichen zivilrechtlichen Fragestellungen" beraten und vertreten werden "wie eine ausgelagerte Rechtsabteilung".

[73] Es verhilft der Argumentation der Klägerin auch nicht zum Erfolg, dass nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 2005, 2142) das Ausmaß der zeitlichen Beanspruchung bei Abschluss einer Vergütungsvereinbarung noch offen sein darf. Es geht insoweit darum, dass zwar die zeitliche Beanspruchung eines bestimmt bezeichneten Mandats noch offen sein darf, nicht aber der Gegenstand des Mandats als solcher.

[74] Überdies verkennt die Klägerin in diesem Zusammenhang, **dass der erste Rechtszug und die Rechtsmittelinstanz gem. § 17 Nr. 1 RVG in aller Regel selbständig zu vergütende Angelegenheiten darstellen und schon deshalb in einer Vergütungsvereinbarung ein konkreter Anhalt vorgesehen werden muss, wenn sie sich auch auf weitere Instanzen erstrecken soll.** Hier ist (s. oben) noch nicht einmal das (vermeintlich) originäre Mandat hinreichend bestimmt worden.

[75] Bezüglich ihres Hinweises auf die Anlage K 8 (Email des Geschäftsführers, vgl. das Zitat gem. GA 61), wonach die Einlegung der Berufung mit dem Geschäftsführer der Beklagten abgestimmt gewesen sein mag, lässt die Klägerin Folgendes unberücksichtigt: Auch dieser Umstand ist unbeachtlich für die Frage nach dem Anspruch auf Zahlung einer Zeitvergütung. Dafür hätte es einer entsprechenden Vereinbarung schon in der Honorarvereinbarung selbst bedurft.

[76] Die Klägerin kann sich aus rechtlichen Gründen nicht mit Erfolg darauf berufen, dass eine weitere Konkretisierung von der Beklagten nicht gewünscht gewesen sei (was diese indessen auch in tatsächlicher Hinsicht bestreitet: vgl. GA 55f). Denn es hätte der Klägerin obliegen, mit Blick auf § 3a Abs. 1 RVG auf eine Inkorporation zukünftiger Mandate zu bestehen, wenn sie für diese ein Stundenhonorar wirksam vereinbaren wollte. Die Warn-, Schutz- und Beweisfunktion der Textform gem. § 3a Abs. 1 RVG (vgl. OLG Karlsruhe, a.a.O., Rn 31; Winkler/Teubel, a.a.O., § 3a Rn 13f mwN) steht nicht zur Disposition der Parteien.

[77] Schließlich verfängt auch nicht der Hinweis der Klägerin darauf, dass die Beklagte (insoweit unstreitig) in der Vergangenheit ohne Beanstandung Rechnungen der Klägerin beglich. Die Beklagte hat insoweit überzeugend angemerkt, dass ihr die Unwirksamkeit der Vereinbarung erst nach anwaltlicher Beratung bewusst geworden sei. Wie die Regelung des § 4b S. 2 RVG verdeutlicht, sind nicht geschuldete Zahlungen nach den allgemeinen Regeln kondizierbar.

[78] Soweit die Klägerin im Schriftsatz vom 15.01.2021 behauptet hat, die Parteien hätten sich darauf geeinigt, dass die

Beklagte die Rechnungen vollständig begleichen werde, ist dieses streitige Vorbringen in zweiter Instanz wegen § 296a ZPO ohnehin nicht mehr zu berücksichtigen, da der Schriftsatz erst am 16.01.2021 (GA 122) und damit außerhalb des vom Landgericht gewährten / verlängerten Schriftsatznachlasses bis 15.01.2021 (GA 120) eingegangen ist. Abgesehen davon ändert dies in rechtlicher Hinsicht zumindest nichts an der mangelnden Bestimmtheit der Vergütungsvereinbarung.

-3

[79] Die rechtlichen Überlegungen der Klägerin, wonach ihre Interpretation der Honorarvereinbarung nicht das gesetzliche Formerfordernis des § 3a Abs. 1 RVG unterlaufe (vgl. Schriftsatz vom 14.09.2022, S. 1 bis S. 4 oben, S. 5 unten f, GA 338ff), verfangen im Ergebnis nicht. Zwar ist ihr uneingeschränkt darin zuzustimmen, dass Vereinbarungen zur *Auftragserteilung* grundsätzlich nicht der in § 3a Abs. 1 S. 1 RVG vorgeschriebenen Textform genügen müssen (vgl. statt aller Gerold/Schmidt, a.a.O., § 3a Rn 6a). Jedoch vermag dies nichts daran zu ändern, **dass wegen § 3a Abs. 1 S. 1 RVG bestimmt angegeben werden muss, welche Gegenstände von der Vergütungsvereinbarung erfasst werden sollen.** Das betreffende Bestimmtheitserfordernis muss dann zwangsläufig durch der Textform genügende Angaben gewahrt werden. Soweit Angaben zur Auftragserteilung zugleich (mittelbare) Bedeutung für die Festlegung des von der Vergütungsvereinbarung erfassten Mandatsgegenstandes haben, müssen sie demnach (ausnahmsweise) in Textform erfolgen.

2.

[80] Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das vorbeschriebene Bestimmtheitserfordernis ist zwar nicht eine Nichtigkeit der Vergütungsvereinbarung, jedoch darf die Klägerin gem. § 4b S. 1 RVG auf Basis der Vergütungsvereinbarung gem. Anlage K 1 keine höhere als die gesetzliche Vergütung mehr fordern (BGHZ 201, 334 = BGH NJW 2014, 2653 ff., s. insbesondere auch den Leitsatz, der sich explizit auf § 3a Abs. 1 S. 1 RVG bezieht; vgl. BGH NJW 2016, 1391 Rn 8). Die gesetzliche Vergütung bedarf insoweit nicht zwingend einer förmlichen Abrechnung gem. § 10 RVG (Winkler/Teubel, a.a.O., § 4 Rn 6). Ebenso wenig bedarf es der Erfüllung der Hinweispflicht gem. § 49 b Abs. 5 BRAO für die anfallende gesetzliche Vergütung (BGH NJW 2014, 2653).

[81] Nachdem die Klägerin in Reaktion auf den mit Verfügung vom 04.08.2022 erfolgten Hinweis fristgerecht hilfsweise die ihrer Auffassung nach geschuldete gesetzliche Vergütung inklusive Umsatzsteuern nach den einschlägigen Regelungen des RVG mit Schriftsatz vom 18.08.2022 (GA 277ff) berechnet hat, lässt sich zunächst tatrichterlich feststellen, dass zugunsten der Klägerin gegen die Beklagte insgesamt ein gesetzlicher

Honoraranspruch iHv EUR 32.815,45 entstanden ist (dazu unter a)). Allerdings ist dieser gesetzliche Vergütungsanspruch weitgehend erloschen (dazu unter b)).

[82-111] (...)

Honorar des Steuerberaters

- Mündliche Vereinbarung
 - Anlagenbuchführung
- (AG Schwelm, Urt. v. 17.6.2021 – 25 C 190/19)

Leitsätze (der Redaktion)

1. Sollen abweichend von der Steuerberatervergütungsverordnung (StVV) Beraterleistungen abweichend festgesetzt werden, bedarf es der Schriftform. Mündliche Vereinbarungen sind nichtig.
2. Das Schriftformerfordernis des § 14 StBGebV gilt nicht nur für Fälle, in denen sich durch Pauschalierung eine höhere Vergütung als sie nach den Bestimmungen der StBGebV geschuldet wäre.
3. Zwar ist die Anlagenbuchführung gesondert neben der Finanzbuchführung abrechnungsfähig. Grundsätzlich stehen aber dem mit der Vollbuchführung sowie der Erstellung der Jahresabschlüsse beauftragten Steuerberater keine zusätzlichen Gebühren für die Anlagenbuchführung zu.

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger begehrt Zahlung restlicher Vergütung für Steuerberaterleistungen in dem Zeitraum von April 2017 bis Mai 2018.

[2] Die Parteien schlossen mündlich einen Steuerberatungsvertrag, wobei die Einzelheiten zwischen den Parteien streitig sind.

[3] Mit Rechnung vom 14.11.2018 rechnete der Kläger gegenüber der Beklagten geleistete Buchführung einschließlich des Kontierens der Belege für die Monate April 2017 bis Dezember 2017 mit einem Rechnungsbetrag in Höhe von 1.668,62 EUR ab, wobei er für die Buchführung einen Gebührensatz von 7/10 zugrundelegte. Auf diese Rechnungen zahlte die Beklagte einen Betrag in Höhe von 598,00 EUR.

[4] Mit Rechnung vom 23.1.2019 rechnete der Kläger gegenüber der Beklagten die Buchführung einschließlich des Kontierens der Belege für die Monate Januar 2018 bis Mai 2018 sowie die Anlagebuchführung einschließlich des Kontierens der

Belege für die Monate April 2017 bis Dezember 2017 und für die Monate Januar bis Mai 2018 ab, wobei er für die Buchführung einen Gebührensatz von 5/10 und für die Anlagenbuchführung einen Gebührensatz von 2/10 zugrundelegte. Die Rechnung schließt mit einem Betrag in Höhe von 1146,95 EUR. Hierauf zahlte die Beklagte einen Betrag in Höhe von 238,00 EUR.

[5] Die Erbringung der abgerechneten Leistungen mit Ausnahme des Kontierens der Belege ist zwischen den Parteien mittlerweile unstrittig.

[6] Der Kläger beantragt, ...

[7] Die Beklagte beantragt, ...

[8] Die Beklagte trägt vor, dass dem Kläger neben dem Honorar für die Buchführung kein Honorar für die Anlagenbuchführung zustehe. Er sei hierzu nicht gesondert beauftragt worden. Bei Mandatsaufnahme habe sie zudem mit dem Zeugen ... als Vertreter des Klägers mündlich ein Honorar in Höhe von 50,00 EUR pro Monat vereinbart, es gelte diese mündliche Abrede. Daneben sei der in der Rechnung vom 14.11.2018 zugrundegelegte Gebührensatz von 7/10 unangemessen hoch. Auch sei die Kontierung aufgrund des Fehlens der Kontierungsvermerke nicht erfolgt und abrechnungsfähig.

[9] Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen ... und durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.06.2020 sowie auf das Sachverständigengutachten vom 24.3.2021 verwiesen.

Aus den Gründen:

[10] Die zulässige Klage ist teilweise begründet.

[11] Dem Kläger steht gegenüber der Beklagten der geltend gemachte Honoraranspruch aus den Rechnungen vom 14.11.2018 sowie vom 23.01.2019 gemäß §§ 675, 611, 612 i.V.m. den §§ 16, 24, 35 StBGebV sowie dem mündlich geschlossenen Steuerberatervertrag in Höhe von 1.695,63 EUR zu.

[12] Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag ist als **Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter** einzuordnen. Da die Arbeitsergebnisse der Beklagten mittlerweile unstrittig zur Verfügung gestellt wurden, ist die Vergütung auch nach § 7 StBGebV fällig.

[13] Der Kläger hat seine Arbeitsergebnisse auch zu Recht nach den Gebührensätzen der Steuerberatergebührenverordnung abgerechnet.

[14] Sofern die Beklagtenseite vorträgt, es sei mit dem ehemaligen Mitarbeiter des Klägers, dem Zeugen ... eine **abweichende Vergütung** vereinbart worden, so stünde einer solchen der § 14 StBGebV entgegen. Diese behauptete Gebührenvereinbarung wäre nämlich nach §§ 14 StBGebV, 125 BGB nichtig. Das Schriftformerfordernis des § 14 StBGebV gilt grundsätzlich und nicht nur Fälle, in denen sich durch Pauschalierung eine höhere Vergütung ergibt als die, die sonst nach den Bestimmungen der Steuerberatergebührenverordnung geschuldet wäre. Denn in dieser Vorschrift sind detaillierte Voraussetzungen für die **Zulässigkeit einer Pauschalvergütung** festgelegt. Wenn gewollt gewesen wäre, dass die Formvorschrift nur für die Fälle gelten sollte, in denen durch die Pauschalvergütung eine höhere als die gesetzlich geschuldete Vergütung vereinbart wird, hätte man das durch einschränkende Formulierung zum Ausdruck bringen können.

[15] Auch wäre der Kläger unter dem Gesichtspunkt des **treuwidrigen widersprüchlichen Verhaltens** (§ 242 BGB) nicht daran gehindert, Gebühren über die unwirksame Vergütungsvereinbarung festgelegten Gebühren hinaus zu verlangen. Wenn nämlich bei jedem Formverstoß ein Steuerberater nach § 242 BGB an die unwirksame Vereinbarung 4 gebunden wäre, blieben die Formvorschriften weitgehend bedeutungslos. Deswegen müssten weitere Gesichtspunkte hinzukommen, um aus § 242 BGB eine Bindung an den formunwirksamen Vertrag herzuleiten (vgl. hierzu Urteil des OLG Stuttgart vom 4.8.1998, 12 U 65/98). Diese sind im vorliegenden Fall für das Gericht nicht ersichtlich und trotz gerichtlichen Hinweises vom 24.9.2020 von der Beklagtenseite auch nicht vorgetragen worden. Im vorliegenden Fall kommt ferner noch hinzu, dass die Beklagte nicht etwa auf eine langjährige, ähnlich gehandhabte Praxis im Verhältnis zum Kläger vertrauen konnte.

[16] Der Kläger besitzt somit gegen den Beklagten einen Anspruch auf den Honoraranspruch für die Buchführung einschließlich des Kontierens der Belege für die Monate April bis Dezember 2017 in Höhe von 1668,62 EUR, abzüglich bereits gezahlter 598,00 EUR.

[17] Der zugrunde gelegte Gegenstandswert in Höhe von 133,022,99 EUR ist zwischen den Parteien unstrittig.

[18] Der durch den Kläger in Ansatz gebrachte **Gebührensatz einer 7/10 Gebühr** ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Sie stellt die gesetzliche Mittelgebühr dar. Gemäß § 33 Abs. 1 StBVV beträgt die Monatsgebühr für die Buchführung oder das Führen steuerlicher Aufzeichnungen einschließlich des Kontierens der Belege 2/10 bis 12/20. Die Mittelgebühr ist 7/10. Berechnet der Steuerberater die Mittelgebühr und sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die in Rechnung gestellte Leistung nur unterdurchschnittlich schwierig war, bedarf es keiner weiteren Darlegung seiner Bestimmungsgrundlagen

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.9.2018, - Az. 23 U 155/17, Rn. 27, juris; vgl. auch OLG Hamm, Urteil vom 26.11.2013, - Az. 25 U 5/13, Rn. 52, juris). Die schlüssigen und in sich widerspruchsfreien Feststellungen des Sachverständigen Dipl. Kfm. ... kommen ebenfalls zu dem Ergebnis, dass diese Gebühr hier im vorliegenden Fall nicht unangemessen ist.

[19] Auch steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nach den sich schlüssigen und widerspruchsfreien Feststellungen des Sachverständigen zur Überzeugung des Gerichts fest, dass es für die Kontierung der Belege ausreichend ist, wenn die einzelnen Buchungen in der elektronischen Datenverarbeitung erfasst und den einzelnen Konten zugeordnet werden können. Dies ist hier auch von Klägersseite geleistet worden.

[20] Der Kläger besitzt ferner gegen den Beklagten einen Anspruch auf den Honoraranspruch für die Buchführung einschließlich des Kontierens der Belege für die Monate Januar bis Mai 2018 in Höhe von 725,22 EUR, abzüglich bereits gezahlter 238,00 EUR.

[21] Der zugrunde gelegte Gegenstandswert in Höhe von 172.091,47 EUR ist zwischen den Parteien unstreitig. Der dieser Rechnung zugrunde gelegte Gebührensatz von 5/10 ist zwischen den Parteien unstreitig und im Hinblick auf die Ausführungen zu der Rechnung vom 14.11.2018 und dem dort zugrunde gelegten Gebührensatz von 7/10 nicht zu beanstanden. Die obigen Ausführung zu der Kontierung, geltend entsprechend.

[22] Der Kläger besitzt dagegen gegen die Beklagten **keinen Anspruch, auf den Honoraranspruch für die Anlagenbuchführung** einschließlich des Kontierens der Belege für die Monate Januar bis Mai 2018 sowie für die Monate April bis Dezember 2017.

[23] Zwar ist die Anlagenbuchführung gesondert neben der Finanzbuchführung abrechnungsfähig. Grundsätzlich stehen aber dem mit der Vollbuchführung sowie der Erstellung der Jahresabschlüsse beauftragten Steuerberater keine zusätzlichen Gebühren für die Anlagenbuchführung zu. Dies betrifft die Fälle, in denen weder ein gesonderter Auftrag zur Vornahme der Anlagenbuchführung noch eine Honorarvereinbarung hierfür vorliegen.

[24] Eine **schriftliche Honorarvereinbarung liegt hier nicht vor**. Auch kann das Gericht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme keinen gesonderten Auftrag und keine diesbezügliche Honorarvereinbarung feststellen. Denn der Zeuge ... hat in seiner Aussage nicht bestätigt, dass eine gesonderter Auftrag für eine Anlagenbuchführung sowie eine Honorarvereinbarung hierüber zwischen den Parteien getroffen worden ist.

Steuerberaterhaftung

- Insolvenz
- Fortführungsprognose
- Maßgebliche Rechtsprechung

(*OLG Celle, Beschl. v. 11.11. / 12.12.2022 – 18 U 2/22*)

Leitsatz (der Redaktion)

1. Der Steuerberater ist nicht verpflichtet, von sich aus eine Fortführungsprognose zu erstellen und die hierfür maßgeblichen Tatsachen zu ermitteln.
2. Ein Steuerberater hat sich zu Inhalt und Gegenstand des erteilten Mandats an der zum Zeitpunkt ihrer Tätigkeit geltenden Gesetzeslage sowie der dazu ergangenen Rechtsprechung zu orientieren. Zu berücksichtigen ist, dass der BGH im Jahre 2013 noch entschieden hat (BGH, Urteil vom 7. März 2013 - IX ZR 64/12), dass es nicht Aufgabe des mit der allgemeinsteuerlichen Beratung der GmbH beauftragten Beraters ist, die Gesellschaft bei einer Unterdeckung in der Handelsbilanz darauf hinzuweisen, dass der Geschäftsführer gegebenenfalls eine Überprüfung der Insolvenzzreife vornehmen müsse.

I. Beschluss vom 11.11.2022

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Der Kläger macht als Insolvenzverwalter Schadensersatzansprüche aus Steuerberaterhaftung geltend.

[2] Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der G. B. GmbH. Über das Vermögen der Gesellschaft wurde auf Insolvenzantrag vom 7. Dezember 2016 mit Beschluss vom 1. März 2017 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Verwalter bestellt. Einziger Gesellschaftergeschäftsführer war bei Insolvenzantragstellung Herr G. Gegenstand des Unternehmens war der Handel mit Bauelementen und ähnlichen Werkstoffen. Die Beklagte zu 1 war mit der steuerlichen Betreuung einschließlich der monatlichen Kontierung aller Buchungsvorgänge, deren betriebswirtschaftlicher Auswertung (BWA) und der Erstellung von Jahresabschlüssen betraut, wobei das Mandat bei der Beklagten zu 1 von deren Geschäftsführer, dem Beklagten zu 2, bearbeitet wurde. Wie schon für die Vorjahre beauftragte die Insolvenzschuldnerin die Beklagte zu 1 mit der Erstellung des Jahresabschlusses mit Plausibilitätsbeurteilung auch für das Geschäftsjahr 2015 zum Stichtag 31. Dezember 2015. Der Jahresabschluss wurde im ersten Quartal 2016 auf der Grundlage von Fortführungswerten im Sinne von § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB mit Plausibilitätsbescheinigung erstellt.

[3] Bereits im Geschäftsjahr 2014 hatte die Insolvenzschuldnerin Verluste erwirtschaftet, wobei die bilanzielle Überschuldung zum 31.12.2014 bei knapp 85.000 €, sodann im Geschäftsjahr 2015 - bei einem erwirtschafteten Jahresüberschuss von über 35.000 € - bei knapp 49.000 € lag. Die Volksbank S. gewährte der Insolvenzschuldnerin mit Vertrag vom 8. März 2016 noch ein Darlehen in Höhe von 150.000 €, welches am 11. März 2016 ausgezahlt wurde, ferner ein Darlehen vom 2. Juni 2016 über 300.000 €, welches am 8. Juni 2016 ausgezahlt wurde. Obgleich ausweislich einer durch die Insolvenzschuldnerin der Beklagten zu 1 am 18. Februar 2016 übersandten Ertragsvorschau für das Jahr 2016 noch ein deutlicher Ertragsanstieg und ein vorläufiges Jahresergebnis in Höhe von über 100.000 € prognostiziert worden waren, und auch die betriebswirtschaftliche Auswertung für März 2016 ein vorläufiges positives Ergebnis von rd. 75.000 € ergeben hatte, vervielfachte sich der Verlust der Insolvenzschuldnerin im Laufe des Jahres 2016 im Vergleich zum Vorjahr.

[4] Der Kläger nimmt die Beklagten auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Erstellung des Jahresabschlusses für das Jahr 2015 in Anspruch. Er vertritt die Auffassung, dass bereits die Erstellung des Jahresabschlusses auf der Grundlage von Fortführungswerten unzulässig gewesen sei; es hätten vielmehr Zerschlagungswerte angesetzt werden müssen. Es habe bei der Insolvenzschuldnerin Anzeichen gegeben, die der Annahme einer Unternehmensfortführung im Sinne von § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB erkennbar entgegen gestanden hätten, denen die Beklagten hätten nachgehen müssen. Bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung spätestens zum 17. Mai 2016 hätte ein Vertiefungsschaden in Höhe von 886.858,23 € verhindert werden können. Mit nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsatz vom 14. Dezember 2021 hat der Kläger ausgeführt, dass der Beklagte zu 2 der Schuldnerin selbst persönlich ein weiteres Darlehen über 100.000 € gewährt habe, was allein das Ziel gehabt habe, gegenüber der Volksbank die erheblichen wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Schuldnerin zu verschleiern, denn das Darlehen sei der Ehefrau des Geschäftsführers zugewandt worden, damit diese das Darlehen sodann als vermeintlich Eigenes der Insolvenzschuldnerin habe zur Verfügung stellen können. Der Beklagte zu 2 habe mithin bereits im April 2016 gewusst, dass die beiden ausschließlich aufgrund neuer Sicherheiten gewährten Darlehen der Volksbank nicht ausreichend sein würden, um die absehbar drohende Zahlungsunfähigkeit abzuwenden.

[5] Die Beklagte hat demgegenüber Pflichtverletzungen in Abrede genommen. Eine Vervielfachung des Verlustes im Vergleich zum Vorjahr hätten die Beklagten im April 2016 nicht erkennen können, weil die Arbeiten am Jahresabschluss unstreitig bereits im April 2016 abgeschlossen gewesen seien

und die Aprilzahlen zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht vorgelegen hätten. Sowohl die positiven Zahlen der BWA bis März 2016 als auch das dem Unternehmen mit Vertrag vom 8. März 2016 zur Verfügung gestellte Darlehen in Höhe von 150.000 € hätten aus ihrer Sicht ein deutliches Indiz für die positive Fortführungsprognose dargestellt. Der Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin sei ausweislich Blatt 11 des Jahresabschlusses darüber informiert gewesen, dass die Gesellschaft zum Bilanzstichtag bilanziell überschuldet, die Überprüfung der rechtlichen Überschuldung aber nicht Gegenstand des Auftrages des Steuerberaters sei, weshalb sodann auftragsgemäß unter Fortführungsgesichtspunkten bilanziert worden sei. Eine weitergehende Verantwortlichkeit auf Beklagtenseite sei nicht gegeben, denn die Beklagten seien weder mit der Prüfung der Insolvenzreife des Unternehmens beauftragt gewesen, noch mit der Erstellung einer Fortführungsprognose. In dem Jahresabschluss sei zudem ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die Geschäftsleitung in eigener Verantwortung das Vorliegen einer Insolvenzantragsverpflichtung prüfen müsse. Es hätte der originären Pflicht der Geschäftsführung der Insolvenzschuldnerin entsprochen, die wirtschaftliche Lage laufend zu beobachten und zu überwachen. Wenn der Jahresabschluss - entgegen ausdrücklichem Auftrag - nicht zu Fortführungswerten hätte erstellt werden sollen, so hätte der Geschäftsführer der Beklagten zu 1 entsprechende Mitteilung hierüber machen müssen. Infolge der erfolgten Warnungen habe der Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin auch eine Rangrücktrittserklärung im Umfang eines Betrages von 200.000 € unterzeichnet, wodurch das negative Eigenkapital ausgeglichen worden sei. Zutreffend sei, dass der Beklagte zu 2 der Ehefrau des Gesellschaftergeschäftsführers, den er langjährig gekannt und geschätzt habe, auf dessen Bitte hin ein privates Darlehen über 100.000 € gewährt habe, mit der Maßgabe, dieses Darlehen ausschließlich für private Zwecke, insbesondere die Rückführung privater Darlehen, zu verwenden.

[6] In einem vor dem Landgericht Hildesheim zum Aktenzeichen ... geführten Vorprozess hatte der Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin bereits die Beklagte zu 1 auf Schadensersatz aus Steuerberaterhaftung in Verbindung mit den Grundsätzen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Anspruch genommen und eine Verletzung steuervertraglicher Pflichten geltend gemacht. Nachdem die Klage in erster Instanz abgewiesen worden war, hat der Senat nach vorangegangenem Hinweisbeschluss vom 16. Februar 2021 die Berufung mit Beschluss vom 12. April 2021 gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen (...).

[7] (...)

[8] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass der Rechtsgedanke der §§ 429 Abs. 3 Satz 1, 425 Abs. 2 BGB vorliegend gegen die Annahme einer

Rechtskrafterstreckung spreche, weshalb die Klage im Ergebnis zulässig sei. Die Klage sei jedoch unbegründet. Der Kläger habe keinen Anspruch wegen einer Pflichtverletzung der Beklagten im Rahmen des Steuerberatungsvertrages gemäß §§ 675, 280 Abs. 1, 634 Nr. 4, 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB. Ungeachtet der Frage, ob der Insolvenzverwalter überhaupt befugt sei, einen Schadensersatzanspruch gegen einen Steuerberater wegen der Verursachung eines Insolvenzvertiefungsschadens geltend zu machen, fehle es vorliegend an einer Pflichtverletzung der Beklagten. Grundsätzlich sei nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB bei der Bilanzierung von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstünden. Eine mögliche bilanzielle Überschuldung für die Jahre 2014 und 2015 reiche als Indiz für eine gebotene Abkehr vom Fortführungsgrundsatz nicht aus. Bereits aufgrund der Darlehensgewährung durch die Volksbank S. hätten die Beklagten von einer Fortführung ausgehen dürfen. Nicht ausreichend substantiiert sei die Behauptung des Klägers, der Beklagte zu 2 habe bereits im April 2016 gewusst, dass die gewährten Darlehen nicht ausreichen würden, um die absehbar drohende Zahlungsunfähigkeit abzuwenden. Nicht nachvollziehbar sei insbesondere die angebotene Begründung, wonach die Kenntnis des Beklagten zu 2 daran deutlich werde, dass dieser in Kenntnis der unzureichenden Liquiditätsausstattung der Insolvenzschuldnerin ein Darlehen über 100.000 € gewährt und dieses dadurch verschleiert habe, dass er es an die Ehefrau des Geschäftsführers gewährt habe. Es sei nicht ansatzweise nachvollziehbar, warum der Beklagte zu 2 gerade in vermeintlicher Kenntnis einer möglichen Insolvenzreife der Insolvenzschuldnerin dieser ein Darlehen übereinen derartig nennenswerten Betrag gewähren und damit ein eigenes wirtschaftliches Risiko habe eingehen wollen. Auch das positive Prognoseergebnis bis März 2016 hätte es im Ergebnis gerechtfertigt, von einer Fortführung des Unternehmens auszugehen. Zum hier maßgeblichen Zeitpunkt 2015/Anfang 2016 hätte es der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes entsprochen, dass bei einer Unterdeckung in der Handelsbilanz keine Hinweispflicht des Beraters gegenüber einer GmbH dahingehend bestehe, dass der Geschäftsführer ggf. eine Überprüfung der Insolvenzreife vornehmen müsse.

[9] (...)

[10] Hiergegen wendet sich die Berufung des Klägers, mit der er sein erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt. (...)

[11-14] (...)

Aus den Gründen:

II.

[15] Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und eine Entscheidung des Berufungsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung

ist nicht erforderlich. Es handelt sich um einen Einzelfall, dessen Entscheidung von den tatsächlichen Besonderheiten der vorliegenden Fallgestaltung abhängig ist und dem deshalb grundsätzliche Bedeutung nicht zukommt. Gegenteiliges zeigt die Berufung des Klägers auch nicht auf. Eine mündliche Verhandlung gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO hält der Senat nicht für geboten.

III.

[16] Die Berufung des Klägers bietet auch offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Mit auch gegenüber dem Berufungsvorbringen zutreffender Begründung hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die Berufungsbegründung des Klägers rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Der Senat nimmt daher zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug auf die Gründe des angefochtenen Urteils, denen er nach eigener kritischer Prüfung beitrifft, um zusammenfassend und ergänzend auf Folgendes hinzuweisen:

[17] 1. Mit zutreffenden Erwägungen ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Klage trotz rechtskräftig klagabweisend entschiedenem Vorverfahren des Landgerichts Hildesheim zum Aktenzeichen ... zulässig ist, was der Senat von Amts wegen zu prüfen hat (BGH NJW-RR 1990, 45; Musielak/Voit ZPO, 19. Aufl., § 529 Rn. 21, zitiert nach beck-online). Denn in dem Vorprozess klagte der Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin gegen die Beklagte zu 1, während der Insolvenzverwalter im hiesigen Verfahren als Partei kraft Amtes auftritt. Ein Urteil, welches im Verhältnis zu einem Gesamtgläubiger ergeht, entfaltet auch nach Rechtskraft keine Gesamtwirkung. Dies gilt sowohl für Urteile zugunsten als auch zulasten des Schuldners (BeckOGK/Kreße BGB § 429 Rn. 25, Heinemeyer in: Münchener Kommentar zum BGB 9. Aufl. 2022 § 429 Rn. 6, zitiert nach beck-online).

[17] 2. Zu Recht hat das Landgericht die Klage jedoch als unbegründet abgewiesen. Der Kläger hat gegen die Beklagten keinen Anspruch aus §§ 675, 280 Abs. 1, 634 Nr. 4 BGB wegen schuldhafter Pflichtverletzung einer Tätigkeits-, Beratungs- oder Aufklärungspflicht bzw. einer werkvertraglichen Verpflichtung im Rahmen des Steuerberatungsmandates in Bezug auf die Erstellung des Jahresabschlusses 2015.

[18] Weder ist ersichtlich, dass eine mangelhafte Erstellung der Bilanzen ursächlich für den der Schuldnerin ggf. entstandenen Schaden war, noch dass die Beklagten ihre Pflichten in Folge eines unterlassenen Hinweises auf eine bestehende Insolvenzreife verletzt hätten.

[19] Der mit der Erstellung des Jahresabschlusses beauftragte Steuerberater schuldet grundsätzlich einen den handelsrechtlichen Vorschriften entsprechenden, die Grenzen der zulässigen Gestaltungsmöglichkeit nicht überschreitenden und in

diesem Sinne richtigen Jahresabschluss (BGH, Urteil vom 26. Januar 2017 - IX ZR 285/14, zitiert nach juris Rz. 19). Nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ist in einer Handelsbilanz bei der Bewertung von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen. Von diesen Grundsätzen darf gemäß § 252 Abs. 2 HGB nur in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden. Die **Fortführung der Unternehmenstätigkeit** ist nach dem Gesetz der zunächst zu unterstellende **Regelfall**. Selbst bei Zweifeln an der Überlebensfähigkeit des Unternehmens ist unter Fortführungsgesichtspunkten zu bilanzieren (BGH, a.a.O. Rz. 25). Die Fortführungsvermutung entfällt erst dann, wenn es objektiv fehlerhaft wäre, von der Aufrechterhaltung der Unternehmenstätigkeit auszugehen. Die Umstände müssen ergeben, dass die Einstellung der Unternehmenstätigkeit unvermeidbar oder beabsichtigt ist. Eine Bewertung zu Liquidationswerten hat erst zu erfolgen, wenn feststeht, dass das Unternehmen nicht mehr fortgeführt werden kann. Dies erfordert eine Prognoseentscheidung aus der Sicht ex ante, ob das Unternehmen seine Tätigkeit für einen überschaubaren Zeitraum voraussichtlich fortsetzen wird. Objektiv falsch ist eine Bilanzierung nach Fortführungswerten daher nur dann, wenn zum maßgebenden Zeitpunkt der Prognoseentscheidung feststeht, dass die Unternehmenstätigkeit bis zum Ablauf des Prognosezeitraums aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen eingestellt werden wird (BGH, a.a.O. Rz. 24).

[20] Dabei ist der Steuerberater ohne besondere Vereinbarung nicht verpflichtet, von sich aus die für die Fortführungsprognose (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB) erheblichen Tatsachen zu ermitteln. Der Steuerberater hat den Jahresabschluss lediglich auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen und der ihm bekannten Umstände zu erstellen. Nur in diesem Rahmen hat er zu prüfen, ob tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten bestehen, die einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit entgegenstehen (BGH, a.a.O. Rz. 36, 40). **Dabei ist die bilanzielle Überschuldung noch kein Insolvenzgrund** (BGH, a.a.O. Rn. 34) **und reicht per se als Indiz für eine gebotene Abkehr vom Fortführungsgrundsatz nicht aus** (OLG Koblenz, Beschluss vom 12. Mai 2020 - 8 U 2071/19, zitiert nach beck-online).

[21] Entgegen der Ansicht des Klägers geht der Senat nicht davon aus, dass tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten sich derart konkretisiert haben, dass in einer Gesamtschau die Unternehmenstätigkeit - für die Beklagten ersichtlich - eingestellt werden würde. Nach den den Beklagten zur Verfügung stehenden Unterlagen wies die Schuldnerin zwar **wiederholt Verluste** auf, allerdings hatte sich die **bilanzielle Überschuldung** zum 31. Dezember 2014 zum Ende des nachfolgenden Bilanzjahres zum 31. Dezember 2015 **nahezu halbiert**. Aus der als Anlage beigefügten BWA ergab sich für März 2016

ein vorläufiges positives Ergebnis von rd. 75.000 €. Der kumulierte Verlust in der Zeit von Januar bis März 2016 fiel mit rd. 48.000 € auch deutlich niedriger aus, als der kumulierte Vorjahresquartalsverlust von rd. 77.000 €. Damit lässt sich gerade nicht feststellen, dass Verluste Vorlagen, die zu einem ständig steigenden Fehlbetrag führten. Auch die Darlehensvergabe durch die Volksbank S. in Höhe von 150.000 € aufgrund Darlehensvertrages vom 8. März 2016 verdeutlicht, dass mit einer Fortführung des Unternehmens gerechnet wurde. Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob für die Beklagten vor Unterzeichnung der Bescheinigung zum Jahresabschluss klar war, dass nicht nur der Teilbetrag von 150.000 € bereits ausgezahlt war, sondern auch der weitere zugesagte Teilbetrag von 300.000 € zeitnah folgen werde. **Denn eine Darlehensgewährung durch ein Kreditinstitut führt in jedem Fall dazu, dass der Gesellschaft weitere Liquidität zugeführt wird und spricht damit regelmäßig für die Annahme einer positiven Fortführungsprognose.** Selbst bei kritischer Unternehmenslage gilt der Grundsatz des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB solange, wie nicht Umstände Sichtbarwerden, die die Fortführung unwahrscheinlich erscheinen lassen oder zweifelsfrei Unmöglichkeit der Fortführung bekannt ist (BGH, a.a.O. Rz. 25).

[22] (...)

[23] Der Steuerberater hat den Jahresabschluss lediglich auf der Grundlage der ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen und der ihm bekannten Umstände zu erstellen, sodass die Beklagten auch für ihre Beurteilung nur die ihnen von Seiten des Unternehmens vorgelegten Zahlen und Unterlagen zugrunde legen konnten. Inwieweit sie aus den mitgeteilten vorläufigen Zahlen für 2016 darauf hätten schließen sollen, dass die Unternehmensfortführung in der Zukunft unmöglich sein würde, ist nicht mit der erforderlichen Substanz dargetan.

[24] Eine Pflichtverletzung der Beklagten folgt auch nicht aus einem unterlassenen Hinweis auf eine bestehende Insolvenzzreife. Zu Recht hat das Landgericht darauf abgestellt, dass Anfang 2016 die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes aus Januar 2017 zu den heute relevanten Pflichten des Steuerberaters bei Jahresabschlusserstellung nicht bekannt und nicht absehbar war. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur maßgeblichen Zeit Anfang Januar 2016 (BGH, Urteil vom 7. März 2013 - IX ZR 64/12) war es nicht Aufgabe des mit der allgemeinsteuerlichen Beratung der GmbH beauftragten Beraters, die Gesellschaft bei einer Unterdeckung in der Handelsbilanz darauf hinzuweisen, dass es die Pflicht des Geschäftsführers sei, eine Überprüfung vorzunehmen oder in Auftrag zu geben, ob Insolvenzzreife eingetreten sei und ggf. gemäß § 15a InsO Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gestellt werden müsse. Gleichwohl ist der Hinweispflicht vorliegend genügt, da in dem Jahresabschluss unmissverständlich die bilanzielle Überschuldung der

Firma festgestellt und darauf hingewiesen worden ist, dass die Geschäftsleitung in eigener Verantwortung das Vorliegen einer Insolvenzantragsverpflichtung prüfen müsse, weil die Prüfung der rechtlichen Überschuldung gerade nicht Gegenstand des Auftrages gewesen sei.

[25] 3. Schließlich fehlt es auch an der für den geltend gemachten Schaden erforderlichen **Kausalität**, da sich der Geschäftsführer der späteren Insolvenzschuldnerin in Kenntnis der sein Unternehmen belastenden Krisen -Indikatoren, insbesondere dem ausdrücklichen Hinweis in dem Jahresabschluss, gerade nicht zu einer früheren Stellung des Insolvenzantrages entschlossen hat. Die Kausalität der fehlerhaften Bilanz für den geltend gemachten Insolvenzverschleppungsschaden, insbesondere also den unterlassenen Insolvenzantrag muss der Insolvenzverwalter beweisen (BGH, Urteil vom 26. Januar 2017 - IX ZR 285/14, zitiert nach juris Rz. 42).

[26] Schließlich trug der **Geschäftsführer der** Insolvenzschuldnerin die **primäre Verantwortung** dafür, dass nicht unverzüglich weitere Überprüfungen eingeleitet wurden. Die Geschäftsführung der späteren Insolvenzschuldnerin hätte aufgrund ihrer **originären Zuständigkeit** eine weitergehende und engmaschigere Prüfung sicherstellen müssen, was nicht geschehen ist. Soweit hierdurch die Überschuldung vertieft worden sein sollte, wäre ein **ganz überwiegendes Mitverschulden der Gesellschaft bzw. ihres Geschäftsführers** zu Grunde zu legen, infolgedessen eine Haftung der Beklagten erheblich gemindert bzw. ausgeschlossen wäre (BGH, Urteil vom 6. Juni 2013 - IX ZR 204/12, WM 2013, 1323 Rn. 29 ff.; BayObLG Urteil vom 18. Dezember 2018 - 3 U 169/17, zitiert nach juris; Senat, Beschluss vom 3. Februar 2021 – 18 U 12/20), worauf es vorliegend aber nicht entscheidend ankommt.

II. Beschluss vom 12.12.2022

Aus den Gründen:

[1-3] (...)

[4] 2. (...) Nach erneuter Würdigung der Sach- und Rechtslage hält der Senat die Berufung weiter für offensichtlich aussichtslos.

[5] Im Ergebnis beschränkt sich der Kläger darauf, seinen Vortrag, mit dem sich der Senat bereits eingehend befasst hat, weitgehend zu wiederholen, ohne neue - eine andere Entscheidung rechtfertigende - Gesichtspunkte aufzuzeigen. Insoweit kann jedoch nur erneut darauf hingewiesen werden, dass der Kläger gegen die Beklagten keinen Anspruch aus §§ 675, 280 Abs. 1, 634 Nr. 4 BGB wegen schuldhafter Pflichtverletzung einer Tätigkeits-, Beratungs- oder Aufklärungspflicht bzw. ei-

ner werkvertraglichen Verpflichtung im Rahmen des entgeltlichen Steuerberatungsmandats in Bezug auf die Erstellung des Jahresabschlusses 2015 hat.

[6] Ein solcher ergibt sich nicht aus einer Verletzung einer sich aus § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ergebenden Pflicht. Nach der **aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 26. Januar 2017 - IX ZR 285/14)** haftet der Steuerberater im Rahmen seines Mandats für Mängel bei der Erstellung des Jahresabschlusses. Der mit der Erstellung des Jahresabschlusses beauftragte Steuerberater schuldet grundsätzlich einen den handelsrechtlichen Vorschriften entsprechenden, die Grenzen der zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten nicht überschreitenden und in diesem Sinne richtigen Jahresabschluss. Nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ist bei der Bilanzierung grundsätzlich von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen. Von diesem Grundsatz darf nach § 252 Abs. 2 HGB nur in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden. Der Grundsatz des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB gilt selbst bei Zweifeln an der Überlebensfähigkeit des Unternehmens so lange, wie nicht Umstände sichtbar werden, die ergeben, dass die Einstellung der Unternehmenstätigkeit unvermeidbar oder beabsichtigt ist (BGH, a.a.O.). **Die Haftung des Steuerberaters kommt damit nur dann in Betracht, wenn eine Bilanzierung nach Fortführungswerten objektiv aus der Sicht ex ante ausscheidet.** Dies erfordert eine Prognoseentscheidung, weil darauf abzustellen ist, ob das Unternehmen seine Tätigkeit für einen überschaubaren Zeitraum voraussichtlich fortsetzen wird. **Objektiv falsch ist eine Bilanzierung nach Fortführungswerten nur dann, wenn im Zeitpunkt der Prognoseentscheidung feststeht, dass die Unternehmenstätigkeit für einen überschaubaren Zeitraum, regelmäßig jedenfalls bis zum Ablauf des auf den Abschlussstichtag folgenden Geschäftsjahrs, eingestellt werden wird.**

[7] Es ist bereits - ausführlich begründet - darauf hingewiesen worden, dass sich aus Sicht des Senates die tatsächlichen oder rechtlichen Gegebenheiten im maßgeblichen Zeitpunkt der Prognoseentscheidung nicht derart konkretisiert hatten, dass in einer Gesamtschau davon auszugehen war, dass die Unternehmenstätigkeit eingestellt werden würde. Zwar wies die Schuldnerin wiederholt Verluste auf, allerdings kann nicht festgestellt werden, dass diese zu einem ständig steigenden, nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag führten. Die **bilanzielle Überschuldung** zum 31. Dezember 2014 hatte sich zum Ende des nachfolgenden Bilanzjahres zum 31. Dezember 2015 vielmehr **nahezu halbiert**. Auch aus den von der Insolvenzschuldnerin zur Verfügung gestellten Planzahlen und der Ertragsvorschau für das Jahr 2016 waren ein **deutlicher Ertragsanstieg zu erwarten**. Dieses konnte vor dem Hintergrund des im Jahr 2015 erzielten Jahresüberschusses von über 35.000,00 € nach dem Verlust von rd. 147.000,00 € im Jahr

2014 durchaus als Anhaltspunkt für einen **Aufwärtstrend** gewertet werden. Der mit der Erstellung eines Jahresabschlusses beauftragte Steuerberater ist verpflichtet, zu prüfen, ob sich auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen und der ihm sonst bekannten Umstände tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten ergeben, die einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit entgegenstehen könnten. **Er ist dagegen nicht verpflichtet, von sich aus eine Fortführungsprognose zu erstellen und die hierfür maßgeblichen Tatsachen zu ermitteln** (BGH, a.a.O.; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 18.12.2018 - 3 U 169/17-, juris).

[8] Eine Pflichtverletzung der Beklagten folgt auch nicht aus einem unterlassenen Hinweis auf eine etwa bestehende Insolvenzreife. **Die Beklagten hatten sich zu Inhalt und Gegenstand des erteilten Mandats an der zum Zeitpunkt ihrer Tätigkeit geltenden Gesetzeslage sowie der dazu ergangenen Rechtsprechung zu orientieren. Zum maßgeblichen Zeitpunkt Anfang Januar 2016 hatte der Bundesgerichtshof vielmehr zuvor, nämlich im Jahr 2013 (BGH, Urteil vom 7. März 2013 - IX ZR 64/12) entschieden, dass es nicht Aufgabe des mit der allgemeinsteuerlichen Beratung der GmbH beauftragten Beraters sei, die Gesellschaft bei einer Unterdeckung in der Handelsbilanz darauf hinzuweisen, dass der Geschäftsführer gegebenenfalls eine Überprüfung der Insolvenzreife vornehmen müsse.** Gleichwohl findet sich in dem Jahresabschluss vorliegend ein unmissverständlicher Hinweis darauf, dass die Geschäftsleitung in eigener Verantwortung das Vorliegen einer Insolvenzantragsverpflichtung prüfen müsse, weil die Gesellschaft zum Bilanzstichtag bilanziell überschuldet sei.

[9] Damit fehlt es vorliegend auch an der für den geltend gemachten Schaden erforderlichen Kausalität. Der Geschäftsführer der späteren Insolvenzschuldnerin hat sich in Kenntnis der sein Unternehmen belastenden Krisenindikatoren gerade nicht zu einer früheren Stellung des Insolvenzantrages entschlossen.

[10-13] (...)

Steuerberaterhaftung

- Umwandlungsberatung
- Ausgliederung
- Fehlgeschlagene Buchwertübertragung
- Steuerliches Einlagekonto 0,00 EUR
- Konsolidierte Schadenbetrachtung
- Feststellungsklage

(LG Detmold, *Urt. v. 5.5.2023 – 01 O 310/19*)

Leitsätze (der Redaktion)

1. Scheitert die steuerneutrale Buchwertübertragung des Einzelunternehmens des Mandanten in dessen GmbH ist eine konsolidierte Schadenbetrachtung durchzuführen, wenn der Steuerberater sowohl die Einzelfirma, als auch die GmbH beraten hat.
2. Wirtschaftlich stellen beide Vermögen ein einheitliches Vermögen dar.
3. Zukünftige Vor- und Nachteile begründen einen Feststellungsantrag.

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger nimmt die Beklagten im Rahmen einer Steuerberaterhaftung in Anspruch. Die Beklagte zu 1) war mit der steuerlichen Beratung hinsichtlich einer Ausgliederung des Vermögens des Einzelunternehmens des Klägers "A" auf die B GmbH beauftragt, deren alleiniger Gesellschafter der Kläger ist. Die steuerliche Beratung erfolgte sowohl für den Kläger als auch für die B GmbH.

[2] Die Übertragung sollte zu Buchwerten. Als Gegenleistung sollte der Kläger einen Geschäftsanteil im Nennwert von 5.000,00 EUR an der GmbH erhalten. Der die Buchwerte um 5.000,00 EUR übersteigende Betrag des Nettovermögens sollte dem Kläger als Gesellschafterdarlehen gewährt werden. Die Übertragung sollte handelsrechtlich zum 01.01.2016 stattfinden (II.6 der notariellen Übertragungsurkunde). Steuerrechtlicher Übertragungstichtag war der 31.12.2015.

[3] Zwischen dem 15.05.2017 und 21.09.2017 fand eine Außenprüfung bei dem Einzelunternehmen des Klägers durch das Finanzamt Lemgo statt. Ergebnis dieser Prüfung war, dass - so jedenfalls das Finanzamt Lemgo - der für die Buchwertführung erforderliche Antrag bei der aufnehmenden B Gesellschaft nicht rechtzeitig gestellt worden sei. Dem Kläger sei im Veranlagungszeitraum 2015 ein Einbringungsgewinn in Höhe von 60.000,00 EUR entstanden, der nach dem gemeinen Wert des eingebrachten Vermögens berechnet und besteuert werden

müsse. In der Folge änderte das Finanzamt Lemgo den bisherigen Steuerbescheid des Klägers für den Veranlagungszeitraum 2015 und erhöhte die sich daraus ergebende Steuerlast.

[4] Der Prüfungsfeststellung des Finanzamts Lemgo widersprachen die Parteien nicht.

[5] Darüber hinaus stellte die Finanzverwaltung das steuerliche Einlagenkonto der B GmbH auf den 31.12.2015 auf 0 EUR fest. Einen Änderungsantrag haben die Beklagten diesbezüglich nach der Betriebsprüfung zunächst nicht gestellt. Ein zu einem späteren Zeitpunkt gestellter Änderungsantrag wurde abgelehnt. Der hiergegen eingelegte Einspruch wurde zurückgewiesen. Für den Änderungsantrag und den Einspruch wendete die B GmbH 1.510,60 EUR auf. Die Steuerbescheide der GmbH sind inzwischen unanfechtbar.

[6] Außergerichtlich hat der Kläger die Beklagten mit Schreiben vom 14.10.2019 zur Zahlung eines Schadensersatzbetrags von 29.739,00 EUR bis zum 25.10.2019 aufgefordert.

[7] Der Kläger behauptet, dass er die durchgeführte Umwandlung nicht vorgenommen hätte, wenn diese nicht steuerneutral möglich gewesen wäre. Die geplante Buchwertfortführung sei aufgrund von Beratungsfehlern der Beklagten gescheitert. Ebenfalls fehlerhaft hätten die Beklagten nicht auf eine Feststellung des steuerlichen Einlagenkontos auf 60.000,00 EUR hingewirkt. Hierdurch sei ihm ein Schaden in Höhe von 29.739,00 EUR entstanden (Anlage K5). Ein weiterer Schaden drohe dadurch, dass ein Betrag von 60.000,00 EUR nunmehr mit Kapitalertragssteuer belegt werden könne.

[8] Ursprünglich hat der Kläger beantragt, die Beklagten zu verurteilen, an den Kläger gesamtschuldnerisch den Betrag von 29.739,00 EUR zgl. Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 25.10.2019 zu zahlen sowie festzustellen, dass die Beklagten dem Kläger gesamtschuldnerisch alle weiteren Schäden zu ersetzen haben, die zukünftig dadurch entstehen, dass das steuerliche Einlagenkonto der B GmbH auf den 31.12.2015 mit Bescheid des Finanzamtes Lemgo vom 02.11.2016 unrichtig mit 0 EUR festgestellt wurde.

[9] Unter dem 02.10.2020 - bei Gericht am 05.10.2020 eingegangen und den Beklagten am 06.10.2020 zugestellt - hat der Kläger die Klage um einen Betrag in Höhe von 1.510,60 EUR erweitert.

[10] Der Kläger beantragt nunmehr,

[11] 1. die Beklagten zu verurteilen, an ihn gesamtschuldnerisch den Betrag von 31.249,60 EUR zgl. Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 25.10.2019 zu zahlen;

[12] 2. festzustellen, dass die Beklagten ihm gesamtschuldnerisch alle weiteren Schäden zu ersetzen haben, die zukünftig dadurch entstehen, dass das steuerliche Einlagenkonto der B GmbH auf den 31.12.2015 mit Bescheid des Finanzamtes Lemgo vom 02.11.2016 unrichtig mit 0 EUR festgestellt wurde.

[13] Die Beklagten beantragen,

[14] die Klage abzuweisen.

[15] Sie haben zudem für den Fall eines Erfolgs der Klage hilfsweise widerklagend beantragt,

[16] 1. festzustellen, dass der Kläger verpflichtet sei, ihnen denjenigen Betrag in Höhe der bereits eingetretenen bzw. noch eintretenden Steuerersparnis zu zahlen, der sich daraus ergibt, dass im Zusammenhang mit der Aufdeckung der stillen Reserven bei dem Einzelunternehmen "A" in Folge der Ausgliederung auf die B GmbH, mit Sitz in C (AG Lemgo, HRB 7953), bereits stille Reserven in Höhe von 60.000,-- EUR aufgedeckt und versteuert und die Anschaffungskosten des Klägers für die Geschäftsanteile an der B GmbH in Höhe von 60.000,-- EUR erhöht worden sind und sich ein Veräußerungs- bzw. Liquidationsgewinn verringert bzw. ein Veräußerungs- bzw. Liquidationsverlust entsteht., und dass dies insbesondere für den Fall gelte, dass der Kläger seine Geschäftsanteile an der B GmbH ganz oder teilweise veräußert, überträgt bzw. die B GmbH liquidiert.

[17] 2. den Kläger zu verurteilen, ihnen bis zum 31.12. des dem jeweiligen Geschäftsjahr folgenden Jahres unaufgefordert Auskunft darüber zu erteilen, ob und - wenn ja - welche Veränderungen es im Zusammenhang mit den Geschäftsanteilen an der B GmbH gab bzw. gibt und ihnen die für die Ermittlung eventueller Vorteile erforderlichen Informationen bzw. Unterlagen ungefragt zu übermitteln. Der Kläger hat insbesondere Auskunft darüber zu erteilen, ob und mit welchen Ergebnissen der Kläger Geschäftsanteile an der B GmbH ganz oder teilweise veräußert und/oder übertragen oder die B GmbH liquidiert hat und welche Gewinne oder Verluste die B GmbH im jeweils abgelaufenen Geschäftsjahr erzielt und ob und in welcher Höhe die Kläger Ausschüttungen erhalten hat. Bei diesen Unterlagen handelt es sich um mittels vom Steuerberater erstellte Jahresabschlüsse, die unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft vermitteln, nebst eidesstattlicher Versicherungen des Klägers über die Veränderungen.

[18] Der Kläger hat den Hilfswiderklageantrag zu Ziff. 1) für den Fall, dass er zur Entscheidung anstünde, unter Protest gegen die Kostenlast im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 09.10.2020 anerkannt.

[19] Im Übrigen beantragt er,

[20] die Hilfswiderklage abzuweisen.

[21] Die Beklagten behaupten, dass dem Kläger kein Schaden entstanden sei. Die niedrigere Steuerbelastung durch das höhere Abschreibungsvolumen bei der B GmbH führe zu einer Erhöhung des Werts der (hundertprozentigen) Beteiligung des Klägers an der Gesellschaft. Die Werterhöhung entspreche mindestens den steuerlichen Mehraufwendungen, die der Kläger durch die Versteuerung des Veräußerungsgewinns habe tätigen müssen.

[22] Auch sei dem Kläger kein Schaden entstanden, soweit es um das steuerliche Einlagenkonto der B ginge. In Höhe der aufgedeckten stillen Reserven seien für den Kläger Anschaffungskosten entstanden, die bei einer späteren Veräußerung seinen Gewinn minderten. Dies würde zu einer im Vergleich niedrigeren Steuerbelastung führen.

[23] Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen in der Gerichtsakte Bezug genommen.

[24] Das Gericht hat Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens erhoben. Auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen D wird Bezug. Unter dem 09.12.2022 hat der Sachverständige sein Gutachten mündlich erläutert. Bezüglich des Ergebnisses dieser Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom selbigen Tage verwiesen. Schließlich hat der Sachverständige D am 30.01.2023 noch ein Ergänzungsgutachten erstattet, auf welches ebenfalls Bezug genommen wird.

Aus den Gründen:

[25] Die zulässige Klage ist im tenorierten Umfang begründet, im Übrigen bleibt sie ohne Erfolg. Der Hilfswiderklage war bezüglich Ziff. 1) - soweit über sie aufgrund des Erfolgs der Hauptklage zu entscheiden war - bereits aufgrund des Anerkenntnisses stattzugeben. Auch Ziff. 2) der Hilfswiderklage ist begründet.

A.

I.

[26] Der Kläger hat gegen die Beklagten einen Anspruch in Höhe von 25.191,33 EUR aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. einem mündlich geschlossenen Steuerberatervertrag. Dieser Betrag

ergibt sich aus einer Subtraktion der durch die B GmbH erhaltenen abgezinsten Abschreibungsvorteile bis zum 30.06.2023 in Höhe von 11.686,67 EUR von dem aufgezinsten "eigentlichen" Steuerschaden in Höhe von 36.878,00 EUR.

[27] Die Beklagte zu 1), deren Gesellschafter die Beklagten zu 2) und 3) sind, war mit der steuerlichen Beratung hinsichtlich einer geplanten steuerneutralen Überführung des Einzelunternehmens des Klägers in die Rechtsform der GmbH zum Buchwert beauftragt.

[28] Die Beklagte zu 1) hat ihre Pflichten aus diesem Vertrag - was gem. § 128 HGB analog die Mithaftung der Beklagten zu 2) und 3) begründet - schuldhaft verletzt. **Denn das Einzelunternehmen des Klägers wurde entgegen den vertraglichen Vereinbarungen zum gemeinen Wert in die GmbH eingebracht, ohne dass das steuerliche Einlagenkonto auf 60.000,00 EUR festgestellt wurde.**

[29] Vertraglich war nach Maßgabe des den Beklagten bekannten notariell beurkundeten Ausgliederungs- und Übernahmevertrags eine steuerneutrale Buchwertübertragung (Abs. 2 Nr. 3 des Vertrags) vereinbart. **Eine Buchwertübertragung ist schon daran gescheitert, dass ein Antrag nach § 20 Abs. 2 Satz 3 UmwStG in Namen der B GmbH nicht gestellt worden ist.** Mit ihrem Vortrag, dass ein solcher Antrag auch konkludent gestellt werden könne, dringen die Beklagten nicht durch. Dieses ist ersichtlich nicht der Fall gewesen. Denn dann hätten sie diese Frage jedenfalls im Rahmen der Betriebsprüfung mit den Betriebsprüfern erörtern müssen, was ausweislich der Angaben des Beklagten zu 3) im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 09.07.2021 nicht geschehen ist.

[30] Auch der Umstand, dass das **steuerliche Einlagenkonto mit 0,00 EUR festgestellt** wurde, stellt eine Pflichtverletzung dar. Zwar hätte in diesem Fall der Nennwert der neu ausgegebenen Anteil von >5.000,00 EUR dem Kläger als Gesellschafterdarlehen gutgeschrieben werden können. In diesem Fall hätte er das Geld steuerfrei entnehmen können, ohne hierauf Abgeltungssteuer und Solidaritätszuschlag zu zahlen und somit den Feststellungen des gerichtlich beauftragten Sachverständigen D zufolge eine Steuerersparnis in Höhe von 16.200,00 EUR realisiert (S. 19 des Gutachtens, Rn. 52). Dieses Vorgehen entsprach aber nicht der Einigung zwischen den Parteien. **Denn eine Gegenbuchung der stillen Reserven als Gesellschafterdarlehen sollte der Vereinbarung zufolge nicht vorgenommen werden. Auch wurde eine solche Verbuchung nicht vorgenommen. Damit aber hätte das steuerliche Einlagenkonto zutreffenderweise auf 60.000,00 EUR festgestellt werden müssen.**

[31] Dem Kläger ist deshalb ein Schaden entstanden.

[32] Maßgeblich ist dabei nicht nur das persönliche Vermögen des Klägers, sondern auch das von den gleichen Ereignissen betroffene Vermögen der B GmbH, deren einziger Gesellschafter der Kläger ist. Dies ergibt sich aus folgendem:

[33] Wirtschaftlich betrachtet stellen das Privatvermögen des Klägers und das Vermögen der B GmbH ein einheitliches Vermögen dar. In die steuerliche Gestaltungsberatung waren im vorliegenden Fall - der Vereinbarung entsprechend - sowohl der Kläger als auch die B GmbH einbezogen. Da aufgrund dessen nicht nur die steuerlichen Interessen des Klägers persönlich, sondern entgegen der Ansicht des Klägers auch der Gesellschaft Gegenstand der Beratungsleistung waren, hat im Umkehrschluss auch die Schadensberechnung unter Berücksichtigung des Vermögens der Gesellschaft zu erfolgen (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 08.09.2016 - IX ZR 255/13). Insofern stellen sich Steuer Mehrbelastungen nicht als wirtschaftlicher Nachteil dar, wenn der Steuerbelastung steuerliche Vorteile bei dem Dritten gegenüberstehen, von denen der vermeintlich Geschädigte spiegelbildlich profitiert (BGH, Urteil vom 01.10.2020 - IX ZR 228/19). **Nach diesem Maßstab liegen im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine konsolidierte Schadensbetrachtung vor, was umso mehr gilt, als das steuerliche Einlagenkonto nach § 27 KStG - wie der gerichtlich bestellte Sachverständige D plausibel ausgeführt hat - ohnehin nicht den Interessen der Gesellschaft dient, sondern auf den Schutz der Vermögensinteressen des Klägers abzielt** (vgl. S. 13 des Sachverständigenutachtens, Rn. 25 m.w.N.).

[34] Es liegt eine **konkrete und bereits realisierte steuerliche Mehrbelastung** des Klägers in Höhe von 29.736,00 EUR vor, wie sich aus dem Einkommensteuer 2015 des Klägers vom 25.11.2017 ergibt, Anlage K4. Unter **Hinzuzaddierung des hierdurch erlittenen Zinsschadens** - dem insoweit nicht angegriffenen und in der Sache gut verständlichen Ergänzungsgutachten des Sachverständigen D vom 30.01.2023 zufolge ein Betrag in Höhe von 7.142,00 EUR - ergibt sich als Ausgangspunkt ein Steuerschaden in Höhe von insgesamt 36.878,00 EUR.

[35] Demgegenüber bestehen auf Ebene der B GmbH - und damit mittelbar für den Kläger als alleinigem Gesellschafter - auch **wirtschaftliche Vorteile der erfolgten Gestaltung. Diese sind nach den Grundsätzen der konsolidierten Schadensberechnung mit der steuerlichen Mehrbelastung des Klägers zu saldieren.**

[36] So hat der Sachverständige D festgestellt und nachvollziehbar erläutert, dass **dem Kläger aufgrund der Festsetzung des Einlagenkontos bei der GmbH potentiell steuerliche Abschreibungsvorteile zugutekommen.** Denn die Existenz stil-

ler Reserven ermöglicht grundsätzlich Mehrabschreibungen, aufgrund derer die GmbH im Falle der Ausführung eine verminderte Steuerbelastung erfährt und der Gesellschafter von einem Abzug von der Abgeltungssteuer durch fiktive Ausschüttung dieses Vorteils profitiert.

[37] In Höhe von konkret 11.686,67 EUR hat sich das (abgezinst) Ausschüttungspotential für die Jahre 2016 bis zum Stichtag 30.06.2023 auch bereits realisiert bzw. ist unmittelbar zu erwarten. Die hierfür benötigte Liquidität war in den Jahresabschlüssen der B GmbH bis einschließlich 2021 jeweils vorhanden (S. 18 des Hauptgutachtens, Rn. 48). Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass das Geschäftsjahr 2022 ähnlich gut wie das sehr gute Vorjahr gelaufen sei. Vor diesem Hintergrund hat die Kammer es für richtig erachtet, auch das laufende mögliche Abschreibungspotential bis zum 30.06.2023 in die Berechnung der Schadensberechnung aufzunehmen.

[38] Hingegen waren zur Überzeugung der Kammer die über den 30.06.2023 hinausgehenden potentiellen Abschreibungsmöglichkeiten außen vor zu lassen. Zwar hat der Sachverständige mit guter Begründung erklärt, weshalb das Abschreibungspotential aus seiner Sicht auch zukünftig mit hoher Wahrscheinlichkeit realisiert werde, er nämlich annehme, dass sich die positive wirtschaftliche Entwicklung der B aus den Jahren 2016 bis 2021 fortsetze.

[39] Dem vermag die Kammer jedoch aufgrund verbleibender Unsicherheiten nicht zu folgen, die **Prognose jedenfalls nicht zum Gegenstand der Schadensberechnung machen. Künftige Entwicklungen sind nur zu berücksichtigen, wenn sie auf Grund der vorgetragenen Tatsachen mit einer für die Anwendung von § 287 ZPO ausreichenden Wahrscheinlichkeit beurteilt werden können** (Urteil des BGH vom 23.10.2003 (IX ZR 249/02)). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Kammer vermag nicht mit der erforderlichen Sicherheit zu beurteilen, ob sich aufgrund möglicher Änderungen der Steuergesetzgebung, sich verändernder Rohstoffpreise, aufgrund eines Wiedererstarkens der pandemischen Lage, hoher Inflationswerte, der Verlegung des Firmensitzes oder anderer unternehmerischer Entscheidungssituationen ergeben, die künftigen Abschreibungsmöglichkeiten entgegenstehen.

[40] Für die bestehenden Ansprüche kann der Kläger von den Beklagten deren Verzinsung ab dem 26.10.2019 beanspruchen, weil sich letztere seit diesem Datum in Verzug befinden (§§ 280, 286 Abs. 1 S. 1, 288 Abs. 1 BGB).

II.

[41] Soweit der Kläger darüber hinaus einen weiteren Betrag in Höhe von 1.510,60 EUR für Kosten verlangt, die im Zusammenhang mit einem Änderungsantrag nach § 164 Abs. 2 AO und einem Einspruch gegen den Ablehnungsbescheid entstanden sind, so ist eine Aktivlegitimation diesbezüglich nicht ersichtlich. Auftraggeberin war insoweit die B GmbH, welche auch die Rechnungen bezahlt hat.

III.

[42] Der zulässige Feststellungsantrag ist begründet, weil dem Sachverständigen zufolge ein - im Rahmen der konsolidierten Schadensberechnung noch nicht zu berücksichtigender, weil hypothetischer - Nachteil im Falle einer künftigen Liquidation der Gesellschaft möglich erscheint (S. 20 des Hauptgutachtens, Rn. 56).

B.

[43] Der hilfsweise gestellten Feststellungswiderklage zu Ziff. 1) war bereits aufgrund des Anerkenntnisses stattzugeben, soweit hierüber zu entscheiden war. Dies war nicht der Fall, soweit der Feststellungsantrag auf eine Verpflichtung des Klägers zur Zahlung einer bereits eingetretenen Steuerersparnis gerichtet war. Denn diese wurde bereits im Rahmen der Hauptklage berücksichtigt, so dass die Klage insoweit ohne Erfolg geblieben ist und die von den Beklagten formulierte Bedingung, dass über die Hilfswiderklage nur für den Fall des Erfolgs der Klage entschieden werden solle, in Bezug hierauf nicht eingetreten ist.

[44] Darüber hinaus hat sich die Hilfswiderklage auch bezüglich Ziff. 2) als zulässig und begründet erwiesen. Denn nur auf Grundlage erteilter **Auskünfte** können die Beklagten potentielle Ansprüche nach Ziff. 1) der Hilfswiderklage beziffern.

C.

[45] Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 S. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 S. 1 ZPO.

[46] Der Streitwert wird auf 44.909,60 EUR festgesetzt, wobei der klägerische Feststellungsantrag mit 12.600,00 EUR bewertet worden ist. **Der Hilfswiderklage zu Ziff. 1) wurde kein eigener Streitwert beigemessen. Der Hilfswiderklage zu Ziffer 2) wurde ein Streitwert von 1.000,00 EUR beigemessen.**

Steuerberaterhaftung

- Auftrag zur Bilanzerstellung
- Fortführungswerte
- Insolvenzberatung
- Insolvenzverschleppung
- Kausalität

(OLG Köln, Urt. v. 14.12.22 – 16 U 179/21)

Leitsatz (der Redaktion)

1. Zu den Hinweispflichten des Steuerberaters auf eine mögliche Insolvenzreife des Unternehmens des Mandanten.
2. Die Erstellung der Bilanz des Folgejahres gibt Anlass nochmals die Insolvenzproblematik zu erörtern.
3. Der Insolvenzverwalter muss beweisen, dass auf Grund der unterlassenen Beratung der gebotene zeitnahe Insolvenzantrag unterlassen wurde.

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Parteien streiten um eine Ersatzpflicht der Beklagten für einen Insolvenzvertiefungs- und einen Insolvenzverschleppungsschaden.

[2] Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der F. GmbH (Schuldnerin). Die Beklagte war als Steuerberaterin mit der Erstellung der Jahresabschlüsse und Steuererklärungen für die Schuldnerin beauftragt. Geschäftsführer der Schuldnerin war Herr T. B.. Dieser war zugleich gemeinsam mit Herrn A. C. Gesellschafter mit einer Beteiligung von jeweils 50 %. Prokurist war Herr X. C..

[3] Die Geschäftsentwicklung der Schuldnerin stellte sich wie folgt dar:

[4] Die Schuldnerin erwirtschaftete bis einschließlich September 2012 ein negatives Ergebnis in Höhe von 161.038,77 EUR.

[5] Für die Geschäftsjahre ab 2012 ergaben sich folgende Daten:

[6]

Geschäftsjahr	Ergebnis	Eigenkapital
2012	-108.433,76 EUR	-73.852,13 EUR
2013	+7,64 EUR	-73.844,49 EUR
2014	-192.384,04 EUR	-266.228,53 EUR
2015	+125.605,08 EUR	-140.623,45 EUR
2016 (bis Mai)	-153.846,27 EUR	-294.469,72 EUR

[7] Wegen der Einzelheiten wird auf die zu den Akten gereichten Unterlagen verwiesen (Bl. 31 ff. 2012; Bl. 50 2013; Bl. 51 2014; Bl. 52 und 618 ff. 2015; Bl. 53 2016).

[8] Am 22.01.2013 führten die Parteien ein Beratungsgespräch, an dem auf Seiten der Schuldnerin der Geschäftsführer B. teilnahm und welches die Parteien als "Krisengespräch" bezeichneten. Am Folgetag, dem 23.01.2013, teilte die für die Beklagte tätige Rechtsanwältin O. dem Geschäftsführer der Schuldnerin u.a. folgendes mit:

[9] *"Bei dieser Gelegenheit noch einmal zu gestern:*

[10] *... Das Zahlenbild müssen Sie und Herr E. genau prüfen. Die Lage von F. ist sicher nicht einfach, auch nicht für sie persönlich. Ich hoffe und wünsche Ihnen und Herrn E., dass sie einen Weg finden, die harte Arbeit der letzten Jahre zu retten. Wie gestern besprochen, wird das ohne Zuführung von Geldmitteln leider nicht gehen. ...*

[11] *Sie als Geschäftsführer müssen aber beachten, dass Sie gesetzlich zur Insolvenzantragstellung verpflichtet sind, wenn die Gesellschaft überschuldet ist (2011 war das nicht so, Zahlen JA 2012 liegen noch nicht vor) oder zahlungsunfähig ist. Die Liquidität der Gesellschaft ist ausweislich dessen, was wir gestern besprochen haben, aktuell nicht ausreichend, Ihre Frau ist eingesprungen, um die Löhne zu sichern. Dies bedeutet, dass Sie in der gegenwärtigen Situation regelmäßig überprüfen müssen, ob sichergestellt ist, dass jeweils die in den nächsten 4 Wochen fälligen Verpflichtungen im Wesentlichen (zu mindestens 90 %) erfüllt werden können. Ist dies nicht der Fall, sind Sie verpflichtet, spätestens innerhalb von drei Wochen Insolvenz anzumelden. ...*

[12] *Wenn Sie die fehlende Liquidität in der besprochenen Größenordnung einlegen können und auch die kurzfristig erwartete Zahlung der 88.000 EUR kommt, dürfte die Zahlungsunfähigkeit erst einmal abgewendet sein. Wichtig ist jedoch, wie Sie die Zukunftschancen Ihrer Gesellschaft sehen".*

[13] Nach dem Gespräch stellte der Herr X. C. der Schuldnerin 90.000,00 EUR zur Verfügung.

[14] Die Beklagte erstellte den Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2012 am 12.12.2013. Sie legte diesem Fortführungswerte zugrunde.

[15] Die Gesellschaft wurde in den folgenden Jahren fortgeführt.

[16] Die Schuldnerin unterhielt bei der Kreissparkasse ein Kontokorrentkonto. Im Jahre 2016 wurden über dieses Konto bis zum 15.06.2016 Einzahlungen in Höhe von 810.591,00 EUR

und Auszahlungen in Höhe von 842.015,59 EUR vorgenommen. Es kam zu Einzahlungen in Höhe von 564.242,92 EUR, als das Konto debitorisch geführt wurde, und zu Auszahlungen in Höhe von 246.348,08 EUR, während es kreditorisch geführt wurde. Wegen der Einzelheiten wird auf Anlage K 19, Bl. 158 ff. d.A., verwiesen. Der Geschäftsführer B. hatte sich im Rahmen einer Bürgschaft verpflichtet, einen Saldo aus dem vorgenannten Kontokorrentkonto auszugleichen.

[17] Aufgrund eines am 16.06.2016 gestellten Antrages der Schuldnerin wurde am 01.09.2016 das Insolvenzverfahren über deren Vermögen eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter ernannt.

[18] Mit Vereinbarung vom 26.09./09.10./30.11.2017 - letztgenanntes Datum betrifft die letzte Unterschrift des Herrn B. - kam es zu einem dreiseitigen Vertrag zwischen dem Geschäftsführer B., der Kreissparkasse und dem Kläger. Hierin verpflichtete sich Herr B., an die Kreissparkasse und den Kläger zum Ausgleich bestehender Verbindlichkeiten einen Betrag in Höhe von 26.999,40 EUR zu zahlen. Dieser Betrag war das Auszahlungsguthaben, welches Herrn B. aus einem Lebensversicherungsvertrag zustand. Wegen der Einzelheiten wird auf die zu den Akten gereichte Vereinbarung verwiesen (Bl. 198 ff. d.A.).

[19] Mit Unterschriften des Geschäftsführers B. vom 30.11.2017 und des Klägers vom 04.12.2017 wurde zwischen diesen eine weitere, zweiseitige, Vereinbarung getroffen, wegen deren Einzelheiten auf Bl. 203 ff. d.A. verwiesen wird.

[20] Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte sei für einen Insolvenzvertiefungsschaden und einen Insolvenzverschleppungsschaden ersatzpflichtig. Den Insolvenzvertiefungsschaden hat er auf 220.625,23 EUR beziffert. Hierbei handelt es sich um die weiteren Verluste, welche die Schuldnerin unstreitig von Anfang Januar 2014 bis zur Insolvenzantragstellung eingefahren hat. Der Insolvenzverschleppungsschaden ergebe sich aus den 810.591,00 EUR, welche von Januar 2016 bis zur Insolvenzantragstellung auf dem bei der Kreissparkasse geführten Kontokorrentkonto verfügt worden seien. Zu dem erstgenannten Schaden hat sich der Kläger ein Mitverschulden des Geschäftsführers B. in Höhe von 25 %, zu dem zweitgenannten Schaden ein solches in Höhe von 50 % anrechnen lassen.

[21] Der Kläger hat seine Klage auf nach seiner Ansicht mehrfache Pflichtverletzungen der Beklagten gestützt. Im Rahmen des Gesprächs und der anschließenden Mail von 22./23.01.2013 sei die Schuldnerin von der Beklagten fehlerhaft beraten worden. Es habe damals auch ein insolvenzrechtliches Beratungsmandat der Beklagten bestanden. Die Schuldnerin sei aber weder ausreichend auf eine bereits vorliegende

Überschuldung noch auf die Notwendigkeit eine Überschuldensprüfung hingewiesen worden. Eine weitere Pflichtverletzung folge aus der fehlerhaften Aufstellung des Jahresabschlusses 2012. Diesen habe die Beklagte in unberechtigter Weise auf der Grundlage einer Fortführung der Gesellschaft aufgestellt. Stattdessen hätten dem Abschluss Liquidationswerte zugrunde gelegt werden müssen. Dies ergebe sich aus der damals vorliegenden bilanziellen Überschuldung. Der Kläger hat hierzu behauptet, zum damaligen Zeitpunkt sei eine positive Fortführungsprognose nicht mehr möglich gewesen. Schließlich habe die Beklagte im Rahmen des insolvenzrechtlichen Mandats im Dezember 2013 aufgrund des dann vorliegenden Jahresabschlusses 2012 erneut ihre Hinweispflicht verletzt.

[22] Der Kläger hat behauptet, der Geschäftsführer der Schuldnerin hätte bei korrekter Beratung über seine Insolvenzantragspflicht und Vorlage eines korrekt erstellten Jahresabschlusses 2012 spätestens nach dessen Vorlage einen Insolvenzantrag gestellt. Mittel zur Abwendung der Insolvenz hätten zum damaligen Zeitpunkt nicht zur Verfügung gestanden.

[23] Mit der Klage hat der Kläger außerdem die Ansicht vertreten, bei den Ein- und Auszahlungen betreffend das bei der Kreissparkasse geführte Kontokorrentkonto habe es sich um verbotene Zahlungen i.S. § 64 GmbHG a.F. gehandelt. Soweit die Beklagte wegen ihrer Pflichtverletzungen auf der Grundlage eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter dem früheren Geschäftsführer schadensersatzpflichtig sei, sei dieser Anspruch infolge der Vereinbarungen mit der Kreissparkasse und dem früheren Geschäftsführer der Schuldnerin nunmehr auf den Kläger übergegangen.

[24] Der Kläger hat beantragt,

[25] (...)

[26] Die Beklagte hat beantragt,

[27] (...)

[28] Sie hat die Auffassung vertreten, der Jahresabschluss 2012 sei korrekt erstellt worden. Eine positive Fortführungsprognose sei zum damaligen Zeitpunkt gerechtfertigt gewesen. Hierfür seien genügend positive Anhaltspunkte gegeben gewesen. Die Beklagte hat hierzu auch behauptet, es seien stille Reserven in Form von unfertigen Erzeugnissen und Leistungen vorhanden gewesen.

[29] Die Beklagte hat auch die Auffassung vertreten, ihrer Beratungspflicht Genüge getan zu haben. Sie sei bereits nicht mit

einem insolvenzrechtlichen Mandat betraut gewesen. Ihre Beratung habe den zum damaligen Zeitpunkt in der Rechtsprechung geltenden Anforderungen genügt. Im Gespräch und der Email aus dem Januar 2013 habe die Beklagte ausreichende Hinweise erteilt. Die Beklagte hat behauptet, die Geschäftsführung der Schuldnerin sei zur Stellung eines Insolvenzantrages nicht bereit gewesen.

[30] Die Beklagte hat zudem die Meinung vertreten, ein möglicher Schadensersatzanspruch des Geschäftsführers gegen sie sei nicht wirksam auf den Kläger übergegangen.

[31] Es ergebe sich in jedem Falle ein deutlich höheren Mitverschuldensanteil des Geschäftsführers, als vom Kläger zugrunde gelegt. Insoweit könne sogar von einem anspruchsausschließenden Mitverschulden ausgegangen werden. Außerdem sei der Schadensumfang vom Kläger unzutreffend bestimmt worden.

[32] Das Landgericht hat der Klage teilweise in Höhe von 73.541,74 EUR stattgegeben. Es hat eine Pflichtverletzung darin gesehen, dass die Beklagte die Bilanz 2012 wegen einer damals vorliegenden bilanziellen Überschuldung nicht unter Zugrundelegung von Fortführungswerten hätte erstellen dürfen. Maßgeblich für die Beurteilung sei eine ex ante-Prognose zum damaligen Zeitpunkt. Die spätere Fortführung des Unternehmens spiele hierbei keine Rolle. Hinsichtlich ihrer Verpflichtungen müsse sich die Beklagte an den Anforderungen, welche die aktuelle Rechtsprechung aufstelle, ausrichten. Der Insolvenzverwalter könne auch den Insolvenzvertiefungsschaden geltend machen. Hierbei sei jedoch eine Mitverschuldensquote von 2/3 zu berücksichtigen, welche sich aus dem Verhalten des früheren Geschäftsführers ergebe. Weitere Ansprüche aus abgetretenem Recht des Geschäftsführers stünden dem Kläger nicht zu. Infolge der Vereinbarung mit der Kreissparkasse stünden dem Kläger keine durchsetzbaren Ansprüche gegen den Geschäftsführer B. mehr zu. Da der Kläger auf Ansprüche gegen diesen verzichtet habe, liege bei Herrn B. kein Schaden vor. Folglich habe dieser auch keine Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte auf den Kläger übertragen können.

[33] (...)

[34] Gegen diese Entscheidung haben beide Parteien form- und fristgerecht Berufung eingelegt, mit der sie ihre erstinstanzlichen Anträge vollständig weiterverfolgen.

[35] Der Kläger hält die erstinstanzliche Entscheidung für richtig, soweit ihm im Grunde ein Insolvenzvertiefungsschaden zugesprochen worden ist. Allerdings hält er die vom Landgericht angenommene Mitverschuldensquote für zu hoch. Das Landgericht habe nicht das gesamte Ausmaß der Pflichtverletzungen der Beklagten berücksichtigt.

[36] Das Landgericht habe demgegenüber den Insolvenzverschleppungsschaden zu Unrecht verneint. Das Landgericht habe die beiden Vereinbarungen zwischen dem Kläger, Herrn B. und der Kreissparkasse unzureichend und falsch ausgelegt.

[37] Der Kläger beantragt,

[38-42] (...)

[43] Sie wehrt sich gegen die Annahme des Landgerichts, zu Unrecht von einer handelsrechtlichen Fortführungsprognose ausgegangen zu sein. Zur Erstellung einer insolvenzrechtlichen Fortführungsprognose sei die Beklagte nicht verpflichtet gewesen. Hierzu wiederholt sie ihren erstinstanzlichen Vortrag. Das Landgericht habe zu Unrecht die weitere Entwicklung des Geschäfts unberücksichtigt gelassen. Das Landgericht habe auch die an die Beklagte zu stellenden Pflichten und den Verschuldensmaßstab falsch beurteilt.

[44] Im Übrigen verteidigt die Beklagte die landgerichtliche Entscheidung. Das Landgericht sei zutreffend zu dem Ergebnis gekommen, dass infolge der getroffenen Vereinbarungen keine Ersatzansprüche gegen die Beklagte auf den Kläger übergegangen seien.

[45] Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen B. zur Stellung des Insolvenzantrags für die Schuldnerin. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 14.12.2022 (Bl. 737 ff. d.A.) Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II.

[46] Die Berufung des Klägers hat keinen Erfolg. Die Berufung der Beklagten ist hingegen erfolgreich und führt zur Klageabweisung insgesamt.

[47] Der Senat folgt dem Landgericht dahingehend, dass der Beklagten Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Erstellung des Jahresabschlusses 2012 der F. GmbH zur Last fallen. Allerdings konnte sich der Senat nicht davon überzeugen, dass sich diese Pflichtverletzungen auf den Zeitpunkt des Insolvenzantrages ausgewirkt haben und von daher für die vom Kläger geltend gemachten Schäden ursächlich waren. Weil es bereits an der Kausalität fehlt, kommt es insbesondere auf die Frage, ob dem Kläger überhaupt auf der Grundlage der Vereinbarungen aus dem Jahr 2017 ein Schadensersatzanspruch zusteht, nicht an.

1.

[48] Ein Anspruch des Klägers auf Ersatz eines Insolvenzverschleppungsschadens in Höhe von 165.468,23 EUR aus §§ 280

Abs. 1, 634 Nr. 4, 675 Abs. 1 BGB bzw. §§ 280 Abs. 1, 675 BGB besteht nicht.

a)

[49] Nach der zutreffenden Auffassung des Landgerichts ist der Beklagten im Zusammenhang mit der Aufstellung des Jahresabschlusses 2012 zu Fortführungswerten allerdings pflichtwidriges Verhalten zur Last zu legen, wobei der Senat die Pflichtwidrigkeit darüber hinaus in einem Ende 2013 unterlassenen erneuten Hinweis auf das mögliche Vorliegen eines Insolvenzgrundes und die Notwendigkeit einer etwaigen Insolvenzantragstellung sieht.

aa)

[50] Die Pflicht eines Steuerberaters, welcher u.a. mit der Aufstellung des Jahresabschlusses beauftragt ist, richtet sich in jedem Falle darauf, einen nach Maßgabe des HGB ordnungsgemäßen Jahresabschluss zu erstellen (BGH Urteil vom 26.01.2017, IX ZR 285/14, Rdn. 19, Juris). Nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ist bei der Erstellung des Abschlusses grundsätzlich von Fortführungswerten auszugehen, es sei denn, dem stehen tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegen. Die Aufstellung nach Fortführungswerten entspricht somit dem Regelfall. Es besteht nämlich eine tatsächliche Vermutung dafür, dass eine Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb fortführt (BGH a.a.O., Rdn. 25). Für die Fortführung des Unternehmens ist auf einen Prognosezeitraum abzustellen, der sich auf das auf den Abschlusszeitpunkt folgende Geschäftsjahr erstreckt. Es ist eine ex ante-Prognose dahingehend aufzustellen, ob die Unternehmenstätigkeit bis zum Ablauf des Prognosezeitraums aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen eingestellt wird (BGH a.a.O., Rdn. 24). Im Rahmen der Prognose spielt es keine Rolle, ob und wie lange das Unternehmen später tatsächlich fortgeführt wurde. Die tatsächliche Vermutung für die Fortführung des Unternehmens entfällt erst, wenn es objektiv fehlerhaft wäre, von einer Aufrechterhaltung der Unternehmenstätigkeit auszugehen (BGH a.a.O., Rdn. 25). Der Steuerberater ist in diesem Rahmen zunächst nur zu einer Beurteilung anhand der ihm vorliegenden Daten verpflichtet. Weitergehende Ermittlungen muss er nicht vornehmen (BGH a.a.O., Rn. 20).

[51] Die Leistung des Steuerberaters ist dann pflichtwidrig, wenn er Umstände feststellt, die einer Bilanzierung nach Fortführungswerten entgegenstehen können, er es aber unterlässt, mit seinem Mandanten abzuklären, ob gleichwohl noch Fortführungswerte zugrunde gelegt werden können. Sobald entsprechende Umstände vorliegen, ist die Fortführungsfähigkeit zu überprüfen (BGH a.a.O., Rdn. 32 f.). Nach einem entsprechenden Hinweis des Steuerberaters ist die Geschäftsführung des Unternehmens jedoch verpflichtet, eine eigene Einschätzung zur Fortführung abzugeben. Hierzu ist oftmals auch nur die Unternehmensleitung in der Lage, weil sie über

Informationen verfügen kann, über die ein Steuerberater, der lediglich mit der Buchführung und der Erstellung des Jahresabschlusses beauftragt ist, nicht notwendig verfügt. Im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Bilanzierung nach Fortführungswerten zulässig ist, **kommt der bilanziellen Überschuldung der Gesellschaft maßgebliche Indizwirkung zu**. Ebenso dazu zählen wiederholte Verluste sowie ein ständiger, nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag (BGH a.a.O., Rn. 34 ff.). **Für eine mögliche Insolvenzreife ist es ein wesentlicher Anhaltspunkt, wenn die Jahresabschlüsse in aufeinanderfolgenden Jahren wiederholt nicht durch Eigenkapital gedeckte Fehlbeträge aufweisen**. Dies kommt auch in Betracht, wenn offenkundig ist, dass die bilanziell überschuldete Gesellschaft über keine stillen Reserven verfügt (BGH a.a.O., Rdn. 45 f.).

[52] Der Bundesgerichtshof hat den Pflichtenkreis des Steuerberaters über die vorgenannten Verpflichtungen hinaus ausgeweitet: Auch wenn der erstellte Jahresabschluss mangelfrei ist, können weitergehende Hinweispflichten auf eine mögliche Insolvenzreife der Gesellschaft bestehen. Eine solche Hinweispflicht kann auch dann bestehen, wenn dem Steuerberater kein Mandat zur Insolvenzberatung erteilt wurde und er nur für die Erstellung des Jahresabschlusses verantwortlich ist. Hinweis- und Warnpflichten bestehen dann, wenn der Steuerberater einen Insolvenzgrund erkennt oder ernsthafte Anhaltspunkte für einen Insolvenzgrund offenkundig sind und er annehmen muss, dass sich seine Mandantin der möglichen Insolvenzreife nicht bewusst ist (BGH a.a.O., Rdn. 43 ff.). **Auch hier gilt, dass der Steuerberater mit seinem Hinweis eine eigene Prüfung durch die Mandantin durch seinen Hinweis anstoßen muss**. Zu weitergehenden Prüfungen ist er, wenn keine entsprechende Beauftragung vorliegt, nicht verpflichtet, insbesondere ergibt sich keine Pflicht zu einer Überschuldungsprüfung (BGH a.a.O., Rdn. 47).

bb)

[53] Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist eine Pflichtverletzung der Beklagten durch Aufstellung des Jahresabschlusses zu Fortführungswerten ohne vorherige Abklärung, ob Fortführungswerte zugrunde gelegt werden konnten, anzunehmen.

[54] Es ergab sich für die F. GmbH eine bilanzielle Überschuldung. Für das Jahr 2012 wurde ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag von 73.852,13 EUR festgestellt. Bereits im Jahr 2011 hatte die Gesellschaft nach den unbestrittenen klägerischen Angaben einen Jahresfehlbetrag von 184.591,15 EUR bei Eigenkapital von "nur" 34.581,63 EUR erwirtschaftet. Dies allein waren deutliche Indizien, welche die tatsächliche Vermutung für die Fortführung des Unternehmens infrage stellten. Hinzu kam, dass deutlich vor Aufstellung des Jahresabschlusses 2012, der erst am 12.12.2013 vorlag, bereits im

Januar 2013 ein "Krisengespräch" mit der Geschäftsführung stattgefunden hatte, in dem die schwierige Situation der Gesellschaft besprochen wurde und bereits eine mögliche Insolvenzreife zur Sprache gekommen war. Vor diesem Hintergrund war die Vermutung für die Fortführung des Unternehmens erschüttert. Die Beklagte hätte in dieser Situation bei Aufstellung des Abschlusses ihrer Pflicht zur Nachfrage und Aufklärung nachkommen müssen. Sie hätte die Geschäftsführung der F. GmbH um Prüfung der Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft bitten müssen. Der Senat geht im Ergebnis davon aus, dass die Beklagten ihren insoweit bestehenden Verpflichtungen nicht hinreichend Rechnung getragen haben. Der insoweit darlegungsbelastete Kläger hat noch ausreichend ausgeführt, dass Nachfragen in Bezug auf die Fortführung des Unternehmens nicht erfolgt sind. Gewisse Zweifel bestehen zwar aufgrund des zur Akte gereichten Schreibens vom 12.12.2013, mit dem der Jahresabschluss an die Schuldnerin übermittelt wurde. Hierin heißt es: "Insbesondere war es nicht unsere Aufgabe, die Fortbestehensprognose zu beurteilen. Hierzu wurden Auskünfte von der Geschäftsleitung erteilt." (Bl. 33 d.A.). Trotz dieser Ausführungen kann nicht davon ausgegangen werden, dass der konkret vor Erstellung des Abschlusses gebotene Hinweis bzw. die notwendige Nachfrage erfolgt sind. Die Beklagte hat in der Klageerwiderung in Bezug auf den Inhalt ihres Schreibens ausgeführt, die Insolvenzschuldnerin bzw. deren Geschäftsführung habe fortlaufend Ertragsprognosen und Fortbestehensprognosen erstellt. Auch unter Berücksichtigung dieser Darlegung verbleibt es dabei, dass jedenfalls das vor Erstellung des Abschlusses von der Beklagten konkret geforderte Verhalten nicht festgestellt werden kann.

[55] Die Beklagte hat auch keine Umstände vorgetragen, die aus ihrer damaligen Sicht eine Aufstellung der Bilanz nach Fortführungswerten gerechtfertigt hätten. **Da nach den genannten Grundsätzen eine ex ante-Prognose zu erstellen war, spielt es hierbei keine Rolle, dass die Gesellschaft in der Folgezeit tatsächlich noch mehrere Jahre fortgeführt wurde**. Dieser Bewertung steht auch nicht entgegen, dass der Jahresabschluss 2012 erst am 12.12.2013 vorgelegt wurde, also fast ein Jahr nach dem maßgeblichen und nur kurz vor dem nächsten Abschlusszeitpunkt. Dies macht die Nachfrage nach den Grundlagen der Unternehmensfortführung nicht obsolet. Zwar ist grundsätzlich für die ex ante zu erteilende Fortführungsprognose auf die dem Abschlusszeitpunkt folgenden 12 Monate abzustellen. Dies gilt aber nur bei einer zeitnahen Aufstellung des Abschlusses. **Erfolgt eine solche zeitnahe Aufstellung nicht, wird in der Praxis zu Recht für die Prognose auf den tatsächlichen Zeitpunkt der Aufstellung des Abschlusses abgestellt. Mit der Fortführungsprognose soll dann nämlich auch der Zeitraum zwischen dem Abschlussstichtag des Folgeabschlusses und dem (erwarteten) Zeitpunkt der Aufstellung dieses Folgeabschlusses abgedeckt**

werden (Störk/Büssow, Beck'scher Bilanz-Kommentar, 13. Aufl. 2022, § 252 HGB, Rdn. 16). Die Beklagte hatte demgemäß trotz der verspäteten Erstellung des Abschlusses Anlass, die Fortführungsprognose zu hinterfragen und diese nicht etwa nur auf den Zeitraum von der Vorlage des Abschlusses 2012 am 12.12.2013 bis zum nächsten Abschlusszeitpunkt am 31.12.2013 zu begrenzen.

cc)

[56] Eine weitere Pflichtverletzung ist der Beklagten entgegen der Auffassung des Klägers indes nicht zur Last zu legen, soweit es die Beratungsleistung im Januar 2013 anbelangt ("Krisengespräch" und anschließende Email der Rechtsanwältin O. vom 23.01.2013).

[57] Zur Bestimmung des Pflichtenkreises der Beklagten ist zunächst festzustellen, dass dieser kein ausdrücklicher Auftrag erteilt wurde, die Gesellschaft im Hinblick auf das Vorliegen eines Insolvenzantragsgrundes oder einer Insolvenzantragspflicht zu beraten oder entsprechende Überprüfungen vorzunehmen. **Eine insolvenzrechtliche Prüfpflicht der Beklagten kommt grundsätzlich nur auf der Grundlage eines eigens erteilten Auftrages in Betracht und ergibt sich nicht schon aus dem allgemeinen steuerrechtlichen Mandat zur Erstellung des Jahresabschlusses** (vgl. Gräfe, in: Gräfe/Wollweber/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 7. Auflage 2021, Rn. 808). Eine solche Beauftragung hat der Kläger nicht vorgetragen. Sie folgt entgegen der Auffassung des Klägers auch nicht im Rückschluss daraus, dass die Beklagte an dem als "Krisengespräch" bezeichneten Treffen im Januar 2013 teilgenommen und durch die Rechtsanwältin O. im Anschluss daran Hinweise erteilt hat. Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass dem Gespräch und der Email ein besonderer Prüfungsauftrag der F. GmbH zugrunde lag und eine insolvenzrechtliche Prüfung erfolgen sollte, die über dasjenige hinausging, was ohnehin im Zusammenhang mit dem allgemeinen steuerrechtlichen Mandat geschuldet war. Allein der Umstand, dass eine Steuerberaterin oder eine für sie tätige Rechtsanwältin einen Hinweis auf eine mögliche Insolvenzureife gibt, lässt nicht den Rückschluss zu, dass dem auch ein insolvenzrechtlicher Prüfungsauftrag zugrunde lag.

[58] Die Hinweispflicht hat nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor allem den Sinn, die Geschäftsführung zu sensibilisieren und eine eigene Prüfung anzustoßen. Die Prüfung einer Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit einer Gesellschaft ist nämlich grundsätzlich originäre Aufgabe der Geschäftsführung (vgl. § 43 GmbHG, § 15a InsO). Die Geschäftsführung hat diese Prüfung eigenständig vorzunehmen. Soweit sie dazu nicht in der Lage ist, muss sie externe Hilfe beauftragen (BGH a.a.O., Rn. 47; OLG Koblenz Urteil vom 30.03.2020, 3 U 47/20, Rn. 50, Juris; Gräfe a.a.O., Rn. 807).

Die allgemeine Hinweispflicht des Steuerberaters ist dahingehend zu konkretisieren, dass er dem Auftraggeber die Rechtslage im Hinblick auf die Tatbestände der Insolvenzureife und auch bezogen auf Insolvenzantragspflichten verdeutlicht. Er soll eine Prüfung der aktuellen insolvenzrechtlichen Überschuldungstatbestände gemäß § 19 InsO anregen (Gräfe a.a.O., Rn. 810 m.w.N.).

[59] Nach Maßgabe dieser Grundsätze war der Hinweis der Rechtsanwältin O. in der Email vom 23.01.2013 ausreichend. Die beiden Insolvenzgründe wurden genannt. Ebenso erfolgte ein Hinweis auf die Pflicht des Geschäftsführers zur Insolvenzantragstellung. Aus der Email ergibt sich auch, dass seinerzeit Anhaltspunkte für eine fehlende Liquidität der Gesellschaft bestanden (nur mit finanzieller Hilfe der Ehefrau des Geschäftsführers konnte die Zahlung der Löhne sichergestellt werden; Abwendung der Zahlungsunfähigkeit nur unter der Voraussetzung einer kurzfristig erwarteten Zahlung von 88.000,00 EUR). Der Geschäftsführung wurde auch vor Augen geführt, dass eine Pflicht zur regelmäßigen Prüfung der Erfüllbarkeit der fälligen Verpflichtungen bestand und bei negativem Prüfergebnis eine Insolvenzantragstellung binnen 3 Wochen vorzunehmen war. Der Senat verkennt nicht, dass ein ausdrücklicher Hinweis auf die Notwendigkeit einer Überschuldungsprüfung und eine Fortführungsprognose unter Berücksichtigung der anstehenden Zahlungspflichten und der zu erwartenden Zahlungseingänge nicht erteilt wurde. Gleichwohl reichten die erteilten Hinweise, um der Geschäftsführung deutlich zu machen, dass eine ernste Lage bestand und eine besondere Prüfung nunmehr erforderlich war ("Das Zahlenbild müssen Sie und Herr E. genau prüfen"). Es wurde ebenso deutlich, dass eine Insolvenz der Gesellschaft zu besorgen war ("... die harte Arbeit der letzten Jahre zu retten. Wie gestern besprochen, wird das ohne Zuführung von Geldmitteln leider nicht gehen."). Auf diesen Hinweis folgt unmittelbar die - zutreffende - Darstellung der Insolvenzgründe. Zwar wird in den dann folgenden Ausführungen primär auf die Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft abgestellt. Gleichwohl musste der Geschäftsführung klar sein, dass auch eine Überschuldung im Raume stand und diese zu prüfen war ("2011 war das nicht so, Zahlen JA 2012 liegen noch nicht vor."). Dass sich die Geschäftsführung mit einer Fortführungsprognose zu befassen hatte, geht aus dem letzten Satz der Email hervor ("Wichtig ist jedoch, wie Sie die Zukunftschancen Ihrer Gesellschaft sehen.").

[60] Bei der Beurteilung, ob die von der Beklagten erteilten Hinweise ausreichend waren, ist auch zu berücksichtigen, dass der Email nach dem insoweit unbestrittenen Beklagtenvortrag ein mehrstündiges Gespräch (vgl. Klageerwiderung vom 16.11.2020, Bl. 83 d.A.) am Vortrag vorausgegangen war, in dem es nach dem eigenen Vortrag des Klägers auch um die

"mögliche Insolvenzreife der Schuldnerin" ging (vgl. klägerischer Schriftsatz vom 15.12.2020, Bl. 114 d.A.). Zum Inhalt des Gesprächs hat der Kläger indes lediglich vorgetragen, dass auch in diesem Gespräch die Gefahr einer möglichen Überschuldung nicht weiter vertieft worden sei. Der Vortrag des Klägers zum Inhalt dieses Gesprächs ist insgesamt unzureichend geblieben, dies obwohl der Kläger zu den Umständen, aus denen sich eine Pflichtverletzung der Beklagten ergeben soll, darlegungspflichtig ist. Von daher bestehen schon Zweifel, ob der Kläger mit seinem Vortrag, in einem mehrstündigen Gespräch sei die Gefahr der möglichen Überschuldung "nicht weiter vertieft worden", den an die Darlegung einer Pflichtverletzung zu stellenden Anforderungen überhaupt genügt hat. Dessen ungeachtet liegt in dem Verhalten der Beklagten im Januar 2013 jedoch vor dem Hintergrund des nur allgemeinen steuerberatenden Mandats keine Pflichtverletzung vor. Nach dem mehrstündigen Gespräch und der anschließenden Email musste einer verantwortungsbewusst handelnden Geschäftsführung hinreichend klar sein, dass Prüfungs- und Handlungsbedarf bestand.

dd)

[61] Der Senat geht jedoch weiter davon aus, dass die Beklagte die Erstellung des Jahresabschlusses 2012 zum Anlass nehmen musste, nochmals auf die Insolvenzproblematik hinzuweisen. Die aus den bereits dargelegten Gründen notwendige Nachfrage bezüglich der Grundlagen für eine positive Fortführungsprognose und der Hinweis auf eine mögliche Insolvenzreife lagen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände dicht beieinander und können von daher nicht abweichend voneinander beurteilt werden. Zwar ist es grundsätzlich nicht Aufgabe des Steuerberaters, seine Mandanten wiederholt zu warnen. Eine - erneute - Hinweispflicht besteht dann nicht, wenn der Steuerberater davon ausgehen kann, dass seinem Mandanten die Umstände, die auf einen Insolvenzgrund hinweisen, bewusst sind, und er in der Lage ist, die tatsächliche oder rechtliche Bedeutung dieser Umstände einzuschätzen (BGH Urteil vom 26.01.2017, IX ZR 285/14, Rdn. 50). Zu Lasten der damaligen Geschäftsführung ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass aufgrund des Anfang 2013 erteilten Hinweises und des am 12.12.2013 vorgelegten Jahresabschlusses grundsätzlich das Bewusstsein für eine wirtschaftliche Schieflage des Unternehmens und eine mögliche Insolvenz vorhanden sein musste. Gleichwohl bestand für die Beklagte Anlass zu einem erneuten Hinweis, weil zum einen die Geschäftszahlen 2012 nunmehr auf dem Tisch lagen und die Frage der Überschuldung in der Email der Rechtsanwältin O. vom 23.01.2013 für das Geschäftsjahr 2012 mangels Vorlage der Zahlen noch offengehalten worden war. Von daher hätte es aus Sicht der Beklagten nahegelegen, an die Hinweise von Beginn des Jahres anzuknüpfen, um diese zu komplettieren. Zudem verhielt es sich so, dass in der Zwischenzeit die Gesellschaft sowohl die Unterstützung

durch die Ehefrau des Geschäftsführers als auch die in der Email genannte Zahlung vereinnahmt hatte. Auch von daher hätte Anlass zu einer Nachfrage bestanden, ob durch diese Maßnahmen die kritische Situation bereinigt worden war. Allerdings hätte - neben der notwendigen Nachfrage zur Fortführungsprognose - unter den gegebenen Umständen, insbesondere unter Berücksichtigung der bereits erteilten Hinweise, eine Erinnerung der Geschäftsführung an die Notwendigkeit einer Prüfung von Insolvenzgründen und eine etwaige Insolvenzantragspflicht ausgereicht. Die Beklagte hätte ihren Verpflichtungen damit Genüge getan, weil sie davon ausgehen durfte, dass die Geschäftsleitung im Anschluss eigenverantwortlich tätig wurde.

b)

[62] Allerdings kann nicht festgestellt werden, dass die Pflichtverletzungen für den Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung und damit für den geltend gemachten Schaden ursächlich oder mitursächlich waren. Soweit das Landgericht aus der Pflichtverletzung auf die Kausalität geschlossen hat, weil aufgrund der Bilanzierung zu Fortführungswerten und der darin liegenden Vorspiegelung von Umständen für die Geschäftsführung eine weitere Tätigkeit außerhalb des Insolvenzfahrens nahegelegen hätte, kann hiervon unter Berücksichtigung der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme nicht ausgegangen werden. **Es lässt sich hinsichtlich der der Beklagten schwerpunktmäßig vorgeworfenen Unterlassungen nicht hinreichend sicher feststellen, dass die ordnungsgemäße Erfüllung der von der Beklagten geschuldeten Leistungen und Beratungen den Eintritt des geltend gemachten Insolvenzvertiefungsschaden aufgrund zeitnaher Insolvenzantragstellung verhindert hätte.** Es lässt sich ebenso nicht nachweisen, dass gerade die Erstellung des Jahresabschlusses zu Fortschreibungswerten für das weitere Verhalten der Geschäftsführung eine Rolle gespielt hat.

aa)

[63] Der Insolvenzverwalter muss beweisen, dass aufgrund der Pflichtverletzung des Beraters der gebotene zeitnahe Insolvenzantrag unterlassen wurde (BGH a.a.O., Rdn. 42). Sieht man die Pflichtverletzung in der ohne Weiteres erfolgten Erstellung des Abschlusses nach Fortführungswerten, so ist nachzuweisen, dass die Geschäftsführung bei einer entsprechenden Aufklärung, dass das Vorliegen einer Fortführungsprognose zweifelhaft erscheint, oder bei einer Aufstellung des Abschlusses nach Liquidationswerten zeitnah einen Insolvenzantrag gestellt hätte (OLG Stuttgart Urteil vom 27.10.2020, 12 U 82/20, Rdn. 69, Juris). Dasselbe gilt, wenn die Pflichtverletzung aus einem unterlassenen Hinweis auf Insolvenzgründe und eine etwaige Insolvenzantragspflicht besteht. **Auch insoweit muss feststehen, dass die Geschäftsführung bei korrektem Verhalten des Beraters sowohl die Fortführung des Unternehmens verneint, als auch einen**

zeitnahen Insolvenzantrag gestellt hätte. Dem Kläger kommt hierbei in Anbetracht der Pflichtverletzung keine Beweiserleichterung i.S. eines Anscheinsbeweises zugute. Es gibt keine Verallgemeinerung dahingehend, dass bei Nachfrage des Beraters nach den Grundlagen für die Fortführung des Unternehmens oder bei Erkenntnissen über das Vorliegen eines Insolvenzgrundes auch ein Insolvenzantrag gestellt worden wäre. Dies liegt zum einen daran, dass der Geschäftsleitung unter diesen Umständen Handlungsalternativen zur Verfügung stehen können (Umstrukturierung des Unternehmens, Zuführung von Kapital), und zum anderen daran, dass eine Fortführung des Unternehmens trotz bestehender Bedenken aus persönlicher Verbundenheit oder der Hoffnung, es werde schon gutgehen, erfolgen kann (BGH Urt. vom 06.06.2013, IX ZR 204/12, Rdn. 16; Gräfe, a.a.O., Rdn. 2069).

[64] Soweit der Kläger behauptet, es sei spätestens Anfang Januar 2014 ein Insolvenzantrag gestellt worden, so muss er dies beweisen. Da die Beklagte den Vortrag bestritten hat, war zur Aufklärung des hypothetischen Verhaltens der Schuldnerin dem Beweisantrag des Klägers durch Vernehmung des früheren Geschäftsführers der Schuldnerin, des Zeugen B., nachzugehen (vgl. BGH Urteil vom 06.06.2013, IX ZR 204/12, Rn. 17). Die Beweisaufnahme hat indes nicht mit der nach § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO notwendigen sicheren Wahrscheinlichkeit, die Zweifeln Schweigen gebietet, ohne diese vollständig auszuschließen, ergeben, dass sich die Geschäftsführung der Schuldnerin bei einem pflichtgemäßen Verhalten der Beklagten zu einem früheren als dem tatsächlichen Zeitpunkt (16.06.2016) zu einem Insolvenzantrag entschlossen hätte.

bb)

[65] Die Angaben des Zeugen B. rechtfertigen nicht den Schluss, dass dieser Anfang 2014 bei zutreffender Beratung eigene Prüfungen veranlasst und einen Insolvenzantrag gestellt hätte. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sprechen eine Reihe von Erkenntnissen im Gegenteil dafür, dass ein beratungsgerechtes Verhalten trotz erteilter Hinweise nicht erfolgt wäre. Die Bekundungen des Zeugen B. lassen den Rückschluss zu, **dass ihm grundsätzlich vor Augen stand, was bei einer Insolvenzreife der Gesellschaft zu tun war - so hat er im Jahre 2016 einen Insolvenzantrag gestellt, nachdem ein größerer Auftrag ausgeblieben war -, er allerdings bis zur tatsächlichen Insolvenzantragstellung "einfach weiter gemacht" und die finanzielle Situation der Gesellschaft trotz naheliegender und für ihn greifbarer Zweifel in der Erwartung, es werde auch "weiterhin gutgehen", bewusst nicht ausreichend hinterfragt hat.**

-1

[66] Der Zeuge hat allerdings ausgesagt, einen früheren Insolvenzantrag gestellt zu haben, wenn man ihn klarer auf seine Verpflichtungen hingewiesen, wenn man ihm gesagt hätte

"du musst jetzt" und ihm die Konsequenzen aus der unterlassenen Antragstellung vor Augen geführt hätte. Wenn er aufgeklärt worden wäre, so die Aussage, hätte er "wahrscheinlich die Handbremse gezogen". Der Zeuge hat auch deutlich gemacht, dass ihm diese Umstände aufgrund der Besprechung im Januar 2013 und der Email der Frau O. nicht hinreichend vor Augen gestanden hätten und es aus seiner Sicht damals nur darum gegangen sei, der Gesellschaft kurzfristig Liquidität zuzuführen, was dann auch gelungen sei.

[67] Über diese Kernaussagen hinaus ist allerdings festzustellen, dass der Zeuge sich an wesentliche Details der damaligen Vorgänge (Inhalt des Gesprächs im Januar 2013, Inhalt der Jahresabschlüsse ab 2012) und an Einzelheiten der Email der Rechtsanwältin O. gar nicht mehr erinnern konnte. Dies ist nach Ablauf von nahezu 10 Jahren zwar einerseits verständlich, relativiert aber die Bekundung insgesamt. Aufgrund der Erinnerungslücken bleibt die scheinbar sichere Aussage des Zeugen über ein Alternativverhalten bei pflichtgemäßem Handeln der Beklagten letztlich substanzlos. So sich der Zeuge an die Vorgänge nicht mehr im Einzelnen erinnern konnte, fällt es schwer, hinreichend sichere Anknüpfungspunkte für ein Alternativverhalten zu finden.

[68] Nach der Wahrnehmung des Senats war einerseits auffällig, dass sich der Zeuge nur an wenig erinnerte, andererseits aber die klare Einschätzung äußerte, nicht ausreichend hingewiesen worden zu sein und sich im Falle ordnungsgemäßen Verhaltens der Beklagten richtig verhalten zu haben. Dazu passt, dass der Zeuge wiederholt seine eigenen nur eingeschränkten Kenntnisse betont hat. So hat er berichtet, dass ihm seine Verpflichtung zur Prüfung, ob eine Insolvenzantragstellung geboten war, damals nicht vor Augen gestanden hätte. Ebenso hat er ausgesagt, dass ihm der Unterschied zwischen der Erstellung einer Bilanz zu Fortführungswerten und zu Liquidationswerten bis heute nicht klar sei. Der Zeuge hat Wissenslücken eingeräumt sowohl zur Kenntnis der Insolvenzgründe als auch zu seinen Verhaltenspflichten und zur Haftung des Geschäftsführers einer GmbH. Dieses Aussageverhalten zielt ersichtlich darauf, einerseits die eigene Verantwortung für die unterlassene Stellung eines Insolvenzantrages zu relativieren, andererseits die Verantwortung der Beklagten zuzuschreiben. Das Herunterspielen eigener Kenntnisse und Verantwortung sowie die Herausstellung der Notwendigkeit zu einer besonders deutlichen und klaren Beratung durch die Beklagte ist letztlich auch erklärlich vor dem Hintergrund des laufenden Prozesses, der darauf abzielt, die Insolvenzmasse - deutlich - zu vergrößern. Das Aussageverhalten lässt sich somit vor allem durch eine retrospektive Deutung der Dinge erklären, worauf es für die Beurteilung eines hypothetischen Verhaltens in den Jahren 2013 und 2014 indes nicht ankommt.

[69] Soweit der Zeuge in einer Aussage darauf abgestellt hat, die Beklagte hätte ihn im Sinne eines "Du musst jetzt!" auf die Notwendigkeit einer Insolvenzantragstellung hinweisen müssen, verkennt er zum einen, dass ein solch deutlicher Hinweis nicht geschuldet war, und zum anderen, dass es vorrangig seine eigene Verantwortung war, sich Erkenntnisse über das "Du musst jetzt!" zu verschaffen. Die durch die Aussage dokumentierte unzutreffende Erwartungshaltung des Zeugen weckt Zweifel, ob dieser überhaupt bei den von der Beklagten geschuldeten Hinweisen ausreichend Veranlassung gesehen hätte, selbst tätig zu werden.

-2

[70] Weitere objektivierbare Umstände sprechen dafür, dass sich der Zeuge gerade nicht beratungsgerecht verhalten und einen Insolvenzantrag gestellt hätte:

[71] - Der Zeuge hat das Geschäftsmodell der Schuldnerin und die Abläufe nachvollziehbar geschildert. Er hat insbesondere dargetan, dass sich bei der Geschäftsabwicklung Phasen ergeben haben, die durch hohe Vorleistungen gekennzeichnet waren, für die zunächst keine Vergütung erfolgte und Zahlungen an die Schuldnerin oft erst nach Abschluss eines Projektes erfolgten. Der Zeuge hat seine Einschätzung zur Einnahme-/Ausgabensituation der Gesellschaft dahingehend zusammengefasst: "Wir haben damals gearbeitet und gesehen, dass es funktioniert". Nach seinen Angaben hat es manchmal funktioniert, manchmal nicht. Es habe auch schonmal seine Frau einspringen müssen. Hieraus ergibt sich, dass es dem Zeugen B. in Kenntnis der Wellenbewegungen, die das Geschäft mit sich brachte, in erster Linie darauf ankam, dass die laufenden Zahlungen gesichert waren. So lange dies in irgendeiner Weise sichergestellt werden konnte, wurde das Geschäft fortgesetzt. Der Zeuge hat zugleich bekundet, keine eigene Prüfung im Hinblick auf das Vorliegen eines möglichen Insolvenzgrundes vorgenommen zu haben. Er hat dies zwar in erster Linie auf mangelnde eigene Kenntnisse und die fehlenden Hinweise der Beklagte zurückgeführt, aus der gesamten Aussage ergab sich aber demgegenüber, dass das Thema sehenden Auges verdrängt wurde, so lange die Geschäfte irgendwie aufrechterhalten werden konnten. **Anlass für eine verantwortungsbewusste und mit offenen Augen handelnde Geschäftsführung, über Insolvenzgründe und einen Insolvenzantrag nachzudenken, bestand allein schon aufgrund des Gesprächs und der Email aus Januar 2013, der anschließenden Notwendigkeit, der Gesellschaft Liquidation zuzuführen, sowie aufgrund des Abschlusses 2012 allemal.** Dass daraufhin eine ausreichende Reaktion der Geschäftsführung erfolgte, ist nicht ersichtlich. Der Zeuge hat lediglich bekundet, gemeinsam mit Herrn E. eine Zeitachse erstellt sowie Aufträge und Zahlungen mit Wahrscheinlichkeiten prognostiziert zu haben. Dies erfolgte aber ohnehin und ohne Rücksicht auf eine

wirtschaftliche Schieflage der Gesellschaft. Die einzige Maßnahme, die nach dem Krisengespräch Anfang 2013 veranlasst wurde, war die Bereitstellung eines Betrages von 90.000,00 EUR zur Auffüllung des Darlehenskontos des Herrn E.. Der Zeuge hat dazu bekundet, dass dies nach seiner Einschätzung ausreichte, um der Situation Rechnung zu tragen. Dies bestätigt allerdings die kurzfristige Sichtweise des Zeugen, dem es vorrangig darum ging weiterzumachen. Die weitere Entwicklung der Gesellschaft, die sich in einer vorausschauenden Bewertung hätte niederschlagen müssen, wurde ignoriert. Allein aufgrund der Email der Rechtsanwältin O. musste ihm bei hinreichend aufmerksamer Prüfung klar sein, dass Zweifel bestanden, ob diese Zahlung dauerhaft ausreichte. So hatte Frau O. im letzten Absatz der Mail deutlich gemacht, dass durch diese Zahlung die Zahlungsunfähigkeit "erst einmal abgewendet" sein würde, es jedoch wichtig sei, wie er - Herr B. - die Zukunftschancen der Gesellschaft einschätze. Dass daraufhin weitere Maßnahmen unternommen worden sind, konnte der Aussage nicht entnommen werden. Der Zeuge hat auch seine Einschätzung bekundet, dass man aufgrund der Sprunghaftigkeit des Geschäfts nur schlecht planen konnte. Er hat eine Planung über den Zeitraum von einem Jahr als "Blick in die Glaskugel" bezeichnet. Auch dies spricht dafür, dass sich der Zeuge auch bei einem anderen Verhalten der Beklagten und Anbringung aller notwendigen Hinweise weiterhin darauf verlassen hätte, dass das Geschäft schon weiterlaufen würde.

[72] - **Hinzu tritt, dass die Geschäftszahlen des Jahres 2013 sich positiver entwickelten.** Es ergab sich im Vergleich zu dem deutlich negativen Abschluss 2012 sogar ein leicht positives Ergebnis. Dies spricht dafür, dass Ende 2013, als der Abschluss für das Jahr 2012 vorlag, aus Sicht des Zeugen eine Prognose für eine günstigere Entwicklung der Geschäfte möglich war und gerade kein Anlass für eine Insolvenzantragstellung gesehen wurde. Zwar wurde 2014 wieder ein deutlich negatives Ergebnis erreicht, welches aber 2015 teilweise wieder aufgefangen werden konnte. Diese Geschäftsentwicklung bestätigt zum einen deutlich die vom Zeugen geschilderte sprunghafte Entwicklung. Zum anderen spricht sie dagegen, dass der Zeuge bei realistischerer Einschätzung der Situation einen Insolvenzantrag gestellt hätte, weil es aus seiner Sicht auch in den Folgejahren "noch geklappt" hatte.

[73] - **Der Insolvenzantrag wurde nach den Bekundungen des Zeugen erst im Jahr 2016 gestellt, nachdem ein spürbarer Einschnitt infolge eines ausbleibenden großen Auftrages erfolgte.** Aus der Aussage ergab sich, dass es ein solches Ereignis zuvor nicht gegeben hatte. Zwar war nach den Bekundungen auch zuvor eine Zahlung der Schuldnerin bereits deutlich verzögert erfolgt, aber sie war immerhin noch erfolgt. 2016 verhielt es sich durch den ausbleibenden Auftrag so, dass der Zeuge hinreichend Anlass sah, sowohl einen externen Berater hinzuzuziehen als auch einen Insolvenzantrag zu stellen.

Dies zeigt, dass beim Zeugen trotz seiner in der Aussage geschilderten Selbsteinschätzung ein Bewusstsein über eine mögliche Insolvenz und die in dieser Situation erforderlichen Schritte vorhanden war. Die Verhaltensweise des Zeugen unterstützt den Eindruck des Senats, dass er zuvor trotz Kenntnis des Zahlenwerks und der Auftragslage bewusst von Maßnahmen abgesehen und diese erst ergriffen hat, als es nach seiner Einschätzung gar nicht mehr ging. Es ist nicht hinreichend ersichtlich, dass allein die Aufstellung des Jahresabschlusses nach Liquidationswerten für das Jahr 2012, eine Rückfrage der Beklagten in diesem Zusammenhang oder ein weiterer Hinweis auf die mögliche Insolvenz bereits zum damaligen Zeitpunkt zu einem anderen Handeln der Geschäftsführung geführt hätten. Es spricht vieles dafür, dass eine Nachfrage der Beklagten, auf welcher Grundlage zu Fortschreibungswerten bilanziert werden konnte, bei der Geschäftsführung mit Hinweis auf das sprunghafte Geschäft und die tatsächlich positive Entwicklung in 2013 beantwortet worden wäre. Vor diesem Hintergrund spricht auch zu wenig dafür, dass ein erneuter Hinweis auf die Insolvenzgründe und die Insolvenzantragspflicht für die Geschäftsführung Anlass für eine genauere Nachprüfung gegeben hätte. Der Zeuge hat bekundet, dass man bis 2016 "in einer engen Fahrinne unterwegs gewesen" sei, es aber "noch geklappt" habe. Der Fortbestand der Gesellschaft und das weitere Wirtschaften standen bis dahin also im Vordergrund. Aus Sicht des Zeugen war dies trotz einer Reihe von Hinweisen auf wirtschaftliche Probleme, die auch dem Zeugen positiv bekannt waren, ausreichend. Aus Sicht des Gerichts drängt sich folglich der Eindruck des "Weiterwirtschaftens, solange es irgendwie funktioniert" auf.

[74] - Ein weiterer Gesichtspunkt spricht gegen die von Klägerseite behauptete Stellung eines Insolvenzantrages bereits Anfang 2014. Der Zeuge B. hat bekundet, dass Herr E. ebenfalls über alle Daten informiert war und auch diesem kein Gedanke an eine Insolvenz gekommen sei. Dies, obwohl der Zeuge schon einmal eine Insolvenz mit einer anderen Firma durchlebt hatte. Hieraus folgt, dass jedenfalls bei Herrn E. Kenntnisse in Bezug auf die Voraussetzungen und Folgen einer Insolvenz vorhanden waren. Gleichwohl wurden für die Schuldnerin seitens der Geschäftsführung keine Maßnahmen ergriffen. Auch dies spricht dafür, dass man sich bewusst über bestehende Bedenken hinweggesetzt bzw. diese ignoriert hat.

[75] - Soweit der Kläger behauptet, bei einer aus seiner Sicht korrekten Erstellung des Jahresabschlusses unter Berücksichtigung von Liquidationswerten wäre es zu einer früheren Insolvenzantragstellung gekommen, spricht gegen diese Sichtweise, dass die Schuldnerin nach dem Vortrag des Klägers bei korrekter Erstellung des Abschlusses 2012 nach Liquidationswerten eine Überschuldung von 207.920,97 EUR aufgewiesen hätte (Bl. 217 f., 251 d.A.). Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Jahresbilanz 2014 einen Jahresfehlbetrag von 192.384,04

EUR aufwies (Bl. 51 d.A.). Es ist von daher nicht erklärbar, warum die Schuldnerin allein aufgrund des Ausweises eines negativen Ergebnisses von 207.920,97 EUR in 2012 einen zeitnahen Insolvenzantrag gestellt haben will, auf einen vergleichbar ungünstigen Abschluss zwei Jahre später aber in keiner Weise reagiert hat. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass dem Zeugen nach eigenem Bekunden der Unterschied zwischen einem Abschluss nach Fortführungswerten und einem solchen nach Liquidationswerten zu keinem Zeitpunkt vor Augen gestanden hat und ihm nur wichtig war, "was unterm Strich stand". 2014 wurde das, "was unterm Strich stand" nicht zum Anlass für Maßnahmen genommen. Warum dies 2012 auf der Grundlage anderer Zahlen anders hätte laufen sollen, erschließt sich nicht.

[76] - Schließlich berücksichtigt der Senat im Rahmen der Beweiswürdigung die persönliche Einstellung des Zeugen zu dem Unternehmen sowie seine eingeschränkte Befähigung zur Übernahme der Aufgaben eines Geschäftsführers. Der Zeuge war Geschäftsführer eines Unternehmens, welches er als "seines" ansah und welches in der Vergangenheit teilweise auch positive Zahlen geschrieben und sich maßgeblich vergrößert hatte. Diese Erfahrungen, verbunden mit der Hoffnung, als Geschäftsführer mit dem "eigenen" Unternehmen nicht zu scheitern, erklären das Verhalten, den Geschäftsbetrieb trotz greifbarer Bedenken immer weiter fortzuführen. Auch dies spricht gegen die Annahme, auf die nunmehr geforderten Hinweise der Beklagten seinerzeit auch entsprechend reagiert zu haben. Daneben ist festzustellen, dass der Zeuge in seiner Befragung insgesamt ein schlichtes und deutlich lückenhaftes Verständnis von seinen Aufgaben und gesetzlichen Pflichten als Geschäftsführer offenbarte. Auch wenn die Beklagte dies als langjährige Beraterin erkennen und ihre Hinweispflicht am Kenntnisstand der Mandantin ausrichten musste, **war es gleichwohl nicht ihre Aufgabe, eine Geschäftsführung umfassend im Sinne eines "An-die-Hand-Nehmens" zu begleiten und ihr notwendige eigene Entscheidungen abzunehmen.** Die Entscheidungen der Geschäftsführung der Schuldnerin zeichneten sich teilweise durch Unkenntnis, Verdrängen latenter Probleme und hohe Defizite aus. Nach Einschätzung des Senats sind die tatsächlichen Abläufe maßgeblich darauf und nicht auf ein Fehlverhalten der Beklagten zurückzuführen.

c) [77] Hiernach kann der vom Kläger geltend gemachte Insolvenzvertiefungsschaden nicht auf die Pflichtverletzung der Beklagten gestützt werden. Es kommt daher nicht mehr auf die Prüfung weiterer Gesichtspunkte an, insbesondere ob der Kläger überhaupt befugt ist, als Insolvenzverwalter diesen Schaden geltend zu machen (bejahend: BGH Urteil vom 26.01.2017, IX ZR 285/14, Rdn. 12 ff., Juris; verneinend: BGH Urteil vom 30.03.1998, II ZR 146/96, Rdn. 8 ff.; s. dazu auch

OLG Stuttgart a.a.O., Rdn. 76 ff.; Brügge, VersR 2018, 705 ff.; Meixner DStR 2018, 1025 ff.). Ebenso muss in Ermangelung einer Zurechenbarkeit zwischen Pflichtverletzung der Beklagten und geltend gemachtem Schaden nicht geprüft werden, ob und inwieweit der Schuldnerin ein Mitverschulden hinsichtlich des Insolvenzverschleppungsschadens zufällt.

2.

[78] Nach dem Gesagten besteht auch kein Ansatz für einen Ersatz des Insolvenzverschleppungsschadens in Höhe von 405.295,50 EUR. Auch insoweit fällt der Beklagten keine schadensursächliche Pflichtverletzung zur Last. Der Senat kann daher offenlassen, ob ein Ersatzanspruch infolge der zwischen den Parteien unter Einschluss der Kreissparkasse getroffenen Vereinbarungen überhaupt noch besteht. Im Anschluss an die obigen Ausführungen zur Kausalität ist ergänzend anzumerken, dass die vom Kläger schwerpunktmäßig auf das Jahr 2013 bezogenen Pflichtverletzungen der Beklagten weit entfernt sind von den im Jahre 2016 getroffenen Vermögensverfügungen. Von daher kann die Ursächlichkeit einer Pflichtverletzung für diese Verfügungen erst recht nicht festgestellt werden. Weitere Pflichtverletzungen der Beklagten aus der Zeit nach 2013, die Grundlage einer Haftung sein könnten, hat der Kläger nicht dargelegt.

3.

[79-81] (...)

Versicherungsschutz

- Steuerberater-Deckung
- Versicherte Tätigkeit
- Treuhandkommanditist
- Deckungsausschluss: Unternehmerische Tätigkeit
(LG Köln, Urt. v. 22.4.2021 – 24 O 247/20)

Leitsatz (der Redaktion)

1. Erwirbt der an einem Anlagefonds als Treuhandkommanditist beteiligt Steuerberater eigene Anteile, begründet das eine unternehmerische Beteiligung. Er ist unmittelbar an Gewinn und Verlust beteiligt. Diese Tätigkeit ist insgesamt nicht versichert.
2. Ist es noch nicht zum Erwerb eigener Anteile gekommen, ist dieser nach dem Prospekt aber vorgesehen, so zeigt dies bereits, den Willen des Treuhandkommanditisten unternehmerisch und mit Gewinnstreben tätig zu werden. Der Ausschlussstatbestand „unternehmerische Tätigkeit“, 5.3a) BBR-S ist damit bereits gegeben.

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger beteiligte sich 2005 an der F Q N GmbH & Co. KG IV (im Folgenden: der Fonds).

[2] Grundlage war der Prospekt. In dem Prospekt wird beschrieben, wie eine mittelbare Beteiligung der Anleger an dem Fonds über die nachfolgend genannte Treuhänderin zustande kommt. In dem Gesellschaftsvertrag, der im Prospekt mit abgedruckt ist, heißt es in § 5 Ziffer 3 auszugsweise:

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

[4] In § 6 Ziffer 1 heißt es:

[5] Die Kommanditeinlage der Gründungskommanditistin ist erbracht. Die eigennützige Kommanditeinlage der Treuhandkommanditistin ist sofort zur Einzahlung fällig.

[6] Die U U1 T GmbH (im Folgenden: U GmbH) ist im Prospekt als Treuhandkommanditistin bezeichnet.

[7] Sie wurde am 02.11.2005 ins Handelsregister als Kommanditistin eingetragen.

[8] Als Vergütung für die Treuhandkommanditistin waren für jedes Geschäftsjahr 0,03 % der Summe der bis zum 31.12. des betreffenden Geschäftsjahres der Gesellschaft eingezahlten

Pflichteinlagen der Kommanditisten der Gesellschaft vorgesehen. Wenn die Pflichteinlagen einen Betrag von 20 Mio. EUR überschritten, sollte die Vergütung degressiv sein. Die U GmbH war auch Mittelverwendungskontrolleurin und erhielt als solche jährlich weitere 0,07 % der eingezahlten Pflichteinlagen als Vergütung.

[9] Der Kläger verklagte die U GmbH auf Zahlung von Schadensersatz mit der Begründung, sie habe für namentlich genannte Prospektfehler, über die die U GmbH nicht aufgeklärt habe, einzustehen. Nach Insolvenz der U GmbH wurde der Rechtsstreit als Tabellenfeststellungsklage fortgeführt. Mit rechtskräftigem Urteil des KG vom 23.06.2020 - 14 U 116/17 - (Anlage K 53) wurde zur Insolvenztabelle eine Forderung des Klägers in Höhe von 19.341,, 46 EUR für den Ausfall festgestellt.

[10] Das KG ging von Prospektfehlern aus, da dem Kläger das Risiko der Anlage falsch dargestellt worden sei, insbesondere im Zusammenhang mit dem Finanzierungsinstrument der Inhaberschuldverschreibungen, aber auch hinsichtlich des ggf. drohenden Insolvenzrisikos und bzgl. einer etwaigen Nachschusspflicht. Die U GmbH habe ihre entsprechende Aufklärungspflicht gegenüber beitragswilligen Anlegern sowohl als aufnehmende Kommanditistin als auch als Vertragspartnerin des Treuhandvertrages schuldhaft verletzt.

[11] Über das Vermögen der U GmbH ist seit dem 01.04.2018 das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung eröffnet.

[12] Zwischen der Sozietät Dr. I, T1 & Partner GbR, E, und der Beklagten bestand ein Vermögensschadenshaftpflichtversicherungsvertrag, auf der Grundlage des 21. Nachtrags zum Versicherungsschein.

[13] Als mitversichert ist dort aufgeführt die U GmbH.

[14] In den Besonderen Bedingungen und Risikobeschreibungen für Steuerberater (BBR-S) heißt es unter B. II Ziff. 6, der Versicherungsschutz erstreckt sich auch auf die Tätigkeiten, die nach § 57 Abs. 3 Nr. 2, 3 und 6 StBerG mit dem Beruf vereinbar seien, und zwar die Tätigkeit als nicht geschäftsführender Treuhänder.

[15] Unter 5. - Ausschlüsse- der BBR-S heißt es unter Ziffer 5.3: "Der Versicherungsschutz bezieht sich nicht auf Haftpflichtansprüche wegen Schäden, die dadurch entstanden sind, dass

[16] a) der Versicherungsnehmer im Bereich eines unternehmerischen Risikos, das sich im Rahmen einer versicherten Tätigkeit ergibt, einen Verstoß begeht, z.B. als Insolvenzverwalter bei der Fortführung eines Unternehmens, als

Testamentsvollstrecker, soweit ein gewerbliches Unternehmen zum Nachlass gehört.

b) ...

[17] Mit Anwaltsschreiben vom 07.10.2020 teilte die Beklagte den jetzigen Prozessbevollmächtigten des Klägers mit, die Beklagte sei für den geltend gemachten Anspruch aus den der Klägersseite bekannten Gründen nicht eintrittspflichtig.

[18] Der Kläger behauptet, die U GmbH sei erst zeitgleich mit der Eintragung ins Handelsregister am 02.11.2005 dem Fonds beigetreten. Zu diesem Zeitpunkt hätten mehrere Anleger bereits ihre Beitrittserklärungen abgegeben.

[19] Die U GmbH habe auch keine eigenen eigennützigen Anteile am Fonds gehalten. Im Gesellschaftsvertrag sei nur die Möglichkeit eines Erwerbs von eigennützigen Anteilen vorgesehen bzw. angedeutet gewesen. Am Gewinn und Verlust des Fonds sei die U GmbH nicht beteiligt gewesen. Der Hinweis der Beklagten auf die Regelung betreffend die Vergütung der U GmbH besage nichts, da gegen eine Vergütung für den geschäftsführenden Treuhänder nichts einzuwenden sei, auch dann nicht, wenn sie sich am Umfang der gezeichneten Beteiligungen orientiere. Zudem sei die Höhe der Vergütung branchenüblich.

[20] Ziff. 5.3 der BBR-S sei aus Sicht eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers dahingehend zu verstehen, dass tatsächlich eine unternehmerische Beteiligung vorliegen müsse; eine solche sei vorliegend aber eben nicht gelebt worden. Der U GmbH sei vor Aufnahme ihrer Treuhandtätigkeit bei der Fondsgesellschaft klar gewesen, dass kein Versicherungsschutz bestehen würde, wenn sie eigene Anteile an der Fondsgesellschaft halte. Da ihr dies bekannt gewesen sei und sie bewusst auf das Halten von eigenen Anteilen verzichtet habe, könne der vorgenannte Deckungsausschluss nicht greifen.

[21] An der Vertragsgestaltung sei die U GmbH nicht beteiligt gewesen.

[22] Der Kläger nimmt u.a. Bezug auf die Aussagen der von ihm auch im vorliegenden Verfahren benannten Zeugen M und L, die diese am 31.03.2016 vor dem LG N - 22 O 16253/15 - getätigt haben (Anlage K 19) und beantragt, die entsprechende Sitzungsniederschrift im Wege des Urkundenbeweises zu verwerten.

[23] Die U GmbH habe auch keinen Einfluss auf die Geschäftsführung des Fonds gehabt. Es habe sich um eine nicht geschäftsführende Treuhand gehandelt. Auch insoweit nimmt der Kläger u.a. Bezug auf die Aussagen der Zeugen M und L.

[24] Der Kläger meint, die Verletzung der Aufklärungspflicht resultiere nur aus der beruflichen Stellung der U GmbH als Steuerberaterin und nicht aus dem Status als Gesellschafterin. Dass daneben auch eine Haftung der U GmbH wegen Pflichtverletzung als künftige Gesellschafterin der Fondsgesellschaft in Betracht komme, sei für die Frage der Eintrittspflicht der bei der Beklagten unterhaltenen Berufshaftpflichtversicherung ohne Belang. Seien in einem Haftpflichturteil mehrere schadensverursachende Pflichtverletzungen festgestellt worden, von denen eine übrig bleibe, die nicht von einem Risikoabschluss erfasst werde, so bestehe insoweit zugunsten des Versicherungsnehmers Bindungswirkung.

[25] Der Kläger behauptet, die U GmbH habe vor Aufnahme ihrer Funktion als Treuhänderin und Mittelverwendungskontrolleurin des Fonds der Rechtsvorgängerin der Beklagten zur Vergewisserung des Versicherungsschutzes den streitgegenständlichen Emissionsprospekt übermittelt und hinsichtlich der Darstellung ihrer Tätigkeit auf den im Prospekt abgedruckten Treuhand- und Mittelverwendungskontrollvertrag hingewiesen. Von der Rechtsvorgängerin der Beklagten seien gegenüber der U GmbH keine Einwände oder Bedenken erhoben worden, dass die Tätigkeit möglicherweise nicht vom Versicherungsschutz des streitgegenständlichen Berufshaftpflichtvertrages umfasst sei. Der hierfür seitens des Klägers benannte Zeuge U2 sei als Mitglied der Sozietät Dr. I pp. mit der Verhandlungsführung beauftragt gewesen. Er habe mit einem externen Vertriebsmitarbeiter der I1, dessen Namen dem Kläger jedoch - demgegenüber aber der Beklagten - nicht bekannt sei, den Umfang und den Inhalt des Versicherungsvertrages und das bei der Versicherungsnehmerin und den Mitversicherten abzusichernde Risiko besprochen.

[26] Der Kläger beantragt,

[27-31] (...)

[32] Die Beklagte beantragt,

[33] (...)

[34] Die Beklagte geht davon aus, die Tätigkeit der U GmbH als Treuhandkommanditistin habe sich so weit von dem Berufsbild des Steuerberaters entfernt, dass bereits deshalb kein Deckungsschutz bestehe.

[35] Jedenfalls handele es sich um eine geschäftsführende Treuhand, die die U GmbH ausgeübt habe. Sie habe bereits nach dem Gesellschaftsvertrag wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben können. Sie führt hierzu im Einzelnen aus.

[36] Zudem habe es sich für die U GmbH um eine unternehmerische Tätigkeit gehandelt, was sich schon aus § 6 des Gesellschaftsvertrages ergebe, wo von eigennützigen Anteilen des Treuhandkommanditisten die Rede sei. Der Umstand, dass die U GmbH als Treuhänderin und Mittelverwendungskontrolleurin insgesamt 0,1 % der gezeichneten Anlage jährlich als Vergütung erhalten sollte, zeige ebenfalls ihre unternehmerische Beteiligung, da die U GmbH darauf aus gewesen sei, möglichst viele Anleger für den Fonds zu gewinnen.

[37] Die U GmbH sei schuldrechtlich bereits vor Eintragung in das Handelsregister Kommanditistin geworden. Bereits rechtlich müsse sie zudem ihren Anteil erhöht haben, bevor ein Anleger die Beteiligung über die U GmbH habe bewirken können.

[38] Eine unternehmerische Beteiligung der U GmbH ergebe sich zudem aus §§ 171, 172 HGB.

[39] Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie auf die Erörterungen im Termin vom 03.12.2020 Bezug genommen.

Aus den Gründen:

[40] Die Klage ist unbegründet.

[41] Dem Kläger als der Geschädigten, die gegen die Mitversicherte des Berufshaftpflichtversicherungsvertrages einen rechtskräftigen Titel erlangt hat, steht gegenüber der Beklagten als Berufshaftpflichtversicherer der U GmbH aus der Beteiligung des Klägers am Fonds und im Hinblick auf die in diesem Zusammenhang der U GmbH anzulastende Pflichtverletzung kein Anspruch zu.

[42] Ein Deckungsanspruch besteht nicht.

[43] Es greift der **Deckungsausschluss der unternehmerischen Tätigkeit, Ziffer 5.3 a) BBR-S**.

[44] Ausweislich des Gesellschaftsvertrages war vorgesehen, dass die U GmbH eigennützige Anteile erwirbt. In dem **Erwerb eigennütziger Anteile** liegt eine unternehmerische Beteiligung an dem Fonds, wie auch der Kläger selbst - in Übereinstimmung mit dem OLG L1 (Beschluss vom 29.12.2016 - 9 U 120/16 -, juris) ausdrücklich einräumt. **Eigennützige Kommanditanteile sind mit einer unmittelbaren Beteiligung am Gewinn und Verlust verbunden.**

[45] Auch wenn dies nicht umgesetzt worden ist - so die Zeugen M und L vor dem LG N1 am 31.03.2016 im Verfahren 22 O 16253/15 - liegt die unternehmerische Tätigkeit der U GmbH gerade darin, **dass im Prospekt der Erwerb eigennütziger**

Kommanditanteile nicht nur als Möglichkeit sondern als feststehend beschrieben wird. Anders kann man die im Tatbestand zitierten Stellen aus dem Gesellschaftsvertrag nicht verstehen. Dort heißt es gerade nicht nur (sinngemäß), die U GmbH habe das Recht, auch eigennützige Anteile zu erwerben, sondern es ist in § 5 Ziff. 3 und § 6 Ziff. 1 von "dem eigennützig gehaltenen Anteil" die Rede und weiter: **"Die eigennützige Kommanditeinlage der Treuhandkommanditistin ist sofort zur Einzahlung fällig."**

Hieraus ergibt sich, dass der Erwerb einer **eigennützigen Kommanditeinlage nach außen hin angestrebt** war. Bereits hierin liegt die unternehmerische Betätigung der U GmbH in Bezug auf den Fonds. Denn hierzu zählen auch entsprechende Vorbereitungshandlungen; ebenso wie die Kaufmannseigenschaft im Sinne des § 1 HGB nicht voraussetzt, dass der Kaufmann bereits bestimmte Handelsgeschäfte abgewickelt hat. Die laut Gesellschaftsvertrag angestrebte unternehmerische Beteiligung der U GmbH entsprach auch ihrem Willen. Da die U GmbH mehrfach im Prospekt namentlich genannt ist, kann nicht angenommen werden, die entsprechende Aussage im Prospekt, insonderheit im Gesellschaftsvertrag, sei etwa ohne ihre Kenntnis und Billigung erfolgt und die Aussagen im Gesellschaftsvertrag bezüglich der eigennützigen Kommanditanteile der U GmbH am Fonds seien ohne Absprache mit der U GmbH oder jedenfalls ohne deren Wissen und Billigung erfolgt. Soweit der Kläger behauptet, die U GmbH sei an der Vertragsgestaltung nicht beteiligt gewesen, bestreitet sie jedoch nicht - was ansonsten auch gänzlich fernliegend wäre -, dass der U GmbH vor Herausgabe des Prospekts, das auch den Gesellschafts- und den Treuhandvertrag ent halten hat, die Prospektgestaltung bekannt gewesen ist, ohne dass sie gegen irgendeine Formulierung, auch soweit es sie selbst betrifft, Einwände erhoben hätte. Die Zeugen M und L haben lediglich bekundet, die U GmbH habe keine eigenen Kommanditanteile erworben; es habe nur die Möglichkeit der U GmbH geregelt werden sollen, eigene Anteile am Fonds zu erwerben, und - so der Zeuge M - wegen der vorgenannten Formulierungen im Gesellschaftsvertrag müsse man die Vertragsjuristen fragen, die den Vertrag entworfen hätten; der Erwerb eigener Anteile sei nie vorgesehen gewesen. Es mag ja sein, dass die U GmbH nie ernsthaft erwogen hat, eigennützige Anteile zu erwerben. Nach den eindeutigen Regelungen im Gesellschaftsvertrag war dies jedoch vorgesehen, und zwar nicht nur als bloße Möglichkeit. Die U GmbH wird dort als Kommanditistin behandelt, die sich nicht nur als Treuhandkommanditistin am Fonds beteiligt, sondern auch mit eigennützigen Anteilen. Wenn eine unternehmerische Beteiligung nicht nach außen beabsichtigt gewesen wäre, wären die Regelungen betreffend den Erwerb eigennütziger Anteile von vornherein überflüssig gewesen. Der Verweis des Zeugen M auf die "Vertragsjuristen" befremdet zudem, da doch der Zeuge L, der damalige Geschäftsführer der U GmbH, seines Zeichens auch selbst Rechtsanwalt ist und auch nicht angenommen werden kann, die "Vertragsjuristen"

hätten etwa eigenmächtig Dinge in den Gesellschaftsvertrag geschrieben, die auf Seiten der U GmbH niemand bemerkt oder richtig verstanden hätte. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass es nach dem Vortrag des Klägers außer den Regelungen im Gesellschaftsvertrag keine weiteren (abweichenden) Vereinbarungen zwischen der U GmbH und dem Fonds gab, so dass auch von daher die Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag nicht als leeres Geklappere angesehen werden können. Im Übrigen ist der Vortrag des Klägers, die U GmbH sei an der Vertragsgestaltung nicht beteiligt gewesen, bereits vom Ansatz her nicht nachvollziehbar, jedenfalls was die Passagen im Gesellschaftsvertrag angeht, die die U GmbH selbst betreffen.

[46] Es kann daher dahinstehen, ob eine unternehmerische Betätigung der U GmbH auch deshalb anzunehmen ist, weil sie - so die Behauptung der Beklagten - bereits vor deren Eintragung im Handelsregister schuldrechtlich der Fondsgesellschaft beigetreten war mit der Folge der unmittelbaren persönlichen Haftung nach §§ 171 Abs. 1, 176 Abs. 2 HGB für die bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

[47] Selbst wenn man - anders als die Kammer - annehmen wollte, die U GmbH habe mit dem im Gesellschaftsvertrag nach außen bezeugten Willen einer unternehmerischen Beteiligung keine unternehmerische Tätigkeit ausgeübt, ändert sich am Ergebnis nichts. Es bliebe dann gleichwohl, dass neu aufzunehmende Kommanditisten die vorgenannten Regelungen im Gesellschaftsvertrag so verstehen mussten, die U GmbH beteilige sich auch mit eigennützigen Kommanditanteilen am Fonds. **Mit dieser von der U GmbH gebilligten Aussage im Prospekt hat sie gleichzeitig damit geworben, dass auch sie selbst die Anlage für seriös und gewinnversprechend hält, denn andernfalls würde sie sich nicht mit eigennützigen Anteilen und den damit verbundenen Gewinnerwartungen und der Einschätzung, zu einem Verlust werde es wohl nicht kommen, am Fonds beteiligen.** Die Vorstellung der Anleger ging also dahin und sollte nach der Vorstellung der U GmbH auch dahin gehen, dass die Anlage sich unbedingt empfiehlt, wenn der Treuhandkommanditist selbst sich mit einer eigenen Kommanditeinlage daran beteiligt und damit sein Vertrauen in den Fonds zum Ausdruck bringt. Die U GmbH hat sich danach mit in das Vertriebsgefüge des Fonds einbinden lassen und ist daher wie der Fonds selbst als Unternehmerin aufgetreten. Zudem hat sie damit ihre neutrale Stellung als Treuhandkommanditistin verlassen und angestrebt, mit der vorliegenden Werbeaussage möglichst viele Anleger für den Fonds zu gewinnen, damit der Fonds floriert und sie selbst dann entsprechende Mehreinnahmen, jedenfalls über die jährliche Vergütung, deren Höhe an die Höhe der gezeichneten Treuhandbeteiligungen gekoppelt war, generieren kann. Dies

geht über die Vereinbarung einer jährlichen Vergütung als solche deutlich hinaus. Hieran muss die U GmbH sich festhalten lassen und kann sich nun nicht darauf zurückziehen, eigentlich sei sie ja nur gewöhnliche Treuhandkommanditistin gewesen; **dies war sie nach ihrem äußeren Erscheinungsbild, das allein maßgeblich ist und nicht etwaige (für die Anleger) geheimen Vorbehalte, sich doch nicht mit eigennützigen Anteilen am Fonds zu beteiligen, nicht.**

[48] Soweit der Kläger meint, allein maßgeblich sei nach **Wortlaut und Sinn der Deckungsausschlussklausel**, ob die U GmbH tatsächlich eigennützige Kommanditanteile gehalten habe, so kann dem nicht gefolgt werden. Allgemeine Versicherungsbedingungen sind so auszulegen, wie ein durchschnittlicher, um Verständnis bemühter Versicherungsnehmer sie bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und unter Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs versteht. Dabei kommt es auf die Verständnismöglichkeiten eines Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse und damit auch auf seine Interessen an. In erster Linie ist vom Bedingungswortlaut auszugehen. Der mit dem Bedingungswerk verfolgte Zweck und der Sinnzusammenhang der Klauseln sind zusätzlich zu berücksichtigen, soweit sie für den Versicherungsnehmer erkennbar sind. Weiter ist der typische Adressatenkreis der Allgemeinen Versicherungsbedingungen zu berücksichtigen (zur Definition des durchschnittlichen Versicherungsnehmers und die Hervorhebung des Bezugs auf den jeweiligen Adressatenkreis vgl. etwa BGH, Urteil vom 18.11.2020 - IV ZR 217/19 -, juris). Vorliegend ist also auf den Kreis der rechts- und geschäftsgewandten Steuerberater abzustellen. **Diesem Verkehrskreis ist ohne weiteres geläufig, dass bereits Vorbereitungshandlungen für eine unternehmerische Tätigkeit als Bestandteil der unternehmerischen Tätigkeit selbst anzusehen sind, da es andernfalls zu einer künstlichen Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs kommen würde.** Auch erschließt sich dem maßgeblichen Verkehrskreis unmittelbar, dass die Deckungsausschlussklausel der unternehmerischen Betätigung nach ihrem sich aufdrängenden Sinn und Zweck auch dann greift, wenn nach außen der Anschein einer unternehmerischen Betätigung zum Zwecke des Gewinnstrebens zurechenbar gesetzt wird. Der Deckungsausschluss will - auch aus der Sicht eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers aus den beteiligten Kreisen, vorliegend also der rechts- und geschäftsgewandten Steuerberater - von vornherein verhindern, dass eine Deckungspflicht im Zusammenhang mit einer unternehmerischen Tätigkeit besteht, denn letztere ist naturgemäß risikobehafteter. Gerade wenn ein Treuhandkommanditist/Treuhänder - wie vorliegend - sich nicht auf die Rolle beschränkt, die ihm im Rahmen einer **neutralen Verwaltungstreuhand** zukommt, sondern sich auch unternehmerisch betätigt oder zumindest einen entsprechenden Rechtsschein setzt, um den eigenen Ge-

winn zu erhöhen, besteht auch die Gefahr, dass er gerade wegen seiner unternehmerischen Beteiligung seine Pflichten gegenüber den Anlegern nicht genauestens beachtet, eben um den eigenen unternehmerischen Erfolg zu gewährleisten.

[49] Soweit der Kläger behauptet, die U GmbH habe **bewusst auf das Halten von eigenen Anteilen verzichtet**, weil ihr klar gewesen sei, dass sonst kein Deckungsschutz bestünde, ist dies für die Auslegung der Klausel unerheblich, denn es ist nicht auf das Verständnis des jeweiligen konkreten Versicherungsnehmers/Versicherten abzustellen, sondern auf das Verständnis des durchschnittlichen Versicherungsnehmers.

[50] Sollte sich die Geschäftsführung der U GmbH wegen der Auslegung der Klausel in einem **Irrtum** befunden haben - was im Übrigen nur schwer vorstellbar ist -, so wäre dies unerheblich, da es um einen Deckungsausschluss geht, der allein objektiv anknüpft, und nicht um eine Obliegenheitsverletzung.

[51] Soweit der Kläger meint, **aus dem rechtskräftigen Haftpflichturteil** ergebe sich mit Bindungswirkung für den vorliegenden Deckungsprozess, dass nur eine Pflichtverletzung der U GmbH aus dem Treuhandvertrag in Rede stehe und nicht eine solche als Treuhandkommanditistin, lässt sich dies dem Haftpflichturteil nicht entnehmen; im Gegenteil. Im Übrigen kommt die auf dem sog. Trennungsprinzip beruhende Bindungswirkung nicht den rechtlichen Schlussfolgerungen im Haftpflichtprozess zu sondern den für eine Pflichtverletzung im Haftpflichtprozess festgestellten Tatsachen (C, Urteil vom 08.12.2010 - IV ZR 211/07 -, juris). Die Stellung der U GmbH als Treuhandkommanditistin ist im Haftpflichtprozess festgestellt und auch die mangelhafte Aufklärung des Klägers.

[52] Der Kläger meint auch zu Unrecht, jedenfalls bestehe eine Deckung, soweit es um Pflichtverletzungen der U GmbH als Vertragspartner des Klägers aus dem Treuhandvertrag gehe. **Die Tätigkeit der U GmbH gegenüber den Anlegern im Zusammenhang mit deren Beitritt lässt sich nicht aufspalten** in die Rolle der U GmbH als Treuhandkommanditistin und als zukünftige Vertragspartnerin des Treuhandvertrages, da beides rechtlich und wirtschaftlich ineinander greift (vgl. insoweit auch OLG Köln, Beschluss vom 29.12.2016 - 9 U 120/16 -, juris).

[53] Der Deckungsausschluss der unternehmerischen Betätigung greift auch nicht nur dann, wenn etwa dem Mitversicherten eine **unternehmerische Fehlentscheidung** unterlaufen ist, aus der sich ein Schadensersatzanspruch eines Dritten ergibt. Sinn und Zweck des Deckungsausschlusses hat die Kammer bereits dargetan. Die Gefahr, die in einer unternehmerischen Tätigkeit liegt, hat sich auch vorliegend realisiert, indem die U GmbH in einer Mehrzahl von Punkten die Anleger nicht gehörig insbesondere über Risiken, die mit der Fondsbeteiligung

verbunden sind, informiert hat, sondern statt dessen durch den Hinweis auf die eigennützige Fondsbeteiligung der U GmbH erworben hat, um hierdurch die Einkünfte der U GmbH zu steigern.

[54] Soweit der Kläger meint, die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, weil ihre Rechtsvorgängerin auf den Treuhand- und Mittelverwendungskontrollvertrag hingewiesen worden sei, um den Deckungsumfang zu klären, so hilft ihr dies nicht weiter.

[55] Ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis dem Grunde nach liegt schon deshalb nicht vor, weil zu dem Zeitpunkt, als das angebliche Schweigen des externen Vertrieblers erfolgt ist, noch kein Versicherungsfall eingetreten war.

[56] Auch die Annahme einer **bindenden Erweiterung des Deckungsschutzes durch Schweigen** ist fernliegend.

[57] Der Beklagten ist es auch nicht nach § 242 BGB verwehrt, sich auf die fehlende Deckungspflicht wegen einer unternehmerischen Betätigung der U GmbH zu berufen. Die Beklagte hat auch nach dem Vortrag des Klägers nicht ausdrücklich bestätigt, dass sie sich auf den vorgenannten Deckungsauschluss (der sich im Übrigen aus dem Treuhandvertrag selbst nicht ergibt, sondern erst aus dem Gesellschaftsvertrag) nicht berufen werde. Gerade wenn eine entsprechende Erkundigung erfolgt sein sollte, wäre es doch mehr als naheliegend gewesen, dass eine entsprechende Auskunft der Beklagten in Textform erbeten worden wäre oder zumindest der Name des Gesprächspartners notiert worden wäre, wenn die Auskunft, die auch aus Sicht der U GmbH bei objektiver Betrachtungsweise gerade nicht erteilt worden ist, von einer solch grundlegenden Bedeutung hätte sein sollen. Auch die U GmbH ist mithin nicht davon ausgegangen, dem Schweigen der Beklagten auf die angebliche Anfrage ggf. weitreichende Bedeutung beizumessen und die Beklagte an ihrem vermeintlich beredten Schweigen festhalten zu wollen.

[58] Auch ein **Schadensersatzanspruch ist nicht konkret dargetan**. Der Kläger trägt nicht vor, die U GmbH wäre nicht als Treuhänderin aufgetreten, wenn sie gewusst hätte, dass angesichts ihrer unternehmerischen Beteiligung kein Deckungsschutz besteht.

[59] Im Übrigen ist der Vortrag des Klägers zu der **angeblichen Anfrage auch widersprüchlich**. Zunächst ist vorgetragen worden, es sei eine Abklärung wegen des konkreten Fonds angestrebt worden, ohne dass ein Zusammenhang mit dem anstehenden Abschluss eines Versicherungsvertrages hergestellt worden ist; sodann heißt es, die Abklärung sei anlässlich eines Vertragsabschlusses gegenüber einem externen Vertriebler (welches Vertragsabschlusses ? des 21. Nachtrags ?) erfolgt.

Auch ist nicht ersichtlich, was denn eigentlich unter einem "externen Vertriebler" zu verstehen sein soll.

Notarhaftung

- Verfahren in Notarkostensachen
- Einwände gegen den Gebührenanspruch
- Schadensersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung (BGH, *Beschl. v. 23.5.2022 – V ZB 9/21*)

Leitsatz

In dem Verfahren nach § 127 GNotKG kann der Kostenschuldner dem Kostenanspruch des Notars keinen Schadensersatzanspruch wegen einer Amtspflichtverletzung (§ 19 BNotO) entgegenhalten. Etwas Anderes gilt nur dann, wenn der Anspruch unstreitig oder rechtskräftig festgestellt ist (Aufgabe von BGH, Urteil vom 30. Januar 1961 - III ZR 215/59, DNotZ 1961, 430; Urteil vom 22. November 1966 - VI ZR 39/65, DNotZ 1967, 323, 325; Urteil vom 22. Oktober 1987 - IX ZR 175/86, DNotZ 1988, 379).

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Beteiligten zu 1 und 2 (nachfolgend Kostenschuldner) sind in Bruchteilsgemeinschaft Eigentümer eines mit einer Wohnanlage bebauten Grundstücks. Sie baten den Beteiligten zu 3 (nachfolgend Notar) um die Ausarbeitung einer Regelung, die die Zuordnung der einzelnen Wohneinheiten für den Fall der Auseinandersetzung der Gemeinschaft ermöglichen sollte. Der Notar beurkundete einen Teilungsvertrag gemäß § 3 WEG, der jedoch auf Anweisung der Kostenschuldner nicht vollzogen wurde. Der Notar stellte ihnen 34.843,06 € in Rechnung, von denen die Kostenschuldner zur Abwendung der Zwangsvollstreckung die Hälfte zahlten.

[2] Die Kostenschuldner haben einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt, den sie unter anderem auf die nicht sachgerechte Umsetzung ihres Willens durch den Notar und einen Schadensersatzanspruch gestützt haben, mit dem sie vorsorglich die Aufrechnung erklärt haben. Das Landgericht hat die Kostenberechnung aufgehoben und den Notar zur Rückzahlung verpflichtet. Auf die Beschwerde des Notars hat das Kammergericht den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, dessen Zurückweisung der Notar beantragt, wenden sich die Kostenschuldner gegen die Beschwerdeentscheidung mit dem Ziel der Wiederherstellung der Entscheidung des Landgerichts.

II.

[3] Nach der Auffassung des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung unter anderem in DNotZ 2021, 543 veröffentlicht

ist, hat der Notar die Kosten zutreffend berechnet. Die Voraussetzungen für die Nichterhebung der Kosten nach § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG lägen nicht vor. Ob der Notar seine Amtspflicht verletzt habe (§ 19 BNotO), weil ein Teilungsvertrag gemäß § 3 WEG und keine Vorratsteilung nach § 8 WEG beurkundet worden sei, könne dahinstehen. In einem Verfahren nach § 127 GNotKG sei es dem Kostenschuldner verwehrt, der Kostenberechnung materiell-rechtliche Einwände entgegenzuhalten. Dies gelte auch für den Einwand eines Amtshaftungsanspruchs im Wege der Aufrechnung oder der dolo-agit-Einrede. Hierfür spreche bereits der Wortlaut der Vorschrift. Die dort genannte „Zahlungspflicht“ beziehe sich maßgeblich auf die in § 29 GNotKG verankerte Frage nach dem Kostenschuldner und nehme damit nur Bezug auf spezifisch kostenrechtliche Einwände. Auch in einem Kostenfestsetzungsverfahren nach § 104 ZPO seien materiell-rechtliche Einwände grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Ebensowenig könne in einem Verfahren nach § 89 GNotKG mit einem Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB aufgerechnet werden. Es seien keine Gründe ersichtlich, warum etwas Anderes im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung einer notariellen Kostenberechnung gelten solle. Gegen die Berücksichtigung materiell-rechtlicher Einwände spreche auch, dass Schadensersatzansprüche gegen den Notar nach der Zivilprozessordnung durchzusetzen seien, während das gerichtliche Verfahren in Notarkostensachen dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterliege. Der Schutz des Kostenschuldners zwingt zu keinem anderen Ergebnis. Dieser könne materiell-rechtliche Einwendungen entweder im Wege der Vollstreckungsabwehrklage oder einer negativen Feststellungsklage geltend machen.

Aus den Gründen:

III.

[4] Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Überprüfung jedenfalls im Ergebnis stand.

[5] 1. Die Rechtsbeschwerde ist unzulässig, soweit sie rügt, das Beschwerdegericht habe zu Unrecht eine unrichtige Sachbehandlung nach § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG verneint. Insofern fehlt es an der Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das Beschwerdegericht, die für die Statthaftigkeit nach § 129 Abs. 2, § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG, § 70 Abs. 1 FamFG erforderlich ist (vgl. zum Zulassungserfordernis Senat, Beschluss vom 4. Juli 2019 - V ZB 53/19, NJW 2019, 3524 Rn. 3 mwN). Das Beschwerdegericht hat die Rechtsbeschwerde nur zugelassen, soweit es den von den Kostenschuldnern eingewandten Amtshaftungsanspruch aus § 19 BNotO unberücksichtigt gelassen hat.

[6] a) Die Rechtsbeschwerde weist zwar zutreffend darauf hin, dass eine solche Beschränkung nicht im Tenor der Beschwerdeentscheidung enthalten ist. Dies ist aber unschädlich, sofern

sie sich aus den Entscheidungsgründen ergibt und sich diesen mit der erforderlichen Eindeutigkeit entnehmen lässt (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Mai 2008 - XII ZB 78/07, NJW 2008, 2351 f.). So liegt es hier. Das Beschwerdegericht hat in den Entscheidungsgründen ausgeführt, dass die **Frage, ob und unter welchen Bedingungen der Kostenschuldner in dem gerichtlichen Verfahren in Notarkostensachen materiell-rechtliche Einwände gegen den Gebührenanspruch des Notars geltend machen könne, von den Oberlandesgerichten unterschiedlich beantwortet** werde; deshalb sei die Rechtsbeschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen. Damit hat es, anders als die Rechtsbeschwerde meint, nicht lediglich seine Motivation für die Zulassung mitgeteilt, sondern den Streitstoff auf den Aufrechnungseinwand bzw. die dolo-agit-Einrede (vgl. hierzu allgemein Senat, Urteil vom 22. Februar 2019 - V ZR 244/17, BGHZ 221, 229 Rn. 24) der Kostenschuldner beschränkt.

[7] b) Die **Beschränkung ist zulässig**. Die **Zulassung** kann auf einen tatsächlich oder rechtlich selbständigen und damit abtrennbaren Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, sofern dieser Gegenstand einer Teilentscheidung sein kann oder auf den der Rechtsmittelführer sein Rechtsmittel beschränken könnte. Dafür reicht es aus, dass der von der Zulassungsbeschränkung betroffene Teil des Streits in tatsächlicher Hinsicht unabhängig von dem übrigen Streitstoff beurteilt werden kann und nach einer Zurückverweisung eine Änderung des von der beschränkten Zulassung erfassten Teils nicht in die Gefahr eines Widerspruchs zu dem übrigen Teil gerät (vgl. Senat, Urteil vom 2. Oktober 2020 - V ZR 282/19, ZWE 2021, 90 Rn. 7). Deshalb wird es in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als zulässig angesehen, die Revision auf die Entscheidung über eine zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung zu beschränken (vgl. BGH, Beschluss vom 10. September 2009 - VII ZR 153/08, NJW-RR 2010, 572 Rn. 5 mwN). Nichts Anderes gilt, wenn einer Kostenforderung ein Schadensersatzanspruch aus § 19 BNotO im Wege der dolo-agit-Einrede entgegengehalten wird.

[8] 2. Soweit die Rechtsbeschwerde zulässig ist, ist sie unbegründet. Das Beschwerdegericht lässt es zu Recht dahinstehen, ob die Kostenschuldner einen **Schadensersatzanspruch gemäß § 19 BNotO gegen den Notar** haben.

[9] a) Allerdings ist **umstritten, ob dem Kostenanspruch des Notars in einem Kostenprüfungsverfahren nach § 127 GNotKG ein Schadensersatzanspruch wegen einer möglichen Amtspflichtverletzung gemäß § 19 BNotO entgegengesetzt werden kann**.

[10] aa) **Nach der in Rechtsprechung und Literatur überwiegenden Meinung ist dies jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Anspruch aus § 19 BNotO mit dem notariellen Geschäft**

in einem sachlichen Zusammenhang steht. Dem Kostenschuldner soll der Rechtsweg vor dem Prozessgericht dann nur insoweit offen stehen, als der Schadensersatzanspruch die Kostenforderung übersteigt (vgl. OLG Saarbrücken, NJOZ 2020, 1077 Rn. 20; OLG Hamm, NJW-RR 2019, 1078 Rn. 15 f.; OLG Naumburg, NotBZ 2019, 472, 475; OLG Frankfurt, NJOZ 2019, 1675 Rn. 74 ff.; OLG Dresden, NotBZ 2017, 51, 52; OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 114720 Rn. 29; BeckOK KostR/Schmidt-Räntsch [1.1.2021], GNotKG § 127 Rn. 25; Wöstmann in Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 4. Aufl., Rn. 381; Görk, BNotO, 10. Aufl., § 19 Rn. 193; Haug/Zimmermann/Mayer, Die Amtshaftung des Notars, 4. Aufl., D Rn. 885 ff.; Korintenberg/Sikora, GNotKG, 21. Aufl., § 127 Rn. 34; Ländernotarkasse, Leipziger Kostenspiegel, 2. Aufl. Rn. 1196; LK-GNotKG/Wudy, 3. Aufl., § 127 Rn. 68; Rohs/Wedewer/Waldner, GNotKG [Dezember 2020], §§ 127-130 Rn. 23 ff.; Schneider/Volpert/Fölsch/Heinemann, Kostenrecht, 3. Aufl., GNotKG § 127 Rn. 64; Toussaint/Uhl, Kostenrecht, 51. Aufl., GNotKG § 127 Rn. 22; Ganter, DNotZ 2021, 553; Waldner, notar 2021, 708, 709 f.; zu § 156 KostO zuletzt: KG, MDR 2015, 890; BayObLG, MittBayNot 2005, 304; OLG Oldenburg, OLGR 1997, 120; OLG Schleswig, OLGR 1997, 163, 164; OLG Stuttgart, BWNNotZ 1996, 17 f.; OLG Hamm, JMBl. NW 1979, 93, 94; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1975, 411).

[11] bb) Nach der Gegenauffassung, der auch das Beschwerdegericht folgt, kann der Kostenschuldner dem Kostenanspruch des Notars keinen Schadensersatzanspruch wegen einer Amtspflichtverletzung entgegenhalten. Der Kostenschuldner wird darauf verwiesen, einen etwaigen Schadensersatzanspruch in einem ordentlichen Zivilprozess einzuklagen. Zulässig sei hiernach nur die Aufrechnung mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung (vgl. LG Bonn, RNotZ 2019, 353 Rn. 15 ff.; LG Lübeck, NJOZ 2017, 1197, 1198 f.; LG Kleve, NotBZ 2015, 359, 368; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Neie, GNotKG, 4. Aufl., § 127 Rn. 19; BeckOK KostR/Diehn [1.7.2021], GNotKG § 21 Rn. 11; Heinze, notar 2016, 131; zu § 156 KostO: LG Hannover, NotBZ 2004, 491; LG Halle, NotBZ 2003, 316 mit zust. Anmerkung von Lappe).

[12] cc) Der Bundesgerichtshof hat für das Verfahren nach § 156 KostO, der im Wesentlichen gleich lautenden Vorgängervorschrift des § 127 GNotKG, die Geltendmachung materiell-rechtlicher Einwände, die aus einer behaupteten Pflichtverletzung des Notars hergeleitet werden, für zulässig und erforderlich erachtet. Vor dem Prozessgericht könne der Kostenschuldner nur Schadensersatzansprüche durchsetzen, die den Betrag der Kosten überstiegen (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 1961 - III ZR 215/59, DNotZ 1961, 430; Urteil vom 22. November 1966 - VI ZR 39/65, DNotZ 1967, 323, 325; Urteil vom 22. Oktober 1987 - IX ZR 175/86, DNotZ 1988, 379; siehe auch Urteil vom 20. Januar 2005 - III ZR 278/04, NJW-RR 2005,

721 zu einer Verweisung des Prozessgerichts an das nach § 156 KostO zuständige Gericht). Eine Klage des Kostenschuldners vor dem Prozessgericht, die auf die (negative) Feststellung gerichtet sei, dass er wegen der behaupteten Pflichtverletzung des Notars zur Zahlung des in Rechnung gestellten Betrages nicht verpflichtet ist, sei unzulässig (BGH, Urteil vom 22. Oktober 1987 - IX ZR 175/86, DNotZ 1988, 379 f.). Ob an diesen Grundsätzen festzuhalten ist, hat der Senat - unter der Geltung des § 127 GNotKG - bezweifelt, ohne hierzu letztlich Stellung nehmen zu müssen (vgl. Senat, Beschluss vom 1. Oktober 2020 - V ZB 67/19, ZfIR 2021, 74 Rn. 30).

[13] b) Der Senat entscheidet die Frage nunmehr in dem Sinne, dass in dem Verfahren nach § 127 GNotKG der Kostenschuldner dem Kostenanspruch des Notars keinen Schadensersatzanspruch wegen einer Amtspflichtverletzung (§ 19 BNotO) entgegenhalten kann. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Anspruch unstreitig oder rechtskräftig festgestellt ist. Soweit der III. Zivilsenat in den oben genannten Entscheidungen einen **abweichenden Standpunkt** eingenommen hat, hat er auf **Anfrage** mitgeteilt, daran unter Berücksichtigung der Einführung von § 17a Abs. 6 GVG durch Art. 22 des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586) **nicht festzuhalten**. Der VI. und der IX. Zivilsenat sind nicht mehr für Ansprüche wegen Pflichtverletzungen von Notaren zuständig (§ 132 Abs. 3 Satz 2 GVG).

[14] aa) Der Wortlaut des § 127 GNotKG lässt allerdings beide Auslegungen zu. Hiernach kann gegen die Kostenrechnung (§ 19), einschließlich der Verzinsungspflicht (§ 88), gegen die Zahlungspflicht, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts (§ 11) und die Erteilung der Vollstreckungsklausel die Entscheidung des Landgerichts beantragt werden. Dass unter den Begriff der „Zahlungspflicht“ nur die Prüfung fallen soll, ob die von dem Notar in Anspruch genommene Person Kostenschuldner i.S.d. §§ 29 ff. GNotKG ist, lässt sich entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts dem Wortlaut des § 127 GNotKG nicht entnehmen. Anders als bei den weiter in § 127 Abs. 1 GNotKG aufgezählten Gegenständen der gerichtlichen Prüfung fehlt es an einer entsprechenden Bezugnahme auf die Vorschriften zu dem Kostenschuldner. Die „Zahlungspflicht“ kann auch aufgrund materiell-rechtlicher Einwendungen entfallen (so OLG Frankfurt, NJOZ 2019, 1675 Rn. 24; Ganter, DNotZ 2021, 553).

[15] bb) Die Unerheblichkeit einer in dem Verfahren nach § 127 GNotKG eingewandten Amtspflichtverletzung des Notars lässt sich auch nicht mit der (allgemeinen) Erwägung begründen, dass materiell-rechtliche Einwendungen in Kostenverfahren grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind.

[16] (1) Dies trifft allerdings auf ein **Kostenfestsetzungsverfahren nach § 104 ff. ZPO** zu (vgl. Senat, Beschluss vom 7. Mai 2014 - V ZB 102/13, ZfIR 2014, 746). Wegen entsprechender Einwendungen ist der Kostenschuldner vorrangig auf die Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss (§ 767 Abs. 1, § 794 Abs. 1 Nr. 2, § 795 ZPO) verwiesen (vgl. Senat Beschluss vom 23. März 2006 - V ZB 189/05, NJW 2006, 1962; BGH, Beschluss vom 22. November 2006 - IV ZB 18/06, NJW-RR 2007, 422). Beantragt ein **Rechtsanwalt die Festsetzung der anwaltlichen Vergütung** gegen seinen Mandanten (§ 11 Abs. 1 RVG), ist der Antrag bereits kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung abzulehnen, wenn der Antragsgegner **Einwendungen oder Einreden erhebt, die nicht im Gebührenrecht ihren Grund haben (§ 11 Abs. 5 RVG)**. Dass in einem Erinnerungsverfahren gegen den Kostensatz (§ 81 Abs. 1 GNotKG) eine Aufrechnung mit einer Gegenforderung grundsätzlich ausgeschlossen ist - worauf das Berufungsgericht ergänzend hinweist - ist zwar richtig (vgl. BGH, Beschluss vom 24. November 2005 - I ZR 91/04, juris Rn. 3 zu der Aufrechnung mit einem Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB in einem Erinnerungsverfahren nach § 66 GKG). Dies folgt aber aus der ausdrücklichen Regelung in § 8 Abs. 1 Satz 2 JustizBeitrG, wonach die Einwendung, dass mit einer Gegenforderung aufgerechnet wird, in dem Verfahren nur zulässig ist, wenn die Gegenforderung anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist.

[17] (2) **In einem Verfahren nach § 127 GNotKG sind im Ausgangspunkt dagegen auch materiell-rechtliche Einwendungen des Kostenschuldners zu prüfen.** Dies beruht darauf, dass eine notarielle Kostenberechnung zwar zur Zwangsvollstreckung berechtigt (§ 89 GNotKG), eine Vollstreckungsgegenklage aber ausgeschlossen ist. Die Kostenberechnung gehört nämlich nicht zu den sonstigen Titeln i.S.d. § 794 Abs. 1 ZPO. Das Verfahren nach § 127 GNotKG stellt gegenüber der Vollstreckungsgegenklage den spezielleren Rechtsbehelf dar (vgl. Senat, Beschluss vom 13. Mai 2015 - V ZB 196/13, NJW-RR 2015, 1207 Rn. 29; OLG Oldenburg, NJW-RR 1998, 72; OLG Düsseldorf, FamRZ 2002, 1580). Deshalb kann und muss der Kostenschuldner, anders als das Beschwerdegericht offenbar meint, insbesondere den Einwand der Erfüllung in dem Verfahren nach § 127 GNotKG erheben (vgl. KG, JurBüro 2020, 200).

[18] cc) **Etwas anderes gilt aber in Bezug auf Schadensersatzansprüche wegen einer Amtspflichtverletzung, die der Kostenschuldner dem Kostenanspruch entgegenhält.** Entscheidend gegen die Berücksichtigung des Aufrechnungs- bzw. dolo-agit-Einwands in dem Verfahren nach § 127 GNotKG spricht, dass der Gesetzgeber für die Entscheidung über das Bestehen von Amtshaftungsansprüchen gegen den Notar die **ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichts** angeordnet hat (§ 19 Abs. 3 BNotO), das als Prozessgericht in

einem Klageverfahren die Regeln der Zivilprozessordnung (ZPO) anwenden muss (vgl. § 3 Abs. 1 EGZPO). **Demgegenüber sind für das Verfahren nach § 127 Abs. 1 Satz 1 GNotKG gemäß § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Zivilsachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) maßgeblich.** Könnte in diesem Verfahren eine Entscheidung über das Bestehen eines Amtshaftungsanspruchs gegen den Notar - wenn auch beschränkt auf die Höhe der Kostenforderung - getroffen werden, hätte dies eine **Kompetenzverlagerung zur Folge**, die mit den unterschiedlichen Verfahrensregeln in einem bürgerlichen Rechtsstreit und in einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht zu vereinbaren wäre und zudem die Gefahr widerstreitender Entscheidungen bergen würde.

[19] (1) In dem **Verfahren nach § 127 GNotKG** hat das Gericht die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen **Ermittlungen von Amts wegen** durchzuführen (§ 26 FamFG i.V.m. § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG). **Demgegenüber gilt in dem Rechtsstreit um Ansprüche nach § 19 BNotO der Beibringungs- und Verhandlungsgrundsatz.** Hiernach darf das Gericht seiner Entscheidung nur das Tatsachenmaterial zugrunde legen, das von den Parteien vorgetragen wird (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl., Vor § 128 Rn. 10). Um zu verhindern, dass sich der Kostenschuldner durch die Verlagerung der Prüfung des Amtshaftungsanspruchs in das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit den schärferen Darlegungs-, Substantiierungs- und Beweisführungspflichten des Zivilprozesses entzieht und sich der Amtsermittlungspflicht sowie der Möglichkeit des Freibeweises (§ 29 Abs. 1 FamFG) bedient, sollen nach der Gegenauffassung den Kostenschuldner hinsichtlich solcher Gegenansprüche auch in dem Verfahren nach § 127 GNotKG dem Zivilprozess vergleichbare Darlegungs- und Substantiierungspflichten treffen (vgl. BayObLG, FGPrax 2005, 229, 231; LG Düsseldorf, JurBüro 2021, 422). Das zeigt aber gerade, dass die Prüfung von Amtshaftungsansprüchen im Kostenverfahren systemwidrig ist.

[20] (2) **Unterschiede** ergeben sich auch im Hinblick auf **weitere Verfahrensfragen**. So unterliegt das Klageverfahren nach § 19 BNotO für alle Parteien einschließlich des Notars dem **Anwaltszwang** (§ 78 ZPO i.V.m. § 19 Abs. 3 BNotO), während dies bei dem Verfahren nach § 127 GNotKG für den Antragsteller erst im Verfahren vor dem Bundesgerichtshof der Fall ist (§ 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i.V.m. § 10 Abs. 4 FamFG). Der Notar kann sich auch dort selbst vertreten (§ 130 Abs. 3 Satz 2 GNotKG i.V.m. § 10 Abs. 4 FamFG). In kostenrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass das erstinstanzliche Verfahren in Notarkostensachen gebührenfrei ist und in dem Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren Festgebühren von (lediglich) 99 € (Nr. 19110 KV GNotKG) bzw. 198 € (Nr. 19120 KV GNotKG) anfallen. In einem Klageverfahren nach § 19 BNotO

und einem sich anschließenden Berufungs- und Revisionsverfahren fallen deutlich höhere Gebühren an, selbst wenn der Streitwert die Mindeststufe von 500 € nicht überschreitet (vgl. § 34 Abs. 1 Satz 1 GKG i.V.m. Nr. 1210, Nr. 1220 und Nr. 1214 KV GKG). Schließlich ist auch der Rechtsmittelzug in beiden Verfahren unterschiedlich ausgestaltet. So kann bei einem Verfahren nach § 127 GNotKG der Bundesgerichtshof mit einer Frage nur befasst werden, wenn das Beschwerdegericht die Rechtsbeschwerde zulässt (§ 129 Abs. 2, § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i.V.m. § 70 Abs. 1 FamFG). Wird demgegenüber der Klageweg gemäß § 19 BNotO beschritten, können die Parteien unter den Voraussetzungen des § 544 ZPO eine Nichtzulassungsbeschwerde einlegen und auf diese Weise eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erreichen.

[21] (3) Die **Unterschiedlichkeit der Verfahren** wird durch **§ 17a Abs. 6 GVG bekräftigt**. Nach dieser Vorschrift gelten die in § 17a Abs. 1 bis 5 GVG für Streitigkeiten über die Frage des zulässigen Rechtswegs getroffenen Regelungen unter anderem für die in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständigen Spruchkörper in ihrem Verhältnis zueinander entsprechend. Der Gesetzgeber hat damit eine Klarstellung vorgenommen (vgl. RegE BT-Drs. 16/6308, 318) und die bereits vor dem Inkrafttreten durch das FGG-Reformgesetz vom 17.12.2008 am 1. September 2009 (BGBl. I, S. 2586) bestehende ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gleichen Inhalts bestätigt. Hiernach rechtfertigen es die Unterschiede der beiden Verfahrensarten, Kompetenzkonflikte zwischen ihnen wie Rechtswegstreitigkeiten zu behandeln (vgl. BGH, Beschluss vom 5. April 2001 - III ZB 48/00, NJW 2001, 2181; Urteil vom 20. Januar 2005 - III ZR 278/04, NJW-RR 2005, 721). Ob allein aus der Existenz des § 17a Abs. 6 GVG zwingend ein Aufrechnungsverbot im Verhältnis sämtlicher in der Vorschrift aufgeführten Spruchkörper folgt, wie dies zum Teil unter Heranziehung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu sog. rechtswegfremden Aufrechnungen (vgl. grundlegend BGH, Urteil vom 11. Januar 1955 - I ZR 106/53, BGHZ 16, 124) angenommen wird (vgl. LG Bonn, RNotZ 2019, 353, 354 f.; LG Lübeck, NJOZ 2017, 1197, 1198 f.; LG Kleve, NotBZ 2015, 359, 360; BeckOK KostR/Diehn [1.7.2021], GNotKG § 21 Rn. 11; Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl., § 145 Rn. 19a f.; aA OLG Frankfurt, NJOZ 2019, 1675 Rn. 24; BeckOGK BGB/Skamel [1.4.2021], § 387 Rn. 216), bedarf keiner Entscheidung. Dass **Kompetenzkonflikte zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit nach § 17a GVG und nicht nach § 3 FamFG bzw. § 281 ZPO zu lösen** sind, spricht zumindest indiziell gegen die Prüfung von Ansprüchen aus § 19 BNotO in dem Verfahren nach § 127 GNotKG.

[22] (4) Sähe man dies anders, bestünde zudem die **Gefahr widersprechender Entscheidungen** in den Fällen, in denen eine Amtspflichtverletzung bei dem Gebührenschuldner einen

über die Kostenbelastung hinausgehenden Schaden verursacht hat. Da nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Kostenschuldner den Amtshaftungsanspruch nur in Höhe des die Kostenforderung übersteigenden Betrages vor dem Prozessgericht geltend machen durfte und er den Anspruch im Übrigen zwingend im Kostenverfahren verfolgen musste (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 1961 - III ZR 215/59, DNotZ 1961, 430; Urteil vom 22. November 1966 - VI ZR 39/65, DNotZ 1967, 323, 325; Urteil vom 22. Oktober 1987 - IX ZR 175/86, DNotZ 1988, 379), konnte es zu divergierenden Entscheidungen über dieselbe Frage durch unterschiedliche Gerichte kommen. Wird in dem Verfahren nach § 127 GNotKG der eingewandte Anspruch aus § 19 BNotO bereits dem Grunde nach verneint, kann er in dem Amtshaftungsprozess gegen den Notar bejaht werden. Umgekehrt ist es auch denkbar, dass dem Antrag nach § 127 GNotKG unter Hinweis auf eine Amtspflichtverletzung stattgegeben wird und das Prozessgericht einen Schadensersatzanspruch bereits dem Grunde nach für nicht gegeben erachtet. Dass sich in der Praxis der Schaden häufig in der Kostenbelastung erschöpft und es deshalb nicht zu einem Zivilprozess kommt (vgl. Ganter, DNotZ 2021, 553, 555, Waldner, notar 2021, 209, 210), kann unterstellt werden. An der Widerspruchsgefahr in den sonstigen Fällen vermag dies jedoch nichts zu ändern. Die Möglichkeit der Aussetzung (§ 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i.V.m. § 21 Abs. 1 FamFG) scheidet aus, wenn der Kostenschuldner die Verfahren nach § 127 GNotKG und § 19 BNotO nicht parallel, sondern nacheinander führt.

[23] (5) Nur wenn der Schadensersatzanspruch bereits in einem vorangegangenen Prozess rechtskräftig festgestellt wurde oder von dem Notar nicht bestritten wird, kann er in dem Kostenverfahren eingewandt werden. Eine Kompetenzüberschreitung des für die Entscheidung über einen Antrag gemäß § 127 GNotKG zuständigen Gerichts liegt dann nicht vor. Auch die Unterschiedlichkeit der Verfahrensordnungen spielt in diesem Fall keine Rolle.

[24] dd) Die von der bislang herrschenden Auffassung für eine Berücksichtigung von Amtshaftungsansprüchen angeführten Argumente veranlassen keine abweichende Beurteilung.

[25] (1) Dies gilt zunächst für die Überlegung, dass das Gericht in einem Verfahren nach § 127 GNotKG prüfen müsse, ob eine **unrichtige Sachbehandlung** durch den Notar nach **§ 21 GNotKG** vorliege und es schwierig sei, diese von **einer Amtspflichtverletzung nach § 19 BNotO** abzugrenzen (vgl. Waldner, notar 2021, 209; siehe auch Ganter, DNotZ 2021, 553, 554). Hierbei bleibt unberücksichtigt, dass § 21 GNotKG deutlich engere Voraussetzungen hat als ein Amtshaftungsanspruch. Eine unrichtige Sachbehandlung nach § 21 GNotKG liegt nach der Rechtsprechung des Senats (nur) vor, wenn dem

Notar ein offen zutage tretender Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen materiell- oder verfahrensrechtlicher Art oder ein offensichtliches Versehen unterlaufen ist sowie dann, wenn der Notar von mehreren gleich sicheren Gestaltungsmöglichkeiten die teurere wählt (vgl. Senat, Beschluss vom 1. Oktober 2020 - V ZB 67/19, ZfIR 2021, 74 Rn. 6 mwN). Dagegen erfasst § 19 BNotO im Grundsatz jegliche Amtspflichtverletzung und weist deshalb einen weiteren Anwendungsbereich als § 21 GNotKG auf, der im Wesentlichen nur Evidenzfehler erfasst (vgl. LK-GNotKG/Wudy, 3. Aufl., § 21 Rn. 28). Dass es im Einzelfall zu Überschneidungen kommen kann und die Voraussetzungen beider Vorschriften vorliegen können, trifft zu, ändert aber an dem unterschiedlichen Anwendungsbereich nichts. Unabhängig davon hätte die Gegenauffassung trotz der Überschneidungen die wenig einleuchtende Konsequenz, dass für die Prüfung des § 21 GNotKG der Amtsermittlungsgrundsatz gilt, während für den Amtshaftungsanspruch der Beibringungs- und Verhandlungsgrundsatz maßgeblich sein soll. Die Abgrenzungsfrage würde sich in gleicher Weise stellen, nur unter einem anderen Aspekt.

[26] (2) Richtig ist, dass dem Notarkostenverfahren die Prüfung und Entscheidung von Schadensersatzansprüchen nicht fremd ist. Nach § 90 Abs. 1 Satz 1 GNotKG hat der Notar für den Fall, dass die Kostenberechnung abgeändert wird oder der endgültige Kostenbetrag geringer ist als der erhobene Vorschuss, die zu viel empfangenen Beträge zu erstatten. Besteht ein solcher Rückzahlungsanspruch (vgl. Bormann/Sommerfeldt/Diehn, GNotKG, 4. Aufl., § 90 Rn. 6) und hat der Kostenschuldner einen Antrag auf Entscheidung nach § 127 GNotKG innerhalb eines Monats nach Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung gestellt, hat der Notar zudem den Schaden zu ersetzen, der dem Schuldner durch die Vollstreckung oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung erbrachte Leistung entstanden ist. Hierüber wird in dem Verfahren nach § 127 GNotKG entschieden (§ 90 Abs. 2 GNotKG). Dies lässt jedoch keinen Rückschluss zu auf die Befugnis zur Entscheidung über einen Schadensersatzanspruch nach § 19 BNotO (aA OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 18. Dezember 2018 - 20 W 46/17, juris Rn. 24; Ganter, DNotZ 2021, 553, 554). Bei dem **Schadensersatzanspruch nach § 90 Abs. 1 GNotKG** handelt es sich nur um einen **Annex zu dem Rückzahlungsanspruch bei einer Abänderung der Kostenberechnung**, für die der Gesetzgeber ausdrücklich eine Zuständigkeit des über die Kostenberechnung entscheidenden Gerichts angeordnet hat.

[27] (3) Schließlich ergeben sich auch keine Rechtsschlüpfen, wenn das für die Entscheidung nach § 127 GNotKG zuständige Gericht nicht über die Berechtigung eines Amtshaftungsanspruchs befinden darf, den der Kostenschuldner dem Notar entgegensetzen möchte (so aber OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 18. Dezember 2018 - 20 W 46/17, juris Rn. 24; Waldner, notar 2021, 209, 210).

[28] (a) Möchte der Kostenschuldner gegen die Kostenberechnung ausschließlich einen Amtshaftungsanspruch einwenden und beschränkt sich sein Schaden in dem Bestehen der Verbindlichkeit gegenüber dem Notar, kann und muss er den Rechtsweg nach § 19 BNotO beschreiten und um Rechtsschutz im Wege einer **negativen Feststellungsklage** nachsuchen, die nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Urteil vom 22. Oktober 1987 - IX ZR 175/86, DNotZ 1988, 379 f.) ausgeschlossen war. Von dem nach § 19 BNotO zuständigen Gericht können auch vorläufige Maßnahmen - etwa im Wege einer einstweiligen Verfügung - getroffen werden, wenn der Notar trotz des Klageverfahrens die Zwangsvollstreckung aus der Kostenberechnung betreibt. Ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 127 GNotKG wäre demgegenüber unstatthaft.

[29] (b) Wenn der Kostenschuldner in dem Verfahren nach § 127 GNotKG statthafte Einwendungen gegen die Kostenberechnung vorbringen und zusätzlich Amtshaftungsansprüche nach § 19 Abs. 1 BNotO gegen den Notar erheben möchte, die über die Kostenberechnung hinausgehen, kann er beide Verfahren parallel betreiben. In diesem Fall ist es regelmäßig ermessensgerecht, das Notarkostenverfahren bis zur Entscheidung über die Amtshaftungsansprüche auszusetzen (§ 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i.V.m. § 21 Abs. 1 FamFG), es sei denn, die Notarkostenberechnung ist bereits unabhängig von dem Amtshaftungsanspruch in dem Verfahren nach § 127 Abs. 1 GNotKG aufzuheben.

[30] c) Da die Kostenschuldner einen Amtshaftungsanspruch gemäß § 19 BNotO in dem hier in Rede stehenden Verfahren nicht geltend machen können, ist ihre Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

IV.

[31] Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i.V.m. § 84 FamFG. Einer Wertfestsetzung für das Rechtsbeschwerdeverfahren bedarf es nicht, da hierfür gemäß Nr. 19120 KV GNotKG eine Festgebühr anfällt.

Notarhaftung

- Pflichtverletzung
- Kausalität
- Weitere Umstände
- Beweislast

(BGH, Urt. v. 16.2.2023 – III ZR 210/21)

Leitsatz

Hängt die Kausalität für den Eintritt eines Schadens nicht nur von der notariellen Amtspflichtverletzung, sondern auch von weiteren Umständen ab, trägt der Geschädigte hierfür ebenfalls die Beweislast (Fortführung von BGH, Urteil vom 23. Januar 2020 - III ZR 28/19, WM 2020, 1176).

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin nimmt den Beklagten wegen notarieller Amtspflichtverletzungen auf Schadensersatz in Anspruch.

[2] Die Klägerin betreibt Leasinggeschäfte. Die f. GmbH aus Hannover (künftig: Leasingnehmerin), deren geschäftsführender Gesellschafter O. H. S. war, richtete über die B. F. S. GbR (künftig: Vermittlerin) eine Leasinganfrage an die Klägerin zur Finanzierung einer Digitaldruckmaschine. Die Klägerin teilte der Vermittlerin mit Schreiben vom 13. Oktober 2017 mit, der Leasingvertrag sei unter folgender Auflage genehmigt:

" ...

BÜ H. O. S. .

Eintragung einer Briefgrundschuld auf dem Wohnhaus eingetragen im GB von B. , Blatt 12496, nach Vorl. Abt. III i.H.v. 281.210,53 €

Abtretung von Rangübertragungsansprüchen der Commerzbank

Zweckerklärung"

[3] Die Leasingnehmerin bestellte daraufhin mit Kaufvertrag vom 18. Oktober 2017 von der G. G. H. GmbH (künftig: Verkäuferin) die Druckmaschine zum Preis von 129.000 € netto. Sie unterzeichnete am selben Tag ein Vertragsformular der Klägerin, mit welchem sie ihr hinsichtlich der bestellten Maschine den Abschluss eines Leasingvertrags anbot. Zugleich unterschrieb O. H. S. die geforderte Bürgschaftserklärung. Die Klägerin teilte der Verkäuferin mit Schreiben vom 23. Oktober 2017 mit, dass sie unter folgenden Voraussetzungen in die Bestellung der Leasingnehmerin eintreten werde:

" ...

- Leasingvertrag, BÜ v. H. O. S. , SEPA, Zweckerklärung müssen in Original vorliegen

- Eintragung einer Briefgrundschuld auf dem Wohnhaus

" ... "

[4] Am 20. Oktober 2017 hatte der Sohn O. H. S. , der Zeuge M. S. , ein von der Klägerin verfasstes Dokument mit dem Titel

"Grundschuld

Zweckerklärung zur Sicherung der Geschäftsverbindung mit Abtretung der Rückgewähransprüche sowie Übernahme der persönlichen Haftung"

unterzeichnet. Dieses enthielt eine Zweckerklärung für eine Grundschuld über 100.000 €, mit welcher das Hausgrundstück des Zeugen in B. belastet werden sollte. Mit Übernahmeerklärung vom 1. November 2017 bestätigten die Leasingnehmerin und die Verkäuferin der Klägerin, dass die Leasingnehmerin die Druckmaschine erhalten hatte. Die Verkäuferin stellte der Klägerin mit Rechnung vom 2. November 2017 gemäß ihrem Bestelleintritt den Kaufpreis für die Maschine von 129.000 € netto in Rechnung. Die Klägerin teilte der Leasingnehmerin daraufhin mit Schreiben vom 8. November 2017 mit, dass sie den Leasingvertrag annehme. Am 9. November 2017 unterzeichnete sie den Leasingvertrag.

[5] Der Beklagte beglaubigte am 10. November 2017 die Unterschrift des Zeugen M. S. auf der Zweckerklärung der Klägerin. Mit E-Mail sowie Schreiben vom selben Tag teilte er der Klägerin mit, er übersende als Anlage eine beglaubigte Kopie der "Grundschuldbestellungsurkunde vom 10. November 2017 - UR.-Nr. 2811/2017". Das Original habe er dem Amtsgericht Hannover zum Vollzug eingereicht. Tatsächlich waren der E-Mail und dem Schreiben lediglich eine Kopie der Zweckerklärung mit Unterschriftsbeglaubigung sowie das Eintragungssuchen an das Amtsgericht Hannover beigelegt.

[6] Am 13. November 2017 zahlte die Klägerin den Restkaufpreis von 130.483,50 € an die Verkäuferin aus. Das Grundbuchamt teilte dem Beklagten mit Verfügung vom 16. November 2017 mit, dass eine Eintragung der Grundschuld auf der Grundlage der vorgelegten Zweckerklärung nicht möglich sei, weil insbesondere ein entsprechender Antrag sowie eine Bewilligung der Eigentümer fehle. Der Beklagte entwarf deshalb eine Grundschuldbestellungsurkunde und bat den Zeugen M. S. mit E-Mail vom 28. November 2017, einen Termin

zur Beurkundung zu vereinbaren. Dieser lehnte die Bestellung der Grundschuld jedoch ab.

[7] Im April 2018 geriet die Leasingnehmerin mit der Zahlung der Leasingraten in Verzug. Die Klägerin kündigte daraufhin den Leasingvertrag und forderte Schadensersatz von 124.876,33 €. Da über das Vermögen der Leasingnehmerin das Insolvenzverfahren eröffnet wurde und der Bürge O. H. S. im Februar 2018 verstorben war, nahm die Klägerin den Zeugen M. S. aus dem in der Zweckerklärung enthaltenen Schuldanerkenntnis in Anspruch. Das Landgericht Hannover wies ihre Klage ab. Die Berufung der Klägerin wurde vom Oberlandesgericht Celle zurückgewiesen. Die Klägerin verwertete die Druckmaschine, die zum Preis von 22.000 € netto an die Verkäuferin versteigert wurde.

[8] Die Klägerin hat geltend gemacht, der Beklagte habe seine Amtspflichten verletzt. Sie habe im Vertrauen darauf, dass die vermeintlich zur Eintragung eingereichte Grundschuld zur Eintragung kommen würde, den Leasingvertrag mit der Leasingnehmerin geschlossen und die Zahlung an die Verkäuferin geleistet. Die Versäumnisse des Beklagten seien kausal für den eingetretenen Schaden. Wäre die Grundschuld tatsächlich eingetragen worden, hätte sie sich in Höhe von mindestens 100.000 € befriedigen können.

[9] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat den Beklagten auf die Berufung der Klägerin verurteilt, an diese 100.000 € nebst Zinsen zu zahlen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehrt der Beklagte die Zurückweisung der Berufung der Klägerin.

Aus den Gründen:

[10] Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

[11] Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, der Klägerin stehe gegen den Beklagten ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO i.V.m. § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG, § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO zu. Der Beklagte habe, indem er unstreitig in Kenntnis des Umstands, dass der Zeuge M. S. ihn mit einer Grundschuldbestellung beauftragt habe, die Unterschrift des Zeugen unter der Zweckerklärung beglaubigt habe, ohne gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG, § 15 Abs. 3 GBO zu prüfen, ob das Schriftstück alle für die Eintragung einer Grundschuld in das Grundbuch notwendigen Erklärungen enthalte, seine Amtspflichten verletzt. Diese hätten ihm auch gegenüber der Klägerin obliegen.

[12] Die Klägerin habe den Subsidiaritätsgrundsatz des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO gewahrt. Ihr sei durch die Amtspflichtverletzung des Beklagten ein Schaden von 100.000 € entstanden. Nach dem hypothetischen Kausalverlauf wäre ohne die Pflichtverletzung des Beklagten zugunsten der Klägerin eine Grundschuld auf dem Grundstück des Zeugen S. eingetragen worden, aus der sich die Klägerin hätte befriedigen können, da dieser nach dem unstreitigen Vortrag der Parteien gerade zwecks Bestellung einer Grundschuld an seinem Grundstück beim Beklagten erschienen sei. Der Beklagte habe eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs dergestalt, dass der Zeuge im Falle des Entwurfs einer Grundschuldbestellungsurkunde durch den Beklagten und der Belehrung über den Inhalt der Urkunde und die Folgen einer Grundschuldbestellung nicht mehr bereit gewesen sei, eine entsprechende Erklärung abzugeben, nicht bewiesen. Beweisbelastet für eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs sei der Beklagte. Immer wenn sich der Schädiger - wie hier - bei einer grundsätzlich feststehenden Kausalität auf einen abweichenden Kausalverlauf und damit auf eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs stütze, sei er für die dahingehenden Tatsachen beweisbelastet.

[13] Den ihm obliegenden Beweis habe der Beklagte nicht erbracht. Zwar habe der Zeuge S. ausgesagt, er glaube nicht, dass er eine Grundschuldbestellung unterschrieben hätte, wenn der Beklagte noch am 10. November 2017 eine solche vorbereitet hätte, insbesondere nicht, wenn er darüber aufgeklärt worden wäre, dass der Gläubiger einer Grundschuld das Grundstück versteigern könne. Die Ausführungen des Zeugen seien für den Senat jedoch nicht überzeugend. Die Aussage lasse auch unter Berücksichtigung aller weiteren Umstände keine Überzeugungsbildung nach § 287 ZPO dahingehend zu, dass der Zeuge am 10. oder später nicht bereit gewesen sei, eine Grundschuldbestellung vornehmen zu lassen.

II.

[14] Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat die Beweislast für die haftungsausfüllende Kausalität notarieller Amtspflichtverletzungen verkannt.

[15] 1. Auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen lässt sich ein Kausalzusammenhang zwischen der vom Berufungsgericht angenommenen Amtspflichtverletzung des Beklagten und dem von der Klägerin geltend gemachten Schaden nicht bejahen.

[16] a) Das Berufungsgericht sieht die Verletzung einer auch gegenüber der Klägerin bestehenden Amtspflicht des Beklagten darin, dass dieser in Kenntnis des Umstands, dass der Zeuge S. ihn mit einer Grundschuldbestellung beauftragt

hatte, dessen Unterschrift unter der Zweckerklärung beglaubigte, ohne zu prüfen, ob die Zweckerklärung alle für die Eintragung einer Grundschuld in das Grundbuch notwendigen Erklärungen enthielt (Seite 11 des Berufungsurteils). Dies lässt Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision auch nicht angegriffen.

[17] b) Ebenfalls zutreffend hat das Berufungsgericht ausgeführt, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Senats die **Ursächlichkeit der Amtspflichtverletzung eines Notars für den geltend gemachten Schaden von der Beantwortung der Frage abhängt, wie die Dinge verlaufen wären, wenn der Notar pflichtgemäß gehandelt hätte, und wie sich die Vermögenslage des Betroffenen in diesem Fall darstellen würde** (vgl. nur Senat, Urteil vom 23. August 2018 - III ZR 506/16, WM 2019, 557 Rn. 25 mwN).

[18] c) Rechtsfehlerhaft ist das Berufungsgericht jedoch anschließend von einer "grundsätzlich feststehenden" Kausalität der Pflichtverletzung des Beklagten für den Schaden der Klägerin ausgegangen mit der Folge, dass es - unter Heranziehung des Senatsurteils vom 23. Januar 2020 (III ZR 28/19, WM 2020, 1176 Rn. 13) - eine Beweislast des Beklagten für solche Tatsachen angenommen hat, die einen abweichenden Kausalverlauf und eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs begründen.

[19] Bei der Würdigung, ob ein **adäquater Kausalzusammenhang zwischen einer Pflichtverletzung und einem Schaden** besteht beziehungsweise der **Zurechnungszusammenhang unterbrochen** wurde, handelt es sich zwar um eine im Wesentlichen **dem Tatrichter vorbehaltene Würdigung**. Deshalb darf das Revisionsgericht die in diesem Zusammenhang angeestellten Erwägungen der Vorinstanz nur darauf überprüfen, ob sie auf grundsätzlich falschen rechtlichen Überlegungen beruhen, entscheidungserhebliches Vorbringen außer Acht lassen oder gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen (zB Senat, Urteil vom 21. Januar 2021 - III ZR 70/19, VersR 2021, 1298 Rn. 23 mwN).

[20] Die Erwägungen des Berufungsgerichts sind indes auch unter Berücksichtigung dieses eingeschränkten Prüfungsmaßstabs rechtsfehlerhaft.

[21] aa) Die **"grundsätzlich feststehende" Kausalität** hat das Berufungsgericht daraus hergeleitet, dass nach dem hypothetischen Kausalverlauf ohne die Pflichtverletzung des Beklagten zugunsten der Klägerin eine Grundschuld für das Grundstück des Zeugen S. eingetragen worden wäre, aus der sich die Klägerin hätte befriedigen können. Denn der Zeuge sei gerade zwecks Bestellung einer Grundschuld an seinem Grundstück beim Beklagten erschienen. Es hat weiter angenommen, der

Beklagte habe eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs dergestalt, dass der Zeuge im Falle des Entwurfs einer Grundschuldbestellungsurkunde durch den Beklagten und der daraus resultierenden Belehrung über den Inhalt der Urkunde und die Folgen einer Grundschuldbestellung nicht mehr bereit gewesen sei, eine entsprechende Erklärung abzugeben, nicht beweisen können.

[22] bb) Diese Ausführungen beruhen auf unzutreffenden rechtlichen Überlegungen.

[23] (1) **Das Berufungsgericht hat sich im Hinblick auf den von ihm aufgestellten Rechtssatz, immer dann, wenn sich der Schädiger bei einer grundsätzlich feststehenden Kausalität auf einen abweichenden Kausalverlauf und damit auf eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs stütze, sei er für die dahingehenden Tatsachen beweisbelastet, auf das Senatsurteil vom 23. Januar 2020 (aaO) bezogen. Dieses enthält indes nicht einen derart allgemein formulierten Rechtssatz.** Vor allem aber betrifft die Senatsentscheidung eine andere, vorliegend nicht gegebene Fallkonstellation.

[24] (a) Gegenstand der jüngeren Senatsrechtsprechung zur Notarhaftung waren, soweit die **Frage der Beweislast für die Kausalität** behandelt wurde, zumeist **Fälle einer Beurkundung und des Vollzugs von Grundstückskaufverträgen trotz unwirksamer Fortgeltungsklausel** (betreffend das getrennt beurkundete Kaufangebot des Grundstückskäufers; zB Senat, Urteile vom 23. Januar 2020 aaO; vom 24. August 2017 - III ZR 558/16, NJW 2017, 3161 und vom 21. Januar 2016 - III ZR 159/15, BGHZ 208, 302) oder trotz fehlenden Ablaufs der Wartefrist gemäß § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG (in der bis zum 30. September 2013 geltenden Fassung; zB Senat, Urteile vom 28. Mai 2020 - III ZR 58/19, BGHZ 226, 39 und vom 25. Juni 2015 - III ZR 292/14, BGHZ 206, 112).

[25] **In solchen Konstellationen steht die Kausalität des amtspflichtwidrigen Tuns des Notars für den Schaden des Klägers - in Gestalt des (vollzogenen) Kaufvertrags - bereits fest und muss vom Kläger nicht mehr bewiesen werden.** Denn der Kaufvertrag beziehungsweise der Anschein eines wirksamen Kaufvertrags kam unmittelbar durch die amtspflichtwidrige Handlung des Notars zustande, das heißt, ohne dass das Dazwischentreten weiterer Umstände erforderlich war. Ob der Urkundsbeteiligte auf die Belehrung des Notars über die mögliche Unwirksamkeit der verwendeten Fortgeltungsklausel oder auf die Ablehnung der vorzeitigen Beurkundung hin erneut ein Kaufangebot abgegeben hätte, durch dessen Annahme der Vertrag (verfahrensfehlerfrei) zustande gekommen wäre, ist dementsprechend nicht mehr eine Frage des - vom jeweiligen Kläger zu beweisenden - Ursachenzusammenhangs.

menhangs, sondern des - vom beklagten Notar zu beweisen - Bestehens eines hypothetischen, anderen Verlaufs, der bei wertender Betrachtung geeignet wäre, die haftungsrechtliche Zurechnung des eingetretenen Schadens zu unterbrechen (vgl. Senat, Urteile vom 23. Januar 2020 aaO und vom 25. Juni 2015 aaO Rn. 21).

[26] (b) Eine solche Fallgestaltung ist vorliegend nicht gegeben. Vielmehr handelt es sich hier um eine notarielle Amtspflichtverletzung allein in Gestalt eines pflichtwidrigen Unterlassens, und zwar der unterbliebenen Prüfung, ob die Zweckerklärung alle für die Eintragung einer Grundschuld in das Grundbuch notwendigen Erklärungen enthielt, und damit der Umsetzung des Auftrags des Zeugen S. , eine Grundschuld zu bestellen, dienen konnte. In derartigen Fällen genügt für den vom Geschädigten zu beweisenden Kausalzusammenhang nicht die amtspflichtwidrige Handlung (hier eine Unterlassung) selbst. Ob diese überhaupt zu einem Schaden geführt hat, hängt vielmehr von dem **weiteren Zwischenschritt** ab, ob der Zeuge nach Kenntnis des Ergebnisses einer solchen - unterstellt amtspflichtgemäß durchgeführten - Prüfung und der gegebenenfalls erforderlichen Belehrung über die rechtliche Tragweite einer Grundschuld diese bestellt hätte. Wie sich der Auftraggeber des Notars bei amtspflichtgemäßem Handeln verhalten hätte, gehört mithin in der vorliegenden Konstellation vollständig zu dem vom Kläger zu beweisenden Ursachenzusammenhang, während er beim amtspflichtwidrigen, unmittelbar zum Schaden führenden Tun teilweise der Frage nach einer - vom Notar zu beweisenden - beachtlichen Reserveursache zuzuordnen ist (vgl. Senat, Urteil vom 23. Januar 2020 aaO). Dabei wird vorliegend zu berücksichtigen sein, dass den Beklagten nach pflichtgemäßer Prüfung der Zweckerklärung gemäß § 15 Abs. 3 GBO und der Erkenntnis, dass diese nicht alle zur Eintragung der Grundschuld erforderlichen Erklärungen enthielt, über § 24 Abs. 1 BNotO dem Inhalt nach die gleiche Belehrungspflicht wie bei der Beurkundung der Erklärung (§ 17 Abs. 1 BeurkG) getroffen hätte, wenn er im Anschluss die Unterschrift des Zeugen S. unter einen von ihm, dem Beklagten, hergestellten Urkundsentwurf beglaubigt hätte (vgl. Senat Urteil vom 14. März 1963 - III ZR 178/61, BeckRS 2013, 94 [unter IV.]; BGH, Urteil vom 18. Januar 1996 - IX ZR 81/95, DNotZ 1997, 51, 52; Tebben in Armbrüster/Preuß, BeurkG, 9. Aufl., § 40 Rn. 34: gleiche Belehrungspflicht wie bei Beurkundung bei Urkundsentwurf des Notars oder Beratung bei Textabfassung und anschließender Beglaubigung der Unterschrift).

[27] (2) Das Berufungsgericht hat zwar zutreffend erkannt, dass vorliegend zur Bejahung des Ursachenzusammenhangs zwischen notarieller Pflichtverletzung und Schaden der hypothetische Kausalverlauf ohne die Pflichtverletzung festzustellen ist. Es hat jedoch den - in der hier gegebenen Konstellation,

dass die amtspflichtwidrige (Nicht-)Handlung nicht unmittelbar den geltend gemachten Schaden herbeigeführt hat - von der Klägerin **zu beweisenden hypothetischen Kausalverlauf verkürzt betrachtet, ihn in zwei Abschnitte aufgespalten und rechtsfehlerhaft hinsichtlich des zweiten Abschnitts die Beweislast dem Beklagten zugewiesen.**

[28] (a) Das Berufungsgericht hat gemeint, bereits auf der Grundlage, dass der Zeuge S. am 10. November 2017 beim Beklagten zwecks Bestellung einer Grundschuld an seinem Grundstück erschienen war, feststellen zu können, dass ohne die Pflichtverletzung des Beklagten eine Grundschuld eingetragen worden wäre. Eine solche Betrachtungsweise verkürzt indes den Sachverhalt, der zur Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs in den Blick zu nehmen ist.

[29] Zu dem von der Klägerin zu beweisenden hypothetischen Kausalverlauf gehört aus den vorstehenden Gründen der gesamte Sachverhalt, wie er sich ereignet hätte, wenn der Beklagte am 10. November 2017 pflichtgemäß gehandelt hätte. Er umfasst die Vorbereitung aller zur Eintragung einer Grundschuld in das Grundbuch notwendigen Erklärungen des Zeugen S. , die gegebenenfalls gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG oder - über § 24 Abs. 1 BNotO - wie bei einer Beurkundung vom Beklagten vorzunehmende Belehrung über die rechtliche Tragweite der Bestellung einer Grundschuld an dem Grundstück des Zeugen (wie etwa die Möglichkeit einer Zwangsversteigerung des Grundstücks) und das Verhalten des Zeugen nach ordnungsgemäßer Belehrung. Von der Klägerin war mithin zu beweisen, dass der Zeuge S. auch nach notarieller Belehrung über die rechtliche Tragweite der Bestellung einer Grundschuld an seinem Grundstück (als Sicherheit für eine fremde Schuld) die - unterstellt - vom Beklagten hierzu vorbereiteten Erklärungen abgegeben hätte. Dabei wird zu beachten sein, dass die notarielle Belehrung eine Entscheidung der Beteiligten für oder gegen das Geschäft in Kenntnis von dessen rechtlicher Tragweite und Folgen ermöglichen soll.

[30] (b) Für den Fall, dass das Berufungsgericht in dem neuen Verfahren das Erscheinen des Zeugen S. beim Beklagten am 10. November 2017 in Kenntnis der von ihm schon am 20. Oktober 2017 unterzeichneten, wesentliche Details der zu bestellenden Grundschuld enthaltenden Zweckerklärung als ein zur Überzeugungsbildung ausreichendes Indiz dafür werten sollte, dass der Zeuge auch nach Belehrung durch den Beklagten eine entsprechende Grundschuldbestellungsurkunde unterzeichnet hätte, weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin: Auch dies hätte nicht zur Folge, dass das Gegenteil - im Sinne eines Hauptbeweises für einen abweichenden Kausalverlauf - nunmehr vom Beklagten zu beweisen wäre. Allenfalls obläge ihm der Gegenbeweis, für den indes ein anderes Beweismaß gilt (vgl. Thole in Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., § 284 Rn. 6 mwN).

[31] 2. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig dar (§ 561 ZPO). Die Revisi-onserwiderung macht in diesem Zusammenhang geltend, wenn der Zeuge S. am 10. November 2017 nach Belehrung die Grundschuldbestellung verweigert hätte, hätte der Beklagte die Klägerin auch nicht von der erfolgten Antragstellung in Bezug auf die Grundschuld eintragung informiert. Dann hätte die Klägerin nicht die Zahlung an den Lieferanten ausgelöst und es wäre nicht zu dem geltend gemachten Schaden gekommen.

[32] Hiervon kann auf der Grundlage des bisherigen Sach- und Streitstands nicht ausgegangen werden.

[33] Das Berufungsgericht hat mit Beschluss vom 16. September 2019 darauf hingewiesen, die Klägerin habe gegen den Beklagten keinen Schadensersatzanspruch wegen der unrichtigen Mitteilungen vom 10. November 2017, weil es insoweit an einem kausalen Schaden fehle. Der Leasingvertrag zwischen der Klägerin und der Leasingnehmerin sei bereits am 8. November 2017 zustande gekommen. Das von der Klägerin für den Abschluss des Leasingvertrages verwendete Formular habe weder eine aufschiebende noch eine auflösende Bedingung enthalten, die die Leasingnehmerin verpflichtet habe, die Grundschuld auf dem Grundstück des Sicherungsgebers M. S. beizubringen. Eine mündliche Nebenabrede mit diesem Inhalt habe gemäß Nummer 14 Abs. 4 Satz 1 der Allgemeinen Leasingbedingungen ebenfalls nicht bestanden. Die Klägerin habe ihrer Verpflichtung gegenüber der Leasingnehmerin nur durch Zahlung des Kaufpreises an die Verkäuferin nachkommen können. Etwaige Vereinbarungen zwischen der Verkäuferin und der Klägerin über den Eintritt der Bestellung seien insoweit nicht relevant, weil sie die Klägerin nicht von ihren Pflichten gegenüber der Leasingnehmerin hätten befreien können.

[34] Diese Würdigung lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Danach war die Klägerin unabhängig von einer Beurkundung der zur Bestellung einer Grundschuld erforderlichen Erklärungen des Zeugen S. aufgrund des am 8. November 2017 mit der Leasingnehmerin geschlossenen Leasingvertrages zur Entrichtung des Kaufpreises an die Verkäuferin verpflichtet. Dies gilt mithin auch für den Fall, dass der Zeuge am 10. November 2017 die Abgabe der zur Bestellung einer Grundschuld erforderlichen Erklärungen verweigert hätte und dementsprechend eine Mitteilung des Beklagten an die Klägerin über die Beurkundung solcher Erklärungen unterblieben wäre.

III.

[35] Das angefochtene Urteil ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das

Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO).

Notarhaftung

- Rechtsfehlerhafte gestaltete Urkunde
- Keine Korrektur bei Vollzug der Urkunde
(*OLG Hamm, Beschl. v. 10.2.2023 – I-11 U 96/22*)

Leitsatz

Zur Haftung des Notars für eine rechtsfehlerhaft gestaltete Urkunde und der beim Urkundenvollzug versäumten Korrektur des Fehlers.

Aus den Gründen:

[1] Die Berufung ist zulässig, hat aber nach einstimmiger Überzeugung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats. Auch eine mündliche Verhandlung, von der neue entscheidungserhebliche Erkenntnisse nicht zu erwarten sind, ist nicht geboten, § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO.

[2] Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht der gegen den Beklagten gerichteten Klage im tenorierten Umfang stattgegeben. Die mit der Berufung gegenüber dem angefochtenen Urteil erhobenen Einwände rechtfertigen weder die Feststellung, dass die erstinstanzliche Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 546 ZPO), noch ergeben sich daraus konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und eine erneute Feststellung gebieten. Die daher nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen keine abweichende Entscheidung.

[3] Der Beklagte haftet den Klägern gemäß § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO.

[4] 1. Der Beklagte hat ihm gegenüber den Klägern obliegende Amtspflichten verletzt.

[5] a) Der Beklagte hat zunächst die Pflicht zur Errichtung einer vollziehbaren Urkunde verletzt.

[6] Als Notar oblag dem Beklagten die Pflicht, nach Erforschung des Willens der Beteiligten und Klärung des Sachverhalts im Sinne von § 17 Abs. 1 BeurkG den Inhalt der ertichteten Urkunde so zu gestalten, dass das beurkundete Rechtsgeschäft auch tatsächlich durchgeführt werden konnte (vgl. *Ganter*, in: *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch

der Notarhaftung, 5. Auflage 2023, Kapitel 3 Rn. 924). Diese Pflicht hat der Beklagte verletzt, da auf Grundlage der von ihm errichteten Urkunden Nr. N01, N02, N03 und N04 weder die Eintragung einer Rückauffassungsvormerkung gemäß § 9 der Urkunde Nr. N01 noch die Eintragung eines Nießbrauchs gemäß der Urkunde Nr. N02 möglich war. Sollen nämlich - wie im vorliegenden Falle - Rückauffassungsvormerkung und Nießbrauch zugunsten mehrerer Berechtigter - hier bezüglich beider Kläger - eingetragen werden, sind zur Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes gemäß § 47 Abs. 1 GBO in der Eintragung die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen anzugeben oder das für die Gemeinschaft maßgebende Gemeinschaftsverhältnis zu bezeichnen (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 22.07.2016 - 15 W 566/15 Rn. 8; *Reetz*, in: Hügel, BeckOK GBO, 48. Edition Stand 02.01.2023, § 47 Rn. 1 m. w. N.). Da diese Angaben in den vom Beklagten errichteten Urkunden fehlten, konnte eine entsprechende Eintragung allein auf ihrer Grundlage nicht erfolgen.

[7] b) Der Beklagte hat weiter die ihm obliegende **Pflicht zur Überwachung des Vollzugs** der von ihm errichteten Urkunden verletzt.

[8] Zwar hat der Beklagte die Urkunden gemäß § 53 BeurkG beim Grundbuchamt eingereicht. Allerdings hat er den Vollzug der Urkunden amtspflichtwidrig nicht überwacht. **Zwar wird die weitere Betreuung des Urkundenvollzugs nicht mehr vom Wortlaut des § 53 BeurkG erfasst** (*Regler*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK, Stand 01.12.2022, § 53 BeurkG Rn. 44). Allerdings war der Beklagte zu einer entsprechenden Betreuung des Vollzugs hier aufgrund **freiwilliger Übernahme gemäß § 24 Abs. 1 BNotO** verpflichtet. Ein entsprechendes Ansuchen ergibt sich aus § 7 der Urkunde Nr. N01, wodurch der Beklagte in seiner Eigenschaft als Notar mit dem Vollzug des Rechtsgeschäfts beauftragt wurde. Hierbei handelt es sich um einen **selbstständigen Vollzugauftrag im Sinne von § 24 Abs. 1 BNotO**. Zwar traf den Beklagten keine Pflicht zur Übernahme dieses Auftrags, da insbesondere § 15 BNotO, der die Pflicht zur Amtsausübung regelt, insoweit keine Anwendung findet (*Ganter*, in: Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 5. Auflage 2023, Kapitel 4 Rn. 505). Allerdings ist hier davon auszugehen, dass der Beklagte den Auftrag jedenfalls konkludent angenommen hat, indem er am 31.01.2019 einen Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt hat und die Kläger hierüber unter anderem mit dem von den Klägern als Anlage K 9 vorgelegten Schreiben vom 04.02.2019 unterrichtet hat mit dem Bemerkungen, nach entsprechender Mitteilung des Grundbuchamts auf den Vorgang zurückzukommen. Damit hat der Beklagte jedenfalls den Anschein erweckt, dass ihm angetragene Amtsgeschäft auszuführen, sodass die in rechtlichen Angelegenheiten unerfahrenen Kläger davon ausgehen konnten, der Beklagte

werde sich um den tatsächlichen Vollzug des beurkundeten Rechtsgeschäfts bemühen.

[9] Auch soweit der Notar im Rahmen eines solchen **selbständigen Vollzugauftrags** tätig wird, handelt er in **Ausübung eines öffentlichen Amtes** im Sinne von § 1 BNotO (vgl. BGH, Urteil vom 25.03.1983 - V ZR 168/81, juris Rn. 22 m. w. N.). Im Rahmen der Erledigung des Auftrags obliegt dem Notar auch die Überwachung des Vollzugs der von ihm errichteten Urkunde, da er den Auftrag anderenfalls nicht sachgerecht erledigen kann (vgl. BGH, Urteil vom 16.10.2008 - III ZR 15/08, juris Rn. 17). **Im Rahmen dieser Überwachungspflicht hat sich der Notar insbesondere darum zu bemühen, Auflagen in Zwischenverfügungen des Grundbuchamtes zu erfüllen und hierzu erforderlichenfalls um Fristverlängerung nachzusuchen** (*Ganter*, in: Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 5. Auflage 2023, Kapitel 4 Rn. 587).

[10] Nach dem unbestrittenen Vortrag der Kläger hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 12.02.2019 unter anderem darauf hingewiesen, dass bezüglich der Gemeinschaftsverhältnisse der Kläger noch eine Ergänzung der Urkunde in der Form von § 29 GBO notwendig sei. Diese Auflage ist inhaltlich nicht zu beanstanden, da die fehlende Angabe zu den Gemeinschaftsverhältnissen der Kläger im Sinne von § 47 Abs. 1 GBO nur in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgeholt werden kann (*Schöner/Stöber*, in: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Auflage 2020, Rn. 257).

[11] Nachdem eine Ergänzung nicht erfolgt ist, hat das Amtsgericht sodann ebenfalls zu Recht mit Beschluss vom 22.07.2019 den vom Beklagten gestellten Eintragungsantrag zurückgewiesen.

[12] Soweit der Beklagte einwendet, die Kläger hätten die **erforderlichen Mitwirkungshandlungen** in diesem Punkt nicht vorgenommen, **kann er hiermit nicht gehört werden**. Die Kläger machen insoweit geltend, der Beklagte habe auf diverse Anrufversuche oder E-Mails der Kläger nicht reagiert. Im Hinblick auf den vom Beklagten übernommenen selbstständigen Vollzugauftrag im Sinne von § 24 Abs. 1 BNotO war hier zunächst der Beklagte gehalten, nach Erhalt der Zwischenverfügung vom 12.02.2019 die Kläger hierüber zu informieren und ihnen zugleich Möglichkeiten zur Behebung der darin enthaltenen Auflagen aufzuzeigen, sie insbesondere über die Möglichkeiten einer Ergänzung der errichteten Urkunden im Hinblick auf die gemäß § 47 Abs. 1 GBO erforderlichen Angaben zu den Gemeinschaftsverhältnissen in Kenntnis zu setzen. **Ist nämlich eine notarielle Urkunde aus Gründen inhaltlich fehlerhaft, die der beurkundende Notar zu vertreten hat, so hat dieser den Eintritt eines Schadens möglichst durch umgehende Nachbesserung (Berichtigung, Ergänzung, notfalls Neubeurkundung) zu vermeiden** (BGH, Urteil vom

17.01.2002 - IX ZR 434/00, juris Rn. 17; *Ganter*, in: *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 5. Auflage 2023, Kapitel 3 Rn. 932). Soweit der Beklagte geltend macht, die Kläger hätten es an jedweder Mitwirkungshandlung diesbezüglich fehlen lassen, ist dieser Vortrag bereits unzureichend. Der Beklagte hat schon nicht näher dargelegt, dass er überhaupt nach dem Erhalt der Zwischenverfügung vom 12.02.2019 in irgendeiner Weise mit den Klägern Kontakt aufgenommen, sie über die Bedeutung der Zwischenverfügung aufgeklärt und über die Möglichkeit informiert hätte, durch eine Ergänzung der notariellen Urkunden eine Vollziehbarkeit der Urkunde noch herbeizuführen und damit die gewünschte Eintragung im Grundbuch zu bewirken. Da der Sachvortrag des Beklagten in diesem Punkt bereits unzureichend ist, war auch seinem diesbezüglichen Beweisantritt nicht nachzugehen, weshalb letztlich auch offenbleiben kann, auf welche Partei sich der Antrag des Klägers auf Parteivernehmung im Schriftsatz vom 17.01.2022 (Blatt 70 der LG-Akte) überhaupt bezieht. Damit hat der Beklagte die ihm obliegenden Amtspflichten im Rahmen der Überwachung des Urkundenvollzugs verletzt.

[13] c) Schließlich hat der Beklagte die ihm obliegenden Amtspflichten dadurch verletzt, dass er gegen den Beschluss des Amtsgerichts Essen vom 22.07.2019, mit dem der von ihm gestellte Eintragungsantrag vom 31.01.2019 zurückgewiesen wurde, ohne Rücksprache mit den Klägern Beschwerde eingelegt und diese auch nicht begründet hat.

[14] Im Hinblick auf die vom Beklagten im Rahmen des selbständigen Vollzugauftrags übernommenen Verpflichtungen wäre der Beklagte zunächst gehalten gewesen, nach Erhalt des Beschlusses vom 22.07.2019 die Kläger über diese Entscheidung, die möglichen Rechtsbehelfe und hierbei zu beachtenden Fristen in Kenntnis zu setzen und ihnen darüber hinaus aufzuzeigen, unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsbehelf mit Erfolg eingelegt werden kann. Dass eine derartige Unterrichtung der Kläger hier tatsächlich erfolgt ist, ist aber weder dargetan noch sonst ersichtlich.

[15] Dieses Verhalten des Beklagten erweist sich als amtspflichtwidrig, da dem Beklagten bekannt gewesen sein muss, dass ohne eine Ergänzung der von ihm errichteten Urkunden im Hinblick auf die Erklärungen zu den Gemeinschaftsverhältnissen der Kläger im Sinne von § 47 Abs. 1 GBO die von ihm eingelegte Beschwerde keinen Erfolg haben konnte.

[16] Es ist auch nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich, dass hier ausnahmsweise die Einlegung der Beschwerde auch ohne vorherige Rücksprache mit den Klägern geboten war. Der Beschluss des Amtsgerichts vom 22.07.2019, mit dem der Antrag vom 31.01.2019 gemäß § 18 Abs. 1 S. 2 GBO zurückgewiesen

wurde, konnte insbesondere nicht in materielle Rechtskraft erwachsen, sodass der Antrag vom 31.01.2019 nach Beseitigung sämtlicher mit Zwischenverfügung vom 12.02.2019 aufgezeigte Eintragungshindernisse erneut hätte gestellt werden können (vgl. *Zeiser*, in: *Hügel, BeckOK GBO*, 48. Edition Stand 02.01.2023, § 18 Rn. 29).

[17] d) Auf die Ausführungen des Beklagten zu einem im November 2018 erlittenen Herzinfarkt und anschließenden medizinischen Behandlungen kommt es hier letztlich nicht an. Unabhängig von der Tatsache, dass gemäß § 38 S. 1 BNotO eine derartige Verhinderung aus tatsächlichen Gründen, durch die der Notar länger als eine Woche an der Ausübung des Amtes gehindert ist, unverzüglich der Aufsichtsbehörde anzuzeigen ist, woraufhin gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 BNotO die Bestellung eines Vertreters in Betracht kommt, hätte die Möglichkeit bestanden, die Frist zur Stellungnahme zur Zwischenverfügung des Amtsgerichts ausreichend verlängern zu lassen. Dass dies im vorliegenden Fall - aus welchen Gründen auch immer - nicht möglich gewesen sein soll, ist nicht erkennbar.

[18] 2. Die durch den Beklagten verletzten Amtspflichten oblagen diesem auch gegenüber den Klägern als seinen Auftraggebern (vgl. *Ganter*, in: *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 5. Auflage 2023, Kapitel 3 Rn. 1188 und Kapitel 4 Rn. 520 und 594).

[19] 3. Der Beklagte handelte auch **schuldhaft**. Ihm ist insoweit jedenfalls Fahrlässigkeit im Sinne von § 276 Abs. 2 BGB vorzuwerfen. **Denn bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte der Beklagte von Anfang an die Urkunde in einer Art und Weise errichtet, die den Vollzug des beurkundeten Rechtsgeschäfts ermöglicht hätte.** Jedenfalls aber hätte er auf die Zwischenverfügung des Grundbuchamts reagiert und sich um die Erfüllung der Auflagen des Grundbuchamts bemüht. Bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt hätte der Beklagte auch nicht ohne Rücksprache mit den Klägern ein - im Ergebnis erfolglos gebliebenes - Rechtsmittel gegen den Beschluss des Amtsgerichts vom 22.07.2019 eingelegt.

[20] 4. Der Anspruch der Kläger ist nicht gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO ausgeschlossen. **Soweit der Beklagte eine ihm obliegende Pflicht aus einem selbstständigen Vollzugauftrag im Sinne von § 24 Abs. 1 BNotO verletzt hat, greift der genannte Haftungsausschluss nach dem Wortlaut der Norm ohnehin nicht ein.** Im Übrigen ist aber eine **anderweitige Ersatzmöglichkeit auch nicht erkennbar.**

[21] 5. Der Anspruch der Kläger ist auch nicht gemäß § 19 Abs. 1 S. 3 BNotO in Verbindung mit § 839 Abs. 3 BGB ausgeschlossen. Der insoweit darlegungsbelastete Beklagte hat schon keine Umstände vorgetragen, aus denen sich ergeben

würde, dass die Kläger schuldhaft den Gebrauch eines Rechtsmittels unterlassen hätten. Solches ist auch im Übrigen nicht erkennbar.

[22] 6. Die Pflichtverletzung des Beklagten ist für den entstandenen Schaden in Form der von den Klägern gezahlten Gerichtskosten auch kausal. Insoweit kommt es maßgeblich darauf an, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten genommen hätten und wie sich in diesem Fall die Vermögenslage der Kläger darstellen würde, wobei die Darlegungs- und Beweislast den Klägern als Anspruchstellern obliegt (vgl. BGH, Urteil vom 17.01.2002 - IX ZR 266/00, juris Rn. 17).

[23] Bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten hätte bereits das Amtsgericht dem Eintragungsantrag vom 31.01.2019 stattgegeben und das durch den Beklagten beurkundete Rechtsgeschäft wäre damit tatsächlich durchgeführt worden. Demgegenüber haben die Amtspflichtverletzungen des Beklagten im Zusammenhang mit der Errichtung der Urkunde und der fehlerhaften Überwachung ihres Vollzugs im Verfahren vor dem Amtsgericht dazu geführt, dass das Amtsgericht den Antrag vom 31.01.2019 zurückgewiesen und die Kläger die hierfür erhobenen Kosten in Höhe von 606,00 Euro gezahlt haben. Die durch den Beklagten weiter amtspflichtwidrig eingelegte Beschwerde gegen die Entscheidung des Amtsgerichts, die durch das Oberlandesgericht zurückgewiesen wurde, hat weiter dazu geführt, dass die Kläger auch die insoweit erhobenen Kosten in Höhe von weiteren 735,00 Euro gezahlt haben.

[24] Damit können die Kläger vom Beklagten als Schadenersatz die Zahlung von insgesamt 1.341,00 Euro beanspruchen. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass auch im Falle pflichtgemäßen Verhaltens des Beklagten und einer sich daraus ergebenden tatsächlichen Durchführung des beurkundeten Rechtsgeschäfts ebenfalls Gerichtskosten für das Verfahren vor dem Amtsgericht entstanden wären. Denn in diesem Fall hätten die Kläger auch eine Kompensation in Form der beantragten Eintragung erlangt. Demgegenüber steht den von den Klägern tatsächlich gezahlten Kosten keine solche Kompensation gegenüber.

[25] Der Annahme eines Schadens steht schließlich auch nicht § 11 der Urkunde Nr. N01 entgegen, wonach die Kosten der Durchführung des beurkundeten Rechtsgeschäfts von der Tochter der Kläger zu zahlen sind. Denn Kostenschuldner im Verhältnis zur Staatskasse ist gemäß § 22 Abs. 1 GNotKG in Verbindung mit § 13 Abs. 1 S. 1 GBO derjenige, der die Eintragung beantragt hat. Dies sind hier jedenfalls auch die Kläger die gemäß § 6 der Urkunde Nr. N01 gemeinsam mit ihrer Tochter die Eintragung beantragt haben. Sie haften damit gemäß § 32 Abs. 1 GNotKG neben ihrer Tochter als Gesamtschuldner,

weshalb sie berechtigt und verpflichtet waren, die angeforderten Gerichtskosten zu zahlen und diesen Vermögenseinbuße nunmehr als Schadenersatz gegenüber dem Beklagten geltend machen können.

Insolvenzverwalterhaftung

- Masseunzulänglichkeit
- Begründung von Masseverbindlichkeiten
- Abschluss von Arbeitsverträgen
- Schaden des Arbeitnehmers
- Pflicht zur Kündigung des Arbeitsvertrages

(Thüringer LAG, Urteil v. 29.3.22 – 5 Sa 7/22)

Leitsätze

1. Die Schadenersatzpflicht nach § 61 InsO wird für den Fall angeordnet, dass der Insolvenzverwalter in Kenntnis der drohenden Masseunzulänglichkeit weitere Masseverbindlichkeiten begründet und damit pflichtwidrig handelt. Daher ist der Gläubiger so zu stellen, wie er ohne die die Masseverbindlichkeit begründende Handlung stünde. Haftungsrechtlich tritt der Insolvenzverwalter zu keinem Zeitpunkt an die Stelle der Masse und muss daher nur den Schaden ersetzen, den der Massegläubiger dadurch erleidet, dass er auf die Zulänglichkeit der Masse vertraut.
2. Die Haftung auf das negative Interesse gilt auch für Arbeitsverträge. (Rn.25) Der Insolvenzverwalter hat im Rahmen von § 61 InsO den Vertrauens- und nicht den Nichterfüllungsschaden zu ersetzen. Für Arbeitsverträge gilt daher, dass der Arbeitnehmer nachweisen muss, dass er seine Arbeitskraft anderweitig gegen Entgelt hätte einsetzen können. Allerdings kann auch das entgangene Arbeitslosengeld als negatives Interesse ersetzt verlangt werden; der Arbeitnehmer muss dann aber darlegen und beweisen, dass er die hierzu erforderlichen Schritte unternommen hätte.
3. Die Pflicht des Insolvenzverwalters, der erkennen kann, dass er die Verbindlichkeit aus einem von ihm aufrechterhaltenen Arbeitsverhältnis nicht (voll) aus der Masse wird erfüllen können, geht dahin, den Arbeitsvertrag zu kündigen, nicht aber dahin, die Erfüllung des Vertrages, d.h. die Zahlung des Arbeitsentgelts persönlich zu garantieren. Der Arbeitnehmer kann gegebenenfalls nur verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Beklagte das Arbeitsverhältnis nicht pflichtwidrig fortgeführt hätte.

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger verlangt von dem Beklagten als Schadenersatz den Bruttolohnbetrag für Januar und Februar 2016 in Höhe von insgesamt 3.900,00 EUR brutto.

[2] Der Kläger war bei der Firma, Inhaber, seit Juli 2014 beschäftigt. Er bezog eine monatliche Bruttovergütung von 2.600,00 EUR. Am 1. März 2015 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des eröffnet und der Beklagte

zum Insolvenzverwalter bestellt. Der Beklagte entschloss sich, das Unternehmen fortzusetzen. Der Kläger und andere Kollegen setzten ihre Arbeit in gewohntem Umfang fort. In den Monaten Januar 2016 und Februar 2016 erbrachte der Kläger seine Arbeitsleistung. Mit Schreiben vom 16.02.2016 teilte der Beklagte dem Kläger mit, dass die Verbindlichkeiten nicht mehr beglichen werden können und Masseunzulänglichkeit angezeigt worden ist. Unter dem 22.02.2016 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger. Der Beklagte stellte den Kläger am 1. März 2016 mit sofortiger Wirkung von der Arbeitsleistung frei. Für den Monat Januar erhielt der Kläger keine Vergütung. Für den Monat Februar erhielt er eine Lohnzahlung von 700,00 EUR netto.

[3] Mit Schreiben vom 25.02.2016 forderte der Kläger den Ausgleich der Vergütung für Januar 2016 und mit Schreiben vom 16.03.2016 die Zahlung der fehlenden Vergütung für Februar 2016. Der Beklagte erteilte dem Kläger Lohnabrechnungen für beide Monate. Auf die Anlagen K 3 und K 4 (Bl. 8f d.A.) wird insoweit verwiesen. Mit anwaltlichem Schreiben vom 24.03.2016 forderte der Kläger seine fehlende Vergütung aus der Masse und als Schadenersatz vom Beklagten persönlich. Mit Schreiben vom 21.04.2016 lehnte der Beklagte den Ausgleich der Forderung ab.

[4] Unter dem 05.12.2017 hat der Kläger Klage am Amtsgericht Gera auf Zahlung der offenen Vergütung für Januar und Februar 2016 erhoben. Mit Beschluss vom 26.06.2018 hat sich das Amtsgericht Gera für sachlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht Gera verwiesen.

[5] Der Kläger hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, der Beklagte hafte als Insolvenzverwalter persönlich auf Zahlung der Vergütung gemäß § 61 InsO. Der Beklagte habe die drohende Masseunzulänglichkeit bereits Ende 2015 erkennen können.

[6] Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt,

[7] (...)

[8] Der Beklagte hat beantragt,

[9] (...)

[10] Er hat erstinstanzlich gemeint, ein Anspruch des Klägers bestehe nicht. Der Beklagte hat behauptet, die Masseunzulänglichkeit sei für ihn nicht erkennbar gewesen. Diese beruhe auf einem Ausfall einer Forderung, die zur Deckung der Löhne eingeplant gewesen sei und am 15.02.2016 ausstand. Die erwartete Zahlung sei erst am 18.02.2016 eingegangen. Er habe in laufender Abstimmung mit dem Insolvenzschnldner und sei-

ner Buchhalterin gestanden. Diese habe ihm monatliche Liquiditätsplanungen vorgelegt, an deren Richtigkeit kein Grund für Zweifel bestand. Noch unmittelbar vor Begründung der nun offenen Januarlöhne habe man sich am 30.12.2015 im Unternehmen zur Planung der weiteren Monate getroffen. Zudem seien Ansprüche des Klägers aufgrund der Regelungen des BRTV verfallen.

[11] Das Arbeitsgericht Gera hat der Klage vollumfänglich stattgegeben und zur Begründung im Urteil ausgeführt, dass der Beklagte gemäß § 61 Inso zur Zahlung verpflichtet ist. Der Beklagte habe nicht hinreichend substantiiert dargelegt, dass er bei Begründung der Zahlungsverpflichtung die Masseunzulänglichkeit nicht hätte erkennen können. Er habe sich nicht entsprechend § 61 Satz 2 InsO entlasten können. Soweit der BRTV-Bau zur Anwendung gelangen sollte, könne dahinstehen, ob Ansprüche innerhalb der Ausschlussfrist geltend gemacht worden seien, da der Beklagte die Lohnforderungen abgerechnet hat.

[12] Gegen das am 14.02.2019 zugestellte Urteil hat der Kläger mit einem am 28.02.2019 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit am 13.04.2019 eingegangenen Schriftsatz begründet.

[13] Mit der Berufung wiederholt der Beklagte seine erstinstanzlich vorgebrachten Argumente und führt zudem an, dass das Arbeitsgericht verkannt habe, dass der geltend gemachte Schaden kein ersatzfähiger Schaden nach § 61 InsO sei. Unter Hinweis auf die Entscheidung des BAG vom 19.01.2006, 6 AZR 600/04 führt der Beklagte aus, dass ersatzfähig nur das negative Interesse sei, was der Kläger nicht geltend gemacht habe und wozu er nichts vorgetragen habe.

[14] Der Beklagte beantragt,

[15] (...)

[16] Der Kläger beantragt,

[17-19] (...)

Aus den Gründen:

I.

[20] Die Berufung des Beklagten ist zulässig. Insbesondere ist sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, § 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG, § 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. § 520 Abs. 3 ZPO.

II.

[21] Die Berufung ist begründet.

[22] Der Kläger hat keinen Anspruch gegen den Beklagten auf den geltend gemachten Betrag von 3.900,00 Euro brutto für den Zeitraum Januar und Februar 2016 als Schadenersatz nach § 61 InsO.

[23] Entgegen der Auffassung des Klägers ist die Entscheidung des BAG vom 19. Januar 2006 im vorliegenden Fall einschlägig. In dem Urteil (BAG, Urteil vom 19. Januar 2006 – 6 AZR 600/04 –, BAGE 117, 14 - 19) wird zutreffend wie folgt ausgeführt:

[24] Der Bundesgerichtshof hat mit seiner Entscheidung vom 6. Mai 2004 – IX ZR 48/03 – (BGHZ 159, 104) erkannt, dass die **Haftung des Insolvenzverwalters nach § 61 InsO in der Rechtsfolge auf das negative Interesse gerichtet ist**. § 61 InsO führt zu einem Schadenersatzanspruch. Den Umfang des Schadenersatzanspruchs regelt § 249 BGB. Schließt der Insolvenzverwalter einen Vertrag, obwohl er erkennen kann, dass die Insolvenzmasse nicht zur Erfüllung der Verbindlichkeit ausreicht, so kann ihm nur der Vertragsschluss als solcher vorgeworfen werden, nicht aber die Unfähigkeit zur Befriedigung des Vertragspartners. **Haftungsrechtlich tritt er zu keinem Zeitpunkt an die Stelle der Masse und muss daher nur den Schaden ersetzen, den der Massegläubiger dadurch erleidet, dass er auf die Zulänglichkeit der Masse vertraut** (Franke/Böhme Anm. zu OLG Celle 13. Juli 2004 – 16 U 11/04 – DZWIR 2004, 425, 427). Die Schadenersatzpflicht wird für den Fall angeordnet, dass der Insolvenzverwalter in Kenntnis der drohenden Masseunzulänglichkeit weitere Masseverbindlichkeiten begründet und damit pflichtwidrig handelt. Er hätte davon absehen müssen. **Daher ist der Gläubiger so zu stellen, wie er ohne die die Masseverbindlichkeit begründende Handlung stünde**.

[25] **Die Haftung auf das negative Interesse gilt auch für Arbeitsverträge**. Es ist zwar richtig, dass sich die Entscheidung des Neunten Senats des Bundesgerichtshofs vom 6. Mai 2004 – IX ZR 48/03 - (BGHZ 159, 104) auf eine Warenlieferung bezieht, die auf eine Bestellung des Insolvenzverwalters zurückging, während es hier um ein Arbeitsverhältnis bzw. Lohnansprüche aus einem Arbeitsverhältnis geht, das bereits mit der Insolvenzschuldnerin begründet worden war. Für Dauer-schuldverhältnisse wie das Arbeitsverhältnis gilt indes im Ergebnis nichts anderes.

[26] Ist zum Beispiel ein **Mietverhältnis** fortgesetzt worden und sind dadurch Mietzinsansprüche entstanden, so ist der Insolvenzverwalter, wenn eine Haftung nach § 61 InsO dem Grunde nach besteht, nur verpflichtet, den Vermieter so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn der Insolvenzverwalter das Mietverhältnis gekündigt hätte. Ein Schaden wäre dem Vermieter aber nur entstanden, wenn er die Möglichkeit gehabt hätte, die Räume anderweitig zu vermieten. Denn nur

dann wäre die unterbliebene Kündigung kausal für den Mietzinsausfall (OLG Celle 13. Juli 2004 – 16 U 11/04 – DZWIR 2004, 425).

[27] Der Insolvenzverwalter hat im Rahmen von § 61 InsO den Vertrauens- und nicht den Nichterfüllungsschaden zu ersetzen. **Für Arbeitsverträge gilt daher, dass der Arbeitnehmer nachweisen muss, dass er seine Arbeitskraft anderweitig gegen Entgelt hätte einsetzen können.** Allerdings kann **auch das entgangene Arbeitslosengeld** als negatives Interesse ersetzt verlangt werden; der Arbeitnehmer muss dann aber darlegen und beweisen, dass er die hierzu erforderlichen Schritte unternommen hätte (Schoppmeyer, Münchner Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Auflage 2019, § 61 Rn. 47)

[28] Es kann somit dahinstehen, ob der Beklagte die Masseverbindlichkeiten i.S.v. § 61 Satz 1 InsO pflichtwidrig begründet hat. Außerdem kommt es nicht darauf an, ob der Beklagte den Entlastungsbeweis nach § 61 Satz 2 InsO geführt hat. Es kann auch dahinstehen, ob die Ausschlussfrist des BRTV galt und eingehalten wurde.

[29] Denn der Kläger kann von dem Beklagten keine Lohnzahlung verlangen.

[30] Der Kläger **verkennt, dass er nicht mit Erfolg die Erfüllung des Vertrages, die arbeitsvertragliche Gegenleistung, den Lohn verlangen kann.** Denn hierbei handelt es sich um den Nichterfüllungsschaden, der vom Insolvenzverwalter nicht zu ersetzen ist.

[31] Die Pflicht des Insolvenzverwalters, der erkennen kann, dass er die Verbindlichkeit aus einem von ihm aufrechterhaltenen Arbeitsverhältnis nicht (voll) aus der Masse wird erfüllen können, geht dahin, den **Arbeitsvertrag zu kündigen, nicht aber dahin, die Erfüllung des Vertrages, d.h. die Zahlung des Arbeitsentgelts persönlich zu garantieren.** Der Kläger kann ggf. nur verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Beklagte das Arbeitsverhältnis nicht pflichtwidrig fortgeführt hätte. Dazu hat der Kläger nichts vorgetragen. Er hat weder vorgetragen, dass er seine Arbeitskraft im Januar und Februar 2016 anderweitig gegen Entgelt hätte einsetzen können. Noch hat er vorgetragen, dass ihm für den Zeitraum Arbeitslosengeld entgangen ist.

[32-34] (...)

GI Literaturecke:

Beck: Kontrollpflichten im digitalen Rechtsverkehr, NJW 2023, 1537

Beyme: Keine Ersatzpflicht bei einem „Schätzungsschaden“ des Mandanten, Stbg 2023, 236

Drasdo: Rechte und Pflichten des Zwangsverwalters, NJW 2023, 1776

Fertig: Aktuelles zur Anwaltshaftung im Sozialrecht, 35. Sozialrechtliche Jahresarbeitsstagung 447-466 (Schriftenreihe des Deutschen Anwaltsinstituts)

Freitag/Bertrand: Fehlerhafte Statusbeurteilung eines GmbH-(Gesellschafter-)Geschäfts-führers und Steuerberaterhaftung, DStR 2023, 1221

Gilgan: Praxisnachfolge: Der Praxistreuhand – selten, aber zunehmend wichtiger, KP 2023, 137

Hansens: Anmerkung zum Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 26.01.2023 (III ZR 69/21, ZfSch 2023, 220) - Zur Nachholung der unterbliebenen Entscheidung über die Kosten der Streitverkündung, ZfSch 2023, 221

Huff: Anwaltshaftung: Bei insolventer Anwalts-GmbH besteht für den Direktanspruch gegen den Berufshaftpflichtversicherer Rechtsschutz, AK 2023, 92

Karadag: Haftungsfalle elektronischer Rechtsverkehr, Haftungsseite, NJW-aktuell 28/2023, S. 17

Kilian: Rund ums Haftungsrecht für Berater, AnwBl 2023, 426

Lingnau/Ruppert: Die aktive Nutzungspflicht des besonderen elektronischen Steuerberaterpostfachs (beSt), DStR 2023, 1436

Meixner/Schröder: Keine Steuerberaterhaftung bis 2017 wegen Insolvenzverschleppung, Anmerkung zu OLG Jena, Beschl. v. 22.12.2022 – 7 W 216/22, rkr., DStR 2023, 1327

Ring: Änderungen des Steuerberatungsgesetzes durch das Gesetz zur Stärkung der Aufsicht bei Rechtsdienstleistungen, DStR 2023, 1155

Rohwetter-Kühl: Die Rechtsprechung des BGH zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, NJW 2023, 2010

Rumpff: Geschäftsführerhaftung und D&O-Versicherung in der inhabergeführten GmbH, ZIP 2023, 783

Staab: Direktanspruch gegen den Haftpflichtversicherer – Zeitpunkt, NJW 2023, 1773

Wacker: Einsicht des Insolvenzverwalters in die Handakte des Beraters, Anmerkung zu LG Frankfurt a. M., Ur. v. 9.1.2023 – 8 U 299/21, rkr., DStR 2023, 1279

Wypior: Kein blinder Verlass auf die Deckungszusage, Haftungsseite, NJW-aktuell 24/2023, S. 17

GI service

Wichtige Info zur GI!

Nichts verpassen und GI als Newsletter abonnieren!

Themen wie Belehrungspflichten, Fristenkontrolle, Honorarsprüche 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