

# Glaktuell

> Ausgabe 5 / 10.2023 / 43. Jahrgang  
 > Informationen für wirtschaftsprüfende,  
 rechts- und steuerberatende Berufe

## Inhalt

<b>Editorial</b> .....	257	<b>Steuerberaterhaftung</b> .....	280
<b>GI Entscheidungen</b> .....	258	Mandat zum Erblasser / Umfang des Schadensersatzanspruchs des Erben (OGH, Urt. v. 4.11.2021 – 5 Ob 88/21h)	
<b>GI Literatur-Ecke</b> .....	318	<b>Rechtsanwaltshaftung</b> .....	284
<b>Vergütungsanspruch des Abschlussprüfers</b> .....	258	Vertrag mit Schutzwirkung / Anwaltstätigkeit im Einklang mit obergerichtlicher Rechtsprechung (LG Köln, Urt. v. 17.5.2022 – 30 O 212/21)	
Jahresabschlussprüfung / Vergütungsanspruch / Insolvenzverfahren / Insolvenzforderung (BGH, Urt. v. 28.4.2022 – IX ZR 68/21)		<b>Rechtsanwaltshaftung</b> .....	288
<b>Wiedereinsetzung</b> .....	263	Hinweis auf Beratungshilfe / Befreiung von Gebührenanspruch (AG Brandenburg, Urt. v. 28.3.2022 – 31 C 117/21)	
Berufungsbegründungsfrist / Fristverlängerungsantrag / Nur teilweise gewährte Fristverlängerung / Vertrauen (BGH, Beschl. v. 27.9.2022 – VI ZB 66/21)		<b>Rechtsanwaltshaftung</b> .....	292
<b>Wiedereinsetzung</b> .....	265	Insolvenzantragspflicht / Vertrag mit Schutzwirkung / Faktischer Geschäftsführer (BGH, Urt. v. 29.6.2023 – IX ZR 56/22)	
Vorlage der Akte / Eigenverantwortliche Prüfung / All- gemeine Vorkehrungen / Unvorhergesehenes Ausfallen (BGH, Beschl. v. 19.10.2022 – XII ZB 113/21)		<b>Rechtsanwaltshaftung</b> .....	296
<b>Wiedereinsetzung</b> .....	268	Bewilligung von PKH / Kenntnis der finanziellen Verhältnisse (OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.2.2023 – I-24 U 335/20)	
Anwaltlicher Insolvenzverwalter / Elektronische Übermittlung von Schriftsätzen (BGH, Beschl. v. 24.11.2022 – IX ZB 11/22)		<b>Notarhaftung</b> .....	304
<b>Wirtschaftsprüferhaftung</b> .....	271	Vermutung beratungsgerechten Verhaltens / Mehrere Handlungsmöglichkeiten / Rechtsprechung des V., IX. und XI. Senats des BGH (BGH, Urt. v. 15.6.2023 – III ZR 44/22)	
Insolvenzvertiefungsschaden / Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters / Schaden (LG Mainz, Urt. v. 8.3.2023 – 5 O 82/22, n.rk.)		<b>Notarhaftung</b> .....	307
<b>Wirtschaftsprüferhaftung</b> .....	274	Verstoß gegen § 2347 BGB / Kenntnisunabhängige Verjährung (OLG Hamm, Urt. v. 12.7.2023 – I-11 U 148/22)	
Insolvenz / Schaden / Insolvenzvertiefung / Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters (LG Ingolstadt, Beschl. v. 22.5.2023 – 81 O 2018/22)			



## 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



Rafael Meixner  
Rechtsanwalt



## Editorial

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

Von der Literatur und der Instanzrechtsprechung werden – entgegen der Ansicht des IX. Zivilsenats des BGH – Zweifel angemeldet, ob ein Insolvenzverwalter befugt ist, gegen den Steuerberater der insolventen Gesellschaft einen **Insolvenzvertiefungsschaden** geltend zu machen. Nach einer Entscheidung des **LG Mainz** bestehen die gleichen Bedenken auch beim **Abschlussprüfer**. Einer insolventen Gesellschaft entsteht durch das Anwachsen der Verbindlichkeiten infolge einer verspäteten Insolvenzantragstellung mangels Schutzwürdigkeit kein ersatzfähiger Schaden. Die gleiche Ansicht vertritt das **LG Ingolstadt**.

Die **Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich** des zwischen Rechtsberater und Mandant geschlossenen Mandatsvertrags ist nach einer aktuellen Entscheidung des **BGH** nicht allein deshalb ausgeschlossen, weil dem Berater im Verhältnis zum Mandanten nur eine **Schutz- oder Fürsorgepflichtverletzung** zur Last fällt.

Das **AG Brandenburg** und das **OLG Düsseldorf** hatten sich jeweils mit Fällen zu befassen, in denen dem beratenden Rechtsanwalt die schlechten finanziellen Verhältnisse des Mandanten bekannt waren. In solchen Fällen ist auf die Möglichkeit der **Beratungshilfe** und **Prozesskostenhilfe** hinzuweisen.

Nach einer Entscheidung des **LG Köln** handelt ein Rechtsanwalt nicht pflichtwidrig, wenn er sich bei seinem Vorgehen auf **obergerichtliche Rechtsprechung** stützt, die erst später **vom BGH kassiert** wird. Dies macht sein Vorgehen nicht nachträglich unvertretbar.

Der **BGH** befasste sich mit dem Anscheinsbeweis im Bereich der **Notarhaftung**. Die **Vermutung beratungsrichtigen Verhaltens** greift nicht, wenn es mehrere naheliegende Handlungsmöglichkeiten gibt. Dies gilt auch bei Vorliegen eines Entscheidungskonflikts. Die Erwägungen des XI. und des V. Zivilsenats erachtet der III. Zivilsenat für den Bereich der Notarhaftung für nicht übertragbar.



Ihr Rafael Meixner

## GI Entscheidungen

### Vergütungsanspruch des Abschlussprüfers

- Vertrag über Jahresabschlussprüfung
- Vergütungsanspruch
- Insolvenzverfahren
- Insolvenzforderung

(BGH, Urt. v. 28.4.2022 – IX ZR 68/21)

#### Leitsätze (der Redaktion)

1. Weder der Vertrag über die Jahresabschlussprüfung iSd § 155 III 2 InsO noch der damit einhergehende Honoraranspruch erlöschen mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gem. §§ 115, 116 InsO.
2. Der Vergütungsanspruch stellt eine teilbare Leistung iSd § 105 InsO dar, sodass erbrachte Teilleistungen vor Eröffnung als Insolvenzforderungen im Rang des § 38 InsO zu befriedigen sind.

#### Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin ist eine Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft. Die Hauptversammlung der M. AG (im Folgenden: Schuldnerin) wählte sie am 9. Juli 2013 zur Abschlussprüferin für den Jahresabschluss und den Konzernabschluss sowie den Lagebericht und den Konzernlagebericht zum 31. Dezember 2013. Am 30. Dezember 2013 erteilte der Aufsichtsrat der Schuldnerin der Klägerin den entsprechenden Prüfungsauftrag. Diese nahm den Auftrag am 3. Januar 2014 an. Mit Rechnung vom 14. August 2014 stellte die Klägerin der Schuldnerin für ihre Prüftätigkeit einen Teilbetrag in Höhe von 33.154,23 € in Rechnung. Am 1. Oktober 2014 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt.

[2] Die Klägerin hat zunächst den vorgenannten Betrag gegen den Beklagten geltend gemacht. Nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht hat sie ihre Klage - nach zwischenzeitlicher Beendigung ihrer Arbeiten und Erteilung einer Schlussrechnung - um einen Betrag von 18.940,82 € erweitert.

[3] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung hat das Oberlandesgericht die Klageerweiterung zugelassen und der Klage unter Berücksichtigung eines gezahlten Abschlags wegen eines Teilbetrages in Höhe von 31.733,73 € stattgegeben. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision.

#### Aus den Gründen:

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

I.

[5] Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Honorarforderung der Klägerin beruhe auf der Vereinbarung eines Pauschalpreises mit der Schuldnerin und stelle sich insgesamt als Masseverbindlichkeit dar. Der Einordnung eines Teils der Forderung als Insolvenzforderung stehe entgegen, dass einerseits der dem Abschlussprüfer erteilte Auftrag mit der Verfahrenseröffnung nicht erlösche und andererseits die Forderung aufgrund des höchstpersönlichen Charakters der Abschlussprüfung nicht teilbar sei.

[6] Die ausgesprochene teilweise Klagabweisung beruht darauf, dass nach Ansicht des Berufungsgerichts die Höhe des Vergütungsanspruchs durch eine Pauschalpreisabrede begrenzt sei.

II.

[7] Das hält rechtlicher Prüfung nicht in allen Punkten stand.

[8] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht der klageweisen Geltendmachung des Teils der **Honorarforderung der Klägerin, der auf den vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachten Leistungen beruht, § 87 InsO** entgegen. Insoweit handelt es sich bei dem erhobenen Vergütungsanspruch um eine Insolvenzforderung und nicht um eine Masseverbindlichkeit.

[9] 1. Noch zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die **Verfahrenseröffnung nicht zum Erlöschen des zwischen der Klägerin und der Schuldnerin geschlossenen Vertrages gemäß §§ 115, 116 InsO** geführt hat. Aus § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO folgt vielmehr, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Bestand des Vertrages über die Abschlussprüfung unberührt lässt.

[10] a) Nach § 115 Abs. 1, § 116 Satz 1 InsO erlischt ein Dienst- oder Werkvertrag, durch den sich jemand dem Schuldner gegenüber verpflichtet hat, ein Geschäft für diesen zu besorgen, mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. **Der Vertrag über die Abschluss- und Konzernabschlussprüfung gemäß § 316 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 HGB stellt sich in diesem Sinne als Werkvertrag mit Geschäftsbesorgungsscharakter dar** (BGH, Urteil vom 1. Februar 2000 - X ZR 198/97, WM 2000, 973; vom 7. März 2002 - III ZR 12/01, WM 2002, 2248, 2249 f; vom 26. Januar 2017 - IX ZR 285/14, BGHZ 213, 374 Rn. 14; vgl. auch BGH, Beschluss vom 8. Mai 2018 - II ZB

17/17, ZIP 2018, 1358 Rn. 9 sowie ausführlich zum Geschäftsbesorgungscharakter Röhl/Hidding, WM 2021, 1729 f).

**[11] b) Gemäß § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO wird die Wirksamkeit der Bestellung eines Abschlussprüfers für das Geschäftsjahr vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch die Eröffnung nicht berührt.** Aus dieser Bestimmung folgt, dass der Vertrag über die Abschlussprüfung und damit auch der sich daraus ergebende Vergütungsanspruch in Abweichung von §§ 115, 116 InsO mit der Eröffnung nicht erlischt.

**[12] aa) Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO nicht nur für das Geschäftsjahr gilt, in welchem die Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt, sondern auch für die Bestellung von Abschlussprüfern in vorangegangenen Geschäftsjahren** (BGH, Beschluss vom 8. Mai 2018, aaO Rn. 12 ff). § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO ist mithin auf die Bestellung der Klägerin zur Abschlussprüferin für das Geschäftsjahr 2013 der Schuldnerin anwendbar.

**[13] bb) Nach einer Auffassung im Schrifttum soll die Reichweite des § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO im Hinblick auf seinen Wortlaut allerdings auf die Fortwirkung der Auswahlentscheidung der Gesellschafter- oder Hauptversammlung gemäß § 318 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 HGB (iVm § 119 Abs. 1 Nr. 5 AktG) beschränkt sein, während mit Bezug auf den Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen Schuldnerin und Prüfer §§ 115, 116 InsO anzuwenden seien.** Denn das Gesetz verwende den Begriff der "Bestellung", welcher in Übereinstimmung mit der bereits bei Inkrafttreten der Insolvenzordnung bekannten handels- und aktienrechtlichen Terminologie gerade nicht den der Auswahlentscheidung der Gesellschafter nachfolgenden Prüfungsauftrag umfasse (Klerx, NZG 2003, 943, 944; Ebke in Festschrift Hopt, 2010, S. 559, 577 ff). **Nach der überwiegenden Auffassung beinhaltet § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO hingegen als lex specialis eine Durchbrechung der §§ 115, 116 InsO mit der Folge, dass auch der vor Insolvenzeröffnung abgeschlossene Geschäftsbesorgungsvertrag und der daraus folgende Vergütungsanspruch des Abschlussprüfers fortbestehen** (vgl. OLG Frankfurt, ZInsO 2004, 95, 96 und ZIP 2021, 1978, 1980; MünchKomm-InsO/Jaffé, 4. Aufl., § 155 Rn. 21; Uhlenbruck/Sinz, InsO, 15. Aufl., § 155 Rn. 24; Kübler in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2016, § 155 Rn. 70; HK-InsO/Depré, 10. Aufl., § 155 Rn. 16; FK-InsO/Boochs/Nickel, 9. Aufl., § 155 Rn. 244; Graf-Schlischer/Breitenbücher, InsO, 6. Aufl., § 155 Rn. 27; Schmidt/Schmittmann, InsO, 19. Aufl., § 155 Rn. 58; Jaeger/Eckardt, InsO, § 155 Rn. 113; Müller/Gelhausen in Festschrift Claussen, 1997, S. 687, 696; Kniebes, ZInsO 2015, 383, 385; Gehrlein, ZInsO 2019, 697, 703; Kaiser/Berbuer, ZIP 2017, 161, 162; Hillebrand, ZInsO 2019, 774, 776; vgl. auch BGH, Beschluss vom 8. Mai 2018 - II ZB 17/17, ZIP 2018, 1358 Rn. 9). **Die herrschende Meinung verdient den Vorzug.**

**[14] (1) § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO verwendet den Begriff der Bestellung nicht in einer auf den Wahlvorgang beschränkten Bedeutung.** Der Begriff der Bestellung ist als zusammenfassender Oberbegriff für den in der Wahl des Abschlussprüfers liegenden korporationsrechtlichen Bestellungsakt (Ebke in Festschrift Hopt, 2010, S. 559, 577) und die nachfolgende schuldrechtliche Beauftragung des Prüfers durch die Gesellschaft als mehraktigen Vorgang anzusehen (vgl. OLG Naumburg, OLG Naumburg, 2005, 275; Beck'scher Bilanz-Kommentar/Schmidt/Heinz, 12. Aufl., § 318 Rn. 1; BeckOK-HGB/Schorse/Morfeld, 2021, § 318 Rn. 3; Müller/Gelhausen, aaO; Kniebes, aaO S. 384; Kaiser/Berbuer, aaO S. 161). Zudem spricht auch § 318 HGB mit seiner amtlichen Überschrift "Bestellung und Abberufung" von dem gesamten Vorgang von der Wahl durch die Gesellschafter bis zum Vertragsabschluss zwischen Gesellschaft und Prüfer.

**[15] (2) Die Materialien zur Insolvenzordnung** (BT-Drucks. 12/2443, S. 172 f zu § 174 RegE-InsO) belegen, dass der Gesetzgeber den Begriff der Bestellung in § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO in diesem umfassenderen Sinn verstanden und gemeint hat. Denn danach soll der vor Insolvenzeröffnung gewählte Abschlussprüfer, dem "der Prüfungsauftrag erteilt worden war...berechtigt bleiben, den Jahresabschluss" zu prüfen. Aus dieser Formulierung folgt, dass der Gesetzgeber von einem Fortbestehen (auch) des Geschäftsbesorgungsvertrags nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausging. Anderenfalls hätte es nahegelegen, an dieser Stelle der Gesetzesbegründung hinsichtlich des Prüfungsauftrags im Hinblick auf §§ 115, 116 InsO auf die Notwendigkeit von dessen Neubegründung durch Insolvenzverwalter und Prüfer zu verweisen.

**[16] (3) Vor diesem Hintergrund kommt auch dem systematischen Gesichtspunkt, dass sich § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO im vierten Teil und nicht im zweiten Abschnitt des dritten Teils der Insolvenzordnung über die Erfüllung der Rechtsgeschäfte findet, keine ausschlaggebende, gegen die Annahme einer Verdrängung der §§ 115, 116 InsO durch diese Vorschrift sprechende Bedeutung zu.**

**[17] 2. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Vergütungsforderung der Klägerin sei insgesamt als Masseverbindlichkeit einzustufen, trifft hingegen nicht zu. Vielmehr ist für die Zeit vor und die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu unterscheiden.** Der Honoraranspruch der Klägerin stellt sich als bloße Insolvenzforderung gemäß §§ 38, 87 InsO dar, soweit er auf Leistungen beruht, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbracht wurden. Nur ihre nach diesem Zeitpunkt erbrachte Tätigkeit und die daran anknüpfende Vergütungsforderung begründete gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO eine Masseverbindlichkeit.

**[18]** Die Frage der **rechtlichen Einordnung des Vergütungsanspruchs aus einem nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens** gemäß § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO fortwirkenden Prüfungsauftrag ist **umstritten**. Nach einer Auffassung, der auch das Berufungsgericht gefolgt ist, ist der Vergütungsanspruch in einem solchen Fall einheitlich als Masseverbindlichkeit anzusehen (vgl. HK-InsO/Depré, 10. Aufl., § 155 Rn. 16; Jaeger/Eckardt, InsO, § 155 Rn. 113; Gehrlein, ZInsO 2019, 697, 704 f; ders., ZInsO 2021, 1915 f; Hillebrand, ZInsO 2019, 774, 776). Nach der Gegenauffassung liegt eine Masseverbindlichkeit nur für die Zeit ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens vor, hinsichtlich der Vergütung der Tätigkeit des Abschlussprüfers in der Zeit davor sei hingegen eine bloße Insolvenzforderung anzunehmen (vgl. OLG Frankfurt, ZIP 2021, 1978, 1980). Diese Ansicht trifft zu.

**[19] a)** Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts und eines Teils des zitierten Schrifttums (Jaeger/Eckardt, aaO) kann die Annahme einer Masseverbindlichkeit für die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht auf § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO gestützt werden. Nach dieser Bestimmung sind Masseverbindlichkeiten solche Verbindlichkeiten, die durch Handlungen des Insolvenzverwalters oder in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet werden, ohne zu den Kosten des Insolvenzverfahrens zu gehören.

**[20] aa)** Der Anspruch der Klägerin ist nicht durch eine Handlung des Insolvenzverwalters im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 InsO begründet worden. Der Geschäftsbesorgungsvertrag wurde vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters geschlossen.

**[21] bb)** Die Verbindlichkeit wurde auch nicht in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 InsO). Voraussetzung hierfür wäre, dass die Verbindlichkeiten durch die Insolvenzverwaltung ausgelöst wurden oder jedenfalls einen Bezug zur Insolvenzmasse aufweisen (BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 - IX ZR 87/16, NZI 2017, 228 Rn. 19; vom 28. November 2019 - IX ZR 239/18, BGHZ 224, 177 Rn. 31; ebenso BVerwG, NJW 2010, 2152 Rn. 14; BFH, ZIP 2011, 1728 Rn. 13 f). Daran fehlt es, soweit es um die hier in Rede stehende vorinsolvenzliche Tätigkeit des Abschlussprüfers geht.

**[22] b)** Die Annahme einer Masseverbindlichkeit für die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ergibt sich auch nicht aus § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO. Nach dieser Bestimmung sind Masseverbindlichkeiten Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung zur Insolvenzmasse für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss.

**[23] aa)** Außer Frage steht, dass der von der Norm vorausgesetzte - hier aus § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO folgende - gesetzliche **Erfüllungszwang** dazu führt, dass die Vergütungsforderung der Klägerin als Abschlussprüferin nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO insoweit eine Masseverbindlichkeit darstellt, als die **Forderung auf ihrer Prüftätigkeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens** beruht.

**[24] bb)** Hingegen stellen **Ansprüche des Gläubigers** aus einem gegenseitigen Vertrag, wenn die **Leistung teilbar** ist, nur eine Insolvenzforderung dar, soweit sie den Teil der Leistung betreffen, der vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbracht worden ist. Dies gilt auch im Fall des § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO für Leistungen des Abschlussprüfers.

**[25] (1)** Ein solcher Ansatz entspricht dem in § 105 InsO enthaltenen **Rechtsgedanken**. § 105 Satz 1 InsO sieht vor, dass der Vergütungsanspruch gegen den Schuldner nur Insolvenzforderung ist, soweit er auf zum Zeitpunkt der Eröffnung von dem anderen Teil bereits erbrachte Teilleistungen entfällt. Dahinter steht, dass der teilweise vorleistende Vertragspartner des Schuldners hinsichtlich seines auf die Zeit vor der Eröffnung entfallenden Zahlungsanspruchs nicht besser behandelt werden soll als derjenige, der zu diesem Zeitpunkt bereits vollständig vorgeleistet hat und daher insgesamt nur Insolvenzgläubiger ist. Neben der Gläubigergleichbehandlung sollen auch der Schutz der Masse und die Sanierungschancen des Schuldners sichergestellt werden (BGH, Urteil vom 27. Februar 1997 - IX ZR 5/96, BGHZ 135, 25, 28 f).

**[26]** Für den Fall des § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO gilt Entsprechendes. **Auch der Abschlussprüfer, der nur einen Teil seiner Tätigkeit vor Eröffnung erbracht hat, kann nicht besser stehen als derjenige, der seine Prüfung zu diesem Zeitpunkt bereits vollständig abgeschlossen hat und insgesamt nur Insolvenzgläubiger gemäß § 38 InsO ist** (ebenso OLG Frankfurt, ZIP 2021, 1978, 1981). Wie andere Gläubiger auch kann sich der Abschlussprüfer vor den Auswirkungen der Insolvenzeröffnung auf seinen Vergütungsanspruch für bereits erbrachte Leistungen im Übrigen durch die Vereinbarung von Vorschuss- oder Abschlagszahlungen schützen.

**[27] (2)** Für die Teilbarkeit entsprechend dem Rechtsgedanken des § 105 InsO kommt es nicht darauf an, dass sich der wirtschaftliche Wert der Tätigkeit des Abschlussprüfers letztendlich erst mit deren Abschluss, also vor allem der Erteilung des Testats gemäß § 322 HGB, sichtbar im Vermögen des Schuldners niederschlägt und die vorangegangene Tätigkeit unter diesem Gesichtspunkt als bloße Leistungsvorbereitung angesehen werden mag. Maßgeblich ist ein weiter Begriff der Teilbarkeit, für den allein entscheidend ist, ob sich die vor und nach Eröffnung erbrachten Leistungen des

anderen Teils hinreichend voneinander abgrenzen und bewerten lassen. Auch höchstpersönliche Leistungen können danach teilbar sein.

**[28]** (a) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 105 InsO (und bereits zu § 17 KO nach Aufgabe der sogenannten Einheitslösung mit Urteil vom 4. Mai 1995 - IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336, 340) ist der **Teilbarkeitsbegriff weiter gefasst als in der Rechtsprechung zum vormaligen § 36 Abs. 2 Satz 1 VerglO** (vgl. dazu BGH, Urteil vom 10. März 1994 - IX ZR 236/93, BGHZ 125, 270, 274 f mwN). Nach der neueren Rechtsprechung des Senats liegt eine **Teilbarkeit** nicht erst dann vor, wenn sich die fragliche Leistung in hinreichend verselbständigte Teile aufspalten lässt. **Es genügt vielmehr, dass sich der Wert der erbrachten Teilleistung und ein auf sie entfallender Anteil der Gegenleistung im Verhältnis zur Gesamtleistung und Gesamtvergütung objektiv bestimmen lassen, erforderlichenfalls mit sachverständiger Hilfe** (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 1995, aaO S. 344 f; vom 22. Februar 2001 - IX ZR 191/98, BGHZ 147, 28, 34; vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 358 f). **Der Senat versteht den Begriff der Teilbarkeit in seiner Rechtsprechung damit im denkbar weitesten Sinne** (Fischer, NZI 2002, 281, 283; Pape, NJW 2002, 1165, 1173). Die Teilbarkeit ist mit anderen Worten der Regelfall (Uhlenbruck/Wegener, InsO, 15. Aufl., § 105 Rn. 7; FK-InsO/Wegener, 9. Aufl., § 105 Rn. 7; Scherer, NZI 2004, 113, 115).

**[29]** Im **Schrifttum** ist diese Rechtsprechung überwiegend auf **Zustimmung** gestoßen (vgl. MünchKomm-InsO/Huber, 4. Aufl., § 105 Rn. 14; Uhlenbruck/Wegener, aaO; FK-InsO/Wegener, aaO; HmbKomm-InsO/Ahrendt, 9. Aufl., § 105 Rn. 4; Jaeger/Jacoby, InsO, 2. Aufl., § 105 Rn. 25; BK-InsO/Goetsch, 2006, § 105 Rn. 9 ff; KK-InsO/Hess, § 105 Rn. 6; Schmidt/Ringstmeier, InsO, 19. Aufl., § 105 Rn. 8 ff; Graf-Schlicker/Breitenbücher, InsO, 6. Aufl., § 105 Rn. 4 ff; Gottwald/Haas/Huber, Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl., § 36 Rn. 4; Flöther/Wehner in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 4. Aufl., § 105 Rn. 3; Braun/Kroth, InsO, 8. Aufl., § 105 Rn. 4; Kreft in Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 387, 396; Thode, ZfIR 2000, 165, 180; Huber, NZI 2002, 467, 470; Fischer, aaO; Pape, aaO; Scherer, aaO S. 117; ablehnend und einer ähnlichen Begriffsbestimmung wie der des Bundesgerichtshofs zu § 36 Abs. 2 VerglO folgend HK-InsO/Marotzke, 10. Aufl., § 105 Rn. 8; ebenfalls für ein engeres Verständnis Meyer, NZI 2001, 294, 298; ders., NZI 2014, 679 ff; Hoffmann KTS 2018, 343, 371; im Ergebnis auch Tintelnot in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2016, § 105 Rn. 8 ff). Der Senat hält an dieser Rechtsprechung fest.

**[30]** (b) Die Beurteilung, dass der Gläubiger seine Leistung bereits teilweise erbracht hat, setzt nicht zwingend voraus, dass vor der Insolvenzeröffnung schon etwas in das Vermögen des

Schuldners gelangt ist (aA Jaeger/Jacoby, InsO, 2. Aufl., § 105 Rn. 11 f; Schmidt/Ringstmeier, InsO, 19. Aufl., § 105 Rn. 14; Uhlenbruck/Wegener, 15. Aufl., § 105 Rn. 12). Eine erbrachte Teilleistung des anderen Teils liegt bei Werk- und Werklieferungsverträgen über eine nicht vertretbare Sache (§ 650 Abs. 1 Satz 2 BGB) vielmehr regelmäßig vor, wenn dieser Leistung nach den für eine Kündigung aus wichtigem Grund geltenden Maßstäben ein Teil des Vergütungsanspruchs zugeordnet werden kann, weil und soweit sich die erbrachte Leistung feststellen und bewerten lässt.

**[31]** (aa) Der Senat ist in seiner **bisherigen Rechtsprechung** sowohl zu einem **(Bau-)Werkvertrag** (BGH, Urteil vom 4. Mai 1995 - IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336, 340 ff; vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 358 f) als auch einem **Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache** (BGH, Urteil vom 22. Februar 2001 - IX ZR 191/98, BGHZ 147, 28, 33 f) davon ausgegangen, dass der andere Teil bereits vor Insolvenzeröffnung eine wertschöpfende (Teil-)Leistung erbracht hat und sich diese von der Gesamtleistung abgrenzen und bewerten lässt. Indem der andere Teil eine solche Teilleistung als Vorleistung erbringt, ohne hierfür den Schutz des § 320 BGB in Anspruch zu nehmen, übernimmt er für seinen Gegenanspruch insoweit das Insolvenzrisiko des Schuldners.

**[32]** Dabei hat der Senat darauf abgestellt, dass bei der Ermittlung des anteiligen Werklohns dieselben Maßstäbe anzuwenden sind, wie wenn der Bauvertrag im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus wichtigem Grund gekündigt worden wäre (BGH, Urteil vom 25. April 2002, aaO S. 364). Es kommt danach auf das Wertverhältnis an, in welchem die bisher erbrachten Leistungen des anderen Teils zu den nach Insolvenzeröffnung noch zu erbringenden Leistungen stehen (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2001, aaO S. 34). Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass für die Frage, ob der andere Teil bereits eine wertschöpfende Teilleistung erbracht hat, bei Werk- und Werklieferungsverträgen über nicht vertretbare Sachen (§ 650 Abs. 1 Satz 2 BGB) darauf abgestellt werden kann, ob im Falle der Kündigung aus wichtigem Grund ein Vergütungsanspruch bestünde.

**[33]** (bb) **Eine abweichende Betrachtung für geistige Werke - wie das des Abschlussprüfers - ist nicht geboten.** Auch bei dem Abschlussprüfervertrag steht die kontinuierliche Leistungserbringung, die Schöpfung des Werks, durch den Einsatz von Personal und Sachmitteln im Rahmen der Prüfung im Vordergrund der Tätigkeit. Mit dem gemäß § 322 Abs. 1 Satz 1 HGB am Ende zu erteilenden Testat wird die Leistung des Abschlussprüfers nur formal abgeschlossen, wenn auch der gemäß § 325 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB offenzulegende Bestätigungs- oder Versagungsvermerk als Gesamtteil über den Jahresabschluss des Unternehmens für sich betrachtet von er-

heblicher rechtlicher und wirtschaftlicher Bedeutung, insbesondere für das geprüfte Unternehmen, die Anteilseigner und die Öffentlichkeit, ist (vgl. BGH, Urteil vom 12. März 2020 - VII ZR 236/19, WM 2020, 987 Rn. 28; MünchKomm-Bilanzrecht/Bormann, § 322 HGB Rn. 3 f). **Für die Würdigung im vorliegenden Zusammenhang kommt es jedoch allein darauf an, dass sich die vor und nach Insolvenzeröffnung erbrachten Tätigkeiten auch im Fall der Abschlussprüfung voneinander abgrenzen und bewerten lassen.**

[34] Das ist wie beim Bauvertrag zu bejahen. Auch im Falle des Widerrufs des Prüfungsauftrages gemäß § 318 Abs. 1 Satz 5 HGB durch die Gesellschaft oder der Kündigung durch den Prüfer gemäß § 318 Abs. 6 Satz 1 HGB ist es grundsätzlich möglich und erforderlich, die bis dahin erbrachten Leistungen gemäß den allgemeinen Regeln des Zivilrechts zu bewerten, um den bestehenden Teilvergütungsanspruch des Prüfers (entsprechend § 628 Abs. 1 Satz 1, § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB) bestimmen zu können (vgl. MünchKomm-HGB/Ebke, 4. Aufl., § 318 Rn. 117, 148; Mylich/Müller in Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, 2. Aufl., § 318 Rn. 147; Großkomm-HGB/Habersack/Schürmbrand, 5. Aufl., § 318 Rn. 86; Dißbars, BB 2005, 2231, 2233; vgl. auch BGH, Urteil vom 21. Januar 2010 - Xa ZR 175/07, WM 2010, 410 Rn. 24). Die Vornahme der entsprechenden Bewertung obliegt dem Tatrichter, der sich sachverständiger Hilfe bedienen kann.

[35] (c) Der **Teilbarkeit der Leistung** der Beklagten steht auch **nicht entgegen**, dass es sich um eine **höchstpersönliche Leistung** handelte.

[36] (aa) Die **Abschlussprüfung** ist als eine **höchstpersönliche Leistung** in diesem Sinne anzusehen (vgl. Hense/Ulrich/Förster, WPO, 3. Aufl., § 32 Rn. 5, 20; Gehrlein, ZInsO 2019, 697, 704; Hillebrand, ZInsO 2019, 774, 776). Der bestellte Prüfer hat gemäß § 322 Abs. 7 Satz 1 Halbsatz 1 HGB den schriftlichen Bestätigungsvermerk oder den Vermerk über seine Versagung zu unterzeichnen. Im Fall der Gemeinschaftsprüfung (§ 322 Abs. 6a HGB) haben alle bestellten Personen zu unterzeichnen (§ 322 Abs. 7 Satz 1 Halbsatz 2 HGB). Ist der Abschlussprüfer wie im vorliegenden Fall eine Prüfungsgesellschaft, muss die Unterzeichnung zumindest durch den Wirtschaftsprüfer erfolgen, der die Abschlussprüfung für seine Gesellschaft durchgeführt hat (§ 322 Abs. 7 Satz 3 HGB). Entsprechendes ergibt sich aus § 321 Abs. 5 Satz 1 HGB für den Prüfungsbericht gemäß § 321 Abs. 1 Satz 1 HGB, in den das Testat gemäß § 322 Abs. 7 Satz 2 HGB aufzunehmen ist. Fällt der beauftragte Wirtschaftsprüfer vor Beendigung des Auftrags aus oder kann er aus sonstigen Gründen seine Arbeitsergebnisse nicht persönlich unterzeichnen, bedarf es daher der Bestellung eines neuen Abschlussprüfers (vgl. Hense/Ulrich/Förster, aaO Rn. 6).

[37] (bb) **Nach einer Auffassung** wird bei höchstpersönlichen Leistungen allgemein eine **Teilbarkeit verneint** (vgl. MünchKomm-InsO/Huber, 4. Aufl., § 105 Rn. 22; FK-InsO/Wegener, 9. Aufl., § 105 Rn. 9; HmbKomm-InsO/Ahrendt, 9. Aufl., § 105 Rn. 4; Andres/Leithaus, InsO, 4. Aufl., § 105 Rn. 3; Gottwald/Haas/Huber, Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl., § 36 Rn. 4; Thode, ZfIR 2000, 165, 181; Gehrlein, ZInsO 2019, 697, 704; Hillebrand, ZInsO 2019, 774, 776). **Nach anderer Meinung** kommt eine Teilbarkeit **grundsätzlich auch dann in Betracht** (BAGE 132, 333 Rn. 29 ff für einen Rechtsanwalt; OLG Frankfurt, ZIP 2021, 1978, 1980 für einen Abschlussprüfer; Uhlenbruck/Wegener, InsO, 15. Aufl., § 105 Rn. 11; Jaeger/Jacoby, InsO, 2. Aufl., § 105 Rn. 28; Schmidt/Ringstmeier, InsO, 19. Aufl., § 105 Rn. 11).

[38] (cc) Die zuletzt genannte Auffassung trifft jedenfalls insoweit zu, als es um höchstpersönliche Leistungen des Vertragspartners des Schuldners geht, deren vor und nach Insolvenzeröffnung erbrachte Anteile sich entsprechend den vorgenannten Grundsätzen ihrem Wert nach objektiv bestimmen und voneinander abgrenzen lassen. Dann ist es auch möglich, hinsichtlich des Vergütungsanspruchs einerseits einen Teil, der Insolvenzforderung ist, und andererseits einen Teil, der Masseverbindlichkeit ist, zu unterscheiden.

[39] Selbst bei einer Pauschalpreisabrede ist es bei der gebotenen objektiven Betrachtung und erforderlichenfalls unter Hinzuziehung eines gerichtlichen Sachverständigen möglich, die vor und nach Verfahrenseröffnung erbrachten Leistungen des Abschlussprüfers und somit auch den darauf jeweils entfallenden Vergütungsanteil nach dem genannten Maßstab zu ermitteln und zu bewerten (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 1995 - IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336, 344 f; vom 22. Februar 2001 - IX ZR 191/98, BGHZ 147, 28, 34; vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 358 f; Uhlenbruck/Wegener, aaO; Jaeger/Jacoby, aaO).

[40] (dd) **Soweit das Schrifttum** (vgl. etwa Uhlenbruck/Wegener, aaO; Jaeger/Jacoby, aaO) dem Urteil des Senats vom 22. Februar 2001 (IX ZR 191/98, BGHZ 147, 28, 33 f) **entnommen hat, auch der Bundesgerichtshof tendiere zu der bislang herrschenden Meinung und ziehe ebenfalls eine generelle Unteilbarkeit von höchstpersönlichen Leistungen in Erwägung, trifft das nicht zu.** Der Verweis der Revisionserwiderung auf eine ältere Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 21. Oktober 1976 - VII ZR 335/75, BGHZ 67, 242, 246 ff) in diesem Zusammenhang ist unrichtig. Diese Entscheidung betraf die Frage der Teilbarkeit von Leistungen aus einem Bauvertrag, mithin nicht höchstpersönliche Leistungen und ist zudem durch die nachfolgende Rechtsprechung des Senats (vgl. Urteil vom 4. Mai 1995 - IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336, 340 f; vom 22. Februar 2001, aaO) überholt. Aus dem Urteil des Senats vom 28. November 2019 (IX ZR 239/18, BGHZ 224, 177

Rn. 42) folgt nichts für die Teilbarkeit höchstpersönlicher Leistungen. Soweit danach eine Teilbarkeit bei Anwaltsverträgen regelmäßig nicht in Betracht kommt, betraf dies allein Anwaltsverträge, bei denen sich der Vergütungsanspruch des Anwalts nach der gesetzlichen Vergütung richtet. Das genannte Urteil des Senats beruhte somit auf den Besonderheiten der Vergütungstatbestände des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes. Richtet sich die Vergütung eines Rechtsanwalts hingegen nach einem Stundenhonorar, ist sie teilbar (BAGE 132, 333 Rn. 23, 33). Die Vergütung des Abschlussprüfers wird nicht durch gesetzliche Gebühren bestimmt.

**[41]** (ee) In einer Fallgestaltung, in welcher der andere Teil die ihm obliegende, vor Insolvenzeröffnung begonnene Leistung kraft gesetzlicher Anordnung - wie im vorliegenden Fall gemäß § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO - oder aufgrund einer Erfüllungswahl des Verwalters gemäß § 103 Abs. 1 InsO auch nach Insolvenzeröffnung weiter zu erbringen hat, **greift auch die Überlegung nicht durch, die höchstpersönliche Teilleistung habe für den Vertragspartner regelmäßig kein Interesse, weil sie nicht von einem Dritten vollendet werden könne und für den Anspruchsberechtigten daher letztlich wertlos sei** (vgl. MünchKomm-InsO/Huber, 4. Aufl., § 105 Rn. 22). **Die Verpflichtung zur vollständigen Leistungserbringung wird durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens dann nämlich gerade nicht in Frage gestellt** (vgl. OLG Frankfurt, ZIP 2021, 1978, 1980; Uhlenbruck/Wegener, InsO, 15. Aufl., § 105 Rn. 11; Jaeger/Jacoby, InsO, 2. Aufl., § 105 Rn. 28). Demgemäß kommt auch dem Aspekt, dass es für den Wert der Abschlussprüfung entscheidend auf die abschließende Erteilung des Bestätigungsvermerks ankomme (vgl. Gehrlein, ZInsO 2019, 697, 704; ders. ZInsO 2021, 1915, 1916; Dahl/Taras, NJW-Spezial 2021, 501, 502), keine ausschlaggebende Bedeutung zu.

**[42]** (d) Entgegen der Revisionserwiderung stellt es schließlich kein durchgreifendes Argument für die Gegenauffassung dar, dass diese einen Gleichlauf mit dem Fall der Bestellung des Abschlussprüfers erst im Insolvenzverfahren (§ 155 Abs. 3 Satz 1 InsO) erreicht. Ein solcher Gleichlauf ist nicht geboten.

III.

**[43]** Das angefochtene Urteil kann somit keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO), ist sie zur Nachholung der gebotenen Prüfung und Vornahme der erforderlichen Abgrenzung von Masseverbindlichkeit und Insolvenzforderung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

## Wiedereinsetzung

- Berufungsbegründungsfrist
- Fristverlängerungsantrag
- Nur teilweise gewährte Fristverlängerung
- Vertrauen

(BGH, *Beschl. v. 27.9.2022 – VI ZB 66/21*)

### Leitsatz

Geht dem Prozessbevollmächtigten des Berufungsklägers auf einen von ihm gestellten Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist eine Mitteilung des Gerichts zu, aus der sich ergibt, dass die gewährte Fristverlängerung hinter der begehrteten zurückbleibt, so ist eine Grundlage für sein Vertrauen, die Frist laufe erst später als aus der Mitteilung ersichtlich ab, nicht ersichtlich. Vielmehr ist von einem ordentlichen und gewissenhaften Rechtsanwalt zu erwarten, dass er eine solche Mitteilung zur Kenntnis nimmt und sich auf die daraus ersichtliche Frist einstellt.

### Zum Sachverhalt:

**[1]** Der Kläger macht als Erbe seiner verstorbenen Frau Schadensersatzansprüche wegen angeblicher Behandlungs- und Aufklärungsfehler im Zusammenhang mit einer ärztlichen Behandlung seiner Frau gegen die Beklagte geltend. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das landgerichtliche Urteil ist dem Kläger über seinen Prozessbevollmächtigten am 21. Januar 2021 zugestellt worden. Nach rechtzeitiger Einlegung der Berufung hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers mit am Montag, dem 22. März 2021, beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz beantragt, die Frist für die Begründung der Berufung um einen Monat zu verlängern, worauf die stellvertretende Vorsitzende des Berufungsgerichts die Frist durch Verfügung vom 24. März 2021 bis zum 21. April 2021 verlängert hat. Mit am 22. April 2021 beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers beantragt, die Berufungsbegründungsfrist um einen weiteren Monat zu verlängern. Der Vorsitzende des Berufungsgerichts hat diesen Fristverlängerungsantrag mit der Begründung zurückgewiesen, er sei erst nach Ablauf der verlängerten Berufungsbegründungsfrist eingegangen.

**[2]** Mit Schriftsatz vom 2. Mai 2021 hat der Kläger hinsichtlich der versäumten Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Zur Begründung hat er ausgeführt, hinsichtlich der Fristverlängerung (nur) bis zum 21. April 2021 von einem zu korrigierenden Schreibfehler auszugehen. Da die Berufungsbegründungsfrist ohne Fristverlängerung erst am 22. März 2021, einem Montag, abgelaufen wäre, hätte ihm - so der Kläger - die Frist bis zum 22. April 2021 verlängert werden müssen. Er sei deshalb jedenfalls ohne sein Verschul-

den an der Einhaltung der verlängerten Frist gehindert gewesen, weil er auf die uneingeschränkte Bewilligung der von ihm beantragten Fristverlängerung habe vertrauen dürfen.

[3] Das Berufungsgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag des Klägers zurückgewiesen und die Berufung des Klägers als unzulässig verworfen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Rechtsbeschwerde.

#### Aus den Gründen:

[4] Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Sie ist zwar gemäß § 522 Abs. 1 Satz 4, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO statthaft. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO sind aber nicht erfüllt. Insbesondere ist eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts nicht zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) erforderlich. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde verletzt der angefochtene Beschluss nicht den Anspruch des Klägers auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip).

[5] 1. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt, die Berufung sei unzulässig, weil sie nicht rechtzeitig im Sinne von § 520 Abs. 2 Satz 1 ZPO begründet worden sei. Der Antrag des Klägers auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei zwar zulässig, aber unbegründet. Die Versäumung der bereits einmal verlängerten Berufungsbegründungsfrist wäre für einen pflichtbewussten Rechtsanwalt ohne Weiteres vermeidbar gewesen. Ein sorgfältig handelnder Rechtsanwalt hätte auf die ihm am 29. März 2021 zugestellte Verlängerungsverfügung das daraus eindeutig ersichtliche Fristende am 21. April 2021 notiert. Zwar dürfe ein Rechtsanwalt grundsätzlich auf die positive Bescheidung seines ersten Verlängerungsantrags vertrauen, wenn er erhebliche Gründe im Sinne von § 520 Abs. 2 Satz 3 ZPO vorgebracht habe. Hieraus folge jedoch nicht ohne Weiteres auch das Vertrauen, dass dem Fristverlängerungsantrag in vollem Umfang stattgegeben werde. Spätestens mit Zustellung der Verlängerungsverfügung am 29. März 2021 sei für den Klägervertreter eindeutig erkennbar gewesen, dass die beantragte Fristverlängerung ausgehend vom Datum der Urteilszustellung nur bis zum 21. April 2021 bewilligt worden sei und die verlängerte Berufungsbegründungsfrist daher an diesem Tag und nicht erst am 22. April 2021 ablaufe. Er hätte daher das zunächst vermerkte hypothetische Fristende durch das tatsächliche ersetzen müssen. Auch sei zu diesem Zeitpunkt noch ausreichend Zeit gewesen, die Berufungsbegründung rechtzeitig innerhalb der verlängerten Frist zu erstellen oder mit Zustimmung des gegnerischen Prozessbevollmächtigten einen weiteren Fristverlängerungsantrag zu stellen. Das Verschulden seines Prozessbevollmächtigten sei dem Kläger gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen.

[6] 2. Diese Erwägungen halten der rechtlichen Überprüfung stand. Das Berufungsgericht hat dem Kläger zu Recht die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versagt und seine Berufung als unzulässig verworfen.

[7] a) Zutreffend ist das Berufungsgericht zum Ergebnis gelangt, der beim Berufungsgericht am 22. April 2021 eingegangene Antrag auf eine erneute Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist sei nicht innerhalb der bis zum 21. April 2021 verlängerten Berufungsbegründungsfrist und damit nicht rechtzeitig eingegangen. Soweit der Kläger in der Vorinstanz - anders als im Rechtsbeschwerdeverfahren - geltend gemacht hat, die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist in der Verfügung vom 24. März 2021 nur bis zum 21. April 2021 anstatt bis zum 22. April 2021 beruhe auf einem bloßen Schreibversehen der stellvertretenden Vorsitzenden des Berufungsgerichts, lässt sich ein solches bloßes Schreibversehen jedenfalls nicht feststellen. Im Gegenteil hat das Berufungsgericht ausdrücklich ausgeführt, ein zu korrigierender Schreibfehler liege nicht vor. Es bedarf im Streitfall mithin keiner Entscheidung, welche rechtlichen Folgen ein solches Schreibversehen, läge es vor, auf den Ablauf der Frist hätte.

[8] b) Zu Recht ist das Berufungsgericht auch zum Ergebnis gelangt, der Kläger habe die - verlängerte - Frist zur Begründung der Berufung nicht ohne Verschulden seines Prozessbevollmächtigten, das ihm gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen sei, versäumt.

**[9] aa) Zutreffend ist es davon ausgegangen, dass ein Rechtsanwalt, dem eine gerichtliche Verfügung über die Verlängerung einer Frist bis zu einem bestimmten Datum vorliegt, nicht ohne Weiteres davon ausgehen darf, die verlängerte Frist beruhe auf einem Irrtum des Vorsitzenden, stelle eine offenbare Unrichtigkeit dar und laufe deshalb um einen Tag länger als aus der Verfügung ersichtlich. Von einem ordentlichen und gewissenhaften Rechtsanwalt (vgl. nur BGH, Beschluss vom 11. März 2020 - XII ZB 446/19, NJW-RR 2020, 940 Rn. 10; MüKoZPO/Stackmann, 6. Aufl. 2020, § 233 Rn. 91) ist in einem solchen Fall zu erwarten, dass er sich entweder mit der Fertigung der Berufungsbegründung auf die kürzer als beantragt verlängerte Frist einstellt oder sich rechtzeitig vor Ablauf dieser Frist an das Berufungsgericht mit der Bitte um Klarstellung und gegebenenfalls weitere Verlängerung wendet.**

[10] Aus der von der Rechtsbeschwerde herangezogenen höchstrichterlichen Rechtsprechung (Senatsbeschlüsse vom 16. Oktober 2007 - VI ZB 65/06, NJW-RR 2008, 367 Rn. 9; vom 13. Dezember 2005 - VI ZB 52/05, VersR 2006, 568 Rn. 6; BGH, Beschluss vom 26. Januar 2017 - IX ZB 34/16, NJW-RR 2017, 564 Rn. 10) ergibt sich nichts Anderes. Zwar darf der

Prozessbevollmächtigte, der einen ersten Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist im Sinne des § 520 Abs. 2 Satz 3 ZPO unter Darlegung eines erheblichen Grundes gestellt hat, danach darauf vertrauen, dass die Berufungsbegründungsfrist in der beantragten Weise verlängert wird. **Dies enthebt ihn aber nur der Obliegenheit, sich noch innerhalb des Laufs der (ursprünglichen) Frist beim Gericht zu erkundigen, ob der Verlängerungsantrag rechtzeitig eingegangen ist und ob ihm stattgegeben werde** (vgl. Senatsbeschlüsse vom 16. Oktober 2007 - VI ZB 65/06, aaO; vom 13. Dezember 2005 - VI ZB 52/05, aaO; BGH, Beschluss vom 26. Januar 2017 - IX ZB 34/16, aaO Rn. 11 f.). Geht ihm hingegen - wie hier - rechtzeitig vor Ablauf der verlängerten Frist eine Mitteilung des Gerichts zu, aus der sich das Ende der verlängerten Frist ohne Weiteres entnehmen lässt, so ist eine **Grundlage für sein Vertrauen, die Frist laufe erst später als aus der Mitteilung ersichtlich ab, nicht erkennbar**. Von einem ordentlichen und gewissenhaften Rechtsanwalt ist vielmehr zu erwarten, dass er eine solche Mitteilung zur Kenntnis nimmt und sich auf die daraus ersichtliche Frist einstellt. Denn für ihn maßgeblich ist in einem solchen Fall die wirkliche, nicht die beantragte (hypothetische) Fristverlängerung (vgl. Senatsbeschluss vom 16. Oktober 2007 - VI ZB 65/06, aaO Rn. 11; BGH, Beschlüsse vom 12. Mai 2020 - XI ZB 19/19, NJOZ 2021, 691 Rn. 12; vom 4. September 2018 - VIII ZB 70/17, NJW-RR 2018, 1325 Rn. 15; vom 14. Juli 1999 - XII ZB 62/99, NJW-RR 1999, 1663, juris Rn. 9).

[11] bb) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde durfte der Prozessbevollmächtigte des Klägers im Streitfall auf eine bis zum 22. April 2021 verlängerte Berufungsbegründungsfrist auch nicht deshalb vertrauen, weil die Verlängerungsverfügung vom 24. März 2021 (nur) bis zum 21. April 2021 keine ausdrückliche Zurückweisung eines weiter, nämlich bis zum 22. April 2021 reichenden Verlängerungsantrags enthielt. **In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass - was einem ordentlichen und gewissenhaften Rechtsanwalt bekannt sein muss - in aller Regel von einer (stillschweigenden) Ablehnung des weitergehenden Antrags auszugehen ist, wenn der Vorsitzende die Berufungsbegründungsfrist für eine kürzere Zeit als beantragt verlängert** (BGH, Beschluss vom 8. April 2015 - VII ZB 62/14, NJW 2015, 1966 Rn. 12 mwN).

[12] Warum der Kläger - wie die Rechtsbeschwerde weiter meint - deshalb auf eine Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 22. April 2021 hätte vertrauen dürfen sollen, weil der Gegner einer Fristverlängerung um einen Monat zugestimmt habe, erschließt sich dem erkennenden Senat schon im Ansatz nicht. Die Zustimmung der Beklagten betraf nicht die erste, sondern die weitere, vom Kläger zu spät beantragte Fristverlängerung über den 21. April 2021 hinaus. Im

Übrigen änderte eine solche Zustimmung nichts an der Obliegenheit des Berufungsklägers, Verlängerungsverfügungen des Berufungsgerichts zur Kenntnis zu nehmen und sich in der oben dargestellten Weise darauf einzurichten.

[13] cc) Ist mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, dass der Kläger die bis zum 21. April 2021 verlängerte Berufungsbegründungsfrist aufgrund eines ihm gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechenbaren Verschuldens seines Prozessbevollmächtigten versäumt hat, so kommt es auf die von der Rechtsbeschwerde weiter problematisierte Frage, ob er die versäumte Prozesshandlung - wie nach § 236 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 ZPO erforderlich - innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist nachgeholt hat, nicht mehr an.

## Wiedereinsetzung

- Vorlage der Akte
- Eigenverantwortliche Prüfung
- Allgemeine Vorkehrungen
- Unvorhergesehenes Ausfallen

(BGH, *Beschl. v. 19.10.2022 – XII ZB 113/21*)

## Leitsätze

1. Werden einem Rechtsanwalt die Akten im Zusammenhang mit einer fristgebundenen Verfahrenshandlung vorgelegt, hat er den Ablauf von Rechtsmittelbegründungsfristen eigenverantwortlich zu prüfen (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 19. Februar 2020 - XII ZB 458/19, FamRZ 2020, 936).
2. Ein Rechtsanwalt muss allgemeine Vorkehrungen dafür treffen, dass das zur Wahrung von Fristen Erforderliche auch dann unternommen wird, wenn er unvorhergesehen ausfällt (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 31. Juli 2019 - XII ZB 36/19, FamRZ 2019, 1800).

## Zum Sachverhalt:

[1] Die Antragstellerin wendet sich gegen die Versagung der begehrten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die Verwerfung ihrer Beschwerde gegen die vom Amtsgericht ausgesprochene Zurückweisung ihres Antrags auf nahehelichen Unterhalt.

[2] Gegen den ihr am 19. November 2020 zugestellten amtsgerichtlichen Beschluss hat die Antragstellerin durch ihren Verfahrensbevollmächtigten am 1. Dezember 2020 Beschwerde eingelegt. Ihren am 20. Januar 2021 eingegangenen Antrag auf Verlängerung der Beschwerdebegründungsfrist hat das Oberlandesgericht am 21. Januar 2021 abgelehnt und zugleich

auf die beabsichtigte Verwerfung der Beschwerde hingewiesen. Die Antragstellerin hat mit einem am 4. Februar 2021 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und mit weiterem Schriftsatz vom selben Tag die Beschwerdebegründung nachgeholt. Zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags hat sie ausgeführt, aufgrund einer außergewöhnlichen Belastungssituation habe die ansonsten stets zuverlässige Kanzleiangeestellte nach Zustellung des Beschlusses die Begründungsfrist im elektronischen Fristenkalender fehlerhaft auf den 21. Januar 2021 eingetragen. Wegen seiner bereits seit November 2020 bestehenden Erkrankung an COVID-19 sei der Verfahrensbevollmächtigte zu Hause geblieben und habe dort die ihm überbrachte Beschwerdeschrift unterzeichnet. Am 15. Januar 2021 sei er telefonisch vom Ablauf der für diesen Tag notierten Vorfrist und der am 21. Januar 2021 eingetragenen Begründungsfrist unterrichtet worden. Aus gesundheitlichen Gründen habe er die Kanzlei jedoch erst am 20. Januar 2021 wieder betreten, um einen Antrag auf Verlängerung der Begründungsfrist zu stellen.

[3] Das Oberlandesgericht hat den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen und zugleich die Beschwerde verworfen. Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer Rechtsbeschwerde.

#### Aus den Gründen:

[4] Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

[5] Die nach §§ 112 Nr. 1, 117 Abs. 1 Satz 4 FamFG, 238 Abs. 2 Satz 1, 522 Abs. 1 Satz 4, 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist nicht zulässig, weil die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt sind. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde verletzt die angefochtene Entscheidung weder den Anspruch der Antragstellerin auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) noch ihr Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1, 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG).

[6] 1. Das Oberlandesgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Beschwerde sei als unzulässig zu verwerfen, weil sie nicht innerhalb der am 19. Januar 2021 abgelaufenen Begründungsfrist begründet worden sei.

[7] Die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Beschwerdebegründungsfrist könne nicht gewährt werden, weil der Antragstellerin insoweit ein Verschulden ihres Verfahrensbevollmächtigten zuzurechnen sei. Dieser habe weder in seiner allgemeinen Arbeitsanweisung noch in seiner konkreten Einzelfallanweisung Vorkehrungen getroffen, die bei Eingaben in den elektronischen Fristenkalender eine Kontrolle durch einen Ausdruck der

eingeegebenen Einzelvorgänge oder eines Fehlerprotokolls vorsehen. Entscheidend sei jedoch, dass sich der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin die Handakte, in der die Beschwerdebegründungsfrist notiert gewesen sei, nicht anlässlich der Unterzeichnung der Beschwerdeschrift habe vorlegen lassen. Hierdurch habe er sich der Möglichkeit beraubt, auf die falsch eingetragene Beschwerdebegründungsfrist aufmerksam zu werden. Der Verfahrensbevollmächtigte sei auch nicht durch seine Erkrankung entschuldigt. Denn diese sei nicht kurzfristig vor Unterzeichnung der Beschwerdeschrift oder vor Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist aufgetreten. Vielmehr habe der Verfahrensbevollmächtigte schon seit Anfang November 2020 von der Erkrankung gewusst und damit ausreichend Gelegenheit gehabt, für eine Vertretung zu sorgen.

[8] 2. Diese Ausführungen halten sich im Rahmen der höchstgerichtlichen Rechtsprechung.

[9] a) Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde zu Recht gemäß §§ 112 Nr. 1, 117 Abs. 1 Satz 4 FamFG, 522 Abs. 1 Satz 2 ZPO als unzulässig verworfen, weil die Antragstellerin diese nicht innerhalb der Frist des § 117 Abs. 1 Satz 3 FamFG begründet hat. Hiergegen erinnert auch die Rechtsbeschwerde nichts.

[10] b) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde sind die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht erfüllt. Denn die Antragstellerin hat die Beschwerdebegründungsfrist nicht unverschuldet im Sinne von §§ 117 Abs. 5 FamFG, 233 Satz 1 ZPO versäumt. Vielmehr beruht das Versäumnis auf einem Verschulden ihres Verfahrensbevollmächtigten, welches sie sich nach § 113 Abs. 1 FamFG iVm § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen muss.

[11] aa) Die **Sorgfaltspflicht in Fristensachen** verlangt von einem Rechtsanwalt alles ihm Zumutbare, um die Wahrung von Rechtsmittelfristen zu gewährleisten. **Dabei kann die Berechnung und Notierung von Fristen einer gut ausgebildeten, als zuverlässig erprobten und sorgfältig überwachten Bürokraft übertragen werden.** Dann hat der Rechtsanwalt aber durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Fristen zuverlässig festgehalten und kontrolliert werden. Zu den zur **Ermöglichung einer Gegenkontrolle** erforderlichen Vorkehrungen im Rahmen der Fristenkontrolle gehört insbesondere, dass die **Rechtsmittelfristen in der Handakte notiert** werden und die Handakte durch entsprechende **Erledigungsvermerke** oder auf sonstige Weise erkennen lässt, dass die Fristen in den Fristenkalender eingetragen worden sind (Senatsbeschlüsse vom 9. Juli 2014 - XII ZB 709/13 - FamRZ 2014, 1624 Rn. 12 und vom 19. Februar 2020 - XII ZB 458/19 - FamRZ 2020, 936 Rn. 12 mwN).

[12] Darüber hinaus hat ein Rechtsanwalt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs den Ablauf von Rechtsmittelbegründungsfristen **immer dann eigenverantwortlich zu prüfen, wenn ihm die Akten im Zusammenhang mit einer fristgebundenen Verfahrenshandlung, insbesondere zu deren Bearbeitung, vorgelegt werden.** Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde muss der Rechtsanwalt in diesem Fall auch **alle weiteren unerledigten Fristen** einschließlich ihrer Notierung in den Handakten prüfen (Senatsbeschluss vom 19. Februar 2020 - XII ZB 458/19 - FamRZ 2020, 936 Rn. 13 mwN; vgl. auch BGH Beschluss vom 23. Juni 2020 - VI ZB 63/19 - NJW 2020, 2641 Rn. 10 mwN). Für die Beschwerdebegründungsfrist nach § 117 Abs. 1 Satz 3 FamFG ist ihm dies schon ab der Zustellung des Beschlusses möglich und zumutbar, weil die zweimonatige Begründungsfrist mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses beginnt. So ist ihm die Fristenüberprüfung insbesondere bei der Fristvorlage zur Wahrung der Beschwerdefrist möglich. **Dabei darf der Anwalt sich allerdings grundsätzlich auf die Prüfung der Vermerke in der Handakte beschränken, sofern sich keine Zweifel an deren Richtigkeit aufdrängen** (Senatsbeschluss vom 19. Februar 2020 - XII ZB 458/19 - FamRZ 2020, 936 Rn. 13 mwN). Diese anwaltliche Prüfungspflicht besteht auch dann, wenn die Handakte nicht zugleich zur Bearbeitung mit vorgelegt worden ist, so dass der Rechtsanwalt in diesen Fällen die Vorlage der Handakte zur Fristenkontrolle zu veranlassen hat (BGH Beschluss vom 23. Juni 2020 - VI ZB 63/19 - NJW 2020, 2641 Rn. 10 mwN).

[13] Die Einhaltung einer Rechtsmittelbegründungsfrist ist nicht nur durch die Eintragung der Hauptfrist, sondern zusätzlich durch eine **ausreichende Vorfrist** sicherzustellen (vgl. Senatsbeschluss vom 6. Dezember 2006 - XII ZB 99/06 - FamRZ 2007, 275, 276 mwN). Zwar muss der Rechtsanwalt die auf eine Vorfrist vorgelegte Sache nicht stets sofort bearbeiten, weil er grundsätzlich frei darin ist, ob er die Begründungsfrist vollständig ausnutzen möchte. Der Rechtsanwalt kann die Handakte deswegen auch zur Wiedervorlage am Tag des Fristablaufs zurückgeben. Indes muss er sich zuvor sorgfältig davon überzeugen, dass die Rechtsmittelbegründung noch rechtzeitig innerhalb der Frist bei Gericht eingereicht werden kann (Senatsbeschluss vom 15. August 2007 - XII ZB 82/07 - NJW-RR 2008, 76 Rn. 15 mwN).

[14] bb) Gemessen an diesen Grundsätzen ist die Annahme des Oberlandesgerichts, der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin habe es pflichtwidrig versäumt, bei Einlegung der Beschwerde die Richtigkeit der Frist zur Beschwerdebegründung unter Beiziehung der Handakte zu prüfen, frei von Rechtsfehlern. In der Begründung des Wiedereinsetzungsantrags hat die Antragstellerin hierzu lediglich ausgeführt, ihr Verfahrensbevollmächtigte habe sich die von der Kanzleiangestellten gefertigte Beschwerdeschrift nach Hause bringen

lassen und sie dort nach Durchsicht unterzeichnet. Zu einer darüber hinausgehenden Prüfung verhält sich die Begründung nicht. Hätte sich der Verfahrensbevollmächtigte die Handakte vorlegen lassen und anhand des Zustellungsdatums eigenverantwortlich die Berechnung der notierten Beschwerdebegründungsfrist überprüft, hätte er das Versehen bei deren Eintragung bemerkt und korrigiert.

[15] Ohne dass es noch entscheidend darauf ankommt, tritt hinzu, dass der Verfahrensbevollmächtigte nach Kenntnisnahme von dem Ablauf der Vorfrist zur Beschwerdebegründung erneut eine Einsicht in die Handakte unterlassen und sich damit ein zweites Mal der Möglichkeit zur Kontrolle der Begründungsfrist begeben hat.

[16] cc) Der Annahme eines Verschuldens steht auch nicht der Vortrag der Antragstellerin zur Erkrankung ihres Verfahrensbevollmächtigten entgegen.

[17] Ein Rechtsanwalt muss **allgemeine Vorkehrungen** dafür treffen, dass das zur Wahrung von Fristen Erforderliche auch dann unternommen wird, wenn er unvorhergesehen ausfällt (Senatsbeschluss vom 31. Juli 2019 - XII ZB 36/19 - FamRZ 2019, 1800 Rn. 11 mwN). Auf einen **krankheitsbedingten Ausfall** muss sich der Rechtsanwalt aber nur dann durch konkrete Maßnahmen vorbereiten, wenn er eine solche Situation vorhersehen kann. Wird er dagegen unvorhergesehen krank, gereicht ihm eine unterbleibende Einschaltung eines Vertreters nicht zum Verschulden, wenn ihm diese weder möglich noch zumutbar war (Senatsbeschluss vom 21. August 2019 - XII ZB 93/19 - FamRZ 2019, 1880 Rn. 6 mwN).

[18] Daran gemessen hat die Antragstellerin die Voraussetzungen eines fehlenden Verschuldens nicht dargetan. Soweit sie geltend macht, ihr Verfahrensbevollmächtigter habe die Akten wegen seiner Erkrankung im Zeitraum seit Anfang November 2020 bis zum Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist nicht einsehen können, war ihm jedenfalls ab seiner erstmaligen, zunächst bis zum 14. Dezember 2020 reichenden Krankenschreibung vom 26. November 2020 - also deutlich vor Ablauf der hier zu beachtenden Rechtsmittelfristen - die Möglichkeit eines mehrere Wochen andauernden Ausfalls bekannt. Warum dennoch die Bestellung eines Vertreters unterblieb (vgl. § 53 Abs. 1 BRAO), ist dem Wiedereinsetzungsantrag nicht zu entnehmen.

[19] dd) Nach alledem ist nicht mehr erheblich, ob die Fristversäumnis zusätzlich auf ein Organisationsverschulden bei der Verwendung eines elektronischen Fristenkalenders zurückzuführen ist. Gleiches gilt für die von der Rechtsbeschwerde in diesem Zusammenhang erhobene Rüge, das Oberlandesgericht habe sich nicht mit dem Vortrag der Antragstellerin auseinandergesetzt, wonach ihr Verfahrensbevollmächtigter der

Kanzleiangestellten am 19. November 2020 die telefonische Einzelanweisung erteilt habe, den Ablauf der Einlegungsfrist auf den 19. Dezember 2020 und den Ablauf der Begründungsfrist auf den 19. Januar 2021 zu notieren.

[20] 3. Von einer weiteren Begründung der Entscheidung wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung beizutragen, § 74 Abs. 7 FamFG.

## Wiedereinsetzung

- Anwaltlicher Insolvenzverwalter
- Elektronische Übermittlung von Schriftsätzen  
(BGH, Beschl. v. 24.11.2022 – IX ZB 11/22)

### Leitsatz

Ein anwaltlicher Insolvenzverwalter ist jedenfalls dann zur elektronischen Übermittlung von Schriftsätzen an das Gericht verpflichtet, wenn er Rechtsmittel im Insolvenzverfahren einlegt.

### Zum Sachverhalt:

[1] Der als Rechtsanwalt zugelassene weitere Beteiligte wurde durch Beschluss des Insolvenzgerichts vom 10. Juli 2019 zum vorläufigen Insolvenzverwalter über das Vermögen der Schuldnerin bestellt. Mit Schriftsatz vom 3. August 2021 beantragte er die Festsetzung seiner Vergütung auf insgesamt 24.105,31 €. Das Insolvenzgericht setzte die Vergütung am 3. Dezember 2021 auf 9.728,51 € fest. Der Beschluss wurde dem Beteiligten am 21. Dezember 2021 zugestellt.

[2] Die gegen diese Entscheidung eingereichte Beschwerdeschrift des Beteiligten ist am 4. Januar 2022 per Fax und im Original beim Insolvenzgericht eingegangen. Auf den Hinweis des Insolvenzgerichts vom 6. Januar 2022 zu einer obligatorischen elektronischen Einreichung des Schriftsatzes hat der Beteiligte geäußert, eine Pflicht zur Nutzung des elektronischen Übermittlungswegs bestehe für ihn als Insolvenzverwalter nicht.

[3] Gegen die Verwerfung seiner sofortigen Beschwerde durch das Landgericht als unzulässig wendet sich der Beteiligte mit der Rechtsbeschwerde.

### Aus den Gründen:

[4] Die Rechtsbeschwerde ist nicht begründet.

[5] 1. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt, die sofortige Beschwerde sei unzulässig, weil der Beteiligte als zugelassener Rechtsanwalt gemäß § 130d Satz 1 ZPO, § 4 Satz 1 InsO verpflichtet gewesen sei, die Beschwerdeschrift als elektronisches Dokument zu übermitteln. Der Sinn der Vorschrift des § 130d ZPO, einen wirtschaftlichen Betrieb des elektronischen Rechtsverkehrs sicherzustellen, spreche für eine entsprechende Anwendung auf den anwaltlichen Insolvenzverwalter. Mit Blick auf die ohnehin bestehende Verpflichtung von Rechtsanwälten, die erforderlichen technischen Einrichtungen für das besondere elektronische Anwaltspostfach vorzuhalten, begründe die Anwendung von § 130d ZPO auch keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber nichtanwaltlichen Insolvenzverwaltern. Darüber hinaus ermögliche die Anknüpfung an die Anwaltszulassung im Gegensatz zu einer Unterscheidung danach, ob die konkrete Tätigkeit eher den Aufgaben eines Rechtsanwalts oder eher denjenigen eines Insolvenzverwalters zuzuordnen sei, eine einfache Bestimmung des Anwendungsbereichs der Norm. Schließlich habe der (vorläufige) Insolvenzverwalter in dem gegebenen Fall eines Verfahrens über seine Vergütung ohnehin eine vergleichbare Stellung wie ein Rechtsanwalt, der sich in einem Zivilprozess selbst vertrete.

[6] 2. Das hält rechtlicher Prüfung stand. Die sofortige Beschwerde des Beteiligten gegen die Vergütungsfestsetzung durch das Insolvenzgericht ist unzulässig. Eine Rechtsmittel einlegung unter Nichteinhaltung der von § 569 Abs. 2 Satz 1 ZPO in Verbindung mit § 130d Satz 1 ZPO vorgeschriebenen Form ist unwirksam und wahrt die Rechtsmittelfrist folglich nicht. § 130d Satz 1 ZPO gilt gemäß § 4 Satz 1 InsO für den auch als Rechtsanwalt zugelassenen Insolvenzverwalter jedenfalls dann entsprechend, wenn er im Insolvenzverfahren Rechtsmittel einlegt.

[7] a) Die bereits durch das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3786) neu geschaffene Bestimmung des § 130d ZPO ist am 1. Januar 2022 in Kraft getreten (Art. 26 Abs. 7 des Gesetzes). Sie ist damit grundsätzlich auf ab diesem Zeitpunkt gegenüber den Gerichten abgegebene Erklärungen von Rechtsanwälten anwendbar. Die **zwingende Einreichung von Erklärungen in der elektronischen Form** gemäß § 130d Satz 1 ZPO betrifft die **Frage ihrer Zulässigkeit**. Die Einhaltung der vorgeschriebenen Form ist deshalb **von Amts wegen zu prüfen**, ihre Nichteinhaltung führt zur Unwirksamkeit der Prozessklärung (RegE, BT-Drucks. 17/12634, S. 27 f, zu § 130d ZPO-E; vgl. BGH, Beschluss vom 20. September 2022 - IX ZR 118/22 juris Rn. 6, 14; OLG Düsseldorf, ZInsO 2022, 1178, 1179; Musielak/Voit/Stadler, ZPO, 19. Aufl., § 130d Rn. 4; Stein/Jonas/Kern, ZPO, 23. Aufl., § 130d Rn. 9; BeckOK-ZPO/v. Selle, 2022, § 130d Rn. 6).

**[8] b) § 130d Satz 1 ZPO** bestimmt, dass vorbereitende Schriftsätze und deren Anlagen sowie schriftlich einzureichende Anträge und Erklärungen, die durch einen Rechtsanwalt eingereicht werden, als elektronisches Dokument zu übermitteln sind. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll diese Vorgabe dabei **nicht nur für das Erkenntnisverfahren, sondern umfassend für alle anwaltlichen schriftlichen Anträge und Erklärungen nach der Zivilprozessordnung** gelten (RegE, aaO S. 28). Die Vorschriften der Zivilprozessordnung sind nach § 4 Satz 1 InsO entsprechend anzuwenden, soweit die Insolvenzordnung nichts anderes bestimmt. Die **Zivilprozessordnung** gilt danach **im Insolvenzverfahren subsidiär**, soweit die Insolvenzordnung keine abschließenden Aussagen trifft und die konkret in Betracht gezogene zivilprozessuale Norm darüber hinaus mit den Anforderungen und Besonderheiten des Insolvenzverfahrens vereinbar ist (vgl. MünchKommInsO/Ganter/Bruns, 4. Aufl., § 4 Rn. 5; HmbKommInsO/Rüther, § 4 Rn. 3; Keller, ZVI 2022, 167, 169). Das ist bezogen auf § 130d ZPO jedenfalls insoweit der Fall, als es um Rechtsmittel des **anwaltlichen Insolvenzverwalters in einem Insolvenzverfahren und insbesondere die Einreichung einer Beschwerdeschrift** gemäß § 569 Abs. 2 Satz 1 ZPO, § 4 Satz 1 InsO geht.

**[9] aa)** Die **Insolvenzordnung** enthält **vereinzelt Bestimmungen über einen elektronischen Rechtsverkehr**. Nach § 5 Abs. 4 Satz 2 InsO können die Landesregierungen durch Rechtsverordnung Anordnungen zu einer elektronischen Führung und elektronischen Einreichung von Verzeichnissen und Tabellen einschließlich dazugehöriger Dokumente treffen. Nach § 5 Abs. 5 Satz 1 InsO sollen zudem Insolvenzverwalter ein elektronisches Gläubigerinformationssystem vorhalten. Schließlich verhält sich § 174 Abs. 4 InsO über die elektronische Anmeldung von Forderungen zur Tabelle. Im Übrigen ergeben sich aus der Insolvenzordnung selbst keine Vorgaben für oder gegen eine verpflichtende elektronische Übermittlung von Erklärungen des Insolvenzverwalters an das Gericht. **Weil die genannten Bestimmungen in § 5 Abs. 4 Satz 2 und Abs. 5 Satz 1 InsO sowie in § 174 Abs. 4 InsO auch keine abschließende Regelung für den elektronischen Rechtsverkehr beinhalten, kommt eine entsprechende Anwendung von § 130d InsO auf den anwaltlichen Insolvenzverwalter in Betracht.**

**[10] bb)** Die **Frage, ob die Anwendung von § 130d ZPO mit der Stellung des als Insolvenzverwalter tätigen Rechtsanwalts vereinbar ist**, mithin auch für seine Erklärungen oder Anträge im Insolvenzverfahren passend ist, ist jedoch **umstritten**.

**[11] (1)** Zum Teil wird eine **entsprechende Anwendung** der Bestimmung auf den anwaltlichen Insolvenzverwalter **vollständig abgelehnt** (vgl. Schwartz/Meyer, ZInsO 2021, 2475,

2476 f; Schmidt, ZVI 2022, 89, 90; Kollbach, ZInsO 2022, 624 ff). Dabei wird vor allem auf eine ansonsten bestehende **Ungleichbehandlung im Vergleich zu den nichtanwaltlichen Insolvenzverwaltern** verwiesen, die keiner Verpflichtung zur Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs unterliegen (vgl. Schwartz/Meyer, aaO S. 2476; Kollbach, aaO S. 625). Zudem wird vorgebracht, dass sich das ebenfalls am 1. Januar 2022 in Kraft getretene **Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 5. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4607)** mit dem damit eingeführten (**fakultativ nutzbaren**) **Elektronischen Bürger- und Organisationenpostfach (eBO)** nach dem ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers (vgl. RegE, BT-Drucks. 19/28399, S. 23) gerade auch auf Insolvenzverwalter erstrecken soll. Damit habe der Gesetzgeber klargestellt, dass alle, auch die anwaltlichen, Insolvenzverwalter lediglich die Möglichkeit der Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs hätten, jedoch keiner Nutzungspflicht unterlägen (vgl. Kollbach, aaO). Hinzu komme, dass eine Nutzungspflicht des anwaltlichen Insolvenzverwalters ohnehin sinnlos sei, weil die **Gerichte erst ab dem 1. Januar 2026 zur Führung von elektronischen Akten verpflichtet** seien (§ 298a Abs. 1a Satz 1 ZPO) und diese elektronisch eingehende Dokumente daher jeweils aufwändig für die Papierakte ausdrucken müssten. Schließlich wird mit der Eigenständigkeit des Berufs des Insolvenzverwalters im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG argumentiert. Für Insolvenzverwalter gelte die für Rechtsanwälte einschlägige Bestimmung des § 130d ZPO vor diesem Hintergrund nicht (vgl. Schmidt, ZVI 2022, 89, 90)

**[12] (2)** Nach der **überwiegenden Gegenauffassung** ist **§ 130d ZPO gemäß § 4 Satz 1 InsO auf den Insolvenzverwalter entsprechend anwendbar** (vgl. BeckOK-InsR/Madaus, 2022, § 4 InsO Rn. 5.3; Beth, ZInsO 2021, 2652, 2653 ff; ders., ZInsO 2022, 750 ff; Blankenburg, ZVI 2021, 462, 463; Keller, ZVI 2022, 167, 169 ff; Deppe/Radschuwait, Insbüro 2022, 117, 119; Büttner, ZInsO 2022, 277, 278 ff; König, ZInsO 2022, 343, 344). Die meisten Vertreter dieser Ansicht befürworten dabei eine umfassende Anwendbarkeit der Bestimmung auf alle Schriftsätze des Insolvenzverwalters an das Insolvenzgericht (vgl. Madaus, aaO; Beth, ZInsO 2021, 2652, 2654; Büttner, aaO S. 281; Deppe/Radschuwait, aaO S. 119 und 121; König, aaO). Zum Teil wird aber auch eine Beschränkung auf Verfahrenshandlungen des Insolvenzverwalters angenommen oder zumindest allgemein eine teleologische Reduktion von § 130d InsO für als Insolvenzverwalter tätige Rechtsanwälte erwogen (vgl. Keller, aaO, S. 170 f; Blankenburg, aaO).

**[13] (3)** Es kann dahinstehen, ob die Form des **§ 130d Satz 1 ZPO in Übereinstimmung mit seinem von dem Gesetzgeber für den Zivilprozess gewollten, weiten sachlichen Anwendungsbereich für jegliche Schriftsätze des anwaltlichen In-**

**solvenzverwalters, also insbesondere auch für bloße Mitteilungen oder Berichte an das Gericht, einzuhalten ist. Jedenfalls** gilt § 130d ZPO gemäß § 4 Satz 1 InsO **für Rechtsmittel des anwaltlichen Insolvenzverwalters gegenüber dem Gericht** entsprechend. Gegen die Ansicht, die eine Anwendung von § 130d ZPO auf den anwaltlichen Insolvenzverwalter generell ablehnt, streiten der Wortlaut der Norm, das systematische Zusammenspiel von § 4 Satz 1 und § 6 InsO sowie Sinn und Zweck von § 130d ZPO.

**[14]** (a) Der **Wortlaut dieser Bestimmung** und der **Vergleich mit dem ebenfalls durch das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10. Oktober 2013** (BGBl. I S. 3786) **geschaffenen § 130a Abs. 1 ZPO** sprechen für die Bejahung einer Anwendbarkeit auf den anwaltlichen Insolvenzverwalter. Während nämlich in § 130a Abs. 1 ZPO von Schriftsätzen der Parteien die Rede ist und damit womöglich ein Vertretungsverhältnis beim Handeln eines Anwalts gegenüber dem Gericht vorausgesetzt wird, stellt § 130d ZPO in seiner amtlichen Überschrift auf eine Nutzungspflicht für Rechtsanwälte und in seinem Satz 1 auf Schriftsätze, die durch einen Rechtsanwalt eingereicht werden, ab. Eine Beschränkung auf den Fall der Vertretung einer Partei durch den Rechtsanwalt ergibt sich aus dem Wortlaut von § 130d Satz 1 ZPO mithin nicht. Folglich können darunter auch im eigenen Namen handelnde anwaltliche Amtsträger wie der Insolvenzverwalter zu subsumieren sein (vgl. BeckOK-InsR/Madaus, 2022, § 4 InsO Rn. 5.3; Beth, ZInsO 2021, 2652, 2653).

**[15]** (b) Die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung wird für die Einlegung der sofortigen Beschwerde gegen einen Beschluss des Insolvenzgerichts zudem durch den **systematischen Zusammenhang von § 4 Satz 1 InsO und § 6 InsO** bestätigt. Es steht außer Frage, dass über § 4 Satz 1 InsO zunächst die §§ 567 ff ZPO im Insolvenzverfahren entsprechend anzuwenden sind. Nach § 569 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist die sofortige Beschwerde durch Einreichung einer Beschwerdeschrift einzulegen. Aus § 130d Satz 1 ZPO ergibt sich für den gewöhnlichen Zivilprozess zwingend, dass ein Rechtsanwalt seine Beschwerdeschrift elektronisch einzureichen hat. Die insolvenzrechtlichen Regelungen über die sofortige Beschwerde in § 6 InsO enthalten insoweit keine abweichende Regelung.

**[16]** (c) Die **Gesetzgebungsgeschichte** ergibt dagegen im Ergebnis **kein durchgreifendes Argument für die herrschende Meinung**. Die Materialien sprechen in Übereinstimmung mit dem Wortlaut von § 130d Satz 1 ZPO zwar einerseits von einer Pflicht für alle Rechtsanwälte zur Nutzung des elektronischen Übermittlungswegs, andererseits aber auch davon, dass die Bestimmung für alle anwaltlichen Erklärungen nach der ZPO gelte (BT-Drucks. 17/12634, S. 27 f). Die letztgenannte Formulierung könnte mit der Rechtsbeschwerde für sich genommen

darauf hindeuten, dass doch nur Schriftstücke gemeint sind, die von dem Rechtsanwalt gerade in seiner Funktion als Prozessvertreter verfasst werden. Zwingend ist diese Überlegung jedoch nicht, weil eine bloß sprachliche Ungenauigkeit an dieser Stelle des Regierungsentwurfs nicht auszuschließen ist. Andererseits überzeugt auch nicht das Argument, der Gesetzgeber hätte in Anbetracht des von ihm gewollten, umfassenden Anwendungsbereichs der Norm eine entsprechende Klarstellung vorgenommen, wenn anwaltliche Insolvenzverwalter von der Regelung ausgenommen sein sollten (vgl. Beth, ZInsO 2021, 2652, 2653). Denn genauso ist es denkbar, dass der Gesetzgeber eine Nichtgeltung der Bestimmung für (anwaltliche) Insolvenzverwalter für selbstverständlich gehalten oder aber diesen Punkt seinerzeit schlicht nicht bedacht hat.

**[17]** In diesem Zusammenhang lässt sich aus dem Umstand, dass die Begründung des Entwurfs des jüngeren Gesetzes zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 5. Oktober 2021 ohne Unterscheidung darauf hinweist, auch Insolvenzverwalter erhielten künftig die Möglichkeit, über das besondere elektronische Bürger- und Organisationspostfach (eBO) gemäß § 10 ERVV mit den Gerichten elektronisch zu kommunizieren (BT-Drucks. 19/28399, S. 23), kein überzeugender Gesichtspunkt gegen die Anwendung von § 130d ZPO auf den anwaltlichen Insolvenzverwalter herleiten (aA Kollbach, ZInsO 2022, 624 f). Daraus ist zumindest nicht zwingend zu schließen, der Gesetzgeber habe sich mit Blick auf die Nutzungspflicht gemäß § 130d Satz 1 ZPO für eine gesonderte rechtliche Behandlung von anwaltlichen Insolvenzverwaltern gegenüber den Rechtsanwälten im Allgemeinen entschieden.

**[18]** (d) Entscheidend für die Anwendbarkeit von § 130d Satz 1 ZPO zumindest auf Prozesshandlungen des anwaltlichen Insolvenzverwalters spricht über seinen umfassenden Wortlaut hinaus der **Zweck der Norm**.

**[19]** (aa) Dieser besteht ausweislich ihrer Begründung (BT-Drucks. 17/12634, S. 27 zu § 130d RegE-InsO) darin, durch eine Verpflichtung für alle Rechtsanwälte (und Behörden) zur **elektronischen Kommunikation mit den Gerichten den elektronischen Rechtsverkehr zu etablieren**. Die Rechtfertigung gerade eines Nutzungszwangs ergibt sich für den Gesetzgeber daraus, dass selbst bei einer freiwilligen Mitwirkung einer Mehrheit von Rechtsanwälten an diesem Ziel die Nichtnutzung durch eine Minderheit immer noch zu erheblichen **Druck- und Scanaufwänden insbesondere bei den Gerichten** führte. Es sei nicht hinzunehmen, erhebliche Investitionen der Justiz auszulösen, wenn dann nicht die für einen wirtschaftlichen Betrieb erforderliche Nutzung sichergestellt sei. Diese ratio legis lässt die Einbeziehung auch der anwaltlichen Insolvenzverwalter nur als konsequent erscheinen. Insolvenzverwalter haben als Rechtsanwälte ohnehin ein beA

für die elektronische Kommunikation vorzuhalten (§ 31a Abs. 6 BRAO) und nach § 130d Satz 1 ZPO nunmehr auch aktiv zu nutzen. Das Bestreben des Gesetzgebers, den elektronischen Rechtsverkehr mit der Justiz möglichst weitgehend durchzusetzen, wird zudem durch das bereits erwähnte Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 5. Oktober 2021 nochmals unterstrichen. Seit dem 1. Januar 2022 haben danach auch die (ohnehin nur wenigen, vgl. Kollbach, ZInsO 2022, 624, 625) nichtanwaltlichen Insolvenzverwalter über das neue eBO ebenfalls immerhin fakultativ die Möglichkeit, elektronisch mit den Gerichten zu kommunizieren. Nach § 173 Abs. 2 Satz 2 ZPO in der Fassung dieses Gesetzes sollen sie zudem als sogenannte professionell Beteiligte (zur Erstreckung des Gesetzes auf Insolvenzverwalter vgl. BT-Drucks. 19/28399, S. 23) einen sicheren Übermittlungsweg für die elektronische Zustellung vorhalten. Ab dem 1. Januar 2024 besteht gemäß der von da an geltenden Fassung von § 173 Abs. 2 ZPO (Art. 3 des genannten Gesetzes) darüber hinaus für die nichtanwaltlichen Insolvenzverwalter eine passive Nutzungspflicht zur Ermöglichung elektronischer Zustellungen der Gerichte.

[20] (bb) Die vorstehende Argumentation wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die **Gerichte** ihrerseits gemäß § 298a Abs. 1a Satz 1 ZPO in der Fassung des Gesetzes zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 5. Juli 2017 (BGBl. I S. 2208) die elektronische Akte **erst zum 1. Januar 2026 eingeführt** haben müssen und das Ausdrucken elektronisch eingereicherter Dokumente gegenwärtig noch weit verbreitet sein dürfte (vgl. Schwartz/Meyer, ZInsO 2021, 2475, 2477). Es ist allerdings richtig, dass dieser Umstand derzeit erheblichen Druckaufwand bei Gerichten zur Folge hat, der bei weiterhin postalischer Einreichung von Schriftsätzen vermieden würde (Schwartz/Meyer, aaO). Das ist aber gerade Folge der gesetzgeberischen Entscheidung, die elektronische Aktenführung erst vier Jahre nach dem Inkrafttreten von § 130d ZPO obligatorisch vorzuschreiben und gilt für die entsprechende Anwendung der Bestimmung über § 4 Satz 1 InsO im Insolvenzverfahren nicht weniger als für ihre unmittelbare Anwendung im Zivilprozess.

[21] (e) Der Anwendbarkeit von § 130d ZPO auf den **anwaltlichen Insolvenzverwalter** steht auch nicht entgegen, dass dieser dadurch **anders** als der **nichtanwaltliche Insolvenzverwalter** behandelt wird, der nach wie vor Prozesshandlungen gegenüber dem Insolvenzgericht schriftlich vornehmen kann, solange er nicht seinerseits einen Rechtsanwalt mit seiner Vertretung betraut (vgl. Schwartz/Meyer, ZInsO 2021, 2475, 2476; Kollbach, ZInsO 2022, 624, 625). Die sachliche Rechtfertigung für diese **unterschiedliche Behandlung** liegt darin, dass der anwaltliche Insolvenzverwalter ohnehin über ein beA

verfügen muss und auch jenseits des Insolvenzverfahrens einem Zwang zur elektronischen Kommunikation mit den Gerichten unterliegt. Im Übrigen kennt die Zivilprozessordnung auch ansonsten Unterschiede in der Form der Einreichung von Schriftsätzen: Jenseits eines Anwaltszwangs steht es der Naturalpartei frei, solche schriftlich oder - etwa über das eBO - gemäß § 130a ZPO elektronisch an das Gericht zu senden.

[22] (f) Der Hinweis der Gegenauffassung auf das eigenständige Berufsbild des Insolvenzverwalters (vgl. Schmidt, ZVI 2022, 89, 90; Fritzsche, NZFam 2022, 1, 3) führt in diesem Zusammenhang schließlich ebenfalls nicht weiter. Der Umstand, dass der Insolvenzverwalter einen eigenständigen Beruf im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG ausübt (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Dezember 2005 - IX ZB 308/04, WM 2006, 440, 441; Urteil vom 6. Juli 2015 - AnwZ(Brfg) 24/14, WM 2015, 1532 Rn. 20; BVerfG, WM 2004, 1781, 1782), ändert nichts daran, dass der anwaltliche Insolvenzverwalter zugleich auch Rechtsanwalt im Sinne von § 130d ZPO ist.

## Wirtschaftsprüferhaftung

- Insolvenzvertiefungsschaden
- Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters
- Schaden

(LG Mainz, *Urt. v. 8.3.2023 – 5 O 82/22, n.rk.*)

### Leitsätze (der Redaktion)

1. Ein Insolvenzverwalter ist nicht befugt, einen Insolvenzvertiefungsschaden gegen den den Jahresabschluss der Insolvenzschuldnerin testierenden Wirtschaftsprüfer geltend zu machen.
2. Einer insolventen Gesellschaft entsteht durch das Anwachsen der Verbindlichkeiten infolge einer verspäteten Insolvenzantragstellung mangels Schutzwürdigkeit kein ersatzfähiger Schaden.

### Zum Sachverhalt:

[1] Die Beklagte zu 1) prüfte und testierte den Jahresabschluss der Z. GmbH (nachfolgend Insolvenzschuldnerin) zum 31.12.2015. Der Beklagte zu 2) verantwortete als Gesellschafter-Geschäftsführer der Beklagten zu 1) die Jahresabschlussprüfung. Es wird Bezug genommen auf den als Anlage K 3 zu den Akten gereichten Jahresabschluss- und Prüfungsbericht vom 24.04.2017

[2] Am 08.03.2018 stellte die Insolvenzschuldnerin einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Mit dem als Anlage K 1 zu den Akten gereichten Beschluss vom 01.05.2018

eröffnete das Amtsgericht Aachen das Insolvenzverfahren und bestellte den Kläger zum Insolvenzverwalter.

**[3]** Zur Feststellung des Zeitpunktes der Zahlungsunfähigkeit der Insolvenzschuldnerin gab der Kläger ein Privatgutachten in Auftrag. Es wird Bezug genommen auf den als Anlage K 2 zu den Akten gereichten Bericht der P GmbH vom 28.08.2019.

**[4]** Die Klagepartei ließ die Beklagten mit dem als Anlage K 5 zu den Akten gereichten anwaltlichen Schreiben vom 20.11.2020 außergerichtlich erfolglos zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 1.000.000,00 € auffordern.

**[5]** Der Kläger ist der Ansicht:

**[6]** Ihm stünden Haftungsansprüche gegen die Beklagten aus §§ 323, 321 HGB zu. Die Insolvenzschuldnerin sei spätestens seit dem 31.12.2015 zahlungsunfähig gewesen. Die Insolvenzschuldnerin sei nicht mehr im Stande gewesen, die fälligen Verbindlichkeiten rechtzeitig zu zahlen. Die Zahlungsunfähigkeit habe mindestens zum 31.12.2015 durchgehend bis zur Antragstellung im März 2018 andauert. Die Krise der Insolvenzschuldnerin sei aber schon lange vor der Insolvenzantragstellung eingetreten und habe sich fortlaufend zugespitzt. Bereits im Jahr 2014 habe die Insolvenzschuldnerin fortlaufend Verluste erwirtschaftet.

**[7]** Vor diesem Hintergrund hätten die Beklagten das Testat nicht mehr erteilen dürfen. Sie hätten nicht einen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk gemäß § 322 HGB erteilen dürfen. Spätestens ab dem Jahr 2015, erst recht in den Jahren danach, sei die Zahlungsunfähigkeit für Außenstehende, jedenfalls aber für die Beklagten erkennbar gewesen. In der Zeit bis zur Insolvenzantragstellung habe eine enorme Liquiditätsunterdeckung vorgelegen. Die Unterdeckungsrate habe teilweise bis über 99 % gereicht. Die Zahlungsunfähigkeit habe sich aus der Buchhaltung ergeben. Bei dieser Ausgangslage läge es auf der Hand, dass die Beklagten die desolatte wirtschaftliche Situation der Insolvenzschuldnerin erkannt hätten.

**[8]** Es seien seitens der Beklagten eingehende Untersuchungen zur Unternehmensfortführung erforderlich gewesen. Die Beklagten hätten die Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin kritisch befragen müssen. Die Beklagten hätten die Geschäftsleitung der Insolvenzschuldnerin bei gewissenhafter Wahrnehmung ihrer Pflichten über den Eintritt der Insolvenzreife und die damit verbundene Pflicht informieren sowie auf eine zeitnahe Insolvenzantragstellung hinwirken müssen.

**[9]** Den durch die verspätete Insolvenzantragstellung entstandenen Schaden hätten die Beklagten dem Kläger in seiner Funktion als Insolvenzverwalter zu ersetzen. Der Schaden bestehe in einer Vertiefung der Überschuldung. Nach Erteilung

des Testats durch die Beklagten am 24.04.2017 habe sich das Vermögen der Insolvenzschuldnerin bis zur Insolvenzantragstellung am 08.03.2018 verringert. Insoweit sei davon auszugehen, dass die Versagung des Testats zu einer zeitnahen Insolvenzantragstellung geführt hätte. Der Insolvenzvertiefungsschaden belaufe sich auf mindestens 2.356.030,47 €.

**[10-14]** (*Anträge: ...*)

**[15]** Die Beklagten sind der Ansicht:

**[16]** Sie hätten keine Pflichten verletzt. Es fehle an Erkenntnissen, die sie dazu hätte veranlassen müssen, das Testat zu verweigern oder einzuschränken. Schon aus Rechtsgründen seien sie nicht verpflichtet gewesen, zu einer Insolvenzantragstellung zu raten.

**[17]** Eine über Jahre hinweg bestehende Liquiditätslücke von 98 % sei lebensfremd. Ein solches Unternehmen sei nicht in der Lage durchzuhalten. Es sei nicht nachvollziehbar, dass z.B. Finanzämter und Sozialversicherungsträger mit einer Insolvenzantragstellung bei der von dem Kläger behaupteten Liquiditätslücke von dauerhaft knapp 100 % Jahre gewartet haben sollen.

**[18]** Sie hätten keine Kenntnis von Rückständen zu fälligen Zahlungsverpflichtungen gehabt. Insbesondere seien ihnen keine Mahnungen oder Vollstreckungsankündigungen bekannt gewesen. Die Insolvenzschuldnerin habe noch eine Umfinanzierung vorgenommen. Die Kreditlinien seien nicht ausgeschöpft gewesen. Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten seien zurückgeführt worden. Es sei eine Finanz- und Liquiditätsplanung zur Verfügung gestellt worden, ohne dass die Banken diese moniert hätten. Die ihnen vorgelegte Planung habe keine Gefährdung der Liquidität aufgezeigt. Es habe auch keine Hinweise auf Sozialversicherungs- und Steuerrückstände gegeben. Zudem habe die Insolvenzschuldnerin weitere Berater, unter anderem auch Wirtschaftsprüfer, für den Jahresabschluss 2016 hinzugezogen. Sie seien insoweit davon ausgegangen, dass hierdurch ein weiterer Beratungsbedarf gedeckt gewesen sei. Jedenfalls fehle es im Hinblick auf die gebotene Konzernbetrachtung an ihrem Verschulden.

**[19]** Weiter mangle es an einem kausalen Schaden. Ein Insolvenzvertiefungsschaden sei nicht anzuerkennen. Es komme auf die vom Kläger nicht dargelegte Quote der Insolvenzgläubiger an. In jedem Fall sei ein solcher Insolvenzvertiefungsschaden nicht schlüssig vorgetragen. Zudem sei die Versagung bzw. Einschränkung des Testats keinesfalls kausal für die unterlassene oder verzögerte Insolvenzantragstellung gewesen.

Es gäbe keinen Erfahrungssatz, dass ein eingeschränktes Testat oder Hinweise eines Wirtschaftsprüfers dazu führten, dass die Geschäftsleitung sofort Insolvenzantrag stelle. Es sei insoweit bereits nicht ersichtlich, wann eine insolvenzrechtliche Prüfung letztlich begonnen hätte. In jedem Fall sei ein erhebliches Mitverschulden der Geschäftsleitung der Insolvenzschuldnerin gegeben, das Ansprüche ihnen gegenüber ausschließe.

[20] (...)

#### Aus den Gründen:

[21] Die zulässige Klage ist unbegründet. Dem Kläger steht ein Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 1.000.000,00 € aus §§ 323, 321 HGB nicht zu. Der Kläger als Insolvenzverwalter ist nicht befugt, einen solchen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagten geltend zu machen.

[22] Nach der überzeugenden Rechtsprechung des **II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes zur Haftung des Geschäftsführers** ist der Insolvenzverwalter nicht befugt, einen Insolvenzvertiefungsschaden als Schaden der Gesellschaft geltend zu machen (BGH, Urt. v. 30.03.1998, II ZR 146/96, juris). **Diese Rechtsprechung ist auf weitere Personenkreise und auch auf die hier vorliegende Konstellation der Haftung eines Abschlussprüfers übertragbar** (vgl. Brügge, VersR 2018, 705; vgl. Meixner, DStR 2018, 1025; im Ergebnis wohl auch OLG Stuttgart, Urteil vom 27.10.2020 - 12 U 82/20 - juris).

[23] **Das Verbot der Insolvenzverschleppung nach §15 a Abs. 1 InsO schützt die Vermögensinteressen der Gläubiger und nicht etwa die Vermögensinteressen der Insolvenzschuldnerin.** Die Vorschrift bezweckt, insolvenzreife Gesellschaften aus dem Geschäftsverkehr zu entfernen, bevor sie durch den Abschluss weiterer Rechtsgeschäfte, die sie nicht erfüllen können, neu hinzutretende Gläubiger schädigen. **Mit diesem Normzweck ist nicht vereinbar, einer insolventen Gesellschaft als Schadensverursacherin wegen des Anwachsens der Verbindlichkeiten infolge der Fortführung des Unternehmens trotz Insolvenzreife einen eigenen Schadensersatzanspruch zuzubilligen.** Schutzwürdig sind allein die Gläubiger der Forderungen, die darauf vertraut haben, ein Geschäft mit einer solventen Gesellschaft abzuschließen (Brügge, VersR 2018, 705, 708).

[24] Eine Schutzwürdigkeit der insolventen Gesellschaft kann nicht daraus abgeleitet werden, dass sie verpflichtet bleibt, die durch die durch die verspätete Insolvenzantragstellung hinzu gekommenen Forderungen der Neugläubiger zu befriedigen. Es würde vielmehr eine **nicht hinnehmbare Bevorteilung der Altgläubiger** gegenüber den - eigentlich primär durch die verspätete Antragstellung geschädigten - Neugläubigern darstel-

len, wenn man es dem Insolvenzverwalter gestattete, den Vertiefungsschaden geltend zu machen und zur Masse zu ziehen. **Denn dadurch würde sich die Altgläubigerquote erheblich erhöhen, während die eigentlich primär geschädigten Neugläubiger unter Umständen kaum profitieren würden, weil zu befürchten ist, dass sie wegen ihres Rest-Vertrauensschadens leer ausgehen.** Bei lebensnaher Betrachtung kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Ersatzleistung des Abschlussprüfers an die insolvente Gesellschaft den Neugläubigern zugutekommt. Vielmehr wird der Insolvenzverwalter diese Ersatzleistung zunächst dazu verwenden, die Masseforderungen und bevorrechtigte Forderungen auszugleichen. Den verbleibenden Restbetrag wird er dann gleichmäßig auf alle Insolvenzgläubiger, also auch auf die Altgläubiger verteilen. **Die Neugläubiger erreicht die Ersatzleistung des Steuerberaters also allenfalls in Form einer kaum spürbaren Quotenaufbesserung** (Brügge, VersR 2018, 705, 709; Meixner, DStR 2018, 1025, 1030).

[25] Zudem ist in der fehlenden Klageberechtigung des Insolvenzverwalters **keine unbillige Besserstellung des Abschlussprüfers** zu sehen. Zwar kann der Abschlussprüfer anders als der Geschäftsführer mangels vertraglicher Beziehungen nicht unmittelbar von den Gläubigern der Insolvenzschuldnerin auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden; es kommt aber eine mittelbare Inanspruchnahme über den regresspflichtigen Geschäftsführer in Betracht (Brügge, VersR 2018, 705, 709 f.).

[26] Das Gericht verkennt nicht, dass nach der **Rechtsprechung des IX Zivilsenats des Bundesgerichtshofes zur Haftung des Steuerberaters wegen einer verspäteten Insolvenzantragstellung** der insolventen Gesellschaft ein eigener Schaden entsteht, der sich aufgrund der Überschuldung manifestieren soll. Diese Rechtsprechung überzeugt in Bezug auf die hier aufgeworfene Frage der Haftung eines Abschlussprüfers nicht. Das Gericht folgt insoweit der bereits dargestellten Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes (BGH, Urteil vom 30.03.1998 - II ZR 146/96 - juris). **Einer insolventen Gesellschaft entsteht durch das Anwachsen der Verbindlichkeiten infolge einer verspäteten Insolvenzantragstellung mangels Schutzwürdigkeit kein ersatzfähiger Schaden.** Nach der vorzugswürdigen Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes kann der Insolvenzverwalter einen Insolvenzvertiefungsschaden nicht geltend machen, weil hiervon im Wesentlichen nur die Altgläubiger, nicht aber die Neugläubiger profitieren würden: **Die Neugläubiger als die eigentlich Geschädigten würden praktisch leer ausgehen, wohingegen die Altgläubiger nicht gerechtfertigt besser stehen, als sie bei rechtzeitiger Insolvenzanmeldung stünden.** Aus diesem Grunde sind ausschließlich die Neugläubiger hinsichtlich des durch Neuverbindlichkeiten entstandenen Insolvenzvertiefungsschadens aktivlegitimiert (Meixner,

DStR 2018, 1025, 1030; Brügge, VersR 2018, 705, 710).

[27] Ungeachtet der vorstehenden Ausführungen ist ein denkbarer Anspruch des Klägers infolge eines **erheblichen Mitverschuldens der Geschäftsleitung der Insolvenzsuldnerin** nach § 254 BGB ausgeschlossen. Der Kläger muss sich das Verschulden des Geschäftsführers analog § 31 BGB ohne Entlastungsmöglichkeit zurechnen lassen (OLG Stuttgart, Urteil vom 24. Mai 2022 - 12 U 298/21 Rn. 86, juris). Legt man den Vortrag des Klägers zugrunde, ist von einer intensiven Insolvenzverschleppung der Geschäftsleitung der Insolvenzsuldnerin auszugehen. Es ist originäre Aufgabe der Geschäftsführung, nicht nur die Zahlungsunfähigkeit und eine etwaige Überschuldung des von ihr geleiteten Unternehmens im Auge zu behalten, sondern auch auf eventuelle Anzeichen für eine Insolvenzreife zu reagieren (OLG Koblenz, Urteil vom 30. Oktober 2020 - 3 U 47/20 juris). Die Klagepartei geht selbst davon aus, dass die Insolvenzsuldnerin spätestens seit dem 31.12.2015 zahlungsunfähig gewesen ist, die Krise sich aber schon lange vorher eingetreten ist, sich fortlaufend zugespitzt hat und bereits im Jahr 2014 fortlaufend Verluste erwirtschaftet wurden. Werden wie hier über Jahre hinweg Unterdeckungsraten bis zu 99 % erreicht, liegt ganz offensichtlich eine eklatant fehlerhafte Geschäftsführung vor, die unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles hinter einer vermeintlichen Pflichtverletzung der Beklagten zurücktritt.

[28-29] (...)

## Wirtschaftsprüferhaftung

- Insolvenz
  - Schaden
  - Insolvenzvertiefung
  - Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters
- (LG Ingolstadt, Beschl. v. 22.5.2023 – 81 O 2018/22)

### Leitsatz (der Redaktion)

Bei Neuverbindlichkeiten handelt es sich alleine um einen Schaden der Neugläubiger, welchen ein Insolvenzverwalter weder für diese als originären Schaden noch als eigenen Insolvenzvertiefungsschaden der Insolvenzsuldnerin geltend machen kann.

### Zum Sachverhalt:

[1] 1. Der Kläger macht als Insolvenzverwalter der ... UG & Co. KG Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte aufgrund eines Insolvenzvertiefungsschadens geltend.

[2] Der Kläger stützt den von ihm geltend gemachten Schadensersatzanspruch auf nachfolgenden Sachverhalt:

[3] Die am 09.08.2016 als ... GmbH & Co. KG gegründete ... UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG (im folgenden: Schuldnerin) bot auf dem Kapitalmarkt Kapitalanlagen an und bewarb diese. Das hierbei praktizierte Anlagemodell sah vor, dass private Anleger der Schuldnerin ein Darlehen gewähren. Die eingeworbenen Gelder sollten ihrerseits als Darlehen an Projektgesellschaften weitergereicht werden, die mit den Geldern Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien errichten und betreiben sollten. Die Darlehensverträge zwischen der Schuldnerin und den Anlegern einerseits und der Schuldnerin und den Projektgesellschaften andererseits enthielten jeweils qualifizierte Rangrücktrittsklauseln. Durch diese sollte das wirtschaftliche bzw. unternehmerische Risiko vollständig auf die Darlehensgeber verlagert werden.

[4] Die Schuldnerin ist wie die ... GmbH & Co KG und die ... GmbH & Co KG Teil der ... Unternehmensgruppe, deren weitere Unternehmen ein der Schuldnerin vergleichbares Geschäftsmodell betrieben und im Rahmen der Einwerbung von Darlehen Rangrücktrittsklauseln mit dem identischen Wortlaut wie die Insolvenzsuldnerin verwendeten.

[5] Vor der Gründung der Schuldnerin im Jahr 2015 hatte die ... Gruppe die im Kapitalmarkt- und Bankenaufsichtsrecht durchaus erfahrene Rechtsanwaltskanzlei ... mit der Prüfung beauftragt, ob die ... GmbH & Co. KG, ebenfalls eine Gesellschaft der ... Gruppe, als „Darlehensnehmerin im Rahmen der Einwerbung der Nachrangdarlehen in Übereinstimmung mit aufsichtsrechtlichen Vorschriften des deutschen Rechts, insbesondere des KWG, des KAGB und des VermAnlG gehandelt hat“. Die beauftragte Rechtsanwaltskanzlei hat die Übereinstimmung der Nachrangklausel mit dem KALB, dem WpPG und dem VermAnlG bejaht und kam zu dem Ergebnis, dass es sich bei den von den Anlegern eingeworbenen Darlehen nicht um erlaubnispflichtige Einlage- oder Bankgeschäfte handelte.

[6] Die Schuldnerin besaß keine Erlaubnis der BaFin für das Betreiben eines Bankgeschäfts in Form des Einlagengeschäfts.

[7] Die Jahresabschlüsse der Schuldnerin wiesen für das Geschäftsjahr 2016 einen nicht durch Vermögenseinlagen gedeckten Fehlbetrag von 98.481,06 €, für das Geschäftsjahr 2017 einen solchen in Höhe von 146.128,69 € und für das Geschäftsjahr 2018 einen solchen in Höhe von 2.110.589,40 € aus. Die Schuldnerin verfügte nicht über stille Reserven. Ihre Aktiva bestanden im wesentlichen nur aus Darlehensforderungen gegenüber verbundenen Projektgesellschaften, die ihrerseits uneinbringlich waren.

[8] Die Antragsgegnerin hat den Jahresabschluss der Schuldnerin für das Jahr 2018 und den hierzu erstellten Lagebericht im Rahmen des ihr erteilten Prüfauftrags am 10.09.2019 testiert.

[9] Die Rechtswirksamkeit der von den Unternehmen der ... Unternehmensgruppe verwendeten Rangrücktrittsklauseln war Gegenstand der vom Landgericht Nürnberg-Fürth unter den Aktenzeichen 10 O 3529/19 und 6 O 7066/19 geführten Verfahren. In diesen wurden die Rangrücktrittsklauseln unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, insbesondere die Entscheidung vom 06.12.2018 Aktenzeichen IX ZR 143/17 als unwirksam angesehen. Die Entscheidungen des Landgerichts Nürnberg-Fürth wurden aufgrund der Rücknahme der Berufungen rechtswirksam.

[10] Vor der Berufungseinlegung hatte die Geschäftsführung der dortigen Beklagten, die zugleich Geschäftsführerin der Insolvenzschuldnerin war, im März/April 2020 rechtsanwaltliche Stellungnahmen zu den beanstandeten Klauseln eingeholt und die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 20.08.2020 (Anlagenkonvolut B8, Seite 1) darüber informiert, dass sie „weiterhin mit dem Ansatz der Wirksamkeit der Nachrangklauseln bilanziert“ habe.

[11] Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat gegenüber der Schuldnerin einen Einstellungs- und Abwicklungsbescheid vom 24.03.2022, gegenüber ihrer Schwestergesellschaft ... GmbH & Co KG einen inhaltsgleichen Bescheid bereits am 10.05.2021 erlassen.

[12] Auf den von der Schuldnerin am 05.04.2022 gestellten Eigenantrag hin hat das Amtsgericht Leipzig mit Beschluss vom 08.06.2022 über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet und den Kläger als Insolvenzverwalter bestellt.

[13] Die Antragsgegnerin war von der Schuldnerin mit der Überprüfung des Jahresabschlusses für das Jahr 2018 beauftragt. Dieser wies im Lagebericht nachfolgende Bemerkung auf:

[14] *„Die Gesellschaft weist zum 31.12.2018 einen nicht durch Vermögenseinlagen gedeckten Fehlbetrag aus. Eine Überschuldung im Sinne der Insolvenzordnung ist aufgrund der Rangrücktrittsvereinbarungen in den der Gesellschaft gewährten Nachrangdarlehen nicht gegeben.“*

[15] Sie hat den erstellten Jahresabschluss für das Jahr 2018 am 10.09.2019 testiert.

[16] Der Antragsteller trägt vor, dass dem Geschäftsführer der Schuldnerin zwar die Problematik der Wirksamkeit der Nachrangklauseln bekannt gewesen sei. Er habe demgegenüber den Zusammenhang zwischen der Unwirksamkeit der Nachrangklauseln und dem Fehlen einer positiven Fortführungsprognose nicht gekannt und damit keine Kenntnis von seiner Verpflichtung, einen Insolvenzantrag zu stellen, gehabt.

[17] Für den Fall, dass der Geschäftsführer der Schuldnerin von der Beklagten auf das Fehlen einer positiven Fortführungsprognose hingewiesen worden wäre, wäre er seiner Verpflichtung, einen Insolvenzantrag zu stellen, umgehend nachgekommen. In diesem Fall wäre es zur Zahlung der vom Kläger im Klageentwurf auf den Seiten 25 bis 28 dargestellten Zahlungen seit 11.09.2019 mit einem Gesamtbetrag von 327.439,28 € nicht gekommen. Die Antragsgegnerin sei zum Ersatz des hieraus entstandenen Insolvenzvertiefungsschadens verpflichtet.

[18] Die Antragstellerseite sieht ein Feststellungsinteresse gegeben, weil sie den der Insolvenzschuldnerin entstandenen Schaden derzeit nicht beziffern könne. Der Schaden für die Gesellschaft ergebe sich aus einem Vermögensvergleich zwischen dem Zeitpunkt, zu dem der Insolvenzantrag tatsächlich gestellt worden sei und dem Zeitpunkt, zu dem er bei rechtzeitigem Hinweis der Antragsgegnerin gestellt worden wäre. Zwischen den beiden Zeitpunkten sei es zum Aufbau weiterer Verbindlichkeiten gekommen. Der Kläger könne sich ein abschließendes Bild erst gegen Ende des Insolvenzverfahrens machen bis zu dem noch Forderungen zur Tabelle angemeldet werden könnten. Auch hinsichtlich der Vermögensabflüsse habe sich der Antragsteller noch kein abschließendes Bild machen können. Die Situation insoweit könne sich auch noch ändern, wenn der Kläger Insolvenzanfechtungen geltend mache und bereits erfolgte Abflüsse wieder zur Insolvenzmasse gelangten.

#### Aus den Gründen:

[19] 2. Die beantragte Prozesskostenhilfe ist abzulehnen, weil hinreichende Erfolgsaussichten weder für den Haupt- noch den Hilfsantrag gegeben sind.

[20] 2.1 Die im Hauptantrag geltend gemachte Feststellungsklage scheidet bereits daran, dass das hierfür notwendige Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO nicht gegeben ist.

[21] Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist im Fall des § 256 ZPO ein Feststellungsinteresse regelmäßig zu verneinen, wenn der Kläger auf Leistung klagen kann. Von einem Kläger kann verlangt werden, dass er den einfachsten Weg wählt, um sein Ziel zu erreichen. Eine Ausnahme von dem oben erwähn-

ten Grundsatz kann dann gegeben sein, wenn erwartet werden kann, dass der Kläger schon aufgrund des Feststellungsurteils von dem Beklagten befriedigt wird, oder wenn schon der Feststellungsprozess zur Erledigung der zwischen den Parteien aufgetretenen Streitpunkte führt und damit ein umfangreicherer Leistungsprozess vermieden werden kann.

[22] Unter Anwendung der vorstehenden Grundsätze ist der Antragsteller nach Auffassung des Gerichts durch die Möglichkeit, eine Leistungsklage zu erheben, an der Stellung eines Feststellungsantrags gehindert.

[23] Entgegen der Auffassung des Antragstellers kann dieser sich zur Rechtfertigung seines Feststellungsinteresses nicht auf seine fehlende Möglichkeit, den Schaden (abschließend) zu beziffern, berufen. Das Gericht sieht den Antragsteller nämlich sehr wohl in der Lage, den der Insolvenzschuldnerin entstandenen Insolvenzvertiefungsschaden zu beziffern. Dieser bemisst sich nach der Differenz zwischen der Vermögenslage der Gesellschaft im Zeitpunkt rechtzeitiger Antragstellung und ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt des tatsächlich gestellten Antrages.

[24] 2.2 Hierbei ist allerdings entgegen der Auffassung des Antragstellers nur auf die Vermögensabflüsse abzustellen, die der Antragsteller im Rahmen des von ihm gestellten Hilfsantrags auch beziffert hat.

[25] Für das Gericht ergeben sich keine Erkenntnisse dahingehend, warum der Antragsteller nicht in der Lage sein sollte, diese abschließend darzustellen. Der Antragsteller ist an der Erhebung der Leistungsklage hinsichtlich der Vermögensabflüsse zur Insolvenzmasse auch nicht dadurch gehindert, dass durch möglicherweise von ihm erfolgende Insolvenzanfechtungen Rückflüsse zur Insolvenzmasse erfolgen und damit die von ihm erhobene Schadenersatzklage in Höhe des zurück geflossenen Betrags unbegründet wird. Zum einen unterbleibt jeglicher Sachvortrag dahingehend, warum derartige Anfechtungen nicht bereits erfolgt sind. Zum anderen steht dem Antragsteller in diesem Fall die prozessuale Möglichkeit offen, den Rechtsstreit hinsichtlich des zurück geflossenen Betrages für erledigt zu erklären.

[26] 2.3 Demgegenüber kann der Insolvenzverwalter das von ihm in Anspruch genommene Feststellungsinteresse nicht auf von ihm derzeit nicht endgültig feststellbare von der Schuldnerin begründete Verbindlichkeiten zwischen dem Zeitpunkt der gebotenen und der tatsächlichen Insolvenzantragstellung stützen.

[27] Nach Auffassung der Kammer fehlt dem Kläger als Insolvenzverwalter insoweit die Aktivlegitimation für die Gel-

tendmachung eines dadurch begründeten Insolvenzvertiefungsschadens. Der Insolvenzverwalter ist nämlich nur dazu berechtigt die Verbindlichkeiten der Insolvenzschuldnerin geltend zu machen. Bei den Neuverbindlichkeiten handelt es sich aber entgegen der Auffassung des Antragstellers nicht um Verbindlichkeiten der Insolvenzschuldnerin. **Es handelt sich vielmehr alleine um einen Schaden der Neugläubiger, welchen der Antragsteller als Insolvenzverwalter weder für diese als originären Schaden noch als eigenen Insolvenzvertiefungsschaden der Insolvenzschuldnerin geltend machen kann** (vgl. hierzu Meixner/Schröder DStR 2022, S. 1397 [1399], KG Berlin, Urteil vom 15. November 2022 - 21 U 55/21 -, juris, Brügge, VersR 2018, 705 ff.; Meixner, DStR 2018, 966 ff. und 1025 ff zum Meinungsstand: OLG Stuttgart, Urteil vom 27. Oktober 2020 - 12 U 82/20 - Rz. 76ff, juris).

[28] 3. Nach Auffassung der Kammer trägt der bislang vorgelegene Sachverhalt aber auch nicht die Annahme der notwendigen **Pflichtverletzung** auf Seiten der Antragsgegnerin. Dies steht der Annahme hinreichender Erfolgsaussichten sowohl des geltend gemachten Hauptantrags, wie auch des Hilfsantrags ebenfalls entgegen.

[29] 3.1 Mit der Antragstellerseite geht das Gericht zunächst davon aus, dass die vom BGH entwickelten **Grundsätze zur Haftung des Steuerberaters** für die Erstellung eines **unzutreffenden Jahresabschlusses** - wie sie zuletzt in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.01.2017 (Az. IX ZR 285/14 - juris) ihren Niederschlag gefunden haben - auch auf die Haftung des Wirtschaftsprüfers Anwendung finden (so auch Gessner, ZIP 2020, 544 unter II.2.).

[30] Hier wie dort liegen der Tätigkeit, solange sie sich nicht im Rahmen eines Dauermandats bewegt, **werkvertragliche Regelungen** zu Grunde, wobei im Rahmen des hier infrage stehenden Wirtschaftsprüfervertrags der geschuldete Erfolg in der Erteilung eines hinreichend abgesicherten Bestätigungsvermerks zu sehen ist (vergleiche OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.06.2021, 22 U 31/20 Rz. 18 - juris). **Die Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers erfordert dabei keine lückenlose Untersuchung, sondern ist unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Wesentlichkeit und des Fehlerrisikos auf der Grundlage von Stichproben vorzunehmen.** Hierbei hat eine Gesetzes-, Satzungs- und Ordnungsmäßigkeitsprüfung des Jahresabschlusses, bestehend aus Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung, der Buchführung einschließlich des Inventars und des Geschäftsberichts zu erfolgen (OLG Köln, Urteil vom 22.04.2004, Az. 8 U 68/03 Rz. 24 - juris). In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Grundsätze über die Bilanzierung nach Fortführungswerten, die der BGH in seinem Urteil vom 26.01.2017, Az. IX ZR 285/14 für Steuerberater entwickelt hat, als Mindestvoraussetzungen auch auf die Tätigkeit

des Abschlussprüfers zu übertragen (Landgericht Düsseldorf, Urteil vom 20.12.2017, Az. 13 O 481/14, Rz. 38).

**[31] 3.2 Unter Anwendung der vorstehenden Grundsätze kommt im vorliegenden Fall eine Haftung der Antragsgegnerin unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung von Hinweis- und Warnpflichten nach §§ 280 Abs. 1, 675 Abs. 1 BGB bereits deswegen nicht in Betracht, weil die Antragsgegnerin bzw. der konkret für sie tätige Prüfer Grund zu der Annahme hatte, dass die Insolvenzschuldnerin sich der Umstände, die auf einen Insolvenzgrund hinweisen - hier die Problematik der Rechtswirksamkeit der Nachrangklauseln - bewusst und in der Lage war, die tatsächliche und rechtliche Bedeutung dieser Umstände einzuschätzen (vergleiche BGH Urteil vom 26.01.2017, Az. IX ZR 285/14 Rz. 50).**

**[32]** Der Lageplan ist ein selbständiger Teil des Jahresabschlusses. Dieser wird zwar, wie auch die anderen Teile, vom Wirtschaftsprüfer testiert. Der Wirtschaftsprüfer erstellt jedoch den Lagebericht nicht selbst. Aus der vom Kläger selbst vorgelegten Anlage K5 ergibt sich unzweifelhaft, dass der Lagebericht vom damaligen Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin ... gezeichnet wurde, und zwar bereits am 03.06.2019. Lediglich das Testat am Ende des Jahresabschlusses stammt vom 10.09.2019 und wurde vom Wirtschaftsprüfer gezeichnet. Da aber im Lagebericht der damalige Geschäftsführer ... somit selbst festgehalten hat, dass eine Überschuldung der Firma im insolvenzrechtlichen Sinne (nur) wegen der Rangrücktrittsvereinbarungen in den der Gesellschaft gewährten Nachrangdarlehen nicht gegeben sei, steht zur Überzeugung des Gerichts bereits positiv fest, dass dem Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin die tatsächliche und auch rechtliche Problematik der Nachrangdarlehen grundsätzlich bewusst war.

**[33] 3.3 Auch eine Haftung der Antragsgegnerin nach §§ 280 Abs. 1, 634 Nr. 4, 675 Abs. 1 BGB, weil sie den ihr vorgelegten, auf der Grundlage von Fortführungswerten erstellten Jahresabschluss zu Unrecht testiert hat (für die Haftung des Steuerberaters: BGH aaO Rz. 12 - juris), kommt nicht in Betracht.**

**[34]** Eine Haftung setzt zunächst voraus, dass eine Bilanzierung nach Fortführungswerten objektiv aus der Sicht ex ante ausschied. Dies ist der Fall, wenn feststeht, dass der Fortführung der Unternehmenstätigkeit tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB).

**[35] 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.** Die Fortführung der Unternehmenstätigkeit ist nach dem

Gesetz der zunächst zu unterstellende Regelfall. Es spricht so lange eine Vermutung dafür, wie nicht Umstände sichtbar werden, welche die Fortführung unwahrscheinlich erscheinen lassen (vgl. BGH aaO, Rz. 24f - juris).

**[36]** Da der allgemeine Grundsatz gilt, dass eine Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit unterstellt wird, ist selbst bei **Zweifeln an der Überlebensfähigkeit des Unternehmens unter Fortführungsgesichtspunkten zu bilanzieren.** Die Fortführungsvermutung entfällt erst, wenn es objektiv fehlerhaft wäre, von der Aufrechterhaltung der Unternehmenstätigkeit auszugehen. Die Umstände müssen ergeben, dass die Einstellung der Unternehmenstätigkeit unvermeidbar oder beabsichtigt ist. Tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten müssen sich derart konkretisieren, dass die Unternehmenstätigkeit jedenfalls innerhalb des Prognosezeitraums eingestellt werden wird (Eickes, DB 2015, 933, 934 f). Eine Bewertung zu Liquidationswerten hat zu erfolgen, wenn feststeht, dass das Unternehmen nicht mehr fortgeführt werden kann (BGH aaO Rz. 25 - juris).

**[37]** Unter Anwendung der vorstehend skizzierten Grundsätze ist bereits die Erstellung der Bilanz nach Fortführungswerten durch den Steuerberater, erst recht aber die Testierung des Jahresabschlusses durch die Antragsgegnerin im Rahmen ihres Prüfungsauftrags nicht zu beanstanden und kann damit nicht als Grundlage der von der Klägerin geltend gemachten Haftung dienen.

**[38]** Entgegen der Auffassung der Antragstellerseite war die rechtliche Lage bezogen auf den konkreten Fall **zum Zeitpunkt der Erstellung des Testats trotz der geänderten Rechtsprechung des BGH** nicht so eindeutig, dass bereits zum Zeitpunkt des Testats nicht mehr von der Wirksamkeit der von der Schuldnerin verwendeten Nachrangklauseln ausgegangen werden durfte und im Umkehrschluss von der bilanziellen Überschuldung der Insolvenzschuldnerin ausgegangen werden musste.

**[39]** Zwar weist die Antragstellerseite zurecht darauf hin, dass sich die Antragsgegnerin **im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit über die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in ihrem Fachbereich und die daraus resultierenden Folgen für ihre berufliche Tätigkeit informieren musste.** Das Gericht teilt allerdings nicht die daraus von der Antragstellerseite gezogene Schlussfolgerungen, wonach diese bei Anwendung der aktuellen Rechtsprechung des BGH die Unwirksamkeit der von der Insolvenzschuldnerin verwendeten Rangrücktrittsklauseln und die hieraus folgende bilanzielle Überschuldung hätte erkennen und die Insolvenzschuldnerin darüber informieren müssen. **Hierbei gilt es zu berücksichtigen, dass der Bundesgerichtshof in der von der Antragstel-**

lerseite zitierten Entscheidung die Wirksamkeit von Rangrücktrittsklauseln nicht generell, sondern nur unter bestimmten Bedingungen infrage gestellt hat. Die vom Bundesgerichtshof in der Entscheidung beanstandeten Klauseln waren mit den von der Insolvenzschuldnerin verwendeten Klauseln nicht identisch. Es war also rechtlich nicht eindeutig, inwieweit sich die vom BGH in der Entscheidung aufgestellten Grundsätze auch auf die von der Insolvenzschuldnerin verwendeten Rangrücktrittsklauseln anwenden ließen und zu deren Unwirksamkeit führten. Hierbei handelt es sich um eine **offene rechtliche Fragestellung**, zu deren Beantwortung die Geschäftsführung der Insolvenzschuldnerin ein **Rechtsgutachten erholt** hatte, das seinerseits im Ergebnis zur Rechtswirksamkeit der genannten Klauseln gekommen war.

[40] Die rechtliche Komplexität, die der Annahme der Antragstellerseite von der erkennbaren Unwirksamkeit der Nachrangklauseln im Zeitpunkt des Testats entgegensteht, zeigt sich auch darin, dass die **BaFin als maßgebliche Aufsichtsbehörde** die maßgeblichen Nachrangklauseln gegenüber der Insolvenzschuldnerin erst nach umfangreicher Prüfung mit Bescheid vom 24.03.2022 beanstandet, der Insolvenzschuldnerin die weitere Tätigkeit untersagt und sie zur Rückzahlung der Darlehen verpflichtet hat.

[41] 4. Nach Auffassung der Kammer liegt auch ein ausreichend nachvollziehbarer Sachvortrag des Antragstellers zur Kausalität einer eventuellen Pflichtverletzung für die unterlassene rechtzeitige Insolvenzantragsstellung des Geschäftsführers der Insolvenzschuldnerin nicht vor.

[42] Die Antragstellerseite trifft insoweit die Darlegungs- und Beweislast, insbesondere auch dafür, dass bei pflichtgemäßem Verhalten der Antragsgegnerin umgehend und nicht erst im Juni 2022 ein Insolvenzantrag gestellt worden wäre (OLG Stuttgart Rz. 70 - juris).

[43] Die Antragstellerseite geht hierbei davon aus, dass die Schuldnerin zum Zeitpunkt der Testierung bilanziell überschuldet und - mangels positiver Fortführungsprognose - auch insolvenzrechtlich überschuldet war. Auf dieser Grundlage behauptet der Antragsteller, dass bei dem erforderlichen Hinweis der Antragsgegnerin auf die mögliche Unwirksamkeit der Rangrücktrittsklauseln und die hieraus resultierende Insolvenzreife sofort Insolvenzantrag gestellt worden wäre.

[44] Der von Antragstellerseite vorgetragene Sachvortrag erschöpft sich in der bloßen Behauptung einer umgehenden Insolvenzantragsstellung im Falle eines zusätzlichen Hinweises auf die im Falle der Unwirksamkeit der Klauseln bestehende Insolvenzreife. **Für das Gericht ergeben sich demgegenüber keinerlei Anhaltspunkte, weshalb sich die vormalige Ge-**

**schäftsführung in Kenntnis der zentralen rechtlichen Problematik der Nachrangklauseln und der von ihr getroffenen Bewertung hierzu alleine durch den Hinweis auf die Insolvenzreife, dem nur im Zusammenhang mit der Unwirksamkeit überhaupt Bedeutung zukommt, anders verhalten hätte.**

[45] Für den **Nachweis der Kausalität** reicht die **Behauptung der Antragstellerseite, dass eine positive Fortführungsprognose nicht ordnungsgemäß war, nicht aus**. Denn um plausibel zu machen, dass ein Insolvenzantrag gestellt worden wäre, muss angesichts des ersichtlich grundsätzlich bestehenden Fortführungswillens der Geschäftsführung der Schuldnerin zumindest darüber hinausgehend nachgewiesen werden, dass eine ordnungsgemäße positive Fortführungsprognose - auf entsprechenden Hinweis der Beklagtenseite hin - von der Geschäftsführung nicht hätte erstellt werden können (OLG Stuttgart, Urteil vom 27. Oktober 2020 - 12 U 82/20 - Rz. 72, juris).

[46] Ein entsprechender Sachvortrag liegt bislang nicht vor und scheint angesichts der damals noch nicht geklärten Frage der Wirksamkeit der konkret von der Schuldnerin verwendeten Klauseln zum maßgeblichen Zeitpunkt der Erteilung des Testats nicht darstellbar.

[47] Dem Vorbringen der Antragstellerseite, wonach die damalige Geschäftsführung der Insolvenzschuldnerin bei einem entsprechenden Hinweis der Antragsgegnerin auf die aus der (möglichen) Unwirksamkeit der Nachrangklauseln resultierende Insolvenzreife sofort Insolvenzantrag gestellt hätte, vermag das Gericht aber auch aufgrund der von der Antragstellerseite selbst vorgetragenen Umstände des Falles nicht zu folgen.

[48] Im Ausgangspunkt sind sich alle Beteiligten darüber einig, dass dem Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin bewusst war, dass die Rechtswirksamkeit der von der Insolvenzschuldnerin verwendeten Klauseln zweifelhaft war. Der fehlende Hinweis auf diese Problematik konnte damit für einen eingetretenen Schaden nicht ursächlich sein.

[49] Sofern die Antragstellerseite allerdings behauptet, dass der Geschäftsführer nicht gewusst habe, dass die (mögliche) Unwirksamkeit der Klauseln zwangsläufig mit einer negativen Fortführungsprognose und der Verpflichtung, einen Insolvenzantrag zu stellen einhergeht (vgl. Schriftsatz vom 16.02.2023, Seite 4), widerspricht sie damit zunächst ihrer eigenen in demselben Schriftsatz auf der vorhergehenden Seite aufgestellten Behauptung:

[50] *„Die Fortführungsprognose der Schuldnerin stand und fiel damit unmittelbar mit der Wirksamkeit der von ihr in einem*

*Hochglanzprospekt vorformulierten Nachrangklausel*" (vergleiche Schriftsatz vom 16.02.2023, Seite 3 Mitte).

**[51]** Die Behauptung lässt sich auch nicht mit dem Lagebericht, insbesondere dem darin enthaltenen Satz „*Eine Überschuldung im Sinne der Insolvenzordnung ist aufgrund der Rangrücktrittsvereinbarungen in den der Gesellschaft gewährten Nachrangdarlehen nicht gegeben.*“, in Einklang bringen. Der Insolvenzverwalter kann sich in diesem Zusammenhang auch nicht darauf berufen, dass der verantwortliche Geschäftsführer der Insolvenzsuldnerin von dem Satz keine Kenntnis gehabt habe, da der Lagebericht von dem Unternehmen selbst und dort zuständigkeitshalber der Geschäftsführung erstellt wird und von dieser auch unterschrieben wurde (siehe oben).

**[52]** Das Gericht schlussfolgert aus dem Vorgehen der vormaligen Geschäftsführung, dass es für diese entscheidend auf die Frage der Rechtswirksamkeit der Nachrangklauseln ankam. Diese hatte sie für sich in der aus dem Lagebericht ersichtlichen Art und Weise, nämlich in dem Sinne bewertet, dass sie von deren Wirksamkeit ausging. Der zusätzliche Hinweis auf eine Insolvenzreife der Gesellschaft im Falle der Unwirksamkeit kam damit überhaupt nicht zum Tragen.

**[53]** Gegen die von der Antragstellerseite aufgestellte Kausalbetrachtung spricht nach Auffassung des Gerichts auch die Tatsache, dass sich der Geschäftsführer der Insolvenzsuldnerin auch durch die ihm beiden Urteile des Landgerichts Nürnberg-Fürth nicht dazu veranlasst gesehen hat, einen Insolvenzantrag für die Insolvenzsuldnerin zu stellen. Die Urteile waren zwar nicht gegen die Insolvenzsuldnerin ergangen, betrafen in der Sache aber inhaltsgleiche Nachrangklauseln, die vom erkennenden Gericht unter Anwendung der Rechtsprechung des BGH für unwirksam erachtet worden waren und waren dem Geschäftsführer der Insolvenzsuldnerin wegen seiner gleichzeitigen Tätigkeit als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der dortigen Beklagten auch bekannt.

**[54]** Die Geschäftsführung sah sich durch die Urteile allein dazu veranlasst, gutachterliche Stellungnahmen einzuholen und sich in ihrer bis dahin bereits vertretenen Rechtsansicht bestätigen zu lassen.

**[55]** Der Annahme eines Kausalzusammenhangs widerspricht auch die Tatsache, dass sich der Geschäftsführer der Insolvenzsuldnerin den gegen die Schwestergesellschaft der Insolvenzsuldnerin - die ... GmbH und Co. KG - ergangenen, als Anlage K 9 vorgelegten Bescheid der BaFin vom 10.05.2021 nicht zum Anlass genommen hat, einen Insolvenzantrag für die Insolvenzsuldnerin zu stellen. Dieser Bescheid ist mit dem gegenüber der Insolvenzsuldnerin erlassenen Bescheid der BaFin vom 24.03.2022 (Anlage K8)

inhaltsgleich ist und betraf die inhaltsgleichen, von beiden Gesellschaften verwendeten, Nachrangklauseln. Dem Geschäftsführer der Insolvenzsuldnerin, der zeitgleich auch Geschäftsführer der ... GmbH und Co. KG war, war der entsprechende Bescheid auch bekannt.

**[56]** Auch der Hinweis auf eine mögliche Strafbarkeit des Geschäftsführers der Insolvenzsuldnerin, die ihn dazu veranlasst hätte, unverzüglich Insolvenzantrag für diese zu stellen, verfängt in diesem Zusammenhang nicht. Aus Sicht des Geschäftsführers war dieser über das von ihm veranlasste Rechtsgutachten hinreichend gegenüber einer Strafbarkeit wegen Insolvenzstraftaten abgesichert. Im Rahmen möglicher Strafbarkeitserwägungen gilt es zusätzlich zu berücksichtigen, dass auch die verfrühte Antragstellung aufgrund unzutreffender Annahme der Insolvenzreife ein Strafbarkeits-, zumindest aber große Haftungsrisiken (gegenüber den Gesellschaftern) in sich birgt.

**[57]** Auch die Tatsache, dass der Geschäftsführer sich im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Nachrangklauseln nicht von einer möglichen Strafbarkeit nach § 54 KWG wegen eines (ansonsten) verbotenen Einlagengeschäfts von seiner Tätigkeit hat abhalten lassen, ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen.

**[58]** 5. Selbst wenn man von einer Haftung der Antragsgegnerin ausgeht, wird ein etwaiger Schadensersatzanspruch infolge eines der Insolvenzsuldnerin analog § 31 BGB zuzurechnenden Mitverschuldens ihres Geschäftsführers nach § 254 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

**[59]** Gemäß § 254 Abs. 1 BGB hängt, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat, die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt bei der Haftung wegen einer fehlerhaften Abschlussprüfung die Berücksichtigung eines Mitverschuldens des betroffenen Unternehmens in Betracht (BGH, Urteil vom 6. Juni 2013 - IX ZR 204/12 - Rz. 30, juris). Aufgrund der Gesamtwürdigung kann der Tatrichter im Einzelfall in Anwendung von § 254 BGB zu einem vollständigen Haftungsausschluss gelangen (für den Abschlussprüfer BGH, Beschluss vom 23. Oktober 1997 - III ZR 275/96 - Rz. 8 - juris).

**[60]** Bei der Bewertung des wechselseitigen Verschuldensgrades gilt es zu berücksichtigen, dass im vorliegenden Fall auf Seiten der Antragsgegnerin lediglich der unterlassene Hinweis auf eine mögliche Unwirksamkeit der Klauseln und eine daraus resultierende Insolvenzreife im Raum steht, dem eine

rechtliche Wertung zugrunde liegt, die - wenn überhaupt - nicht in den Kernbereich der Tätigkeit der Antragsgegnerin fällt.

**[61]** Demgegenüber ist es originäre Aufgabe des Geschäftsführers, die Zahlungsfähigkeit und eine etwaige Überschuldung des von ihm geleiteten Unternehmens im Auge zu behalten und auf eventuelle Anzeichen für eine Insolvenzreife zu reagieren (BGH Urteil vom 07.03.2013 IX ZR 64/12 Rn. 21-juris). In diesem Zusammenhang hat er für eine Organisation zu sorgen, die ihm die zur Wahrung seiner Verpflichtung erforderliche Übersicht über die wirtschaftliche bzw. finanzielle Situation der Gesellschaft jederzeit ermöglicht. Ferner obliegt es ihm, sich gegebenenfalls fachkundig beraten zu lassen, sofern er nicht über ausreichende persönliche Kenntnisse verfügt (BGH Urteil vom 26.01.2017 a.a.O., Rn. 47).

**[62]** Die Überprüfung der Rechtswirksamkeit der von der Insolvenzschuldnerin verwendeten Klauseln, mit denen ihr Geschäft stand und fiel, war angesichts der sich wandelnden Rechtsprechung Kernaufgabe der Geschäftsführung. Sie hatte sich insoweit bereits in der Vergangenheit beraten lassen und war gehalten, sich auch im Rahmen der laufenden Geschäftsführung weiterhin beraten zu lassen. Hierzu bedurfte es keines Hinweises der Antragsgegnerin. Das Testat der Antragsgegnerin bot keinen Anlass, die gebotene (laufende) Überprüfung in irgendeiner Art einzuschränken.

## Steuerberaterhaftung

- Mandat zum Erblasser
- Umfang des Schadensersatzanspruchs des Erben  
(OGH, *Urt. v. 4.11.2021 – 5 Ob 88/21h*)

### Leitsätze

1. Die Rechtsstellung als Erbe berechtigt diesen nur, jene Nachteile geltend zu machen, die auch der Erblasser gegenüber einem Schädiger geltend zu machen berechtigt gewesen wäre.
2. Ein Nachteil aus einer Einkommenssteuerbelastung des Erben selbst resultiert aus seiner persönlichen Steuerpflicht und zählt daher nicht zu diesen Nachteilen; insoweit kann der Erbe mithin nicht als unmittelbar Geschädigter vom Steuerberater des Erblassers wegen fehlerhafter Beratung Ersatz verlangen.

### Zum Sachverhalt:

**[1]** Die 2016 verstorbene E. (in der Folge: Erblasserin oder auch Verstorbene) war Eigentümerin einer Liegenschaft mit einem

darauf errichteten Mehrparteienhaus. Der Kl. ist als nach ihr eingetragener Erbe zu 5/16 Anteilen Miteigentümer dieser Liegenschaft.

**[2]** Die Erblasserin hatte die Liegenschaft von ihrem am 4.7.2007 verstorbenen Ehemann geerbt. In den Jahren 2007 bis 2014 machte sie für das auf der Liegenschaft errichtete Gebäude keine Absetzung für Abnutzung (AfA) gem. § 16 Abs. 1 Ziff. 8 i.V.m. §§ 7 und 8 EStG 1988 geltend, weder bemessen nach dem gesamten Einheitswert der Liegenschaft noch auf Grundlage der fiktiven Anschaffungskosten. Ihre damalige Steuerberaterin war die Bekl. In den Jahren 2015 bis 2016 hat die Erblasserin, vertreten durch einen anderen Steuerberater, die AfA basierend auf dem Einheitswert der Liegenschaft geltend gemacht.

**[3]** Die Rechtsnachfolger nach der Erblasserin, darunter der Kl., begehren von der Bekl. den Ersatz von insgesamt 154.110,80 € s.A., aufgeteilt nach den Erbquoten, weil die Erblasserin in den Veranlagungsjahren 2007 bis einschließlich 2014 überhaupt keine AfA geltend gemacht habe und aus rechtlichen Gründen in den Jahren 2015 und 2016 keinen Antrag auf Bemessung der AfA anhand der (höheren) fiktiven Anschaffungskosten mehr stellen habe können. Die Bekl. habe diese Einkommenssteuerbelastung durch einen Beratungsfehler verursacht. Das Erstgericht bejahte einen schadenskausalen Beratungsfehler der Bekl. und verpflichtete sie mit Urteil vom 3.10.2018 zur Zahlung von 154.110,80 € s.A. an die Erben. Dieses Urteil erwuchs in Rechtskraft. Entsprechend seiner Erbquote entfielen davon auf den Kl. 48.159,62 €.

**[4-5]** In diesem Verfahren begehrt der Kl. die Zahlung von 4.891,53 € s.A. als Ersatz für den ihm aus der Einkommenssteuerbelastung für das Veranlagungsjahr 2017 entstandenen Schaden. Aufgrund der unterbliebenen Antragstellung für die Erblasserin, die AfA anhand der fiktiven Anschaffungskosten zu bemessen, könne auch er die Abschreibung nur auf Grundlage des Einheitswerts geltend machen. Da er wie die Erblasserin dem Spitzensteuersatz unterliege, entspreche sein Schaden 5/16 von deren Einkommenssteuerbelastung in den Veranlagungsjahren 2015 und 2016. Die Bekl. habe die Erblasserin schuldhaft falsch beraten; die Entscheidung des Erstgerichts entfalte insofern eine Bindungswirkung. Die unterbliebene Geltendmachung der höheren AfA wirke wegen § 16 Abs. 1 Ziff. 8 lit. b EStG bei ihm fort, so dass auch er eine Einkommenssteuerbelastung zu tragen habe. Insoweit liege ein Fall bloßer Schadensverlagerung vor, für die die Drittschadensliquidation anerkannt sei. Der Vertrag zwischen der Erblasserin und der Bekl. entfalte darüber hinaus Schutzwirkungen auch zu seinen Gunsten. Die Bekl. hafte ihm auch für künftige Schäden, die ihm aus der unterbliebenen Geltendmachung der AfA auf der Grundlage der fiktiven Anschaffungskosten entstünden.

[6] Das Erstgericht hat das Klagebegehren abgewiesen.

[7-8] Das Berufungsgericht hat wie das Erstgericht eine Bindungswirkung der Entscheidung des Erstgerichts verneint, hat der Berufung des Kl. aber im Übrigen Folge gegeben und das Ersturteil aufgehoben.

[9] Der Rekurs der Bekl. war zur Klarstellung der Rechtslage zulässig und hatte Erfolg.

#### Aus den Gründen:

[10] 1. Zur Abschreibung für Aufwendungen:

[11] 1.1 Nach § 16 Abs. 1 Ziff. 8 EStG sind steuerlich abzugsfähige Werbungskosten auch Absetzungen für Abnutzung und Substanzverringerungen (§§ 7 und 8 EStG).

[12] 1.2 Für die unentgeltliche Übertragung von Gebäuden bis 31.7.2008 galt § 16 Abs. 1 Ziff. 8 lit. b EStG 1988 i.d.F. vor dem Schenkungsmeldegesetz (BGBl. I 2008/85). Danach war bei unentgeltlichem Erwerb eines Gebäudes für die Bemessung der AfA der gesamte Einheitswert für den letzten Feststellungszeitpunkt vor dem unentgeltlichen Erwerb zugrunde zu legen. Auf Antrag waren aber die fiktiven Anschaffungskosten im Zeitpunkt des unentgeltlichen Erwerbs anzusetzen.

[13] 1.3 Mit dem Schenkungsmeldegesetz 2008 wurde diese Bestimmung für Übertragungen nach dem 31.7.2008 (§ 124b Ziff. 146 lit. c EStG 1988) novelliert und angeordnet, dass bei unentgeltlichem Erwerb eines Gebäudes die Absetzung für Abnutzung des Rechtsvorgängers fortzusetzen ist. Die Möglichkeit, die Bemessung der AfA anhand der fiktiven Anschaffungskosten zu beantragen, entfiel. Mit dem Abgabenänderungsgesetz 2012, BGBl. I 2012/112, wurde die Bestimmung von Gebäuden auf sämtliche Wirtschaftsgüter ausgedehnt, die nach dem 31.12.2012 erstmalig zur Erzielung von Einkünften verwendet werden (§ 124b Ziff. 227 EStG 1988). Seither lautet § 16 Abs. 1 Ziff. 8 lit. b EStG 1988:

„Wird ein Wirtschaftsgut unentgeltlich erworben, ist die Absetzung für Abnutzung des Rechtsvorgängers fortzusetzen.“

[14] 1.4 Die Möglichkeit, bei unentgeltlichem Erwerb eines Gebäudes die Bemessung der AfA auf Grundlage der fiktiven Anschaffungskosten anstelle des Einheitswerts zu beantragen, bestand damit nur bis 31.7.2008.

[15] 2. Dem Begehren des Kl. liegt zugrunde, dass die Erblasserin für das von ihrem am 4.7.2007 verstorbenen Ehemann geerbte Gebäude die Bemessung der AfA auf Basis der fiktiven Anschaffungskosten beantragt hätte, wäre sie von der Bekl. pflichtgemäß beraten worden. Als deren rechtskräftig eingetragener Erbe könnte er die von ihr auf dieser Grundlage

begonnene Abschreibung fortsetzen. Da es ihm nach der nunmehr geltenden Rechtslage nicht mehr möglich sei, die Abschreibung auf Basis der für ihn günstigeren fiktiven Anschaffungskosten geltend zu machen, erleide er einen Schaden in Form einer Einkommenssteuermehrbelastung, für den die Bekl. einzutreten habe.

[16] Ausgehend von der dargestellten Rechtslage hätte der Kl. die Abschreibung auf Basis der fiktiven Anschaffungskosten fortsetzen können, hätte seine Rechtsvorgängerin (die Erblasserin) von dieser Möglichkeit vor dem 31.7.2008 Gebrauch gemacht.

[17] 3. Zur Frage der Vererblichkeit eines solchen Anspruchs:

[18] 3.1 Durch den Tod erlöschen nur solche Rechte und Verbindlichkeiten, welche auf die Person eingeschränkt sind oder die bloß persönliche Handlungen des Verstorbenen betreffen (§ 1448 ABGB).

[19] 3.2 Die Verlassenschaft eines Verstorbenen ist der Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten, sofern sie nicht in bloß persönlichen Verhältnissen begründet sind (§ 531 ABGB). Sie umfasst die Summe der erblichen Vermögenswerte, Rechte und Pflichten des Erblassers (5 Ob 64/17y; RIS-Justiz RS0012206[T1, T3]).

[20] 3.3 Der Erbe erwirbt durch Einantwortung den gesamten Nachlass und wird Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers. Er tritt in dessen Rechte und Pflichten ein und erlangt die volle Herrschaft über den Nachlass. Besitz, Eigentum, Forderungen und sonstige Rechte gehen auf ihn über (RS0013002[T4]; zu den vererblichen Rechten und Pflichten vgl. etwa Schauer in Klang, 3. Aufl., § 531 ABGB Rz. 44 ff., 57; Schauer in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge, 2. Aufl., 540 ff.; Werkusch-Christ in Kletecka/Schauer, ABGB-ON, 1.08., § 531 Rz. 2 ff.). Er folgt dem Verstorbenen daher sowohl als Gläubiger als auch als Schuldner in allen vertraglichen Rechtspositionen (Schauer in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, a.a.O., 558).

[21] 3.4 Auch gesetzliche Schuldverhältnisse sind in der Regel vererblich (Schauer in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, a.a.O., 567). Seit der Entscheidung zu 6 Ob 2068/96b wird auch die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruchs ungeachtet der Wortfolge „auf Verlangen“ in § 1325 ABGB uneingeschränkt bejaht (RS0105270).

[22] 3.5 Das Schmerzensgeld ist nach seiner Zweckbestimmung jene materielle Entschädigung, auf die ein Verletzter zum Ausgleich der durch die Beschädigung insgesamt entstandenen körperlichen und seelischen Schmerzen, der entgangenen Le-

bensfreude und aller mit den Unfallverletzungen und ihren Folgen verbundenen Unbillen Anspruch hat. Seine Ausgleichsfunktion endet spätestens mit seinem Tod (RS0119843). Vererblich ist damit der Anspruch auf Ausgleich für denjenigen (ideelle) Schaden (die Schmerzen), der (die) bereits vor dem Ableben des Verletzten eingetreten ist (sind). Sowohl die schädigende Handlung als auch der Erfolg haben sich in einem solchen Fall vor dem Ableben des (ursprünglich) Anspruchsberechtigten verwirklicht. Für den hier zu entscheidenden Fall, in dem die nach den Behauptungen des Klägers schädigende Handlung (die pflichtwidrige steuerliche Beratung) vor dem Tod der Erblasserin gesetzt wurde, der Schaden als Einkommenssteuermehrbelastung aber erst im Vermögen des Erben eingetreten ist, lassen sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts aus der zur Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruchs ergangenen Judikatur keine Rückschlüsse ziehen.

**[23]** 3.6 Richtig ist, dass nach der Rechtsprechung Verbindlichkeiten aus Schadenersatzansprüchen auch dann auf den Gesamtrechtsnachfolger übergehen, wenn die schädigende Handlung vor dem Tod gesetzt wurde, der Erfolg aber erst danach eingetreten ist. Die vom Berufungsgericht dazu zitierten Entscheidungen zu 9 ObA 8/15i und 3 Ob 149/18k betrafen aber ebenso wie die Entscheidungen zu 2 Ob 281/00p und zu 6 Ob 263/03z Fälle der passiven Vererblichkeit. Also die Vererblichkeit einer Verbindlichkeit (dazu Schauer in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, a.a.O., 557).

**[24]** 4.1 Ob sich ein Gesamtrechtsnachfolger auf einen vom Erblasser abgeleiteten Schadenersatzanspruch berufen kann, wenn die schadensbegründende Handlung oder Unterlassung zu Lebzeiten des Verstorbenen stattfand, der Schaden sich aber nicht im Nachlass des Erblassers verwirklichte, sondern erst im Vermögen der Erben eintritt, wurde in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung bislang nicht beurteilt.

**[25]** 4.2 In der Literatur finden sich dazu keine abschließenden Stellungnahmen. Den vom Berufungsgericht genannten Belegstellen (Danzl in KBB, 6. Aufl., § 1337 ABGB Rz. 1; Harrer / Wagner in Schwimann/Kodek, 4. Aufl., § 1337 ABGB Rz. 1) liegt zugrunde, dass die schädigende Handlung des Verstorbenen - naturgemäß - vor dem Todeszeitpunkt stattgefunden haben muss, und beziehen sich damit auf vererbliche Schadenersatzpflichten des Verstorbenen. Darauf und auf die hierzu ergangene Judikatur (9 ObA 8/15i; vgl. auch 2 Ob 281/00p) nimmt auch Reischauer (in Rummel, ABGB, 3. Aufl., § 1337 Rz. 1) Bezug. Werkusch-Christ (in ABGB-ON, 1.08., § 547 Rz. 1) führt aus, der Erbe könne Schadenersatzansprüche verfolgen, die bereits vor dem Erbfall oder bis zur Einantwortung entstanden seien, und legt damit erkennbar zugrunde, dass der Schaden im Vermögen des Erblassers (seines Nachlasses) eingetreten ist. Schauer (in Klang, 3. Aufl., § 531 ABGB Rz. 57)

betont ebenfalls die Vererblichkeit von Schadenersatzansprüchen, und zwar auch dann, wenn zu Lebzeiten des Erblassers nur der Haftungsgrund verwirklicht wurde, aber der Schadenersatzanspruch noch nicht vollständig entstanden ist. Deshalb hatte ein Erbe, wenn eine sorgfaltswidrige Handlung des Erblassers erst nach seinem Tod zum Eintritt eines Schadens führe oder der Erblasser zu Lebzeiten ein fehlerhaftes Produkt in den Verkehr gebracht habe, wodurch dritte Personen später einen Schaden erleiden. Seine Ausführungen zielen damit ebenfalls auf die passive Vererblichkeit von Schadenersatzansprüchen ab.

**[26]** 4.3 In der deutschen Literatur befasst sich Leipold (MünchKomm/BGB, 8. Aufl., § 1922 Rz. 74 f.) mit dieser Frage. Da auch schwebende Rechtslagen auf die Erben übergehen, sei es nicht ausgeschlossen, dass zwar die Rechts- oder Rechtsgutsverletzung zu Lebzeiten des Erblassers erfolge, ein dadurch verursachter Schaden aber erst nach dem Erbfall entstehe und dennoch für den Erben ein Ersatzanspruch erwachse. Es sei aber zu beachten, dass das Gesetz eine Haftung für Schäden Dritter in der Regel ausschließe. Daher sei jeweils zu fragen, ob der dem Erben entstandene Schaden ein (nicht zu ersetzender) Drittschaden oder im Sinn des Schadenersatzrechts wie ein dem Erblasser erwachsener Schaden zu bewerten ist. Von dieser Erwägung ausgehend, seien solche Schäden zu ersetzen, die auch beim Fortleben des Erblassers entstanden wären und dann vom Verursacher hätten ersetzt werden müssen. Unter Verweis auf diesen Autor judiziert der BGH, dass ein Schadenersatzanspruch (aktiv) jedenfalls vererblich sei, sofern sich Haftungsgrund und Schaden noch zu Lebzeiten des Erblassers verwirklicht haben (BGH v. 20.3.2008 - IX ZR 104/05, NJW 2008, 2647, zur Haftung wegen fehlerhafter steuerlicher Beratung).

4.4 Stellungnahme:

**[27]** Das der Bekl. angelastete sorgfaltswidrige Verhalten liegt nach den Behauptungen des Kl. in einer steuerlichen Schlechtberatung der Erblasserin, weswegen diese bis zum 31.7.2008 die Bemessung der AfA nicht auf Grundlage der fiktiven Anschaffungskosten beantragt habe.

**[28]** Mit der Einantwortung sind die Rechte der Verstorbenen aus dem mit der Bekl. abgeschlossenen Vertrag auf die Erben übergegangen, so dass sie insoweit an deren Stelle getreten sind. Das betrifft jedenfalls diejenigen Schadenersatzansprüche, die die Erblasserin wegen einer Verletzung des steuerlichen Beratungsvertrags gegenüber der Bekl. geltend machen hätte können. Soweit bereits im Vermögen der Erblasserin (dem Nachlass) durch die Einkommenssteuermehrbelastung ein Nachteil eingetreten war, haben die Erben deren vertragliche Position übernommen und konnten als Gesamtrechtsnachfolger der Geschädigten Ansprüche gegenüber

**der Bekl. verfolgen.** Diesen Schadensersatzanspruch haben sie bereits im Verfahren des Erstgerichts erfolgreich geltend gemacht.

[29] Die Einkommenssteuer gehört zu den Personensteuern, auch wenn Besteuerungsgegenstand das Einkommen ist (Wiesner in Wiesner/Grabner/Wanke, EStG Vor § 1). Die Einkommenssteuerpflicht bezieht sich auf die einzelne natürliche Person und endet mit dem Tod des Steuerpflichtigen (Grabner / Wiesner in Wiesner/Grabner/Wanke, EStG § 1 Rz. 2; Doralt in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG, 13. Aufl., § 1 Rz. 31). **Mit dem Ableben der Rechtsvorgängerin des Kl. endete deren Steuerpflicht, so dass in ihrem Vermögen auch kein Nachteil mehr durch eine Einkommenssteuermehrbelastung entstehen konnte. Soweit der Kl. einen Schaden behauptet, weil er für das Veranlagungsjahr 2017 zu viel Einkommenssteuer habe zahlen müssen, macht er keinen derivativ erworbenen Anspruch der Erblasserin geltend.** Ein dem Anspruch auf Schmerzensgeld vergleichbarer Schadensersatzanspruch, der auf den Kläger als Gesamtrechtsnachfolger entsprechend seiner Erbquote übergehen hätte können, ist damit entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht zu beurteilen. Es liegt insoweit auch keine schwebende Rechtslage vor, weil sich der vom Kl. geltend gemachte Schaden wegen der Personengebundenheit der Einkommenssteuer auch bei Fortleben seiner Rechtsvorgängerin nicht in deren Vermögen gezeigt hätte, mag sein Nachteil der Höhe nach allenfalls auch gleich ausfallen wie eine hypothetische Steuermehrbelastung der Verstorbenen.

[30] Der Kl. stand mit der Bekl. in keiner vertraglichen Beziehung. Die einem Steuerberater obliegenden Pflichten hatte die Bekl. aufgrund des Vertrags der Verstorbenen gegenüber zu erbringen. Für ihre Mandantin war sie über einen längeren Zeitraum tätig, weswegen sie dieser gegenüber Schutz-, Fürsorge- und Aufklärungspflichten zu erfüllen hatte (RS0037133). Soweit ein Steuerberater eine mangelhafte Geschäftsbesorgung zu vertreten hat, wird er gem. §§ 1009, 1010, 1012 und 1299 ABGB schadensersatzpflichtig. Diese Schadensersatzpflicht besteht grundsätzlich gegenüber dem Mandanten als Vertragspartner (zur Haftung des Rechtsanwalts: RS0038663[T19]).

[31] Als Gesamtrechtsnachfolger ist der Kl. in die Rechte der Verstorbenen aus dem Vertrag mit der Bekl. eingetreten. Als Erbe erlangte er aber nur jene Position, die der Rechtsstellung der Verstorbenen als Vertragspartnerin der Bekl. entsprach. Nur in diesem Umfang trifft es zu, dass seine Rechtsstellung (anteilig) der der unmittelbar Geschädigten entspricht. **Diese Stellung berechtigt ihn aber nur jene Nachteile geltend zu machen, die auch die Erblasserin gegenüber der Bekl. geltend zu machen berechtigt gewesen wäre.** Sein Nachteil aus

der Einkommenssteuermehrbelastung für das Veranlagungsjahr 2017 resultiert aus seiner **persönlichen Steuerpflicht und zählt nicht dazu, so dass er entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts insoweit auch nicht als unmittelbar Geschädigter betrachtet werden kann.** Dass dabei das Ausmaß einer allfälligen Haftung der Bekl. von einem Zufall (dem Zeitpunkt des Ablebens von deren Vertragspartnerin) begrenzt ist, wie das Berufungsgericht meint, vermag in der vorliegenden Konstellation ein anderes Ergebnis nicht zu rechtfertigen, weil die Einkommenssteuerpflicht und damit die potentielle Schadensbildung im Vermögen der Geschädigten aus einer möglichen Pflichtverletzung der Bekl. mit deren Tod endete. Demgegenüber zeigen sich der Umstand, dass der Kl. überhaupt zur Einkommenssteuerminderung durch die Geltendmachung der AfA berechtigt ist, ebenso wie sein möglicher Nachteil, weil er die Abschreibung nicht auf der Bemessungsgrundlage von fiktiven Anschaffungskosten des Jahres 2007 geltend machen kann, als Folge des unentgeltlichen Erwerbs eines Gebäudes im Erbweg und ist damit nicht unmittelbar auf einen allfälligen Beratungsfehler der Bekl. zurückzuführen.

[32] 5. Da der Kl. den von ihm begehrten Ersatz für Nachteile in seinem Vermögen, die er auf die Verletzung von Pflichten gegenüber der Erblasserin zurückführt, nicht unmittelbar aus dem Vertragsverhältnis zur Bekl. ableiten kann, bedarf es der vom Berufungsgericht unterlassenen Auseinandersetzung mit den von ihm geltend gemachten Anspruchsgrundlagen:

[33] 5.1 Zum **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter:**

[34] Eine Haftung für Vermögensschäden Dritter besteht grundsätzlich nicht. Es wurde daher bereits ausgesprochen, dass der den Jahresabschluss erstellende Steuerberater für fahrlässig verursachte Vermögensschäden Dritter nicht haftet (RS0120309). Sorgfalts- und Schutzpflichten zugunsten dritter am Vertrag nicht beteiligter Personen werden nur dann angenommen, wenn die objektive Auslegung des Vertrags ergibt, dass eine Sorgfaltspflicht auch in Bezug auf die dritte Person, wenn auch nur der vertragschließenden Partei gegenüber, übernommen wurde (RS0017195). Begünstigte Personen sind Dritte, deren Kontakt mit der vertraglichen Hauptleistung bei Vertragsabschluss voraussehbar war und die der Vertragspartner entweder erkennbar durch Zuwendung der Hauptleistung begünstigte oder an denen er ein sichtbares eigenes Interesse hat, oder denen er selbst offensichtlich rechtlich zur Fürsorge verpflichtet ist (RS0034594; RS0037785[T5, T39, T45]; RS0017195[T6]). Der Kreis der in den Schutzbereich einbezogenen Dritten ist dabei grundsätzlich eng zu ziehen (10 Ob 57/03k m.w.N.).

[35] Der Bekl. als Sachverständiger (§ 1299 ABGB) hätte, um die Annahme zu rechtfertigen, ihr Steuerberatungsvertrag mit der Verstorbenen entfalte Schutzwirkungen auch zugunsten

des Kl. als späteren Erben, **jedenfalls klar erkennbar sein müssen, dass ihre Tätigkeit auch im Interesse der Erben erfolgen sollte** (RS0017178; RS0026552). **Anhaltspunkte dafür, dass etwa eine Steueroptimierung für die Gesamtrechtsnachfolger der Verstorbenen oder sonst Angelegenheiten, die die Vermögenssphäre potentieller Erben berühren hätten können, Gegenstand des mit der Bekl. bestehenden Vertragsverhältnisses gewesen wären, fehlen und werden auch nicht behauptet.** Vielmehr geht aus den erstgerichtlichen Feststellungen deutlich hervor, dass Auftragsgegenstand die Steuerangelegenheiten der Verstorbenen waren, deren Einkommenssteuerpflicht mit dem Tod endete. Damit fehlt es aber an einer tragfähigen Grundlage, den Kl. in den Schutzbereich des Vertrags zur (allenfalls fehlerhaften) Erstellung der Einkommenssteuererklärung der Verstorbenen für das Jahr 2007 einzubeziehen. Ihm stehen keine Ansprüche aus dem Titel eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu.

**[36]** 5.2 Grundsätzlich kann nur ein unmittelbar durch die rechtswidrige Handlung Verletzter Schadensersatz begehren. Für einen Drittschaden haftet der Schädiger daher im Allgemeinen nicht (RS0022638[T5, T6]). Nur dann, wenn den Schaden, der normalerweise beim Verletzten eintritt, ausnahmsweise wirtschaftlich ein Dritter zu tragen hat, liegt eine Schadensverlagerung vor, die den Schädiger nicht befreien soll (RS0022612).

**[37]** Voraussetzung einer **Drittschadensliquidation** ist, dass genau der Schaden geltend gemacht wird, der auch im Vermögen des unmittelbar Geschädigten eingetreten ist, es sich also um eine **bloße Schadensverlagerung** handelt. Das ist der Fall, wenn der Schaden, der **typischerweise bei einer ersatzberechtigten Person eintritt, aufgrund eines hinzutretenden Sachverhalteselements atypischerweise bei einer anderen, prinzipiell nicht ersatzberechtigten Person schlagend wird, ohne dass es zu einer Veränderung des Schadensmaßes kommt** (RS0022638[T7, T9]). Der unmittelbar in seinen Rechten Verletzte erleidet nur deshalb keinen Vermögensnachteil, weil ein Dritter aufgrund einer besonderen Rechtsbeziehungen das wirtschaftliche Risiko der Rechtsgutverletzung zu tragen hat (RS0022608[T7]; RS0022578[T4]).

**[38]** Der vom Kl. geltend gemachte Schaden ist nicht im Vermögen der Verstorbenen eingetreten, sondern als Folge der Personenbezogenheit der Einkommenssteuer ausschließlich seiner eigenen Sphäre zuzurechnen. Damit fehlt es schon an der für die Annahme einer Drittschadensliquidation erforderlichen Voraussetzung einer Schadensverlagerung.

**[39]** 6. Zusammengefasst folgt, dass die Bekl. für die im Vermögen des Kl. eintretenden Nachteile in Form einer Einkom-

menssteuermehrbelastung nicht einzustehen hat, so dass seinem Leistungsbegehren und dem Feststellungsbegehren keine Berechtigung zukommt. Damit ist das die Klage abweisende Ersturteil wiederherzustellen.

## Rechtsanwaltshaftung

- Vertrag mit Schutzwirkung
- Anwaltstätigkeit im Einklang mit obergerichtlicher Rechtsprechung

(LG Köln, Ur. v. 17.5.2022 – 30 O 212/21)

### Leitsatz (der Redaktion)

Ein anwaltliches Vorgehen, das von der Begründung eines obergerichtlichen Urteils gestützt wird, wird infolge einer gegenläufigen Entscheidung des BGH in der Revisionsinstanz nicht zu einer unvertretbaren Fehlleistung.

### Zum Sachverhalt:

**[1]** Die Klägerin macht Ansprüche wegen Anwaltshaftung geltend.

**[2]** Die Klägerin ist ein Rechtsschutzversicherer. Die Eheleute K waren Eigentümer des Grundstücks ... in K. Das Grundstück ist an der nördlichen und der westlichen Grundstücksgrenze grenzständig bebaut, wobei das Gebäude über Fenster in den grenzständigen Wänden verfügt.

**[3]** Zu Gunsten des Grundstücks der Eheleute K war eine Dienstbarkeit zu Lasten des Nachbargrundstücks eingetragen des Inhalts, dass die Eigentümer des Nachbargrundstücks alles zu unterlassen hatten, was die vorgenannten Fenster im Gebäude auf dem Grundstück der Eheleute K die Licht- und Luftzufuhr entziehen könnte.

**[4]** Im Jahr 2012 erwarb die I das Nachbargrundstück. Die I trat sodann in Kontakt mit den Eheleuten K mit der Absicht, wechselseitige Grunddienstbarkeiten zur Bereinigung der Grundbücher löschen zu lassen. Die Eheleute K waren grundsätzlich zu einer solchen Absprache bereit, sofern die für ihr Grundstück eingetragene Dienstbarkeit nicht erforderlich sei. Dabei wollten sie sichergehen, dass eine Beeinträchtigung der Licht- und Luftzufuhr der Fenster in den grenzständigen Gebäudewänden weiterhin ausgeschlossen bleibt.

**[5]** Die I schlug daraufhin vor, die Rechtsanwaltskanzlei L Partnerschaft mbB auf ihre Kosten zu beauftragen, den Sachverhalt rechtlich begutachten zu lassen. Umfang der Prüfung sollte die Fragestellung sein, ob durch eine Löschung der

Grunddienstbarkeit tatsächliche oder rechtliche Nachteile zu lasten der Eheleute K entstehen könnten.

**[6]** In ihrer Stellungnahme vom 21.08.2012 kam die Kanzlei L zu dem Ergebnis, dass die Licht- und Luftzufuhr bereits durch den Schutzzweck des § 6 BauO NRW gesetzlich sichergestellt sei, so dass die grundbuchrechtliche Sicherung entbehrlich sei. Daraufhin schlossen die Eheleute K mit der I die Nachbarschaftsvereinbarung vom 28.08./03.09.2012, in der sie der Löschung der entsprechenden Grunddienstbarkeit zustimmten. Wegen der Einzelheiten dieser Vereinbarung wird auf die Anlage K 4 d.A. 18 O 305/16 LG Köln verwiesen. Nachfolgend wurde die Grunddienstbarkeit gelöscht und das Nachbargrundstück von der I weiterverkauft.

**[7]** Nachfolgend wurden die Eheleute K von dem Beklagten anwaltlich vertreten. Der Beklagte vertrat die Ansicht, dass das ursprünglich durch die Grunddienstbarkeit geschützte Licht- und Luftrecht zu Gunsten der Fenster in den grenzständigen Gebäudewänden nicht allein durch § 6 BauO NRW sichergestellt sei, so dass den Eheleuten K durch die Löschung der Grunddienstbarkeit ein Schaden entstanden sei. Weiter vertrat der Beklagte die Ansicht, die Kanzlei L würde unter dem Gesichtspunkt der Expertenhaftung haften. Im Namen der Eheleute K reichte der Beklagte Klage zum Landgericht Köln gegen die Kanzlei L sowie den dort sachbearbeitenden Rechtsanwalt V ein. Mit Beschluss vom 29.12.2016 setzte das OLG Köln den Streitwert auf 600.000,00 € fest. Mit Urteil vom 02.08.2017 wies das Landgericht Köln die auf Feststellung der Schadensersatzpflicht gerichtete Klage ab (18 O 305/16). Der Beklagte empfahl den Eheleuten K, gegen das Urteil Berufung einzulegen. Eine Deckungsanfrage für die Kosten des Berufungsverfahrens lehnte die Klägerin mit Schreiben vom 25.08.2017 ab.

**[8]** Die Klägerin leistete an den Beklagten insgesamt 5 Zahlungen, wobei wegen der Einzelheiten auf die Aufstellung in der Replik vom 08.11.2021 verwiesen wird. Weitere Zahlungen der Beklagten auf entstandene Prozesskosten sind zwischen den Parteien streitig. Mit dem Schreiben vom 09.10.2017 forderte die Klägerin den Beklagten zur Erstattung von ihr getragener Kosten unter Fristsetzung bis zum 30.10.2017 auf.

**[9]** Die Klägerin behauptet, sie sei der Rechtsschutzversicherer der Eheleute K. Sie ist der Ansicht, die Annahme des Beklagten, der Anwaltsvertrag könne auch zu Gunsten der Eheleute K Schutzwirkung entfalten, sei aus mehreren Gründen abwegig gewesen. Eine solche Schutzwirkung sei mit der Gegenläufigkeit der Interessen beider Parteien unvereinbar, denn der Rechtsanwalt habe die Interessen seines Mandanten wahrzunehmen. Die Interessen der I und der Eheleute K seien völlig gegensätzlich gewesen. Es bestehe gerade keine Pflicht des Rechtsanwalts, auch die Interessen der Gegenpartei wahrzu-

nehmen. Dies ergebe sich auch aus § 43a Abs. 4 BRAO, wonach der Rechtsanwalt keine widerstreitenden Interessen vertreten dürfe. Aus diesem Grund habe die vom Beklagten eingereichte Klage von vornherein keine Aussicht auf Erfolg gehabt. Der Beklagte habe eine Klage eingereicht, ohne ausreichend zu prüfen, ob ein Anspruch der von ihm vertretenen Eheleute K bestanden habe. Bei der gebotenen Prüfung habe dem Beklagten auffallen müssen, dass nach der Rechtsprechung des BGH ein Anwaltsvertrag keine Schutzpflichten gegenüber dem Gegner entfalten könne. Der Beklagte hätte den Eheleuten K von der Einreichung einer Klage abraten müssen. Dadurch habe der Beklagte die Pflichten aus dem Anwaltsvertrag verletzt.

**[10]** Weiter ist die Klägerin der Auffassung, der Beklagte sei zum Ersatz der von ihr getragenen Kosten verpflichtet. Diese beliefen sich auf insgesamt 36.805,14 €, wobei für die nähere Zusammensetzung dieses Betrags auf die Auflistung in der Klageschrift vom 14.05.2021 verwiesen wird. Unter Abzug außergerichtlicher Kosten i.H.v. 6712,55 ergebe sich die Klageforderung. Die Klägerin habe Zahlungen in entsprechender Höhe geleistet, wobei für die angegebenen Zahlungen im Einzelnen auf die Aufstellung in der Replik vom 08.11.2021 verwiesen wird.

**[11]** Mit dem nachgelassenen Schriftsatz vom 04.04.2022 vertritt die Klägerin die Auffassung, die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 16.02.2016 (1-24 U 182/14) sei aufgrund des unterschiedlichen Sachverhalts auf die hiesige Situation nicht übertragbar. Insbesondere sei vorliegend keine Leistungsnähe der Eheleute K im Sinne der Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter gegeben. Weiter macht die Klägerin geltend, der Beklagte habe die Eheleute K nicht darüber aufgeklärt, dass eine Klage keine Aussicht auf Erfolg haben könne, und dass der Anspruch nur gegenüber der I geltend gemacht werden könne.

**[12]** Die Klägerin beantragt,

**[13-14]** (...)

**[15]** Der Beklagte beantragt,

**[16]** die Klage abzuweisen.

**[17]** Der Beklagte behauptet, die Klägerin sei der Rechtsschutzversicherer der T GmbH. Zudem behauptet er, es sei zu der in der Vorprozess-Klageschrift geschilderten Besprechung vor Ort wohl Anfang August 2012 gekommen. Gegenüber den Eheleuten K sei der Eindruck vermittelt worden, die Stellungnahme der Kanzlei L vom 21.08.2012 stelle eine verlässliche rechtliche Bewertung dar. Die Eheleute K hätten im Vertrauen auf die Richtigkeit der Ausführungen in der Stellungnahme

vom 21.08.2012 die Löschung der Grunddienstbarkeit bewilligt.

[18] Der Beklagte macht geltend, zwischen den Eheleuten K und der I habe es weder eine Kontroverse noch überhaupt irgendeinen streitigen Punkt gegeben, sondern es sei lediglich eine Rechtsfrage zu beantworten gewesen, von deren Beantwortung die Bereitschaft der Eheleute K zur Abgabe einer Löschungsbewilligung abhängig gewesen sei. Aus dem an die Versicherungsnehmer adressierten Schreiben der Kanzlei L vom 21.08.2012 ergebe sich gerade keine anwaltliche Vertretung gegen die Eheleute K.

[19] Der Beklagte ist der Ansicht, bei Klageerhebung sei eine Haftung des Anwalts gegenüber dem seiner Rechtsauskunft vertrauenden Dritten nicht ausgeschlossen gewesen. Auf die vorliegende Konstellation seien die zur „Third Party Legal Opinion“ entwickelten Grundsätze übertragbar.

[20] Der Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung. Hierzu macht er geltend, die Mahnbescheidsforderung sei nicht hinreichend individualisiert gewesen, um die Verjährung zu hemmen. Im Mahnbescheid mache die Klägerin einen Anspruch aus Versicherungsvertrag geltend, wobei sich aus diesem nicht erschließe, dass die Klägerin aus gemäß § 86 WG übergegangenem Recht vorgehen wolle.

[21] (...)

#### Aus den Gründen:

[22] Die zulässige Klage ist nicht begründet.

[23] A. Die Klägerin hat keinen Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung von 30.092,59 €. Ein dahingehender Anspruch folgt insbesondere nicht aus übergegangenem Recht aufgrund einer Pflichtverletzung des Anwaltsvertrags gern. §§ 675, 280 Abs. 1 BGB, § 86 Abs. 1 VVG.

[24] I. Dabei kann dahinstehen, ob der Anspruch daran scheitert, dass ein Anspruchsübergang gem. § 86 Abs. 1 VVG auf die Klägerin nicht anzunehmen ist. Denn § 86 Abs. 1 VVG setzt voraus, dass dem Versicherungsnehmer ein Ersatzanspruch gegen einen Dritten zusteht. Vorliegend lässt sich jedoch nicht feststellen, wer Versicherungsnehmer ist, nachdem die klägerseitige Behauptung, dies seien die Eheleute K, von dem Beklagten dahingehend bestritten worden ist, nicht diese, sondern die T GmbH sei Versicherungsnehmerin.

[25] II. Der Anspruch aus §§ 675, 280 Abs. 1 BGB wegen vertraglicher Pflichtverletzung scheidet jedenfalls daran, dass keine Pflichtverletzung des Beklagten anzunehmen ist.

[26] Zwar hat der Beklagte mit den Eheleuten K einen Anwaltsvertrag geschlossen, in dessen Rahmen der Beklagte Ansprüche der Eheleute K aufgrund des Schreibens der Kanzlei L vom 21.08.2012 und der Löschung der Grunddienstbarkeit geltend machte.

[27] Die Einreichung der Klage gegen die Kanzlei L und den dortigen Sachbearbeiter V zum Landgericht Köln stellt jedoch keine Verletzung anwaltlicher Pflichten dar. Diese Klage war, entgegen der Ansicht der Klägerin, nicht von vornherein aussichtslos. Vielmehr konnte zumindest vertretbarer Weise angenommen werden, dass die dortigen Beklagten aufgrund einer Schutzwirkung des zwischen der Kanzlei L und der I geschlossenen Anwaltsvertrags zugunsten der Eheleute K zum Schadensersatz verpflichtet waren. Denn keine der in der Rechtsprechung anerkannten **Voraussetzungen für die Annahme eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** - Leistungsnähe, Einbeziehungsinteresse, Erkennbarkeit für den Schuldner und Schutzbedürftigkeit des Dritten - war offensichtlich ausgeschlossen.

[28] Im Einzelnen:

[29] 1. Den Ausführungen im Urteil vom 02.08.2017 ist zuzustimmen, insbesondere im Hinblick auf eine fehlende Leistungsnähe der dortigen Kläger und ihre fehlende Schutzbedürftigkeit. Das Gericht schließt sich dieser Begründung aufgrund eigener Prüfung vollumfänglich an.

[30] Entgegengesetzt dazu könnte jedoch vertretbarer Weise die **Leistungsnähe** der Eheleute K im Zusammenhang mit der Stellungnahme vom 21.08.2012 angenommen werden.

[31] a) **Eine Leistungsnähe der Eheleute K ist nicht deshalb von vornherein ausgeschlossen, weil einem Anwaltsvertrag nach höchstrichterlicher Rechtsprechung grundsätzlich keine Schutzwirkung zugunsten Dritter zukäme und eine andere Person als der Auftraggeber des Mandanten prinzipiell gegenläufige Interessen verfolgen würde. Zwar wurde in der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine Schutzwirkung des Anwalts Vertrags zugunsten Dritter abgelehnt** (BGH, Urteil v. 17.05.1990, IX ZR 85/89; Urteil v. 23.04.2009, IX ZR 167/07; Urteil v. 07.12.2017, IX ZR 45/16). Als Grund hierfür wurde die Gegenläufigkeit der Interessen des Mandanten und eines Dritten angesehen, mit der eine solche Schutzwirkung nicht vereinbar wäre, wie auch § 43a Abs. 4 BRAO zeige (a.a.O., Urteil v 23.04.2009).

[32] **Indes ist in einer Reihe von Fällen - auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung - eine Schutzwirkung des Anwaltsvertrags angenommen worden** (vgl. Nachw. bei Grüneberg/Grüneberg, BGB, 81. Aufl., § 328 Rn. 21). Dementsprechend hält der BGH in seinem Urteil vom

07.12.2017 fest:

[33] „Auch Verträge über anwaltliche Leistungen können Schutzwirkungen für Dritte entfalten. Voraussetzung der Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich eines Vertrages ist, dass der Dritte bestimmungsgemäß mit der vom Anwalt geschuldeten Leistung in Berührung kommt, dass der Vertragspartner des Anwalts ein eigenes Interesse an der Einbeziehung des Dritten hat, dass der Anwalt die Leistungsnähe des Dritten und das Einbeziehungsinteresse seines Vertragspartners erkennen kann und dass der Dritte wegen des Fehlens eigener Ansprüche schutzbedürftig ist. Ausgeschlossen ist ein zusätzlicher Rechtsschutz regelmäßig dann, wenn der Dritte wegen des verfahrensgegenständlichen Sachverhalts bereits über einen inhaltsgleichen vertraglichen Anspruch verfügt“ (BGH, Urteil vom 07. Dezember 2017 - IX ZR 45/16 -, Rn. 12).

[34] Einer Schutzwirkung zugunsten Dritter steht nicht entgegen, dass die **Interessen von Auftraggeber und Drittem gegenläufig** sind (BGH, Urteil vom 10.11.1994, III ZR 50/94, Rn. 10; Urteil vom 13.05.2004, III ZR 368/03, Rn. 22, Grüneberg/Grüneberg, a.a.O., Rn. 34).

[35] b) Ausgehend davon konnte mit einiger Berechtigung angenommen werden, dass die Eheleute K bestimmungsgemäß mit dieser Leistung in Berührung kommen sollten und den Folgen einer Pflichtverletzung der Kanzlei L bei dem Verfassen dieser Stellungnahme in gleicher Weise ausgesetzt waren wie die I als Auftraggeber. Denn die Beauftragung der Kanzlei L zu dieser Stellungnahme verfolgte gerade den Zweck, den Eheleuten K als Grundlage für die Entscheidung zu dienen, einer Löschung der Grunddienstbarkeit zuzustimmen. Die Konsequenzen einer fehlerhaften rechtlichen Aussage hatten deshalb die Eheleute K (mindestens) ebenso zu tragen wie die I.

[36] Dementsprechend konnte auch im vorliegenden Fall, in dem die diesbezügliche Beauftragung der Kanzlei L bezweckte, eine an die Eheleute K gerichtete Stellungnahme zu verfassen, deren Leistungsnähe bejaht werden.

[37] 2. Bezüglich der I als Gläubigerin kann auch ein besonderes Interesse zuerkannt werden daran, die Eheleute K in den Anwaltsvertrag mit der Kanzlei L einzubeziehen. Denn die I strebte eine Löschung der zugunsten der Eheleute eingetragenen Grunddienstbarkeit an, und die Beauftragung der Kanzlei verfolgte den Zweck, den Eheleuten eine rechtliche Grundlage für ihre Entscheidung zu liefern.

[38] 3. Wie sich der Stellungnahme vom 21.08.2012 entnehmen lässt, waren sowohl Leistungsnähe als auch das Einbeziehungsinteresse der I für die Kanzlei L erkennbar.

[39] 4 Die Schutzbedürftigkeit der Eheleute K wird im Urteil

vom 02.08.2017 zutreffender Weise verneint unter Hinweis auf einen inhaltsgleichen Anspruch gegen die I.

[40] Ein gegenläufiger Standpunkt erscheint indes auch insoweit denkbar. Denn die Annahme eines inhaltsgleichen Anspruchs der Eheleute K aus deren Vertrag mit der I würde voraussetzen, diesen Vertrag dahingehend auszulegen, dass die I gegenüber den Eheleuten in vollem Umfang für die Richtigkeit der von der Kanzlei L erteilten Auskunft haften wollte. Eine solche Vereinbarung lässt sich der geschlossenen Nachbarschaftsvereinbarung indes jedenfalls nicht ausdrücklich entnehmen, eine konkludente Vereinbarung könnte auch im Hinblick auf deren Ziffer 2. („Die Parteien sind sich darüber einig, dass die bestehenden Grunddienstbarkeiten auf den Grundstücken gelöscht werden sollen, da sie zum heutigen Zeitpunkt gemäß dem als Anlage zu dieser Vereinbarung genommenen Schreiben vom 21.08.2012 des Rechtsanwalts V überholt sind.“, zumindest mit guten Gründen bezweifelt werden. Angesichts der bestehenden Interessenlage und der zum Zeitpunkt des Abschlusses der Nachbarschaftsvereinbarung bereits erteilten Rechtsauskunft in der Stellungnahme vom 21.08.2012 bestand für die Eheleute K und erst recht für die I auch keinerlei Veranlassung, die Richtigkeit dieser Rechtsauskunft zum Vertragsgegenstand zu machen.

[41] Hinzu kommt, dass dieser zeitliche Aspekt gegen eine solche Annahme und für die Schutzbedürftigkeit der Eheleute K spricht: Da die Stellungnahme der Kanzlei L vom 21.08.2012 zu einem Zeitpunkt erfolgte, als die Nachbarschaftsvereinbarung noch nicht abgeschlossen war, bestand jedenfalls zu diesem Zeitpunkt noch kein inhaltsgleicher vertraglicher Anspruch der Eheleute gegen die I, sondern dieser wäre erst nachfolgend mit Abschluss der Nachbarschaftsvereinbarung zustande gekommen. **Die Schutzbedürftigkeit der Eheleute könnte demzufolge erst nachträglich entfallen sein. Ob aber die Voraussetzungen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in rechtlich relevanter Weise nachträglich entfallen können, erscheint zumindest zweifelhaft.**

[42] 5. Dass das vom Beklagten gewählte Vorgehen Aussicht auf Erfolg hatte, ergibt sich zudem aus den Gründen des Urteils des OLG Düsseldorf vom 16.02.2016. Denn der diesem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt weist maßgebliche Parallelen zu dem vorliegend zu beurteilenden Fall auf. Namentlich das Erfordernis der Leistungsnähe hat das OLG Düsseldorf damit begründet, dass die Auftraggeberin des dortigen beklagten Rechtsanwalts erstens (vor-) vertraglich die beratende und unterstützende Tätigkeit für die dortige Klägerin übernommen hatte, und zweitens die anwaltliche Beratung betreffend die künftige Vertragsgestaltung ausschließlich durch den dortigen beklagten Rechtsanwalt erfolgen sollte (OLG Düsseldorf, Urteil vom

16.02.2016, 24 U 182/14, Rn. 58). Diese Konstellation erscheint mit der hier vorliegenden, dass die Eheleute K ihre Entscheidung von der Stellungnahme der Kanzlei L abhängig machten, durchaus vergleichbar.

**[43] Nicht entscheidend für die hier zu beurteilende Frage einer anwaltlichen Pflichtverletzung ist, dass das Urteil von der Revisionsinstanz aufgehoben wurde** (BGH, Urteil v. 07.12.2017, IX ZR 45/16). **Denn ein anwaltliches Vorgehen, das von der Begründung eines obergerichtlichen Urteils durchaus gestützt wird, wird infolge einer gegenläufigen Entscheidung des BGH in der Revisionsinstanz nicht zu einer unvertretbaren Fehlleistung.**

**[44]** Hinzu kommt, dass die Verneinung einer vertraglichen Schutzwirkung in dem vorgenannten Urteil des BGH maßgeblich darauf gestützt wurde, dass die dortige Klägerin als nicht schutzbedürftig angesehen wurde, weil ihr aufgrund des mit der Auftraggeberin des beklagten Rechtsanwalts abgeschlossenen Vertrags ein **gleichwertiger Schadensersatzanspruch** zustand, namentlich aufgrund des Umstands, dass im Verhältnis zur Klägerin die Auftraggeberin die rechtlichen Fragen zu klären und Verträge zu gestalten hatte (a.a.O., Rn. 15). Eben diese Voraussetzungen kann im vorliegenden Fall, wie vorstehend ausgeführt (oben 4.), mit guten Gründen anders gesehen werden, so dass auch unter Berücksichtigung dieses Urteils des BGH der vom Beklagten eingereichten Klage Erfolgsaussichten nicht abzusprechen waren.

**[45] Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob der hiesige Beklagte das vorgenannte Urteil des OLG Düsseldorf bei Einreichung der Klage zum Landgericht Köln kannte.**

**[46]** 6. Von einer vertraglichen Pflichtverletzung des Beklagten ist auch nicht deshalb auszugehen, weil er keine hinreichende Aufklärung und Beratung der Eheleute K über die Rechtslage und die Erfolgsaussichten der zum LG Köln eingereichten Klage vorgenommen hätte, wie die Klägerin mit dem nachgelassenen Schriftsatz vom 04.04.2022 nunmehr geltend macht. Der Beklagte musste die Eheleute K nicht darüber aufklären, dass die eingereichte Klage keine Aussicht auf Erfolg hatte, denn letzteres war, wie vorstehend zu Nr. 1 bis 4 ausgeführt, nicht der Fall. Vielmehr bestanden, unter Berücksichtigung der existierenden höchstrichterlichen und obergerichtlichen Rechtsprechung, durchaus Erfolgsaussichten.

**[47]** Deshalb kommt es nicht darauf an, ob der vorgenannte Vortrag der Klägerseite überhaupt von dem im Termin am 22.03.2022 gewährten Schriftsatznachlass umfasst oder aber gem. § 296a Satz 1 ZPO als Vorbringen nach Schluss der mündlichen Verhandlung ausgeschlossen ist. Wäre letzteres der Fall, würde das Gericht von der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gem. §§ 296a Satz 2, § 156 Abs. 1

ZPO absehen, da kein Grund dafür ersichtlich ist, den dahingehenden Vortrag nicht bereits vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung zu halten

**[48]** III. Nachdem kein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten besteht, kann dahin stehen, ob ein solcher Anspruch, wenn er denn bestünde, verjährt wäre.

**[49-52]** (...)

## Rechtsanwaltshaftung

- Hinweis auf Beratungshilfe
- Befreiung von Gebührenanspruch  
(AG Brandenburg, Urt. v. 28.3.2022 – 31 C 117/21)

### Leitsatz (der Redaktion)

Einem Mandanten steht gegen seinem Rechtsanwalt gemäß §§ 675, 670, 280 Abs. 1 BGB ein Schadensersatzanspruch zu, wenn der Rechtsanwalt „bei begründetem Anlass“ den Mandanten nicht gemäß § 16 BRAO auf die Möglichkeiten von Beratungshilfe gemäß dem BerHG hingewiesen hat.

### Zum Sachverhalt:

**[1]** Eines Tatbestandes bedarf es in dieser Sache nicht, da ein Rechtsmittel gegen dieses Urteil unzweifelhaft nicht zulässig ist (§ 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO in Verbindung mit § 495a ZPO unter Beachtung von § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat sowie die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert und zudem die Partei durch das Urteil auch nicht mit mehr als 600,00 Euro beschwert ist.

### Aus den Gründen:

**[2]** Die zulässige Klage ist zum überwiegenden Teil begründet. Dem Kläger steht aus dem Rechtsanwaltsvertrag gemäß §§ 675, 670, 280 Abs. 1 BGB gegenüber dem hier beklagten Rechtsanwalt ein Schadensersatzanspruch in Höhe des unstreitig gezahlten Betrages von 243,60 Euro, abzüglich der Beratungshilfengebühr in Höhe von 15,00 Euro, mithin also ein Anspruch auf Zahlung in Höhe von 228,60 Euro zu. Ein Anspruch des hier beklagten Rechtsanwalts aus §§ 675, 670 BGB in Verbindung mit der Rechnung vom 26.10.2020 in Höhe von 243,60 Euro war nämlich nicht gegeben.

**[3]** Zwischen den Parteien ist zwar unstreitig, dass der Kläger den Beklagten beauftragte, ihn hinsichtlich eines Anwaltsregresses zu beraten. Jedoch ist ebenso unstreitig, dass der hiesige Beklagte aufgrund des Prozesskostenhilfebeschlusses des

Arbeitsgerichts Berlin vom 11.10.2019 und des Prozesskostenhilfe-Aufhebungsbeschlusses des Arbeitsgerichts Berlin (Az.: 11 Ca 11031/19) Kenntnis davon hatte, dass der Kläger aufgrund seiner Vermögensverhältnisse grundsätzlich auch als berechtigt anzusehen war, die Beratungshilfe gemäß dem BerHG in Anspruch zu nehmen, da die Prozesskostenhilfe bezüglich des Verfahrens vor dem Arbeitsgericht Berlin zu dem Aktenzeichen: 11 Ca 11031/19 nur deshalb aufgehoben wurde, weil der hiesige Kläger in dem arbeitsgerichtlichen Verfahren durch unrichtige Darstellung des Streitverhältnisses die für die Bewilligung der Prozesskostenhilfe maßgebenden Voraussetzungen vorgetäuscht hatte, nicht aber aufgrund der Vermögensverhältnisse des hiesigen Klägers.

[4] Zwar hat der Beklagte auf Seite 2 seines „Fragebogens“ allgemein darauf hingewiesen, dass ein Mandant einen Anspruch auf „Prozesskostenhilfe“ hat, wenn keine Rechtsschutzversicherung besteht und der Mandant das Verfahren nicht aus eigenen Mitteln bezahlen kann, jedoch enthält dieser Hinweis nicht das Geringste zur „Beratungshilfe“ gemäß dem BerHG. Auch hat der Kläger diesen Teil des „Fragebogens“ unstreitig nicht unterzeichnet.

[5] Zudem hatte der Kläger unstreitig dem beklagten Rechtsanwalt bereits im Gespräch vom 23.10.2020 darauf hingewiesen, dass er – der Kläger – „Hartz 4 beziehe“, so dass der verklagte Rechtsanwalt bereits zu Beginn der Beratung am 23.10.2020 gewusst haben muss, dass der Kläger grundsätzlich einen Anspruch auf Beratungshilfe gemäß dem BerHG hätte.

[6] Der Beklagte hat dessen ungeachtet den Kläger aber bei dem Beratungsgespräch vom 23.10.2020 unstreitig nicht über die **Möglichkeiten der Beratungshilfe beraten bzw. informiert**, obwohl der Beklagte als Rechtsanwalt gemäß § 16 BRAO **hierzu verpflichtet** gewesen war (BGH, Beschluss vom 20.12.2006, Az.: XII ZB 118/03, u.a. in: NJW 2007, Seite 844; OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2015, Az.: I-28 U 88/14, u.a. in: AnwBl. 2015, Seiten 901 f.; OLG Celle, Beschluss vom 24.07.2009, Az.: 2 W 203/09, u.a. in: OLG-Report 2009, Seiten 791 ff.; OLG Celle, Urteil vom 08.06.1994, Az.: 3 U 161/93, u.a. in: OLG-Report 1994, Seite 275; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.05.1984, Az.: 8 U 20/83, u.a. in: MDR 1984, Seiten 937 f.; AG Detmold, Urteil vom 19.08.2013, Az.: 6 C 184/13, u.a. in: FuR 2014, Seiten 115 f.; AG Marburg, Urteil vom 06.02.2012, Az.: 9 C 883/11, u.a. in: BeckRS 2012, Nr. 16576 = „juris“; Offermann-Burckart, AnwBl. 2021, Seiten 406 ff.; Köpf, in: Beratungshilfegesetz, 2. Aufl. 2013, § 6 BerHG, Rn. 15-16; Köpf, in: Poller/Härtl/Köpf, Gesamtes Kostenhilferecht, 3. Aufl. 2018, § 6 BerHG, Rn. 15-16).

[7] Aufgrund der hier konkret vorliegenden Umstände ist somit anzunehmen, dass der Kläger bei einem Hinweis des beklagten Rechtsanwalts auf „Beratungshilfe“ diesen auch beauftragt hätte, zunächst die Beratungshilfe für ihn zu beantragen. Hier lag nämlich nach den vom Kläger eingereichten Unterlagen in Bezug auf das vorherige Verfahren vor dem Arbeitsgericht Berlin (Az.: 11 Ca 11031/19) und seinem unstreitigen mündlichen Hinweis vom 23.10.2020, dass er „Hartz 4 beziehe“, eindeutig eine Bedürftigkeit des Klägers vor. Dem Beklagten muss es somit offensichtlich bereits bei dem ersten Gespräch am 23.10.2020 gewesen sein, dass der Kläger finanziell gerade nicht gut gestellt war (BGH, Beschluss vom 20.12.2006, Az.: XII ZB 118/03, u.a. in: NJW 2007, Seite 844; OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2015, Az.: I-28 U 88/14, u.a. in: AnwBl. 2015, Seiten 901 f.; OLG Celle, Beschluss vom 24.07.2009, Az.: 2 W 203/09, u.a. in: OLG-Report 2009, Seiten 791 ff.; OLG Celle, Urteil vom 08.06.1994, Az.: 3 U 161/93, u.a. in: OLG-Report 1994, Seite 275; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.05.1984, Az.: 8 U 20/83, u.a. in: MDR 1984, Seiten 937 f.; AG Detmold, Urteil vom 19.08.2013, Az.: 6 C 184/13, u.a. in: FuR 2014, Seiten 115 f.; AG Marburg, Urteil vom 06.02.2012, Az.: 9 C 883/11, u.a. in: BeckRS 2012, Nr. 16576 = „juris“), so dass davon auszugehen ist, dass bei diesen konkreten Hinweisen der Kläger den hier nunmehr verklagten Rechtsanwalt auch beauftragt hätte, zunächst nur einen Antrag auf Beratungshilfe bei dem hiesigen Amtsgericht zu stellen (Müller-Rabe, in: Gerold/Schmidt, RVG-Kommentar, 25. Aufl. 2021, § 1 RVG, Rn. 175a).

[8] Dem Kläger steht somit hier aus dem Rechtsanwaltsvertrag gemäß §§ 675, 670, 280 Abs. 1 BGB ein **Schadensersatzanspruch gegen den beklagten Rechtsanwalt zu, da der Beklagte ihn nicht über Beratungshilfe beraten und/oder informiert hat** (BGH, Beschluss vom 20.12.2006, Az.: XII ZB 118/03, u.a. in: NJW 2007, Seite 844; OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2015, Az.: I-28 U 88/14, u.a. in: AnwBl. 2015, Seiten 901 f.; OLG Celle, Beschluss vom 24.07.2009, Az.: 2 W 203/09, u.a. in: OLG-Report 2009, Seiten 791 ff.; OLG Celle, Urteil vom 08.06.1994, Az.: 3 U 161/93, u.a. in: OLG-Report 1994, Seite 275; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.05.1984, Az.: 8 U 20/83, u.a. in: MDR 1984, Seiten 937 f.; AG Detmold, Urteil vom 19.08.2013, Az.: 6 C 184/13, u.a. in: FuR 2014, Seiten 115 f.; AG Marburg, Urteil vom 06.02.2012, Az.: 9 C 883/11, u.a. in: BeckRS 2012, Nr. 16576 = „juris“).

[9] Insofern kann nämlich auch noch nach einer erfolgten ersten anwaltlichen Tätigkeit gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 BerHG die Beratungshilfe durch das Gericht bewilligt werden. Aufgrund des Gesetzeswortlauts und der damit verbundenen und möglichen klaren Abgrenzbarkeit ist zwar davon auszugehen, dass Beratungshilfe nur vorliegt, wenn die Beratungsperson im Bewusstsein, Beratungshilfe zu leisten, tätig wird. Dies ist jedoch nicht nur dann anzunehmen, wenn sich der Rechtsuchende

von Anfang an wegen Beratungshilfe an den Rechtsanwalt wendet, sondern auch, wenn sich im Laufe des ersten Beratungsgesprächs die Beratungshilfeberechtigung des Rechtssuchenden herausstellt. **Dabei ist zu beachten, dass gemäß § 16 Abs. 1 BRAO ein Rechtsanwalt verpflichtet ist, bereits „bei begründetem Anlass“ den Rechtssuchenden auf die Möglichkeiten von Beratungshilfe hinzuweisen** (BGH, Beschluss vom 20.12.2006, Az.: XII ZB 118/03, u.a. in: NJW 2007, Seite 844; OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2015, Az.: I-28 U 88/14, u.a. in: AnwBl. 2015, Seiten 901 f.; OLG Celle, Beschluss vom 24.07.2009, Az.: 2 W 203/09, u.a. in: OLG-Report 2009, Seiten 791 ff.; OLG Celle, Urteil vom 08.06.1994, Az.: 3 U 161/93, u.a. in: OLG-Report 1994, Seite 275; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.05.1984, Az.: 8 U 20/83, u.a. in: MDR 1984, Seiten 937 f.; AG Detmold, Urteil vom 19.08.2013, Az.: 6 C 184/13, u.a. in: FuR 2014, Seiten 115 f.; AG Marburg, Urteil vom 06.02.2012, Az.: 9 C 883/11, u.a. in: BeckRS 2012, Nr. 16576 = „juris“).

**[10]** Der hier verklagte Rechtsanwalt hat die Pflichtverletzung nach der **Vermutungsregel des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB** auch **subjektiv zu vertreten** (OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2015, Az.: I-28 U 88/14, u.a. in: AnwBl. 2015, Seiten 901 f.).

**[11]** Als Folge der Pflichtverletzung ist für die weitere Frage der **haftungsausfüllenden Kausalität** davon auszugehen, dass der Beklagte als Ersatzpflichtiger nach § 249 Satz 1 BGB den Zustand herzustellen hat, der ohne die Pflichtverletzung bestünde. Deshalb ist zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten des hier beklagten Rechtsanwalts genommen hätten, insbesondere wie sich die Gesamtvermögenslage des Klägers in einem solchen Fall darstellen würde. Dabei dürfen an die Darlegung eines hypothetischen Geschehens keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Es genügt, wenn der geschädigte Kläger Umstände vorträgt, die nach dem **abgeschwächten Beweismaß des § 287 Abs. 1 ZPO** eine überwiegende, freilich auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Geschehensablaufs nahelegen (BGH, Urteil vom 19.01.2006, Az.: IX ZR 232/01, u.a. in: NJW-RR 2006, Seiten 923 ff.).

**[12]** Insofern hätte der hiesige Beklagte die oben näher ausgeführten Umstände aber zum Anlass nehmen müssen, den Kläger zu veranlassen, bei dem für ihn zuständigen Amtsgericht vorstellig zu werden und dort den für die Bewilligung der Beratungshilfe maßgeblichen Sachverhalt vollständig und wahrheitsgemäß vorzutragen. Nach der Vermutung des beratungskonformen Verhaltens wäre der Kläger dieser Weisung gefolgt und hätte dem Rechtspfleger bei dem hiesigen Amtsgericht das entsprechende Antragsformular vorgelegt, die von ihm begehrten Ansprüche erläutert und auf seinen Wunsch hingewiesen, nunmehr durch den Beklagten als Rechtsanwalt hierzu eine Erstberatung zu erhalten.

**[13]** Der Rechtspfleger hätte dann die normativ zutreffende Entscheidung über den Beratungshilfeantrag treffen müssen. Insoweit wurde dem Kläger hier dann sogar auch – auf dessen eigenen Beratungshilfe-Antrag vom 29.10.2020 hin – durch den Rechtspfleger des hiesigen Amtsgerichts am 24.11.2020 (Az.: 53 UR II 745/20) ein Berechtigungsschein gewährt, so dass hier also die gemäß § 1 BerHG erforderlichen Voraussetzungen für die Bewilligung der Beratungshilfe bei dem Kläger vorlagen.

**[14]** Ein Verstoß gegen die Hinweispflicht des hier beklagten Rechtsanwalts begründet dann aber auch einen Schadensersatzanspruch des rechtssuchenden Klägers. Insbesondere hat die Unterlassung des Hinweises auf die Beratungshilfe zur Folge, dass der Vergütungsanspruch des beklagten Rechtsanwalts entfällt. Da diese Belehrung hier aufgrund der offensichtlichen Vermögensverhältnisse des Klägers bereits vor der Erstberatung hätte erfolgen müssen, stellt die Verletzung dieser Pflicht durch den beklagten Rechtsanwalt auch ein Verschulden bei Vertragsabschluss (**culpa in contrahendo**) dar. Diese schuldhafte Verletzung der Hinweispflicht des hier verklagten Rechtsanwalts führt dementsprechend zu einem Schadensersatzanspruch des Klägers gegenüber dem beklagten Rechtsanwalt.

**[15]** Dies folgt bereits daraus, weil dies mit dem allgemeinen Grundsatz korrespondiert, dass der Rechtsanwalt im Rahmen seiner umfassenden Beratungs- und Hinweispflicht jeden erkennbar mittellosen Mandanten auf die Möglichkeiten der Inanspruchnahme von Beratungshilfe hinzuweisen hat (BGH, Beschluss vom 20.12.2006, Az.: XII ZB 118/03, u.a. in: NJW 2007, Seite 844; OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2015, Az.: I-28 U 88/14, u.a. in: AnwBl. 2015, Seiten 901 f.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.05.1984, Az.: 8 U 20/83, u.a. in: MDR 1984, Seiten 937 f.; AG Marburg, Urteil vom 06.02.2012, Az.: 9 C 883/11, u.a. in: BeckRS 2012, Nr. 16576 = „juris“; Müller-Rabe, in: Gerold/Schmidt, RVG-Kommentar, 25. Aufl. 2021, § 1 RVG, Rn. 173; Köpf, in: Poller/Härtl/Köpf, Gesamtes Kostenhilferecht, 3. Aufl. 2018, § 6 BerHG, Rn. 15-16).

**[16]** Wird diese Pflicht durch den Rechtsanwalt verletzt, kann dem mittellosen Mandanten gegen den Rechtsanwalt **ein auf die Befreiung von den Gebührenansprüchen gerichteter Gegenanspruch auf Schadensersatz** zustehen (BGH, Beschluss vom 20.12.2006, Az.: XII ZB 118/03, u.a. in: NJW 2007, Seite 844; OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2015, Az.: I-28 U 88/14, u.a. in: AnwBl. 2015, Seiten 901 f.; OLG Celle, Beschluss vom 24.07.2009, Az.: 2 W 203/09, u.a. in: OLG-Report 2009, Seiten 791 ff.; OLG Celle, Urteil vom 08.06.1994, Az.: 3 U 161/93, u.a. in: OLG-Report 1994, Seite 275; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.05.1984, Az.: 8 U 20/83, u.a. in: MDR 1984, Seiten 937 f.; AG Detmold, Urteil vom 19.08.2013, Az.:

6 C 184/13, u.a. in: FuR 2014, Seiten 115 f.; AG Marburg, Urteil vom 06.02.2012, Az.: 9 C 883/11, u.a. in: BeckRS 2012, Nr. 16576 = „juris“; Offermann-Burckart, AnwBl. 2021, Seiten 406 ff.).

[17] Der Kläger hat aufgrund dessen hier auch einen Schaden in Höhe der begehrten Rechtsanwaltsgebührenrechnung vom 26.10.2020 erlitten (BGH, Beschluss vom 20.12.2006, Az.: XII ZB 118/03, u.a. in: NJW 2007, Seite 844; OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2015, Az.: I-28 U 88/14, u.a. in: AnwBl. 2015, Seiten 901 f.; OLG Celle, Beschluss vom 24.07.2009, Az.: 2 W 203/09, u.a. in: OLG-Report 2009, Seiten 791 ff.; OLG Celle, Urteil vom 08.06.1994, Az.: 3 U 161/93, u.a. in: OLG-Report 1994, Seite 275; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.05.1984, Az.: 8 U 20/83, u.a. in: MDR 1984, Seiten 937 f.; AG Detmold, Urteil vom 19.08.2013, Az.: 6 C 184/13, u.a. in: FuR 2014, Seiten 115 f.; AG Marburg, Urteil vom 06.02.2012, Az.: 9 C 883/11, u.a. in: BeckRS 2012, Nr. 16576 = „juris“; Offermann-Burckart, AnwBl. 2021, Seiten 406 ff.).

[18] Zutreffend geht der Kläger im Übrigen davon aus, dass er bei Erteilung eines Beratungshilfemandats dem Beklagten nur die in § 44 RVG vorgesehene Beratungshilfegebühr zu zahlen gehabt hätte, die sich gem. Ziff. 2500 VV-RVG auf 15,00 Euro belief (§ 2 BerHG). Etwaige weitergehende Honoraransprüche, die der hier beklagte Rechtsanwalt im Rahmen eines Beratungshilfemandats gegenüber der Landeskasse hätten realisieren können, sind im Rahmen des Gesamtvermögensvergleichs jedoch nicht einzubeziehen, weil dies den Kläger nicht belastet hätte (BGH, Beschluss vom 20.12.2006, Az.: XII ZB 118/03, u.a. in: NJW 2007, Seite 844; OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2015, Az.: I-28 U 88/14, u.a. in: AnwBl. 2015, Seiten 901 f.; OLG Celle, Beschluss vom 24.07.2009, Az.: 2 W 203/09, u.a. in: OLG-Report 2009, Seiten 791 ff.; OLG Celle, Urteil vom 08.06.1994, Az.: 3 U 161/93, u.a. in: OLG-Report 1994, Seite 275; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.05.1984, Az.: 8 U 20/83, u.a. in: MDR 1984, Seiten 937 f.; AG Detmold, Urteil vom 19.08.2013, Az.: 6 C 184/13, u.a. in: FuR 2014, Seiten 115 f.; AG Marburg, Urteil vom 06.02.2012, Az.: 9 C 883/11, u.a. in: BeckRS 2012, Nr. 16576 = „juris“; Offermann-Burckart, AnwBl. 2021, Seiten 406 ff.; Köpf, in: Poller/Härtl/Köpf, Gesamtes Kostenhilferecht, 3. Aufl. 2018, § 6 BerHG, Rn. 15-16).

[19] Im Übrigen hat der hier verklagte Rechtsanwalt jedoch dem Kläger den insofern entstandenen Schaden in Höhe von 228,60 Euro (243,60 € gezahlter Rechtsanwaltsgebühren - 15,00 € Beratungshilfegebühr) zu ersetzen; nicht aber – wie vom Kläger beantragt – einen Schaden in Höhe von 232,05 Euro.

[20] Ein Rechtsanwalt, der gegenüber seinem Mandanten dann nach § 34 Abs. 1 RVG einen Betrag von 190,00 Euro zuzüglich Auslagenpauschale und Umsatzsteuer abrechnet, obwohl er wegen Kenntnis dessen wirtschaftlicher Verhältnisse weiß, dass dieser Mandant einen Anspruch auf die Bewilligung von Beratungshilfe hat, kann sich sogar ggf. wegen **Gebührenüberhebung nach § 352 StGB strafbar** machen (LG Ellwangen, Urteil vom 05.03.2004, Az.: 4 Ns 21 Js 23042/02, u.a. in: NStZ-RR 2004, Seite 366), zumal der hier nunmehr verklagte Rechtsanwalt die Bedürftigkeit des Klägers bereits bei der Erstberatung am 23.10.2020 erkannt haben musste.

[21] Insofern hätte der hier verklagte Rechtsanwalt die vollen gesetzlichen Gebühren gegenüber dem Kläger für das erste Beratungsgespräch in Höhe von 190,00 Euro zuzüglich Auslagenpauschale und Umsatzsteuer auch nicht berechnen dürfen (BGH, Beschluss vom 20.12.2006, Az.: XII ZB 118/03, u.a. in: NJW 2007, Seite 844; OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2015, Az.: I-28 U 88/14, u.a. in: AnwBl. 2015, Seiten 901 f.; OLG Celle, Beschluss vom 24.07.2009, Az.: 2 W 203/09, u.a. in: OLG-Report 2009, Seiten 791 ff.; OLG Celle, Urteil vom 08.06.1994, Az.: 3 U 161/93, u.a. in: OLG-Report 1994, Seite 275; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.05.1984, Az.: 8 U 20/83, u.a. in: MDR 1984, Seiten 937 f.; AG Detmold, Urteil vom 19.08.2013, Az.: 6 C 184/13, u.a. in: FuR 2014, Seiten 115 f.; AG Marburg, Urteil vom 06.02.2012, Az.: 9 C 883/11, u.a. in: BeckRS 2012, Nr. 16576 = „juris“; Offermann-Burckart, AnwBl. 2021, Seiten 406 ff.; Köpf, in: Beratungshilfegesetz, 2. Aufl. 2013, § 6 BerHG, Rn. 15-16; Müller-Rabe, in: Gerold/Schmidt, RVG-Kommentar, 25. Aufl. 2021, § 1 RVG, Rn. 173 ff.).

[22] Der Klage ist demnach in Höhe von 228,60 Euro stattzugeben, im Übrigen jedoch abzuweisen.

[23] Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits stützt sich auf § 91 und § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

[24] Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 11, § 711 und § 713 ZPO.

[25] Der Wert des Streitgegenstandes des Rechtsstreits ist hier zudem noch durch das Gericht festzusetzen gewesen.

## Rechtsanwaltshaftung

- Insolvenzantragspflicht
- Vertrag mit Schutzwirkung
- Faktischer Geschäftsführer  
(BGH, Urt. v. 29.6.2023 – IX ZR 56/22)

### Leitsätze

1. Die Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich des zwischen Rechtsberater und Mandant geschlossenen Mandatsvertrags ist nicht allein deshalb ausgeschlossen, weil dem Berater im Verhältnis zum Mandanten nur eine Schutz- oder Fürsorgepflichtverletzung zur Last fällt.
2. Die Hinweis- und Warnpflicht des Rechtsberaters bei möglichem Insolvenzgrund kann Drittschutz für den Geschäftsleiter der juristischen Person oder Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit entfalten; Voraussetzung ist ein Näheverhältnis zu der nach dem Mandatsvertrag geschuldeten Hauptleistung.
3. In den Schutzbereich des Vertrags bei Verletzung der Hinweis- und Warnpflicht bei möglichem Insolvenzgrund kann auch ein faktischer Geschäftsleiter einbezogen sein.

### Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin nimmt die Beklagte als Haftpflichtversicherer eines in Insolvenz gefallenen Rechtsanwalts (nachfolgend nur noch: Rechtsanwalt) in Anspruch. Sie macht geltend, ihr stünden Schadensersatzansprüche aus abgetretenem Recht gegen den versicherten Rechtsanwalt zu, weil dieser Hinweis- und Warnpflichten verletzt habe.

[2] Zedenten des abgetretenen Schadensersatzanspruchs sind M. und M. J. M. . M. M. senior war bis Ende 2009 Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der M. GmbH & Co. KG (nachfolgend: KG). Danach wurde sein Sohn, M. J. M. junior, Geschäftsführer. Die Klägerin behauptet, M. M. senior sei weiterhin faktisch als Geschäftsführer tätig gewesen. Die KG beauftragte den Rechtsanwalt ab Juli 2009 wiederholt mit ihrer Beratung. Auf Antrag vom 4. Juni 2012 wurde am 1. August 2012 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der KG eröffnet. Der Insolvenzverwalter nahm M. und M. J. M. wegen verbotener Zahlungen nach Insolvenzureife in Anspruch. Diese verpflichteten sich im Wege eines Vergleichs als Gesamtschuldner zu einer Zahlung in Höhe von 85.000 €. Die Zahlung wurde geleistet.

[3] In Höhe dieses Betrags verlangt die Klägerin von dem beklagten Haftpflichtversicherer Schadensersatz. Sie meint, der Rechtsanwalt habe seine Beratungspflichten im Blick auf eine bestehende Insolvenzureife der KG verletzt; M. und M. J. M.

seien als formaler und faktischer Geschäftsführer in den Schutzbereich der mit der KG geschlossenen Mandatsverträge einbezogen gewesen. Auf dieser Grundlage begehrt die Klägerin zudem Ersatz von Rechtsanwaltskosten in Höhe von 11.766,66 €, die M. und M. J. M. in der rechtlichen Auseinandersetzung mit dem Insolvenzverwalter über den geltend gemachten Anspruch wegen Zahlungen nach Insolvenzureife entstanden sind.

[4] Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 96.766,66 € (85.000 € zuzüglich 11.766,66 €) stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin den Anspruch weiter.

### Aus den Gründen:

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

I.

[6] Das Berufungsgericht hat sich nach Beweisaufnahme nicht davon überzeugen können, dass der Rechtsanwalt im Sinne einer Hauptpflicht gehalten gewesen sei, auf einen möglichen Insolvenzgrund und die daran anknüpfenden Handlungspflichten der organschaftlichen Vertreter der KG hinzuweisen. Ob eine entsprechende Nebenpflicht bestanden habe, hat das Berufungsgericht offengelassen. Insoweit fehle es an einer Einbeziehung der Vertreter in den Schutzbereich der zwischen dem Rechtsanwalt und der KG geschlossenen Mandatsverträge. Bestünden bloß nebenvertragliche Hinweis- und Warnpflichten, etwa wenn sich im Zusammenhang mit der anwaltlichen Tätigkeit Anhaltspunkte für die Gefahr einer Insolvenz des Mandanten ergäben, führe es zu weit, den organschaftlichen Vertreter in den haftungsrechtlich relevanten Schutzbereich des Vertrags zwischen der Gesellschaft und dem Rechtsanwalt auch hinsichtlich der Verletzung solcher bloß nebenvertraglicher Pflichten einzubeziehen. Grundsätzlich sei ein enger Anwendungsbereich des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter geboten, da ansonsten die Grenze zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung zu verwischen drohe. Die Haftung des Vertragsschuldners - dessen Interessen im Rahmen einer Haftungserweiterung nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter genauso zu berücksichtigen seien - werde letztendlich ohne vertragliche oder gesetzliche Grundlage erweitert. Daher müsse der Kreis der geschützten Dritten für den Schuldner subjektiv erkennbar und vorhersehbar sein. Das Vertrags- und Haftungsrisiko müsse für den Schuldner bei Abschluss des Vertrags überschaubar, kalkulierbar und versicherbar sein. Nur dann könne ihm ein vertragliches Haftungsrisiko zugemutet werden.

II.

[7] Die Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand. Die Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich des zwischen Rechtsberater und Mandant geschlossenen Beratungsvertrags ist nicht allein deshalb ausgeschlossen, weil dem Berater im Verhältnis zum Mandanten nur eine Schutz- oder Fürsorgepflichtverletzung (§ 241 Abs. 2 BGB) zur Last fällt. Vor diesem Hintergrund kann offenbleiben, ob es revisionsrechtlicher Prüfung standhält, dass sich das Berufungsgericht nicht hat von einer Hauptpflicht des Rechtsanwalts überzeugen können, auf eine mögliche Insolvenzreife der KG und die daran anknapfenden Handlungspflichten hinzuweisen.

[8] 1. Bei einem **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** steht die geschuldete (Haupt-)Leistung allein dem Gläubiger zu, der Dritte ist jedoch in der Weise in die vertraglichen Sorgfalts- und Obhutspflichten einbezogen, dass er bei deren Verletzung vertragliche Schadensersatzansprüche geltend machen kann. Die Herausbildung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs beruht auf ergänzender Vertragsauslegung und knüpft damit an den hypothetischen Willen der Parteien an, der gemäß § 157 BGB unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu erforschen ist. Um die Haftung für den Schuldner nicht unkalkulierbar auszudehnen, sind an die Einbeziehung von Dritten in den vertraglichen Schutz strenge Anforderungen zu stellen (BGH, Urteil vom 7. Dezember 2017 - VII ZR 204/14, NJW 2018, 1537 Rn. 16 mwN). Strenge Anforderungen an die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich eines Vertrags verhindern zugleich, dass die Grenzen zwischen Vertrags- und Deliktshaftung in unzuträglicher Weise verwischt werden (vgl. BGH, Urteil vom 11. Januar 1977 - VI ZR 261/75, VersR 1977, 638 mwN).

[9] 2. Im Interesse einer einheitlichen Rechtsprechung und damit der Rechtssicherheit knüpft der Bundesgerichtshof die Einbeziehung eines Dritten in den **Schutzbereich des Vertrags** an bestimmte **Voraussetzungen**: Der Dritte muss mit der vertraglich geschuldeten Hauptleistung bestimmungsgemäß in Berührung kommen. Der Gläubiger muss ein schutzwürdiges Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrags haben. Die Einbeziehung des Dritten muss dem Vertragsschuldner bekannt oder für ihn zumindest erkennbar sein. Schließlich bedarf es eines Bedürfnisses für die Ausdehnung des Vertragsschutzes, das regelmäßig fehlt, wenn der Dritte wegen des verfahrensgegenständlichen Sachverhalts bereits über einen inhaltsgleichen vertraglichen Anspruch verfügt (BGH, Urteil vom 21. Juli 2016 - IX ZR 252/15, BGHZ 211, 251 Rn. 17; vom 7. Dezember 2017, aaO Rn. 18; vom 9. Juli 2020 - IX ZR 289/19, JR 2021, 329 Rn. 12; st. Rspr).

[10] 3. Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen für die Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich des Vertrags

gesehen. Geprüft hat es die Einbeziehung von M. und M. J. M. in den Schutzbereich der zwischen der KG und dem Rechtsanwalt geschlossenen Mandatsverträge jedoch nicht nach diesen Voraussetzungen. Es hat seiner Beurteilung einen abweichenden Maßstab zugrunde gelegt, indem es die Einbeziehung in den Schutzbereich allein anhand der Qualität der von ihm unterstellten Pflichtverletzung des Rechtsanwalts geprüft und abgelehnt hat. Das ist ein revisibler Rechtsfehler. Das Berufungsgericht überschreitet den Spielraum, der dem Tatrichter bei der Beurteilung der Frage eingeräumt ist, ob ein Dritter in den Schutzbereich des Vertrags einbezogen ist (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2009 - IX ZR 12/09, ZIP 2010, 124 Rn. 10 f; vom 21. Juli 2016, aaO Rn. 18).

[11] 4. **Die Ablehnung der Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich des Vertrags anhand der Qualität der im Verhältnis zum Vertragspartner begangenen Pflichtverletzung findet in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine Grundlage.** Dies gilt sowohl im Allgemeinen als auch im Blick auf die vom Berufungsgericht unterstellte Verletzung einer Hinweis- und Warnpflicht des Rechtsberaters bei möglichem Insolvenzgrund.

[12] a) Die Rechtsprechung geht seit jeher davon aus, dass auch die Verletzung von Schutz- und Fürsorgepflichten zu einem Schadensersatzanspruch unter dem Gesichtspunkt eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter führen kann. Die Verletzung von Schutz- und Fürsorgepflichten bildete den Ausgangspunkt der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (vgl. BGH, Urteil vom 2. Juli 1996 - X ZR 104/94, BGHZ 133, 168, 170 ff; vom 24. April 2014 - III ZR 156/13, ZIP 2014, 972 Rn. 10); sie ist hauptsächlich im Zusammenhang mit der Verletzung von Schutz- und Fürsorgepflichten entwickelt worden (vgl. BGH, Urteil vom 11. Januar 1977 - VI ZR 261/75, VersR 1977, 638; vom 12. November 1979 - II ZR 174/77, BGHZ 75, 321, 324 f). **Die Rechtsprechung hat allerdings erkannt, dass auch Nebenpflichten, die auf die Herbeiführung des Leistungserfolgs bezogen sind, Drittschutz entfalten können.** Für die Hauptpflicht selbst gilt nichts anderes. Die Verpflichtung, um deren Verletzung willen der Schuldner einem Dritten haften soll, kann daher in einer weiteren oder engeren Beziehung zur vertraglichen Hauptleistung stehen oder sich mit dieser decken (vgl. BGH, Urteil vom 12. November 1979, aaO S. 325).

[13] **Es ist danach unzweifelhaft, dass die Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich eines Vertrags auch dann in Betracht kommt, wenn der Vertragsschuldner nur eine Schutz- oder Fürsorgepflicht verletzt hat.** Das wird auch im Schrifttum so gesehen (MünchKomm-BGB/Gottwald, 9. Aufl., § 328 Rn. 181 f; BeckOGK/Mäsch, 2023, § 328 BGB Rn. 75.1; Staudinger/Klumpp, BGB, 2020, § 328 Rn. 116; Erman/Bayer, BGB, 16. Aufl., § 328 Rn. 65).

**[14] b) Auch die Hinweis- und Warnpflicht des Rechtsberaters bei möglichem Insolvenzgrund kann Drittschutz entfalten.**

**[15] aa) Mit Urteil vom 26. Januar 2017 (IX ZR 285/14, BGHZ 213, 374 Rn. 43 ff)** hat der Bundesgerichtshof eine Hinweis- und Warnpflicht bei möglichem Insolvenzgrund erstmals in Betracht gezogen. Diese bezog sich auf die Haftung eines Steuerberaters, der mit der Erstellung des Jahresabschlusses einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung beauftragt ist (BGH, Urteil vom 26. Januar 2017, aaO Rn. 45). Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs hat den Gesetzgeber dazu veranlasst, die Hinweis- und Warnpflicht in § 102 StaRUG berufsstandsübergreifend als Instrument zur Früherkennung der Bestandsgefährdung eines Unternehmens zu etablieren (BT-Drucks. 19/24181, S. 187 f). Zu einer Einbeziehung des Geschäftsleiters in den Schutzbereich eines Vertrags, der eine Hinweis- und Warnpflicht bei möglichem Insolvenzgrund begründet, äußert sich weder das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26. Januar 2017 noch § 102 StaRUG (vgl. BT-Drucks. 19/24181, aaO).

**[16] bb) Mit Urteil vom 14. Juni 2012 (IX ZR 145/11, BGHZ 193, 297 Rn. 27 ff)** hat der Bundesgerichtshof die Einbeziehung des Geschäftsleiters in den Schutzbereich eines Vertrags angenommen, der die Prüfung der Insolvenzreife einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorsah (vgl. auch BGH, Urteil vom 21. Juli 2016 - IX ZR 252/15, BGHZ 211, 251 Rn. 23). Ausgangspunkt der Prüfung des Drittschutzes war damit die vertragliche Hauptpflicht. Zur Begründung der Einbeziehung des Geschäftsleiters in den Schutzbereich des Vertrags hat der Bundesgerichtshof zum einen auf dessen Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs. 1 InsO) und zum anderen auf die bei einer Missachtung dieser Pflicht drohenden Haftungsfolgen (§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a Abs. 1 InsO; § 15b InsO) verwiesen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 2012, aaO Rn. 28 f).

**[17] Die Insolvenzantragspflicht begründet Handlungspflichten für den Geschäftsleiter; missachtet er die Antragspflicht, drohen ihm persönlich Haftungsfolgen. Die Haftungsfolgen sind im Fremdinteresse angeordnet, nicht aber im Interesse des Mandanten. Es handelt sich materiell um eine Haftung im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger der insolvenzreifen Gesellschaft, um die verteilungsfähige Vermögensmasse zu erhalten und eine zum Nachteil der Gesamtheit der Gläubiger gehende, bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger zu verhindern (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juli 2016, aaO). Die Insolvenzantragspflicht und die Haftung im Fremdinteresse, welche den Drittschutz begründen können, sind der maßgebliche Unterschied zu der Fallgestaltung, in der die Beratung für Entscheidungen des Mandanten Gegenstand des Mandatsvertrags ist und für den (organschaftlichen) Vertreter die Gefahr besteht, auf der Grundlage der Beratung seinerseits seine gegenüber dem**

**Mandanten bestehenden Pflichten zu verletzen.** Verhält es sich so, scheiden Schutzwirkungen des Mandatsvertrags zugunsten des Vertreters im Allgemeinen aus (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juli 2016, aaO Rn. 24 ff).

**[18] cc) Zu der Frage, ob auch die Hinweis- und Warnpflicht des Rechtsberaters bei möglichem Insolvenzgrund eine drittschützende Wirkung zugunsten des Geschäftsleiters einer juristischen Person oder einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit entfalten kann, hat sich der Bundesgerichtshof bislang nicht geäußert.** Im Schrifttum wird die Frage nicht vertieft diskutiert. Zum Teil wird von einer drittschützenden Wirkung ausgegangen (Pape, NZI 2019, 260, 264 f; Meisgeier, WuB 2022, 258, 261 f), zum Teil wird sie abgelehnt oder jedenfalls kritisch gesehen (Froehner, GWR 2021, 390; vgl. auch Meixner/Schröder, DStR 2022, 61, 62; Stefanink, EWiR 2022, 7, 8). **Die Frage ist dahingehend zu beantworten, dass eine drittschützende Wirkung in Betracht kommt. Allerdings hängt dies vom Inhalt des Mandatsvertrags ab.**

**[19] (1)** Die Einbeziehung eines Dritten in die Schutzwirkungen eines Vertrags bei reinen Vermögensschäden setzt voraus, dass der Dritte bestimmungsgemäß mit der Hauptleistung in Berührung kommt (BGH, Urteil vom 24. April 2014 - III ZR 156/13, ZIP 2014, 972 Rn. 11; vom 18. Februar 2016 - IX ZR 192/13, ZIP 2016, 1541 Rn. 21; vom 21. Juli 2016 - IX ZR 252/15, BGHZ 211, 251 Rn. 19). Das **erforderliche Näheverhältnis** liegt nur vor, wenn die Leistung des Rechtsanwalts bestimmte Rechtsgüter eines Dritten nach der objektiven Interessenlage im Einzelfall mit Rücksicht auf den Vertragszweck bestimmungsgemäß, typischerweise beeinträchtigen kann. Entscheidend für eine Ersatzpflicht hinsichtlich von Vermögensschäden des Dritten ist, ob die vom Anwalt zu erbringende Leistung nach dem objektiven Empfängerhorizont auch dazu bestimmt ist, dem Dritten Schutz vor möglichen Vermögensschäden zu vermitteln. Inwieweit dieses Näheverhältnis besteht, hängt entscheidend von Ausprägung und Inhalt des anwaltlichen Beratungsvertrags ab (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juli 2020 - IX ZR 289/19, ZIP 2020, 1720 Rn. 15).

**[20] (2)** Die Hinweis- und Warnpflicht des Rechtsberaters bei möglichem Insolvenzgrund kann demnach **nur dann drittschützende Wirkung** zugunsten des Geschäftsleiters einer juristischen Person oder einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit entfalten, **wenn der Geschäftsleiter insoweit bestimmungsgemäß mit der Hauptleistung in Berührung kommt.** Darüber entscheiden Ausprägung und Inhalt des Beratungsvertrags. **Nicht erforderlich ist, dass die Hauptpflicht selbst drittschützend ist. Es reicht aus, wenn das geschützte Drittinteresse bei Erbringung der Hauptleistung typischerweise beeinträchtigt werden kann. Kern der erforderlichen Leistungsnähe ist, dass der Dritte ein besonderes Interesse an der Hauptleistung hat, weil die Leistung des Anwalts**

nach objektivem Empfängerhorizont (auch) dazu bestimmt ist, dass der Dritte konkret feststehende Handlungsgebote, die ihn persönlich treffen, einhalten und so eine persönliche Haftung vermeiden kann (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juli 2016, aaO Rn. 22).

**[21]** Im Streitfall folgt das **geschützte Drittinteresse aus der Insolvenzantragspflicht und den bei ihrer Missachtung drohenden Haftungsfolgen** (vgl. oben Rn. 16 f). Eine **Beeinträchtigung dieses Interesses scheidet regelmäßig aus**, wenn der Rechtsberater nur mit der Durchsetzung eines Anspruchs beauftragt wird oder eine rechtliche Gestaltung unabhängig von einer Krise der Mandantin vornehmen soll. Treten während der Bearbeitung eines solchen Mandats die Voraussetzungen für die Hinweis- und Warnpflicht bei möglichem Insolvenzgrund ein (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2017 - IX ZR 285/14, BGHZ 213, 374 Rn. 44; vom 21. Juni 2018 - IX ZR 80/17, ZInsO 2018, 1846 Rn. 12), **erstreckt sich der Schutz dieser (Neben-)Pflicht in der Regel nicht auf den Geschäftsleiter, weil die ihn treffende Insolvenzantragspflicht und die bei ihrer Missachtung drohenden Haftungsfolgen keinen (hinreichenden) Bezug zur geschuldeten Hauptleistung aufweisen.**

**[22]** Anders liegt der Fall, wenn die juristische Person oder Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit den Berater mit der Beurteilung oder Bearbeitung einer Krisensituation betraut. Daraus folgt zunächst ein Näheverhältnis der Hauptleistung zu den nunmehr in § 1 StaRUG rechtsformübergreifend zusammengefassten Pflichten zur Krisenfrüherkennung und zum Krisenmanagement, die wie die Insolvenzantragspflicht aus § 15a Abs. 1 InsO den Geschäftsleiter treffen. Ob Haftungsfolgen aus der Verletzung von Pflichten zur Krisenfrüherkennung und zum Krisenmanagement wie die Folgen einer Missachtung der Insolvenzantragspflicht im Fremdinteresse angeordnet sind und sich deshalb ein Drittschutz auch insoweit ergeben kann, muss nicht entschieden werden. **Das erforderliche Näheverhältnis besteht jedenfalls im Blick auf die Insolvenzantragspflicht, die im Rahmen einer wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft regelmäßig in Betracht zu ziehen ist.**

**[23]** (3) Der so verstandene Drittschutz der Hinweis- und Warnpflicht bei möglichem Insolvenzgrund birgt **kein unbilliges Haftungsrisiko für den Rechtsberater**. Muss er sich zur ordnungsgemäßen Erbringung der geschuldeten Hauptleistung mit einer wirtschaftlichen Krise des Rechtsträgers befassen, dessen Geschäftsleiter der Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 InsO unterliegt, ist das **mit der Übernahme eines solchen Mandats verbundene, durch den Drittschutz erweiterte Haftungsrisiko von Anfang an hinreichend überschaubar**. Es kommt hinzu, dass die Hinweis- und Warnpflicht bei möglichem Insolvenzgrund nur unter **engen Voraussetzungen** eingreift. **Geschuldet sind Hinweis oder Warnung erst, wenn**

**dem Berater der mögliche Insolvenzgrund bekannt wird, dieser für ihn offenkundig ist oder der Insolvenzgrund sich ihm bei ordnungsgemäßer Bearbeitung des Mandats aufdrängt. Die bloße Erkennbarkeit reicht nicht aus.** Ferner muss der Berater Grund zu der Annahme haben, dass sich der Geschäftsleiter nicht über den möglichen Insolvenzgrund und die daraus folgenden Handlungspflichten bewusst ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2017, aaO; vom 21. Juni 2018, aaO). Zudem erfordert die Hinweis- und Warnpflicht keine eigenständige Prüfung oder Ermittlung des Insolvenzgrundes.

III.

**[24]** Die angefochtene Entscheidung stellt sich nicht - auch nicht nur teilweise - aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

**[25]** 1. Die Klägerin kann den beklagten Haftpflichtversicherer des insolventen Rechtsanwalts direkt in Anspruch nehmen (§ 115 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VVG).

**[26]** 2. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob dem Rechtsanwalt eine Verletzung der Hinweis- und Warnpflicht bei möglichem Insolvenzgrund zur Last fällt. Davon ist revisionsrechtlich auszugehen.

**[27]** 3. Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin aus abgetretenem Recht des M. M. senior scheidet nicht zwingend daran, dass dieser nur **faktischer Geschäftsführer** der persönlich haftenden Gesellschafterin der KG gewesen sein soll. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist geklärt, dass ein faktischer Geschäftsführer sowohl zur Stellung des Insolvenzantrags verpflichtet ist als auch für die zivilrechtlichen Folgen einer verspäteten Antragstellung einzustehen hat (vgl. BGH, Urteil vom 21. März 1988 - II ZR 194/87, BGHZ 104, 44, 46; vom 25. Februar 2002 - II ZR 196/00, BGHZ 150, 61, 69; vom 11. Juli 2005 - II ZR 235/03, ZIP 2005, 1550 f; Beschluss vom 2. Juni 2008 - II ZR 104/07, ZIP 2008, 1329 Rn. 4). **Die Erwägungen, die eine Einbeziehung des ordnungsgemäß bestellten Geschäftsleiters in den Schutzbereich des Mandatsvertrags rechtfertigen können (vgl. dazu oben Rn. 14 ff), gelten deshalb entsprechend.** Mit dem Vorhandensein eines faktischen Geschäftsführers muss der Rechtsberater allerdings nicht ohne weiteres rechnen. Die Einbeziehung des faktischen Geschäftsführers in den Schutzbereich des Vertrags setzt daher zusätzlich zumindest die Erkennbarkeit seiner Existenz für den Rechtsberater voraus.

IV.

**[28]** Das Urteil 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 aus abgetretenem Recht neu zu prüfen haben.

[29] Bejaht das Berufungsgericht die Verletzung einer Hinweis- und Warnpflicht bei möglichem Insolvenzgrund, wird es erneut der Frage des Drittschutzes nachzugehen haben. Gegebenenfalls sind die Kausalität der Pflichtverletzung für den geltend gemachten Schaden und ein mögliches Mitverschulden zu prüfen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2017 - IX ZR 285/14, ZInsO 2018, 1846 Rn. 52 f, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 213, 374).

## Rechtsanwaltshaftung

- Bewilligung von PKH
- Kenntnis der finanziellen Verhältnisse  
(*OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.2.2023 – I-24 U 335/20*)

### Leitsatz

Ein Rechtsanwalt ist gehalten, seinen Mandanten auf die Möglichkeit der Beantragung der Bewilligung von Prozesskostenhilfe gemäß §§ 114ff ZPO hinzuweisen, wenn er über dessen schlechte finanzielle Verhältnisse in Kenntnis gesetzt wird.

### Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin ist Rechtsanwältin und Partnerin der Kanzlei A., die ab dem 28. August 2016 unter dem Namen A. B. Rechtsanwälte Steuerberater Wirtschaftsprüfer Partnerschaft mbB firmierte. Mit Abtretungsvereinbarung vom 29. Mai 2017 trat A. ihre Ansprüche aus einer mit der Beklagten am 20./21. Juli 2016 geschlossenen Vergütungsvereinbarung an die Klägerin ab. Dem Mandat lag folgender Sachverhalt zugrunde:

[2] Die Beklagte hatte im Jahr 2011 eine weiterführende Ausbildung zur psychologischen Psychotherapeutin bei einem staatlich anerkannten Institut in C.-Stadt, der D. Akademie für angewandte Psychologie und Psychotherapie GmbH, begonnen. Im November 2012 kam es zu Problemen, welche in einen Rechtsstreit vor dem Arbeitsgericht Köln (Az. 19 Ca 5824/14) mündeten. Die Klägerin machte einen Zahlungsanspruch iHv EUR 13.376,00 sowie einen Anspruch auf Feststellung von Schadensersatzansprüchen gegen die D. sowie zwei weitere Beklagte geltend. Die Höhe der zur Feststellung begehrten Ansprüche bezifferte die Beklagte mit EUR 120.000,00. Zunächst war die Beklagte, eine Diplom-Psychologin, in der rechtlichen Beratung und Vertretung durch die E. Kanzlei für Medizinrecht Partnerschaft mbB. Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht war auf den 22. Juli 2016 anberaumt. Zuvor, nämlich am 6. Juni 2016, hatte sich die Beklagte bereits

an A. gewandt. Das Mandat wurde im Wesentlichen von Rechtsanwalt F. bearbeitet. A. schrieb am 8. Juni 2016 die Beklagte an, teilte die ersten Schritte mit und übersandte eine Vorschusskostenrechnung gem. § 9 RVG. In dem Anschreiben ist unter anderem ausgeführt: *"Der Vorschussrechnung wird eine Vergütungsvereinbarung zu Grunde liegen, die wir Ihnen zeitnah übermitteln."* Gleichzeitig kündigte A. für die Beklagte das an die Rechtsanwälte E. erteilte Mandat. Neben der arbeitsgerichtlichen Vertretung sollte A. auch Ansprüche gegen die Rechtsanwälte E. verfolgen. Rechtsanwalt F. trug für A. vor dem arbeitsgerichtlichen Termin am 22. Juli 2016 mit Schriftsatz vom 19. Juli 2016 in der Sache vor.

[3] Die am 20./21. Juli 2016 geschlossene Vergütungsvereinbarung enthält Regelungen *"für die laufende Rechtsberatung und die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung"* seit dem Beginn der Mandatstätigkeit am 6. Juni 2016. Sie sieht einen Stundensatz von EUR 270,00 netto zu einem Abrechnungsintervall von 6 Minuten vor. Ferner ist eine Bürokostenpauschale von 2 % des jeweiligen mandatsbezogenen Nettoaufwands vereinbart. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergütungsvereinbarung verwiesen.

[4] Das arbeitsgerichtliche Verfahren in erster Instanz endete mit einem klageabweisenden Urteil vom 22. Juli 2016.

[5] Am 3. August 2016 übersandte A. der Beklagten eine Vergütungsrechnung nebst Stundenaufstellung für den Abrechnungszeitraum 6. Juni bis 31. Juli 2016 über EUR 11.938,08. Diese zahlte die Beklagte. Mit E-Mail vom 12. August 2016 erläuterte die Beklagte gegenüber Rechtsanwalt F. ihre finanzielle Situation, worüber die beiden nachfolgend am 15. August 2016 auch telefonierten. Rechtsanwalt F. erklärte, er wolle der Beklagten entgegenkommen. Zwischen den Parteien ist streitig, ob Rechtsanwalt F. bereits zuvor von der angespannten finanziellen Situation der Beklagten Kenntnis erlangt hatte. Ein Hinweis auf die Möglichkeit zur Beantragung von Prozesskostenhilfe erfolgte nicht.

[6] Am 23. August 2016 legte A. für die Beklagte Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil des Arbeitsgerichts Köln ein, die sich allein gegen die Klageabweisung betreffend D. richtete. Am 30. August 2016 nahm die Beklagte bei der Stadtsparkasse Düsseldorf ein Darlehen iHv EUR 20.000,00 auf.

[7] Die Berufungsbegründung reichte A. am 31. Oktober 2016 ein. Zeitgleich rechnete A. gegenüber der Beklagten den Zeitraum vom 27. September bis zum 31. Oktober 2016 unter Beifügung einer Stundenaufstellung mit einem Gesamtbetrag (brutto) EUR 14.452,72 ab (Anl. B6, All, Bl. 59-60). Die gesetzte Zahlungsfrist zum 24. November 2016 verstrich erfolglos. Auch nachfolgende Rechnungen zahlte die Beklagte nicht mehr.

[8] Am 6. Dezember 2016 fand zwischen A. und der Beklagten ein Besprechungstermin statt, im Zuge dessen die Beklagte erneut auf ihre Zahlungsschwierigkeiten hinwies. A. sagte zu, den am 7. April 2017 anberaumten Kammertermin vor dem LAG Köln als Berufungsgericht wahrzunehmen. In der Folgezeit forderte A. mehrfach Unterlagen von der Beklagten an, um die geltend gemachten Ansprüche der Höhe nach beziffern zu können. Diese stellte die Beklagte nicht zur Verfügung, sondern erbat eine Reduktion des Stundensatzes von EUR 270,00 auf EUR 100,00. Mit E-Mail vom 22. Dezember 2016 erinnerte A. erneut an die Übersendung der Informationen, wies eine Vereinbarung zu einem anwaltlichen Stundensatz von EUR 100,00 zurück und bot "maximal EUR 250,00 (netto)" an. Am 4. Januar 2017 erinnerte A. erneut an die fehlenden Informationen der Beklagten. Darauf antwortete die Beklagte mit E-Mail vom 6. Januar 2017 und teilte mit, bei "*der gegenwärtigen Honorarvereinbarung von 270 EUR bzw. 250 EUR kann ich aufgrund meiner finanziellen Situation Ihre Leistungen nicht in Anspruch nehmen... Ich weiß nicht was ich jetzt machen soll. Ich brauche ein bisschen Bedenkzeit.*". Mit E-Mail vom 17. Januar 2017 übermittelte die Beklagte ein Schreiben. Sie bat um Aufklärung hinsichtlich des arbeitsgerichtlichen Verfahrens und etwaiger Kostenfolgen für sie. Des Weiteren erteilte sie einige Informationen zu den Leistungen und ihr entstandenen Kosten betreffend D.. Hierauf antwortete A. mit Schreiben vom 19. Januar 2017, wies aber gleichfalls darauf hin, dass für die Beantwortung der Fragen aus der E-Mail vom 17. Januar 2017 drei weitere geschätzte Arbeitsstunden aufzuwenden seien. Des Weiteren wurde der Beklagten eine Erklärungsfrist bis zum 27. Januar 2017 gesetzt. Hierauf reagierte sie nicht, woraufhin A. mit Schreiben vom 30. Januar 2017 erneut nach den Informationen vom 13. Dezember 2016 fragte und für deren Erteilung eine Frist bis zum 3. Februar 2017 setzte. Im Falle der Fristversäumung bzw. der Untätigkeit kündigte A. eine Mandatsniederlegung an. Mit Rechnung vom 31. Januar 2017 rechnete A. unter Beifügung einer Stundenaufstellung den Zeitraum vom 9. August 2016 bis 31. Januar 2017 iHv EUR 5.407,48 ab. Darauf antwortete die Beklagte mit Schreiben vom 3. Februar 2017 und erklärte u.a. die von A. erbetenen Listen für "irrelevant". Nachfolgend kündigte A. mit Schreiben vom 6. Februar 2017 den Anwaltsdienstvertrag fristlos und setzte der Beklagten eine Frist zum 10. Februar 2017 mit Vorschlägen, wie sie die offenen Honorarforderungen zu begleichen gedenke. Die in der Rechnung vom 31. Januar 2017 gesetzte Zahlungsfrist bis zum 20. Februar 2017 verstrich erfolglos.

[9] Nachfolgend beauftragte die Beklagte eine Rechtsanwältin mit der Fortführung des Berufungsverfahrens vor dem Landesarbeitsgericht Köln. Diese beantragte für die Beklagte Prozesskostenhilfe, die auch ohne die Anordnung einer Ratenzahlung bewilligt wurde. Das Verfahren endete mit einem Vergleich,

aus welchem die Beklagte eine Zahlung von EUR 4.000,00 erhalten sollte.

[10] Eine mit anwaltlichem Schreiben vom 19. Mai 2017 von A. an die Beklagte gesetzte Zahlungsfrist blieb ohne Erfolg.

[11] Die Klägerin hat erstinstanzlich zur Wirksamkeit der Abtretung und zu den Tätigkeiten aus den einzelnen Rechnungen vorgetragen.

[12-19] (*Anträge: ...*)

[20] Die Beklagte hat sich gegen die Wirksamkeit der Abtretung und der Vergütungsvereinbarung gewandt. Einen Stundensatz von EUR 270,00 hat sie für überhöht erachtet. Die Abrechnung im 6-Minuten-Takt sei unzulässig, weil angefangene 6 Minuten auf volle 6 Minuten aufgerundet würden. Unwirksam sei weiter die Vereinbarung der Vergütung von Reisezeiten. Auch die rückwirkende Geltung ab Mandatsbeginn sei unzulässig. Unwirksam sei weiter, dass sich die Vergütungsvereinbarung auf sämtliche bestehenden und auch auf zukünftige Mandate beziehe. Vielmehr müsse eine solche für jedes einzelne Mandat neu getroffen werden. Die Stundenaufstellung von A. hat sie bestritten. Insgesamt sei der Umfang der abgerechneten Stunden unangemessen hoch. Bei zielgerichteter, ordnungsgemäßer Bearbeitung wären weniger Stunden angefallen, weshalb sie dem Honoraranspruch der Klägerin einen dahingehenden Schadensersatzanspruch entgegenhalten könne.

[21] Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen F. und durch Einholung eines Gutachtens der Rechtsanwaltskammer vom 24. September 2019. Hinsichtlich weiterer Einzelheiten des landgerichtlichen Verfahrens wird auf die Gerichtsakte verwiesen.

[22] Mit seinem am 27. August 2020 verkündeten Urteil hat das Landgericht der Klage stattgegeben. Wegen der Begründung wird hierauf Bezug genommen. Das Urteil wurde der Beklagten am 27. August 2020 zugestellt. Hiergegen richtet sich ihre am 28. September 2020 beim Oberlandesgericht eingegangene Berufung. Diese hat sie nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 27. November 2020 mit einem am Tag des Fristablaufs beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

[23] Zur Begründung führt die Beklagte aus, die Vergütungsvereinbarung sei sittenwidrig und somit unwirksam. A. habe eine bei ihr, der Beklagten, herrschende Notlage ausgenutzt. Sie habe die Vergütungsvereinbarung erst kurz vor dem am 22. Juli 2016 vor dem Arbeitsgericht stattgefundenen Termin erhalten und sei nicht in der Lage gewesen, dies so kurzfristig zu beanstanden. Es habe die Gefahr bestanden, dass bei ihrem

fehlenden Einverständnis die Terminswahrnehmung unterblieben wäre. Hierdurch und durch ihre finanzielle Notlage, auf welche sie Rechtsanwalt F. fortlaufend hingewiesen habe, sei sie "völlig eingeschüchtert" und verunsichert gewesen. Auf ihre Anfrage hin sei sie von Rechtsanwalt F. zunächst in den Glauben versetzt worden, der von ihr geleistete Vorschuss iHv EUR 4.760,00 würde im Wesentlichen ausreichen. Zudem habe er der Berufung gute Erfolgsaussichten beigemessen, weshalb sie davon ausgegangen sei, letztlich mit Kosten nicht belastet zu werden. Da die Vergütungsvereinbarung lediglich für das laufende Verfahren Gültigkeit erlangen könne, gelte sie nicht für den Berufungsrechtszug. Für diesen könne deshalb eine Abrechnung nur nach dem RVG erfolgen. Trotz Kenntnis von ihren schlechten finanziellen Verhältnissen habe A. fortlaufend neue Kosten produziert und sie nicht - was unstrittig ist - auf die Möglichkeit der Beantragung von Prozesskostenhilfe hingewiesen.

#### [24-27] (Anträge: ...)

[28] Sie (*Klägerin*) hält die Berufung mangels ordnungsgemäßer Begründung für unzulässig. Es sei unklar, hinsichtlich welcher Punkte das Urteil angefochten würde. Die Vergütungsvereinbarung sei nicht in sittenwidriger Weise herbeigeführt worden. Sofern die Beklagte sich bei deren Abschluss in einer finanziellen Notlage befunden haben sollte, wäre Rechtsanwalt F. eine solche jedenfalls nicht bekannt gewesen. A. habe keinerlei Hinweise dahingehend erteilt, dass im Falle des Nichtabschlusses der Vergütungsvereinbarung eine Terminswahrnehmung nicht erfolgen würde.

[29] In der mündlichen Verhandlung vom 17. Januar 2023 hat der Senat seine vorläufige Rechtsauffassung mitgeteilt, wozu die Klägerin innerhalb der bis zum 7. Februar 2023 gewährten Frist mit einem auf diesen Tag datierten Schriftsatz Stellung genommen hat.

[30] Wegen aller Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den gesamten Inhalt der Gerichtsakte und der Beilagen des Arbeitsgerichts Köln (19 Ca 5824/14) verwiesen.

#### Aus den Gründen:

[31] Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache überwiegend Erfolg. Sie führt zur überwiegenden Abänderung des angefochtenen Urteils und zur Klageabweisung in Höhe eines Betrages von EUR 21.533,28. Begründet ist lediglich der Zahlungsanspruch iHv EUR 621,00 aus der Tätigkeit von A. für das Mandat betreffend die Rechtsanwälte E., denn dagegen gerichtete Angriffe hat die Beklagte mit ihrer Berufung nicht erhoben.

[32] Die ganz überwiegende Abweisung des Honoraranspruchs beruht zum einen darauf, dass aufgrund der **mangelnden Bestimmtheit der Vergütungsvereinbarung** von A. ein Honoraranspruch lediglich in Höhe der gesetzlichen Vergütung begründet wurde. Diesem Anspruch steht jedoch ein **Schadensersatzanspruch** der Beklagten gegen A. aufgrund **defizitärer Beratung** entgegen, den sich die Klägerin als Zedentin gem. § 406 BGB entgegenhalten lassen muss.

1.

[33] Die **Vergütungsvereinbarung** von A. vom 20./21. Juli 2016 genügt nicht den Anforderungen des § 3a Abs. 1 S. 1 RVG (in der Fassung vom 1. Januar 2014 bis 30. September 2021). **Denn sie lässt nicht konkret erkennen, für welche Tätigkeiten der Auftraggeber (hier die Beklagte) eine höhere als die gesetzliche Vergütung zahlen soll. In einer Vergütungsvereinbarung muss eindeutig festgelegt werden, für welche Tätigkeiten der Auftraggeber eine höhere als die gesetzliche Vergütung zahlen soll** (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 28. August 2014 - 2 U 2/14, Rn. 38, jetzt und im Folgenden zitiert nach juris; Senat, Urteil vom 8. November 2022 - I-24 U 38/21, Rn. 62ff.; Mayer/Kroiß/Winkler/Teubel, RVG, 8. Aufl. 2021, § 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. Denn das **Textformerfordernis** hat einerseits eine **Schutz- und Warnfunktion** für den Mandanten. Andererseits erleichtert es dem Rechtsanwalt, den **Abschluss einer Vergütungsvereinbarung nachzuweisen**. Diese Funktionen kann die Vergütungsvereinbarung nur dann erfüllen, wenn sie ausreichend bestimmt ist (OLG Karlsruhe, Urteil vom 28. August 2014 - 2 U 2/14, Rn. 38).

[34] Hier lässt die Vergütungsvereinbarung von A. nicht erkennen, dass sie sich auch auf zukünftige Mandate erstrecken soll. Denn sie bezieht sich *"auf die laufende Rechtsberatung und die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung - seit dem Beginn der Mandatstätigkeit am 06.06.2016 - je Zeitstunde der anwaltlichen Tätigkeit..."* und ist demgemäß im Hinblick auf weitere Mandate zu unbestimmt. Der Formulierung nach könnte nur darauf geschlossen werden, dass sich die zu vergütende Tätigkeit allein auf die "laufende" Rechtsberatung, infolgedessen nur auf das zum Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit von A. laufende Verfahren vor dem Arbeitsgericht Köln bezieht, wo sich A. mit Schriftsatz vom 8. Juni 2016 für die Beklagte bestellt hatte. Für eine Vergütung der Tätigkeit von A. im zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht absehbaren Berufungsverfahren gibt der Wortlaut nichts her. Fehlt indes - wie hier - eine solche Festlegung in der Vergütungsvereinbarung, gilt sie nur für das bei ihrem Abschluss bestehende Mandat (vgl. Senat, Urteil vom 8. November 2022 - I-24 U 38/21, Rn.

62). Insoweit ist zu berücksichtigen, 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.

**[35]** Die mangelnde Bestimmtheit in Bezug auf die hier streitgegenständliche Vergütung für das Berufungsverfahren vor dem LAG Köln führt dazu, dass die vereinbarte Vergütung auch nur bis zur Höhe der gesetzlichen Gebühr gefordert werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 5. Juni 2014 - IX ZR 137/12, Rn. 16; OLG Karlsruhe, Urteil vom 28. August 2014 - 2 U 2/14, Rn. 38 am Ende). Darüberhinausgehende Honoraransprüche der A. vermochten deshalb nicht begründet zu werden.

**[36]** Soweit sich die Klägerin auf eine Entscheidung des Senats (Urteil vom 29. Juni 2006 - I-24 U 196/04, Rn. 38) bezieht, folgt daraus nichts Abweichendes. Denn auch dort wird für eine hinreichende Bestimmtheit vorausgesetzt, dass bei Vertragsschluss *"Umfang und Gegenstand der Leistung so umschrieben sind, dass aus der Sicht eines mit den Verhältnissen vertrauten objektiven Beobachters kein vernünftiger Zweifel über die Reichweite der Vereinbarung herrschen kann"*. Hier von kann aber nicht ausgegangen werden, wenn - wie hier - eine Honorarvereinbarung während eines laufenden erstinstanzlichen Verfahrens getroffen wird, bei dem regelmäßig nicht feststeht, wie es endet und ob zukünftig überhaupt ein weiteres Mandat für einen nachfolgenden Rechtszug erteilt werden muss/wird.

2.

**[37]** Dahingestellt bleiben kann ebenfalls, ob, was die Beklagte erstinstanzlich eingewandt hat und was der Senat von Amts wegen zu prüfen hätte (vgl. nur BGH, Urteile vom 23. Januar 1981 - I-ZR 40/79, Rn. 24; vom 28. April 2015 - XI ZR 378/13, Rn. 68f.) die zwischen den Parteien geschlossene **Honorarvereinbarung vom 20./21. Juli 2016 gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig** ist. Insoweit ist jedenfalls festzustellen, dass das von der Klägerin für die Tätigkeit der A. verlangte Honorar von jetzt EUR 22.154,00 um ein 7,7-faches höher liegt als der von der Beklagten mit EUR 2.885,51 zutreffend errechnete Honorarbetrag nach dem RVG (in der Fassung vom 1. August 2013). Der vorgerichtlich bei der Beklagten von A. angemahnte Betrag lag bei EUR 35.623,83 (EUR 15.763,62 - Leistungszeitraum 01. August bis 26. September 2016 + EUR 14.452,72 = Leistungszeitraum vom 27. September bis 31. Oktober 2016 + EUR 5.407,48 = Leistungszeitraum vom 9. August 2016 bis 31. Januar 2017) und überstieg die gesetzlichen Gebühren somit um das 12,3-fache. **Nach der Rechtspre-**

**chung des Bundesgerichtshofs kann ein auffälliges Missverhältnis zwischen der Leistung des Anwalts und dem vereinbarten Honorar bestehen, wenn das Honorar im Vergleich zu den gesetzlichen Gebühren um das 5-fache überschritten wird** (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 2016 - IX ZR 119/14). Zwar kann der Anwalt diese Vermutung entkräften, indem er nachweist, dass das vereinbarte Honorar für das konkrete Mandat angemessen ist (BGH, Urteil vom 10. November 2016 - IX ZR 119/14, Rn. 28 mwN, jetzt und im Folgenden zitiert nach juris). Nach Auffassung des Senats ist ein zu beachtender Gesichtspunkt auch der Zeitaufwand, soweit er nicht auf ein unangemessenes Aufblähen der Arbeitszeit hindeutet (Senat, Beschluss vom 8. Januar 2019 - I-24 U 84/18, Rn. 30). Ob jedoch die von der Klägerin ins Feld geführten umfangreichen Unterlagen, zwei Leitzordner und 50 E-Mails die Sittenwidrigkeit zu widerlegen vermögen, erscheint zumindest zweifelhaft, kann aber im Hinblick auf die A. anzulastender Pflichtverletzung der ordnungsgemäßen Aufklärung der Beklagten im Ergebnis offenbleiben.

a.

**[38]** Der im Wege des **von Amts wegen zu berücksichtigenden dolo-agit -Einwands erhobene Schadensersatzanspruch** der Beklagten beruht auf der unstreitig fehlenden Belehrung der Beklagten durch den für die A. handelnden Rechtsanwalt F. über die **Möglichkeit der Gewährung von Prozesskostenhilfe**. Wäre ein solcher Hinweis erfolgt, hätte die Beklagte mit Erfolg Prozesskostenhilfe beantragt, womit die Honoraransprüche (gemäß den obigen Ausführungen in gesetzlicher Höhe) von A. für das Berufungsverfahren vor dem LAG abgegolten gewesen wären. Denn aufgrund der Forderungssperre des § 122 Abs. 1 Nr. 3 ZPO erhält ein beigeordneter Anwalt seine Vergütung nur aus der Staatskasse. Er ist nicht berechtigt, Ansprüche gegen seine Partei geltend zu machen. Diese Regelung ist zwingend und darf nicht durch eine Vereinbarung zwischen dem Rechtsanwalt und dem Mandanten abbedungen werden (vgl. Zöller/Schultzky, ZPO, 34. Aufl., § 122 Rn. 11 mwN).

**[39]** Auch **§ 3a Abs. 4 S. 1 RVG a.F.** bestimmt, dass eine Vereinbarung, nach der **ein im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordneter Rechtsanwalt für die von der Beiordnung erfasste Tätigkeit eine höhere als die gesetzliche Vergütung erhalten soll, nichtig** ist. Soweit es als wirksam angesehen wird, wenn eine Vergütungsvereinbarung die Vergütung eines Wahlanwalts im Sinne einer Differenz zwischen der PKH-Vergütung und der gesetzlichen Vergütung umfasst (vgl. Mayer/Kroiß/Winkler/Teubel, aaO, § 3a Rn. 51) bedarf es hierzu keiner Ausführungen, denn eine dahingehende Vereinbarung bzw. Zahlungsverpflichtung macht die Klägerin nicht geltend.

aa.

[40] Die Beklagte war zum Zeitpunkt des Erlasses des erstinstanzlichen Urteils des Arbeitsgerichts Köln bedürftig, was Rechtsanwalt F. bekannt war. Dabei stellt der Senat nicht auf den Kenntnisstand von Rechtsanwalt F. zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vergütungsvereinbarung am 20./21. Juli 2016 ab, obwohl der Inhalt der E-Mail vom 12. August 2016 jedenfalls den Rückschluss zulässt, dass die finanzielle Situation der Beklagten von ihr gegenüber Rechtsanwalt F. bereits zuvor thematisiert worden war. Zudem hat sie auch in der Klageerwidlung betont, sie habe "immer wieder ihre finanzielle Misere" erläutert, gleichwohl sei nie auf eine mögliche Prozesskostenhilfe hingewiesen worden. Dies kann jedoch offenbleiben, denn zum maßgeblichen Zeitpunkt der Zustellung des Urteils des Arbeitsgerichts Köln war Rechtsanwalt F. die finanzielle Situation der Beklagten bekannt. Spätestens durch die E-Mail der Beklagten vom 12. August 2016 wurde er über die schwierige finanzielle Situation der Beklagten in Kenntnis gesetzt. Sie gab an, dass Rechtsanwalt F. ihre "Einnahmen und Ausgaben bestens" kenne, sie seit 2011 "vom Rentnergehalt meiner Eltern deren Gespartes für die Ausbildung und Anwaltskosten erbitte" und weist auf die Rechtsanwalt F. "bekannte finanzielle Notlage und Verzweiflung" hin. Hieraus musste sich für Rechtsanwalt F. in aller Deutlichkeit ergeben, dass die Beklagte bedürftig war und ein Anspruch auf die Gewährung von Prozesskostenhilfe in Betracht kam. Soweit Rechtsanwalt F. in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat angegeben hat, ihm sei die finanzielle Notlage der Beklagten nicht bekannt gewesen, ist dies angesichts der vorliegenden Korrespondenz ungläubhaft, zumal er gleichzeitig eingeräumt hat, die E-Mail zur Kenntnis genommen zu haben (nicht protokolliert). Die Klägerin hat im Übrigen im erstinstanzlichen Schriftsatz vom 4. September 2017 folgendes eingeräumt: "Die Antragsgegnerin wandte sich erstmals bezüglich ihrer finanziellen Schwierigkeiten an Herrn Kollege F. durch die E-Mail am 12. August 2016...". Damit steht zur Überzeugung des Senats fest, dass Rechtsanwalt F. jedenfalls am 12. August 2016 von den erheblichen finanziellen Problemen der Beklagten Kenntnis erlangt hatte und somit für ihn Anlass bestand, der Beklagten in Bezug auf die Möglichkeit der Beantragung von Prozesskostenhilfe Hinweise zu erteilen. Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang einwendet, die Beklagte habe in einem nach der E-Mail vom 12.08.2016 geführten Telefonat mit Rechtsanwalt F. ihre finanzielle Notlage relativiert und auf eine finanzielle Unterstützung durch ihre Familie verwiesen, ändert dies am Ergebnis nichts. Bei einem Mandanten, der nach eigenen Angaben die anwaltlichen Honorarforderungen nur noch durch die (freiwillige) finanzielle Unterstützung seiner Familie (und mithilfe von Bankkrediten) bedienen kann, drängt sich die Frage der Bedürftigkeit i.S.d. Prozesskostenhilfsrechts erst recht auf.

bb.

[41] Aus dem Kontext der E-Mail vom 12. August 2016 und aus dem eigenen Vortrag der Klägerin geht weiter hervor, dass das Urteil des Arbeitsgerichts Köln noch nicht übersandt worden war und demgemäß auch die Begründung nicht bekannt war. Mangels einer Zustellung lief noch keine Frist zur Einlegung der Berufung. Es ist deshalb davon auszugehen, dass A. erst nach dem 12. August 2016 mit der Durchführung des Berufungsverfahrens gegen D. beauftragt wurde. Denn vor Kenntnis der Urteilsbegründung konnten die Erfolgsaussichten eines Berufungsverfahrens, über welche A. die Beklagte pflichtgemäß hätte unterrichten müssen, nicht beurteilt werden.

[42] Mit der Mandatserteilung trafen A. und damit den für sie handelnden Rechtsanwalt **Hinweis- und Beratungspflichten**. Grundsätzlich ist der Rechtsanwalt aufgrund des Anwaltsvertrages in den Grenzen des ihm erteilten Mandats (st. Rspr. BGH, Urteile vom 9. Juli 1998 - IX ZR 324/97; vom 1. März 2007 - IX ZR 261/03; vom 16. September 2021 - IX ZR 165/19, Rn. 27 mwN) verpflichtet, die Interessen seines Mandanten nach jeder Richtung und umfassend wahrzunehmen und Schädigungen seines Auftraggebers, mag deren Möglichkeit auch nur von einem Rechtskundigen vorausgesehen werden können, zu vermeiden. Soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf, ist der Rechtsanwalt zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet. 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, Urteile vom 18. März 1993 - IX ZR 120/92; vom 23. November 2006 - IX ZR 21/03; vom 13. März 2008 - IX ZR 136/07). Entscheidend für das Maß der Unterrichtung ist stets die für den Anwalt erkennbare Erkenntnis und Interessenlage des Auftraggebers. Der Rechtssuchende muss nach Lage des Falles ausreichend informiert sein, um über sein weiteres Vorgehen entscheiden zu können (vgl. BGH, Urteil vom 13. Dezember 2018 - IX ZR 216/17, Rn. 19 mwN).

[43] Aufgrund der spätestens ab dem 12. August 2016 bekannten Problematik der **schlechten finanziellen Verhältnisse** der Beklagten war Rechtsanwalt F. **verpflichtet, sie über die Möglichkeit der Beantragung von Prozesskostenhilfe zu informieren**. Denn es war naheliegend, dass nicht nur ein

möglicher Prozessverlust, sondern auch die Vergütungsvereinbarung mit einem Stundensatz von EUR 270,00 für die Beklagte mit erheblichen Risiken behaftet war. Selbst wenn sie im Berufungsverfahren vor dem LAG obsiegt hätte, hätte sie von der gegnerischen Partei lediglich die für A. entstandenen gesetzlichen Gebühren nach dem RVG erstattet erhalten. Insbesondere auch im Hinblick auf die Vergütungsvereinbarung war dies mit einem sehr hohen finanziellen Risiko für sie verbunden. Hierauf war sie zwar in der - nicht hinreichend bestimmten - Vergütungsvereinbarung unter Ziffer 4. in einer generellen Belehrung hingewiesen worden. Gleichwohl konnte sie nicht absehen, welcher etwaige Stundenaufwand zur Bearbeitung des Berufungsverfahrens erforderlich ist (auch unter dem Gesichtspunkt, dass A. durch die erstinstanzliche Tätigkeit bereits eingearbeitet war, war dies kaum abzuschätzen) und dass dieser den von ihr zur Zahlung verfolgten Anspruch iHv EUR 13.376,00 deutlich übersteigen könnte, was ausweislich der ursprünglichen Abrechnung von A. über EUR 35.623,83 auch der Fall war. Denn geleistet wurden laut den ursprünglichen Abrechnungen von A. 105,2 Stunden was ohne Nebenkosten einem Honorarvolumen von EUR 28.404,00 (netto) entspricht. Ob A., wie die Beklagte sinngemäß meint, den Aufwand in grober Weise eigensüchtig ausgedehnt hat, indem sie bei den berechtigten Einzeltätigkeiten und ihrer Dauer die objektiv gebotene Konzentration und Beschleunigung der Mandatswahrnehmung (Wirtschaftlichkeitsgebot im Mandanteninteresse) wissentlich außer Acht ließ und dadurch zu einem Honorar gelangte, welches in einem auffälligen Missverhältnis zur Dienstleistung steht (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 23. Juli 2003 - IX ZR 131/00, Rz. 4 mwN; Senat, Beschlüsse vom 6. Oktober 2011 - I-24 U 47/11, Rz. 26 mwN; vom 8. Januar 2019 - I-24 U 84/18, Rn. 30), bedarf im Ergebnis keiner Entscheidung. Denn im Hinblick auf die Bedürftigkeit durfte A. einen Hinweis an die Beklagte über die Möglichkeit Prozesskostenhilfe zu erlangen, nicht unter Bevorzugung eigener pekuniärer Interessen unterlassen.

[44] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein Rechtsanwalt gehalten sein, den anspruchsberechtigten Mandanten auf die Möglichkeit, Prozesskostenhilfe zu erlangen, hinzuweisen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Dezember 2018 - IX ZR 216/17, Rn. 18; zu Belehrungspflichten im Rahmen einer Verfahrenskostenhilfe siehe auch OLG Koblenz, Beschluss vom 17. Juli 2014 - 7 WF 355/14, Rn. 15ff.). Dies hätte auch hier erfolgen müssen. **Da ein Rechtsanwalt eine umfassende Aufklärung schuldet, den Mandanten über mögliche Risiken aufklären und ihn zu einer sachgerechten Entscheidung in die Lage versetzen muss, gehört hierzu auch der Hinweis auf die Beantragung von Prozesskostenhilfe.** Soweit die Klägerin meint, eine derartige Beratung gehöre nicht mehr zu den anwaltlichen Pflichten, weil diese sich "außerhalb des Prozessstoffs" befände, beruht dies auf einem Rechtsirrtum. Ein

Rechtsanwalt ist zu einer umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet. 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 (st. Rspr. BGH, vgl. BGH, Urteile vom 13. Juni 2013 - IX ZR 155/11, Rn. 8; vom 10. Mai 2012 - IX ZR 125/10, Rn. 22 mwN; vom 9. Juni 2011 - IX ZR 75/10, Rn. 12). Die Beratung der Beklagten über die Möglichkeit der Beantragung von Prozesskostenhilfe bewegte sich innerhalb des Mandats, denn eine derartige Beratung betrifft die unmittelbar aus der Rechtsverfolgung resultierenden Kostenfolgen. Die Beratungspflicht hätte sich zudem auf den Hinweis der Möglichkeit einer dahingehenden Antragstellung und dem Fehlen eines Anwaltszwangs in jenem Verfahren (§ 78 Abs. 3 ZPO iVm § 117 Abs. 1 S. 2 ZPO) beschränkt. Die Beklagte wäre durch diesen Hinweis in die Lage versetzt worden, das PKH-Verfahren selbst zu betreiben (wobei der Senat davon ausgeht, dass der Beklagten eine dahingehende Rechtsverfolgung mit Unterstützung der zuständigen Rechtsantragsstelle ohne weiteres gelungen wäre).

[45] Zwar ist mit einem solchen Hinweis für den Rechtsanwalt das Risiko verbunden, finanzielle Einbußen durch eine deutlich geringere Vergütung zu erleiden. Dies darf ihn aber nicht von der ordnungsgemäßen Belehrung abhalten. **Denn für die Anwaltsvergütung (nach dem RVG) ist generell anerkannt, dass die in der Regel streitwertabhängigen gesetzlichen Gebühren nicht den Anspruch erheben, das konkrete Mandat adäquat oder auch nur kostendeckend zu vergüten.** Ihnen liegt vielmehr eine Konzeption zu Grunde, nach der erst das Gebührenaufkommen des Rechtsanwalts in seiner Gesamtheit geeignet sein muss, sowohl seinen Kostenaufwand als auch seinen Lebensunterhalt abzudecken. Dies soll durch eine **Mischkalkulation**, also eine Quersubventionierung der weniger lukrativen durch gewinnträchtige Mandate sichergestellt werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 15. Juni 2009 - 1 BvR 1342/07, Rn. 17; BGH, Urteil vom 13. Februar 2020 - IX ZR 140/19, Rn. 14). Entsprechendes hat indes auch zu gelten, wenn durch Honorarvereinbarungen Vergütungen versprochen werden sollen, die deutlich über denen des RVG liegen.

[46] Im Übrigen steht es einem Rechtsanwalt offen, ein Mandat abzulehnen. A. wäre deshalb nicht gehalten gewesen, ein Mandat auf der Vergütungsbasis nach den reduzierten Sätzen der §§ 44ff. RVG anzunehmen. Eine **Mandatsannahme** steht grundsätzlich im Ermessen eines Rechtsanwalts, da es mit Ausnahme der gesetzlichen Pflichtmandate einen Kontrahierungszwang mit Rücksicht auf das zwischen Anwalt und Mandant erforderliche Vertrauensverhältnis nicht gibt (vgl. Fahren-dorf/Mennemeyer, Die Haftung des Rechtsanwalts, 10. Auflage 2021, Kapitel 1 Rn. 32 mwN). Rechtsanwalt F. hätte demgemäß die Beklagte über die Möglichkeit der Beantragung

von Prozesskostenhilfe belehren, aber gleichzeitig angeben können, dass A. das Mandat dann nicht weiterführen würde. Die Beklagte hätte sich dann an einen anderen Anwalt wenden können, wie sie es nachfolgend auch getan hat und welcher das Mandat unter den Voraussetzungen der PKH-Vergütung weitergeführt hat.

**[47] Mittelbar** kann eine **Hinweispflicht** zudem auch **aus der Regelung des § 3a Abs. 3 S. 1 RVG** abgeleitet werden. Danach ist eine Vereinbarung, nach der ein im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordneter Rechtsanwalt für die von der Beordnung erfasste Tätigkeit eine höhere als die gesetzliche Vergütung erhalten soll, nichtig. Soweit Zahlungen über die gesetzliche Vergütung (entsprechendes gilt für eine vereinbarte Vergütung) hinaus erfolgen, kann der Rechtsanwalt sie nur dann behalten, wenn dem Auftraggeber bekannt ist, dass er die Zahlung nicht schuldet und/oder die Zahlung dem Anstand oder einer sittlichen Pflicht entspricht (§ 814 BGB). Dies ergibt sich aus § 3a Abs. 3 S. 2 RVG (vgl. nur Mayer/Kroiß/Winkler/Teubel, aaO § 3a Rn. 53). Ohne eine entsprechende Belehrung wird der Mandant in der Regel diese Kenntnis jedoch nicht erlangen können.

c.

**[48]** Die fehlende Belehrung durch A. war auch kausal für die Belastung der Beklagten mit dem Honoraranspruch. Zwischen den Parteien steht nicht im Streit, dass Rechtsanwalt F. die Beklagte nicht über die Möglichkeit der Beantragung von Prozesskostenhilfe beraten hat. Entsprechend allgemeinen haftungsrechtlichen Grundsätzen ist davon auszugehen, dass die Beklagte einen entsprechenden Hinweis aufgegriffen, diesen umgesetzt (durch eigene Antragstellung bei der Rechtsantragsstelle und durch Beauftragung eines anderen Rechtsanwalts) und die Bewilligung von Prozesskostenhilfe vor dem Landesarbeitsgericht Köln bereits zu Beginn des Berufungsverfahrens erfolgt wäre, weil bereits im August 2016 die Beklagte bedürftig war. Dieser Sachverhalt kann unterstellt werden, denn die Beklagte hat nach der Mandatsbeendigung durch A. während des noch laufenden Berufungsverfahrens unter anderer anwaltlicher Beratung erfolgreich Prozesskostenhilfe beantragt. Wie sich ein Mandant bei vertragsgerechter Beratung verhalten hätte, zählt zur **haftungsausfüllenden Kausalität**, die grundsätzlich der Mandant nach § 287 ZPO zu beweisen hat (vgl. nur BGH, Urteile vom 18. Mai 2006 - IX ZR 53/05 zur Steuerberaterhaftung; vom 16. September 2021 - IX ZR 165/19, Rn. 36). Dem Mandanten kommt aber eine **Beweiserleichterung** zugute, weil zu seinen Gunsten die **Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens** gilt (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 2001 - IX ZR 124/00, vom 16. September 2021 - IX ZR 165/19, Rn. 36). Hier ist aus den genannten Gründen davon auszugehen, dass die Beklagte einem entsprechenden anwalt-

lichen Hinweis auf die Möglichkeit der Beantragung von Prozesskostenhilfe bereits vor oder mit der Berufungseinlegung vor dem LAG gefolgt wäre und bereits zu diesem Zeitpunkt Prozesskostenhilfe bewilligt worden wäre, was ja auch später im April 2017 durch das LAG tatsächlich erfolgt ist.

d.

**[49]** Dass die Beklagte, die mehrfach die Kosten der anwaltlichen Dienstleistungen der A. thematisiert und auf ihre schlechte finanzielle Situation hingewiesen hatte, der A. gleichwohl eine zusätzliche Honorierung entsprechend der Vergütungsvereinbarung zugesagt hätte, hat die Klägerin, die insoweit darlegungs- und beweispflichtet ist, nicht dargelegt. Die Darlegungs- und Beweislast der Klägerin für ein dahingehendes fiktives Verhalten der Beklagten folgt jedoch daraus, dass bei der Verletzung vertraglicher oder vorvertraglicher Pflichten der Schädiger vorzutragen hat, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten entstanden wäre (vgl. BGH, Urteile vom 16. November 1993 - XI ZR 214/92 und vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, Rn. 28). Im Hinblick auf die Darlehensaufnahme und die finanzielle Not der Beklagten erschiene ein solches Verhalten der Beklagten zweifelhaft. Die Klägerin hat sich darauf beschränkt anzugeben, ein Hinweis auf die Möglichkeit der Beantragung von Prozesskostenhilfe sei nicht geschuldet gewesen.

e.

**[50]** Hätte die Beklagte zu Beginn der rechtlichen Vertretung durch A. im Berufungsverfahren vor dem LAG Prozesskostenhilfe beantragt, wäre diese auch bewilligt worden. Die Anspruchsberechtigung der Beklagten ergibt sich zum einen daraus, dass das Landesarbeitsgericht Köln im Beschluss vom 20. April 2017 ihr in vollem Umfang uneingeschränkt für den gesamten Rechtszug ratenfreie Prozesskostenhilfe bewilligte. Zudem ist unstrittig, dass die Beklagte im Zuge der Beauftragung von A. mit der Durchführung des Berufungsverfahrens hierfür einen Kredit in Höhe von EUR 20.000,00 aufgenommen hat. Dies hat das Landgericht im Tatbestand seines Urteils als unstrittig festgehalten. Nach § 314 Satz 1 ZPO liefert der Tatbestand des Urteils Beweis für das mündliche Parteivorbringen. Etwaige Unrichtigkeiten der tatbestandlichen Feststellungen können nur im Berichtigungsverfahren nach § 320 ZPO behoben werden (BGH, Beschluss vom 2. Dezember 2015 - VII ZR 48/13, Rn. 14; Urteil vom 14. Juli 2009 - XI ZR 18/08, Rn. 11). Eine Berichtigung des Tatbestandes hat die Klägerin indes erstinstanzlich nicht beantragt. Die Beklagte hatte bereits am 13. Juni 2016 einen Darlehensvertrag mit der Stadtparkasse G.-Stadt über einen Betrag von EUR 5.000,00 geschlossen. Den Sachvortrag hinsichtlich der Kreditaufnahmen hat die Klägerin nachfolgend nicht bestritten, sondern sie als solche zugestan-

den: *"Es erscheint zudem fraglich, weshalb sich die Antragsgegnerin trotz zweier Kredite über insgesamt EUR 25.000,00 bei zu dem Zeitpunkt offenen oder bereits gezahlten Rechnungsbeträgen in Höhe von lediglich knD. EUR 16.000,00 weiterhin in einer finanziellen Misere befunden haben soll."* (Schriftsatz vom 4. September 2017, S. 7, GA 35). Auch im nachgelassenen Schriftsatz vom 7. Februar 2023 geht die Klägerin davon aus, dass es der Beklagten *"ohne weiteres möglich war, Darlehensvaluta in Höhe von immerhin EUR 25.000,00 zu erhalten."* Die Kreditaufnahmen im Juni und August 2016 sind somit unstreitig. Der Senat ist vor diesem Hintergrund überzeugt davon, dass die Beklagte auch im August 2016 bereits bedürftig i.S. §§ 114 ff. ZPO war und im Zuge einer Antragstellung zu oder mit der Berufungseinlegung Prozesskostenhilfe bewilligt bekommen hätte. Einer weiteren Sachaufklärung durch Einsichtnahme in das PKH-Heft des Berufungsverfahrens vor dem LAG Köln, welches offenbar aus Gründen des Schutzes der Daten der Beklagten im Zuge der Aktenübersendung nicht mit übermittelt worden war, bedarf es nicht. Der Senat vermag keinerlei Anhaltspunkte dafür zu erkennen, dass sich die finanzielle Situation der Beklagten erst zwischen August 2016, als sie Rechtsanwältin F. bereits auf eine "finanzielle Notlage" und eine laufende finanzielle Unterstützung durch ihre Eltern hinwies, und der nur wenige Monate später tatsächlich erfolgten PKH-Bewilligung durch das LAG Köln derart verschlechtert hätte, dass die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die PKH-Bewilligung erst in diesem relativ kurzen Zeitfenster entstanden sein könnten. Im Gegenteil legen die in der 1. Instanz des hiesigen Zivilverfahrens von der Beklagten zu den Akten gereichten PKH-Unterlagen den Schluss nahe, dass sich die Einkommensverhältnisse der Beklagten jedenfalls seit Beginn des Jahres 2017 nicht wesentlich geändert haben.

**[51]** Soweit die Klägerin aus dem erfolgreichen **Abschluss der Kreditverträge** schlussfolgern will, die Beklagte habe über hinreichende Mittel verfügt bzw. die Voraussetzungen für eine Bewilligung von Prozesskostenhilfe hätten mangels hinreichender **Bedürftigkeit** im August 2016 nicht vorgelegen, folgt der Senat dem nicht. Die Kreditaufnahmen lassen in erster Linie den Schluss zu, dass die mit den hohen Vergütungsforderungen von A. konfrontierte Beklagte von dritter Seite finanzielle Unterstützung benötigte. Dem steht nicht entgegen, dass die Darlehensgewährungen auf eine Kreditwürdigkeit der Beklagten schließen lassen, sie möglicherweise Sicherheiten bieten konnte. Denn im Prozesskostenhilfverfahren bleiben bestimmte Vermögensgüter, beispielsweise ein selbst bewohntes Hausgrundstück (§ 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII), als "Schonvermögen" außer Betracht (vgl. hierzu nur Zöller/Schultzky, aaO, § 115 Rn. 78 mwN). **Die Kriterien eines privaten Kreditinstituts für eine Darlehensbewilligung haben keine Relevanz für die am Sozialhilferecht ausgerichteten Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe.** Dass die Beklagte

keine Sozialhilfe bezogen hat, worauf sich die Klägerin im nachgelassenen Schriftsatz vom 7. Februar 2023 bezogen hat, schließt eine Bedürftigkeit der Beklagten i.S. §§ 114 ff. ZPO von Anbeginn des Berufungsverfahrens vor dem LAG Köln nicht aus. Prozesskostenhilfe wird nicht nur den Empfängern von Sozialhilfe gewährt.

f.

**[52]** Dem in Höhe der gesetzlichen Gebühren begründeten Honoraranspruch der A. kann die Beklagte den so entstandenen Schadensersatzanspruch entgegenhalten. Da das Dienstvertragsrecht keine Kürzung oder Minderung wegen einer mangelhaften Dienstleistung kennt (vgl. hierzu nur BGH, Urteil vom 4. Februar 2010 - IX ZR 18/09, Rn. 55; G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch der Anwaltshaftung, 4. Auflage 2015, § 2 Rn. 496 mwN), kann der Rechtsanwalt trotz einer Schlechtleistung im Grundsatz die ihm geschuldeten Gebühren verlangen (vgl. BGH, Urteile vom 15. Juli 2004 - IX ZR 256/03; vom 4. Februar 2010, aaO; Senat, Beschluss vom 30. Mai 2011 - I-24 U 58/11, Rn. 4). **Allerdings kann der Mandant die Belastung mit der Honorarverbindlichkeit als Bestandteil eines Schadensersatzanspruchs der Verpflichtung zur Zahlung des Honorars entgegenhalten.** Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB, *dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*) verbietet die Durchsetzung des Honoraranspruchs, weil der Gläubiger das Erlangte an den Schuldner wieder herauszugeben hätte (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 27. Juli 2010 - IX ZR 227/09, Rn. 13). Ob ein Schadensersatzanspruch aus §§ 281 Abs. 1 und 2, 280 Abs. 1 und 3 BGB iVm § 611ff. BGB herzuleiten ist (so OLG Düsseldorf, Urteil vom 2. November 2005 - I-15 U 117/04; OLG Hamm, Urteil vom 11. Juli 2007 - 3 W 35/07; siehe auch Senat, Beschluss vom 31. Mai 2011, Rn. 5), der Mandant einen Freistellungsanspruch in Höhe der Honorarforderung hat (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 25. Januar 2005 - I-24 U 43/04, Rn. 27) oder der Dienstberechtigte in derartigen Fällen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend machen kann (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 26. Februar 2007 - 12 U 1433/04), bedarf keiner Entscheidung. Denn der Honoraranspruch von A. ist jedenfalls im Ergebnis unbegründet, was sich die Klägerin als Zedentin gem. § 406 entgegenhalten lassen muss.

**[53-57]** (...)

## Notarhaftung

- Vermutung beratungsgerechten Verhaltens
- Mehrere Handlungsmöglichkeiten
- Rechtsprechung des V., IX. und XI. Senats des BGH (BGH, Urt. v. 15.6.2023 – III ZR 44/22)

### Leitsatz

Schuldet ein Notar einen bestimmten Rat, Hinweis oder eine bestimmte Warnung, so spricht der erste Anschein dafür, dass die Beteiligten dem gefolgt wären. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass bei ordnungsgemäßem Verhalten nach der Lebenserfahrung lediglich ein bestimmtes Verhalten nahegelegen hätte oder sämtliche vernünftigen Verhaltensmöglichkeiten identische Schadensbilder ergeben hätten. Besteht dagegen nicht nur eine einzige verständige Entscheidungsmöglichkeit, sondern kommen verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht und bergen sämtliche gewisse Risiken in sich, ist für einen Anscheinsbeweis kein Raum (Bestätigung von Senat, Urteil vom 10. Juli 2008 - III ZR 292/07, WM 2008, 1753 Rn. 14; Übernahme von BGH, Urteil vom 16. September 2021 - IX ZR 165/19, NJW 2021, 3324 Rn. 36 mwN für die Notarhaftung; Abgrenzung von BGH, Urteile vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 und vom 15. Juli 2016 - V ZR 168/15, BGHZ 211, 216).

### Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin begehrt die Feststellung der Schadensersatzpflicht des beklagten Notars wegen der Verletzung von Amtspflichten bei der Beurkundung eines Kaufvertrags über ein Erbbaurecht.

[2] Die Klägerin beabsichtigte, ein Einfamilienhaus zu erwerben, um dieses mit ihrem Lebensgefährten, dem Zeugen Dr. J. (im Folgenden: Zeuge), und der gemeinsamen Tochter zu bewohnen. Im Jahr 2012 wurde sie auf ein mit einem Einfamilienhaus bebautes Erbbaurechtsgrundstück aufmerksam, das Bestandteil eines Nachlasses war, für den eine Pflugschaft angeordnet war. Ein Verkehrswertgutachten hatte einen Wert des Erbbaurechts von 200.000 € und einen Renovierungsaufwand von 26.000 € ermittelt. Erste Verhandlungen mit dem Nachlasspfleger über den Kauf des Erbbaurechts blieben erfolglos.

[3] Am 14. Februar 2013 wurde ein Kaufvertrag über das Erbbaurecht mit einem anderen Interessenten zu einem Kaufpreis von 140.000 € durch einen anderen Notar beurkundet. Nachdem der Zeuge hiervon erfahren hatte, bot die Klägerin nunmehr 160.000 €. Zugleich führte sie mit dem Grundstückseigentümer Gespräche über den Erwerb des Eigentums.

[4] Am 29. Mai 2013 übersandte der beklagte Notar der Klägerin einen Vertragsentwurf, in dem es unter § 2 heißt, der Käufer übernehme sämtliche Rechte und Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag vom 19. Juni 1979, der ihm bekannt sei und von dem er eine Kopie erhalten habe. Der Erbbaurechtsvertrag enthält eine Instandhaltungsverpflichtung des Erbbauberechtigten und eine Heimfallklausel unter anderem für den Fall einer nicht ordnungsgemäßen Instandhaltung gegen eine Entschädigung in Höhe von 2/3 des gemeinen Werts der errichteten Gebäude.

[5] Der Beklagte beurkundete am 7. Juni 2013 den Kaufvertrag (im Folgenden auch: Vertrag) zwischen der Klägerin und dem für die unbekannteten Erben handelnden Nachlasspfleger. Der Beklagte hatte den Erbbaurechtsvertrag vor der Beurkundung nicht beigezogen und die Klägerin über den Inhalt und die rechtliche Tragweite des Erbbaurechtsvertrages nicht belehrt. Der Vertrag mit der Klägerin wurde vom Nachlassgericht genehmigt, nicht dagegen der frühere Kaufvertrag mit dem geringeren Kaufpreis.

[6] Die Klägerin wurde ins Grundbuch eingetragen. Die Verhandlungen mit dem Eigentümer über den Erwerb des Eigentums scheiterten im Mai 2017 an auseinanderliegenden Kaufpreisvorstellungen. Inzwischen macht der Eigentümer unter dem Vorwurf, die Klägerin habe die Instandhaltungsverpflichtung verletzt, einen Heimfallanspruch geltend.

[7] Die Klägerin hat - soweit für das Revisionsverfahren relevant - geltend gemacht, der Notar habe seine Amtspflichten zur Sachverhaltsaufklärung sowie zur Belehrung über die rechtliche Tragweite des Geschäfts aus § 17 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BeurkG verletzt, indem er es unterlassen habe, den Erbbaurechtsvertrag anzufordern und die Klägerin entsprechend zu belehren. Sie behauptet, entgegen § 2 des Vertrags habe ihr keine Kopie des Erbbaurechtsvertrags vorgelegen; hierauf habe der Zeuge den Beklagten ausdrücklich hingewiesen. Hätte sie von der Instandhaltungsverpflichtung und der Heimfallklausel gewusst, hätte sie das Erbbaurecht nicht erworben. Sie habe bisher bereits mehr als 50.000 € für die Trocknung des Gebäudes aufgewendet, und es sei zu erheblichen Verzögerungen beim Fortschritt der Arbeiten gekommen. Für den Fall eines Heimfalls entstehe ihr weiterer Schaden, da nicht damit zu rechnen sei, dass sie den Kaufpreis und ihre bisherigen Aufwendungen vollständig erstattet erhalte.

[8] Das Landgericht hat die auf Feststellung der Pflicht des Beklagten zum Ersatz sämtlicher Schäden, die der Klägerin im Zusammenhang mit dem Abschluss des Kaufvertrags über das Erbbaurecht entstanden sind, gerichtete Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung durch Versäumnisurteil zurückgewiesen, das es durch das angefochtene Urteil aufrechterhalten hat. Mit der vom Senat zugelassenen Revision

möchte die Klägerin ihr Begehren in vollem Umfang weiterverfolgen.

#### Aus den Gründen:

[9] Die zulässige Revision ist unbegründet.

I.

[10] Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es könne dahinstehen, ob für die Feststellungsklage ein Rechtsschutzbedürfnis bestehe, da diese jedenfalls unbegründet sei. Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO. Zwar habe der Beklagte die ihm obliegenden Sachverhaltsaufklärungs- und Belehrungspflichten aus § 17 Abs. 1 Sätze 1 und 2 BeurkG verletzt, indem er es unterlassen habe, den Erbbaurechtsvertrag anzufordern, einzusehen und auf seine Relevanz hin zu überprüfen sowie die Klägerin über den bedeutsamen Inhalt in Kenntnis zu setzen und zu belehren. Das Gericht könne aber nicht mit der nach § 287 ZPO erforderlichen überwiegenden Wahrscheinlichkeit feststellen, dass der Klägerin ein Schaden entstanden sei, der auf der Pflichtverletzung beruhe.

[11] Nach dem Ergebnis ihrer Anhörung sowie der Vernehmung des Zeugen sei es zwar möglich, dass die Klägerin lediglich aufgrund einer aus ihrer Sicht unglücklichen Verkettung von Umständen - insbesondere einer defizitären Kommunikation zwischen ihr und dem Zeugen - irrig davon ausgegangen sei, der Erbbaurechtsvertrag habe diesem vorgelegen, und dass sie in Kenntnis des Vertragsinhalts den Kaufvertrag nicht unterschrieben hätte. Es sei indes ebenso möglich, dass der Inhalt des Erbbaurechtsvertrages für sie aufgrund des beabsichtigten und von ihr erwarteten Eigentumserwerbs für die Kaufentscheidung nicht entscheidend und damit eine fehlende Aufklärung und Belehrung über den Inhalt und die rechtlichen Auswirkungen nicht kausal gewesen seien. Die Klägerin könne sich nicht auf die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens berufen. Dies setze voraus, dass im Falle einer sachgerechten Beratung nur ein Unterbleiben der Vertragsunterzeichnung als einzig sachgerechte Reaktion zu erwarten gewesen wäre. Bestehe indessen nicht nur eine einzige verständige Entscheidungsmöglichkeit, sondern kämen verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht, die unterschiedliche Vorteile und Risiken in sich bürkten, sei grundsätzlich kein Raum für einen Anscheinsbeweis. So liege es hier, da es ebenso denkbar sei, dass die Klägerin von der Unterzeichnung Abstand genommen hätte, wie, dass es ihr auf das Erbbaurecht im Hinblick auf den erwarteten Eigentumserwerb nicht angekommen wäre.

II.

[12] Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung stand.

[13] 1. Das Berufungsgericht hat eine Verletzung einer gegenüber der Klägerin bestehenden Amtspflicht des Beklagten darin gesehen, dass dieser es unterlassen hat, den Erbbaurechtsvertrag anzufordern, einzusehen und auf seine Relevanz hin zu überprüfen sowie die Klägerin über den bedeutsamen Inhalt in Kenntnis zu setzen und zu belehren. Dies lässt Rechtsfehler nicht erkennen und wird auch von dem Beklagten nicht angegriffen.

[14] 2. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass zur Beantwortung der Frage, welchen Schaden eine Amtspflichtverletzung zur Folge hat, in den Blick zu nehmen ist, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten genommen hätten und wie die Vermögenslage des Betroffenen sein würde, wenn der Notar die Pflichtverletzung nicht begangen hätte (vgl. zB Senat, Urteile vom 16. Februar 2023 - III ZR 210/21, VersR 2023, 612 Rn. 17 und vom 10. Juli 2008 - III ZR 292/07, WM 2008, 1753 Rn. 14, jew. mwN). Dabei hat grundsätzlich der Geschädigte den haftungsausfüllenden Ursachenzusammenhang zwischen dem Haftungsgrund und dem Eintritt des geltend gemachten Schadens darzulegen und nachzuweisen, wobei das Beweismaß des § 287 Abs. 1 ZPO gilt (stRspr, vgl. Senat, Urteile vom 23. Oktober 2014 - III ZR 82/13, NJW-RR 2015, 158 Rn. 9 und vom 10. Juli 2008 aaO jew. mwN).

[15] Diesen Beweis hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei nicht als geführt angesehen. Dabei kann es dahinstehen, ob dieser Beweis bereits dann geführt ist, wenn lediglich eine **überwiegende Wahrscheinlichkeit** für den Ursachenzusammenhang festzustellen ist (so BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 113/17, BGHZ 221, 43 Rn. 12 mwN) oder eine **"deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit"** zu verlangen ist (so BGH, Urteil vom 5. Februar 2009 - IX ZR 6/06, NJW 2009, 1591 Rn. 14), da das Berufungsgericht bereits eine überwiegende Wahrscheinlichkeit verneint hat.

[16] Ohne Erfolg rügt die Revision insoweit, das Berufungsgericht habe es unter Verletzung des Anspruchs der Klägerin auf rechtliches Gehör für möglich erachtet, dass es dieser auf die nähere Ausgestaltung des Erbbaurechts nicht angekommen sei. Das Berufungsgericht hat sich eingehend mit dem Vortrag der Klägerin befasst und insbesondere die Aussage des Zeugen ausführlich gewürdigt, indem es auf den Widerspruch hingewiesen hat, dass diesem nach seiner Aussage einerseits der Erbbaurechtsvertrag wichtig gewesen sei, er aber andererseits nicht nach diesem nachgefragt habe und zudem bereit gewesen sein wolle, bis kurz vor dem Termin auf die Übersendung des Erbbaurechtsvertrags zu warten, so dass die angeblich beabsichtigte eingehende Prüfung nicht mehr möglich gewesen wäre.

[17] 3. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht schließlich angenommen, dass die Voraussetzungen für das Eingreifen der **Vermutung beraterrichtigen Verhaltens** nicht erfüllt sind. Nach der Rechtsprechung des Senats kann sich der Geschädigte auf diese nicht berufen, wenn es - wie hier - **mehrere naheliegende Handlungsmöglichkeiten** gibt (vgl. Senat, Urteil vom 10. Juli 2008 aaO). Rechtsprechung und Literatur sind dem gefolgt (OLG Hamm, Urteil vom 17. April 2019 - 11 U 93/18, juris Rn. 22; OLG Dresden, Urteil vom 30. März 2015 - 17 U 1717/14, juris Rn. 11; OLG Schleswig, NJW-RR 2013, 1164, 1166; BeckOK BNotO/Schramm, Stand: 1. März 2023, § 19 Rn. 204 f; Mayer in Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 4. Aufl., Rn. 997; Reinhart in Heineemann/Trautrimms, Notarrecht, 1. Aufl., § 19 BNotO Rn. 48; Hogl in Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl., § 35 Rn. 62; Frenz in Miermeister/Frenz, BNotO, 5. Aufl., § 19 Rn. 65; Geigel/Brodöfel, Haftpflichtprozess, 28. Aufl., Kap. 20 Rn. 294). **Der Senat sieht auch nach nochmaliger Überprüfung keine Veranlassung, in Abweichung hiervon die hinsichtlich der Beweislast für den schadenstiftenden Kausalverlauf geänderte Rechtsprechung des XI. Zivilsenats für Fälle einer Kapitalanlageberatung durch Banken (BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159) und des V. Zivilsenats für einen Beratungsfehler des Vermittlers eines Wohnkaufs als Kapitalanlage (BGH, Urteil vom 15. Juli 2016 - V ZR 168/15, BGHZ 211, 216) auf den Bereich der Notarhaftung zu übertragen.**

[18] a) Schuldet der Notar - wie hier - einen bestimmten Rat, Hinweis oder eine bestimmte Warnung, so spricht der **erste Anschein** dafür, dass die Beteiligten dem gefolgt wären. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass bei ordnungsgemäßem Verhalten nach der Lebenserfahrung lediglich **ein bestimmtes Verhalten nahegelegen hätte oder sämtliche vernünftigen Verhaltensmöglichkeiten identische Schadensbilder** ergeben hätten. **Besteht dagegen nicht nur eine einzige verständige Entscheidungsmöglichkeit, sondern kommen verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht und bergen sämtliche gewisse Risiken in sich, ist für einen Anscheinsbeweis kein Raum** (vgl. Senat, Urteil vom 10. Juli 2008 aaO mwN). Dies folgt daraus, dass die Lebenserfahrung, auf der der Beweis des ersten Anscheins beruht, keinen Aufschluss darüber geben kann, wie sich der Betroffene entschieden hätte, wenn er unter mehreren gleichwertigen Möglichkeiten hätte wählen können und müssen (vgl. auch BGH, Urteil vom 16. September 2021 - IX ZR 165/19, NJW 2021, 3324 Rn. 36).

[19] aa) Allerdings hat zunächst der **XI. Zivilsenat in einem Kapitalanlagefall** hinsichtlich der Kausalität der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungs- oder Beratungspflichten für die Anlageentscheidung eine **Beweislastumkehr auch dann angenommen, wenn für den Vertragspartner ein Entscheidungskonflikt besteht** (Urteil vom 8. Mai 2012 aaO). Er hat

dies damit begründet, das Abstellen auf das Fehlen eines Entscheidungskonflikts sei mit dem **Schutzzweck der Beweislastumkehr** nicht zu vereinbaren (aaO Rn. 33). Der Rechtsprechung zur Kausalitätsvermutung bei Verletzung einer Aufklärungspflicht liege die Erwägung zu Grunde, dass der Zweck der Aufklärungs- und Beratungspflichten nur erreicht werde, wenn Unklarheiten, die durch eine Aufklärungspflichtverletzung bedingt seien, zu Lasten des Aufklärungspflichtigen gingen (aaO Rn. 35). Wenn sich für den Kapitalanleger mehrere Handlungsalternativen stellten, sei dessen Aufklärung und Beratung von besonderer Wichtigkeit, um seine Entscheidungsfreiheit zu wahren, zumal gerade die zurückgehaltene Information geeignet gewesen wäre, den Anleger vom empfohlenen Geschäft abzubringen (aaO Rn. 36).

[20] Daraufhin hat der **V. Zivilsenat**, der bei einem Beratungsfehler des Verkäufers für den Entschluss des Käufers zum Erwerb einer als Kapitalanlage angebotenen Immobilie eine Vermutung für die Ursächlichkeit ursprünglich nicht angewendet hat, wenn sich der Käufer bei richtiger Information in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, **seine Rechtsprechung ebenfalls geändert** und entschieden, **es sei in diesem Fall Sache des Verkäufers darzutun, dass die dem Käufer erteilten Fehlinformationen für dessen Entscheidung zum Kauf irrelevant gewesen seien** (Urteil vom 15. Juli 2016 aaO Rn. 20). Er hat dies damit begründet, dass die Beratung durch den Verkäufer über die Wirtschaftlichkeit des Geschäfts, insbesondere durch die Vorlage eines Berechnungsbeispiels, vom Verkäufer nicht geschuldet sei und vornehmlich dessen Interesse diene, die Vermittlung des Immobilienkaufs zu fördern. Sei der Vertragsschluss nach einer solchen Beratung des Verkäufers erfolgt, sei nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass diese - wie beabsichtigt - gewirkt habe und damit für den Vertragsentschluss des Käufers ursächlich gewesen sei. Daran ändere es nichts, wenn dem Käufer bei richtiger Beratung mehrere Handlungsalternativen zur Verfügung gestanden hätten (aaO Rn. 21).

[21] Der in dieser Sache erkennende Senat hat allerdings demgegenüber auch im Zusammenhang mit der Eingehung von Kapitalanlagen daran festgehalten, dass zugunsten des Anlegers für den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzungen seines Gegners und dem geltend gemachten Schaden lediglich eine durch Lebenserfahrung begründete tatsächliche Vermutung streiten kann (zB Urteile vom 5. Juni 2022 - III ZR 131/20, BGHZ 233, 279 Rn. 36 ff [Prospektfehler] und vom 16. Mai 2019 - III ZR 176/18, WM 2019, 1203 Rn. 24 [Beratungsfehler] jew. mwN). Die vorliegende Fallgestaltung gibt jedoch keine Veranlassung, auf diesen Unterschied einzugehen, da eine Beweislastumkehr schon aus den nachfolgenden Gründen unabhängig hiervon ausscheidet.

**[22] bb)** Auf die Fälle anwaltlicher Beratung hat der **IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs** die Erwägungen des XI. und V. Zivilsenats hingegen **nicht für übertragbar gehalten, sondern daran festgehalten, dass ein Anscheinsbeweis für den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden dann nicht eingreift, wenn mehrere Handlungsmöglichkeiten bestehen** (vgl. BGH, Urteile vom 16. September 2021 aaO Rn. 36; vom 9. Januar 2020 - IX ZR 61/19, NJW 2020, 1139 Rn. 24 und vom 16. Juli 2015 - IX ZR 197/14, NJW 2015, 3447 Rn. 23, 25 f; Beschluss vom 15. Mai 2014 - IX ZR 267/12, NJW 2014, 2795 Rn. 2 ff). Er hat dies unter Hinweis auf die **Heterogenität der in Betracht kommenden anwaltlichen Pflichten** damit begründet, dass nur so eine **angemessene Risikoverteilung** sichergestellt sei (vgl. Urteil vom 16. Juli 2015 aaO Rn. 23 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 30. September 1993 - IX ZR 73/93, BGHZ 123, 311, 315 f). Denn der mit einem rechtlichen Berater geschlossene Vertrag sei häufig so sehr durch die besonderen Umstände des Einzelfalles geprägt, dass erst deren Einbeziehung erkennen lasse, ob Raum sei für eine Vermutung, die das tatsächliche Verhalten des Mandanten betreffe (vgl. BGH, Urteil vom 30. September 1993 aaO). **Zudem würde der rechtliche Berater unangemessen benachteiligt, weil er die zu seinen Lasten gehende Vermutung in der Regel nicht widerlegen könnte, da er Tatsachen beweisen müsste, die ganz oder überwiegend im Einfluss- und Kenntnisbereich des Mandanten lägen** (vgl. BGH aaO S. 316).

**[23] b)** Auf der Grundlage der überzeugenden Erwägungen des IX. Zivilsenats ist auch im Bereich der Notarhaftung daran festzuhalten, dass sich der Geschädigte nur dann auf die Vermutung beratergerichtigen Verhaltens stützen kann, wenn für ihn bei einem pflichtgemäßen Verhalten des Notars nur eine einzige verständige Entscheidungsmöglichkeit bestanden hätte oder sich bei mehreren Kausalverläufen dasselbe Schadensbild bieten würde.

**[24]** Die vielfältigen Pflichten des Notars gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG zur Klärung des Sachverhalts, Erforschung des Willens der Beteiligten und ihrer Belehrung sollen in erster Linie die Errichtung einer rechtswirksamen Urkunde über den wahren Willen der Beteiligten gewährleisten. Diese Pflichten sind vergleichbar heterogen wie die Beratungspflichten eines Rechtsanwalts oder Steuerberaters. **Ebenso wie dem Rechtsberater würde dem Notar der Nachweis solcher Umstände aufgebürdet, die ganz oder überwiegend im Einfluss- und Kenntnisbereich des Beteiligten liegen.** Anders als der Vermittler einer Immobilie als Kapitalanlage **handelt der Notar bei der Erfüllung seiner Pflichten nicht im eigenen Interesse**, und es kann ihm nicht unterstellt werden, durch eine fehlerhafte oder unvollständige Beratung die Absicht zu verfolgen, auf den Vertragsentschluss des Beteiligten zum eigenen Vorteil einzuwirken (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 15. Juli 2016 aaO Rn. 21).

Anders auch als in den Fällen eines Aufklärungs- und Beratungsfehlers eines Anlageberaters kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass gerade die zurückgehaltene Information geeignet gewesen wäre, den Beteiligten von dem Geschäft abzubringen (vgl. BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 Rn. 36). **Die Anwendung eines Anscheinsbeweises oder gar einer Beweislastumkehr auch bei Vorliegen eines Entscheidungskonflikts würde daher ebenso wie in den Fällen fehlerhafter rechtlicher Beratung zu einer unangemessenen Risikoverteilung führen.** So würde der Notar im vorliegenden Fall nicht nur dann haften, wenn eine nach § 287 ZPO hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass die Klägerin von vornherein angesichts der mit der Ausgestaltung des Erbbaurechts verbundenen Risiken vom Vertragsschluss abgesehen hätte. Er wäre darüber hinaus de facto auch dem Risiko einer Haftung ausgesetzt, wenn sich lediglich die Erwartungen der Klägerin, das Eigentum an dem Grundstück erwerben zu können, oder ihre Einschätzung hinsichtlich des Zustandes des Gebäudes und der Höhe der daher erforderlichen Kosten für dessen Renovierung nachträglich als unzutreffend herausstellen.

## Notarhaftung

- Verstoß gegen § 2347 BGB
- Kenntnisunabhängige Verjährung  
(*OLG Hamm, Ur. v. 12.7.2023 – I-11 U 148/22*)

### Leitsatz

Zur Haftung eines Notars, der einen wegen eines Verstoßes gegen § 2347 BGB unwirksamen Pflichtteilsverzichtungsvertrag beurkundet, und zur Frage, wann hieraus dem Erben ein Schaden entsteht, so dass die 10jährige, kenntnisunabhängige Verjährungsfrist beginnt.

### Zum Sachverhalt:

**[1]** Die Parteien streiten über Ansprüche aus einer klägerseits behaupteten notariellen Amtspflichtverletzung des Beklagten, der bis zum 31.03.2022 Notar mit dem Amtssitz in D (Westfalen) war.

**[2]** Die Klägerin ist Tochter und aufgrund eines notariellen Testaments vom 14.12.2005 (Bl. 8-10 LG-Akte), vom Beklagten unter der Urk.-Nr. #4/2005 beurkundet, Hofes- und Alleinerbin des am 00.00.1947 geborenen und am 00.00.2020 verstorbenen Landwirts E (im Folgenden: Erblasser). Im Testament wurde durch den Erblasser der Wert des Vermögens für die Kostenberechnung mit 330.000,00 EUR angegeben.

[3] Der verwitwete Erblasser war bis zu seinem Tode Eigentümer des im Grundbuch von G 01 eingetragenen landwirtschaftlichen Grundbesitzes in F, bei dem es sich um einen Hof im Sinne der Höfeordnung handelt.

[4] Unter der Urkunden Nr. #8/2006 beurkundete der Beklagte am 06.02.2006 eine zwischen dem Erblasser (als Beteiligten zu 1) und dessen Töchtern, der Klägerin (als Erschienenene zu 3) und Frau A (als Erschienenene zu 2) als Pflichtteilsverzichtsvertrag bezeichnete Vereinbarung (Bl. 14-18 LG-Akte). Diese enthielt (u.a.) folgende Regelungen:

"§ 1

[5] Die Erschienenene zu 2. verzichtet gegenüber dem Beteiligten zu 1. für sich und ihre Abkömmlinge (...) auf ihr gesetzliches Pflichtteilsrecht und ihre Pflichtteilsergänzungsansprüche.

[6] Der Beteiligte zu 1. nimmt diesen Verzicht an. (...)

§ 4

[7] (...) 1.

[8] Die Erschienenene zu 2. erklärt sich hinsichtlich des hier bezeichneten Hofes für abgefunden und verzichtet endgültig und unwiderruflich auf die Geltendmachung weitergehender Abfindungsansprüche gemäß § 12 der Höfeordnung aus Anlass der notariellen Erbeinsetzung meiner Schwester Marion.

[9] (...) 2.

[10] Zum Zwecke der Abfindung für die hofes- und hofesfreien Ansprüche verpflichtet sich die Erschienenene zu 3. an die Erschienenene zu 2. einen Betrag in Höhe von 30.000,00 EURO - i.W. dreißigtausend EURO- zu zahlen.

[11] (...)

[12] Ich, die Erschienenene zu 2. erkläre mich damit einverstanden, dass dieser Betrag für meinen etwaigen Nachabfindungsanspruch gemäß § 13 HöfeO anzurechnen ist.

3.

[13] Der vorbezeichnete Verzicht erstreckt sich unter der nachfolgenden Maßgabe auch auf Ergänzungsabfindungsansprüche gemäß § 13 Höfeordnung, über dessen Inhalt ich ausführlich belehrt wurde. Sollte der potentielle Hofesübernehmer innerhalb der Frist des § 13 Höfeordnung -somit nach Übertragung des Betriebes, sei es durch tatsächlichen Erbfall oder vorweggenommene Erbfolge- Handlungen vornehmen, die Ergänzungsabfindungsansprüche, heute oder zukünftig, auszulösen

imstande sind, insbesondere den Hof oder einzelne Grundstücke, Liefer-, wie Brennrechte oder Anlieferungsreferenzmengen Milch des Hofes verkaufen oder sonstige Verwertungsmaßnahmen im Sinne von § 13 Höfeordnung treffen, so verzichte ich auf die Geltendmachung von Abfindungsansprüchen gemäß § 13 Höfeordnung, sofern der hiermit erzielte Erlös innerhalb von fünf Jahren in beliebige Wirtschaftsgüter des landwirtschaftlichen Betriebes reinvestiert wird. Auf einen gleichwertigen Erwerb von Ersatzland kommt es dabei nicht an; hierdurch soll dem Hofesübernehmer ermöglicht werden, den Hof aus etwaigen Erlösen zu vergrößern. (...)

4.

[14] Der vorbezeichnete Verzicht richtet sich an die Beteiligten zu 1. und 3. 5.

[15] Die Beteiligten zu 1. und 3. erklären hiermit jeder für sich die Annahme vorstehender Verzichtserklärung. Der Wert der Urkunde wird mit 30.000 EURO angegeben.

[16] Der Notar wies darauf hin, dass zur Wirksamkeit des Verzichtsvertrages die notarielle Zustimmung des E erforderlich ist. Solange ist der Pflichtteilsverzichtsvertrag schwebend unwirksam. (...)"

[17] Zu der Beurkundung erschien der Erblasser nicht persönlich, sondern wurde durch eine Mitarbeiterin des Beklagten vollmachtlos vertreten.

[18] Mit Erklärung vom 09.02.2006 (Bl. 86.C LG-Akte) genehmigte der Erblasser die von der vollmachtlosen Vertreterin abgegebenen Erklärungen. Die unter dieser Erklärung abgegebene Unterschrift wurde am selben Tage durch den Beklagten notariell beglaubigt (Urk.-Nr. #7/2006).

[19] Der am 06.02.2006 vereinbarten Betrag von 30.000,00 EUR wurde im Laufe des Jahres 2006 an die Schwester der Klägerin gezahlt.

[20] Nach dem Tode des Erblassers trat die Schwester der Klägerin an diese heran und ließ sie mit anwaltlichem Schreiben vom 27.04.2021 (Bl. 19 f. LG-Akte) - unter Hinweis auf eine Unwirksamkeit des Pflichtteilsverzichtsvertrages - auffordern, ein Nachlassverzeichnis zu erstellen.

[21] Die Klägerin forderte daraufhin mit anwaltlichem Schreiben vom 27.05.2021 den Beklagten unter Hinweis darauf, dass die Schwester nunmehr Pflichtteilsansprüche geltend mache, auf zu erklären, dass er sie von sämtlichen Pflichtteilsansprüchen der Schwester freistellen werde.

[22] Der Beklagte lehnte dies ab und erhebt gegen die geltend gemachten Ansprüche insbesondere die Einrede der Verjährung.

[23] Hinsichtlich der weiteren Darstellung des Sach- und Streitstandes sowie der erstinstanzlich gestellten Anträge wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf das angegriffene Urteil des Landgerichts Münster (Az. 202 O 1126/21) Bezug genommen.

[24] Das Landgericht hat die dem Beklagten im Dezember 2021 zugestellte Klage mit dem am 16.09.2022 verkündetem Urteil abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass ein etwaiger Schadensersatzanspruch der Klägerin spätestens seit dem 10.02.2016 verjährt sei. Der streitgegenständliche Anspruch sei mit Abschluss des wegen des Verstoßes gegen § 2347 Abs. 2 BGB unwirksamen Pflichtteilsverzichtsvertrages vom 06.02.2006, spätestens jedoch mit der Abgabe der Genehmigungserklärung des Erblassers vom 09.02.2006 entstanden. Bereits zu diesem Zeitpunkt sei es zu einer Vermögensverschlechterung bei der Klägerin gekommen. Durch die Pflichtverletzung des Beklagten sei die Erwerbsaussicht der Klägerin als zuvor testamentarisch eingesetzter Erbin geschädigt worden. Ihre Stellung als künftige Erbin sei dadurch, dass der Pflichtteilsverzicht unwirksam gewesen sei, mit Pflichtteilsansprüchen ihrer Schwester belastet worden. Die bloße Möglichkeit, dass der Erblasser jemand anderen als Erben einsetzen können, rechtfertige keine andere Beurteilung. Zum einen stelle sich diese Annahme in höchstem Maße als unwahrscheinlich dar, zum anderen stelle dies einen bloß hypothetischen Kausalverlauf dar, welcher für die Beurteilung der Frage, ob die Pflichtverletzung zu einem Vermögensschaden geführt habe, außer Betracht zu bleiben habe.

[25] Gegen diese Entscheidung wendet sich die Klägerin mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung, mit welcher sie ihr ursprüngliches Klagebegehren weiterverfolgt und hilfsweise - für den Fall der Unzulässigkeit der Feststellungsklage - diese teilweise auf eine Leistungsklage umstellt.

[26] Unter ergänzender Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens rügt sie, dass das Landgericht zu Unrecht einen Verjährungsbeginn im Jahr 2006 angenommen habe. Ein Schaden habe frühestens mit dem Tod des Erblassers eintreten können; gegebenenfalls auch erst mit der Geltendmachung des Schadens durch die pflichtteilsberechtigte Schwester. Bis zum Tod des Erblassers habe sie, die Klägerin, noch keine gesicherte Rechtsposition als testamentarische Erbin innegehabt. Sie habe insoweit nicht geschädigt werden können.

[27] Zur Begründung des hilfsweise geltend gemachten Zahlungsantrags führt sie aus, dass sich der Nachlasswert des hofreien Vermögens auf 432.890,12 EUR belaufe. Wegen der genauen Zusammensetzung des behaupteten Nachlasses wird

auf die Aufstellung auf Bl. 5 OLG-Akte verwiesen. Daraus ergebe sich ein Pflichtteilsanspruch ihrer Schwester i. H. v. 108.222,53 EUR, auf welchen sie, die Klägerin, bereits einen Abschlag in Höhe von 100.000,00 EUR geleistet habe. Der konkrete Wert des Nachlasses sei zwischen ihr und ihrer Schwester umstritten.

[28-36] (*Anträge: ...*)

[37] Er (*Beklagte*) verteidigt das angefochtene Urteil mit weiteren Ausführungen und meint, die Feststellungsklage sei bereits in der ersten Instanz unzulässig gewesen. Sie könne in der Berufungsinstanz auch nicht mehr auf eine Leistungsklage umgestellt werden.

[38] Er bestreitet die vorgetragene Nachlasswerte und dass die Schwester - bis auf das Schreiben vom 27.04.2021 - weitere Anstrengungen unternommen habe, um ihren Pflichtteilsanspruch durchzusetzen. Von einem etwaigen Pflichtteilsanspruch der Schwester sei jedenfalls der bereits gezahlte Betrag i. H. v. 30.000 EUR abzuziehen.

[39] Die Verjährung habe das Landgericht, so der Beklagte, zu Recht angenommen. Ein Schaden sei der Klägerin bereits dadurch entstanden, dass sie für den Pflichtteilsverzicht ein Betrag i. H. v. 30.000 EUR gezahlt habe. Zudem sei der Erbananspruch der Klägerin durch eine Unwirksamkeit der Verzichtserklärung weiterhin mit einem Pflichtteilsanspruch ihrer Schwester belastet gewesen, auch daraus folge ein Schadenseintritt zum Zeitpunkt der Beurkundung.

[40] (...)

#### Aus den Gründen:

[41] Die zulässige Berufung der Klägerin hat auch in der Sache Erfolg.

[42] A. Die Klage ist als Feststellungsklage zulässig.

[43] Gemäß § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens erhoben werden, wenn die klagende Partei ein rechtliches Interesse daran hat [b]), dass ein Rechtsverhältnis [a]) durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. Die Feststellungsklage dient dabei allgemein dem Zweck, Rechtsgewissheit dort zu erlangen, wo eine Durchsetzung subjektiver Rechte durch Leistungsurteil oder eine Rechtsänderung durch Gestaltungsurteil nicht möglich ist [c]) (Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 34. Aufl. 2022, § 256 Feststellungsklage, Rn. 1). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

[44] a) Die vorliegende Klage ist auf die Feststellung des Bestehens eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses im Sinne des § 256 ZPO gerichtet.

[45] Unter einem Rechtsverhältnis ist die Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder Sache zu verstehen, die ein (mit materieller Rechtskraftwirkung feststellbares) subjektives Recht enthält oder aus der solche Rechte entspringen können (Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, § 256 Feststellungsklage, Rn. 3). Gegenstand einer Feststellungsklage können auch einzelne aus einem Rechtsverhältnis sich ergebende Rechte und Pflichten sein, nicht aber bloße Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses, reine Tatsachen oder etwa die Wirksamkeit von Willenserklärungen

[46] oder die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens (OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. Oktober 2007 - I-23 U 199/06 -, Rn. 59, juris m. w. Nachw.).

[47] Diese Voraussetzung ist bei sämtlichen Klageanträgen der Klägerin - welche auch in einem Antrag hätten zusammengefasst werden können - erfüllt, da diese die Feststellung zum Gegenstand haben, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin Schäden aufgrund einer konkret benannten notariellen Amtspflichtverletzung zu ersetzen. **Eine derartige Schadensersatzpflicht, deren Feststellung begehrt wird, ist als Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 ZPO anzusehen** (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 1991 - VII ZR 245/90 -, Rn. 10, juris; Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, § 256 Feststellungsklage, Rn. 4).

[48] b) Die Klägerin hat auch ein Interesse an einer alsbaldigen Feststellung.

[49] Ein solches **Feststellungsinteresse** im Sinne des § 256 ZPO besteht dann, wenn dem subjektiven Recht der klagenden Partei eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und wenn das erstrebte Feststellungsurteil infolge seiner Rechtskraft dazu geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 2010 - VIII ZR 351/08 -, Rn. 12, juris). Eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht z. B. dann, wenn dass die beklagte Partei das behauptete subjektive Rechts des Klägers ernstlich bestreitet. **Ist ein absolutes Recht des Klägers verletzt worden, genügt es für das Feststellungsinteresse, dass künftige Schäden möglich sind, wobei ausreichend ist, dass aus der Sicht des Klägers bei verständiger Würdigung mit dem Eintritt eines Schadens zu rechnen ist** (BGH, Urteil vom 16. Januar 2001 - VI ZR 381/99 -, juris). Dieser Grundsatz gilt aber nicht, wenn, wie hier, reine Vermögensschäden, die nicht auf eine Verletzung eines absoluten Rechts zurückzuführen sind, Gegenstand der Feststellungsklage sind. **Bei reinen Vermögensschäden hängt bereits**

**die Zulässigkeit der Feststellungsklage von der Wahrscheinlichkeit eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden Schadenseintritts ab** (BGH, Urteil vom 24. Januar 2006 - XI ZR 384/03 -, BGHZ 166, 84-117, Rn. 27, juris). **Damit soll ausgeschlossen werden, dass dem möglichen Schädiger ein Rechtsstreit über gedachte Fragen aufgezwungen wird, von denen ungewiss ist, ob sie jemals praktische Bedeutung erlangen können** (OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. Oktober 2007 - I-23 U 199/06 -, Rn. 62, juris).

[50] Diese Voraussetzungen sind vorliegend unzweifelhaft gegeben. Dem klägerseits geltend gemachten Recht droht bereits dadurch eine gegenwärtige Gefahr oder Unsicherheit, weil der Beklagte diesbezüglich die Auffassung vertritt, dass dieses - weil verjährt - ihm gegenüber nicht durchsetzbar ist.

[51] Die Klägerin hat zudem die von ihr darzulegende (vgl. dazu: Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, § 256 Feststellungsklage, Rn. 9 m. w. Nachw.) Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts hinreichend dargetan. Diese ergibt sich daraus, dass ihre Schwester ihr gegenüber Ansprüche unter Berufung auf die Unwirksamkeit des durch den Beklagten beurkundeten Pflichtteilsverzichtes angemeldet, die Klägerin daraufhin u.a. ein Nachlassverzeichnis über das hoffreie Vermögen mit Nachlasswerten von über 430.000,00 EUR erstellt und zudem ihrer Schwester einen weiteren Abschlag in Höhe von 100.000,00 EUR gezahlt hat. Die von der Klägerin dargelegten Nachlasswerte zeigen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit, dass der Schwester der Klägerin Pflichtteilsansprüche zustehen können, welche die aufgrund der Vereinbarung aus dem Jahre 2006 in dem Jahr bereits gezahlten 30.000,00 EUR deutlich übersteigen, und dass diese Ansprüche von der Schwester ernsthaft verfolgt werden, so dass ihr die Klägerin, wie sie bei ihrer Anhörung durch den Senat glaubhaft dargelegt hat, nach dem Erbfall bereits einen Abschlag von 100.000,00 EUR zahlte. Diese Zahlung wäre nicht veranlasst gewesen, wenn die Schwester durch einen wirksamen Pflichtteilsverzicht mit den im Jahre 2006 gezahlten 30.000,00 EUR vollständig abgefunden wäre.

[52] c) Ein Feststellungsinteresse fehlt der Klägerin auch nicht deswegen, weil ihr eine **Klage auf Leistung** möglich wäre. Eine auf Feststellung gerichtete Klage ist nur dann unzulässig, wenn dem Kläger eine Klage auf Leistung möglich und zumutbar ist und sie das Rechtsschutzziel erschöpft (BGH, Versäumnisurteil vom 21. Februar 2017 - XI ZR 467/15 -, Rn. 14, juris; Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, § 256 Feststellungsklage, Rn. 7a m. w. Nachw.). Dies ist vorliegend nicht der Fall. In Schadensfällen kommt es bei der Frage der Möglichkeit und Zumutbarkeit der Erhebung einer Leistungsklage entscheidend darauf an, ob der Kläger die Schadenshöhe bereits endgültig beziffern kann. Diese Voraussetzung ist dabei nicht nur **bei sich noch entwickelnden Schäden** nicht erfüllt, **sondern auch**

**dann, wenn die Schädigung bereits abgeschlossen ist, jedoch noch nicht geklärt ist, auf welche Weise und mit welchen Kosten der Schaden behoben werden kann** (Becker-Eberhardt, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., § 256, Rn. 54; BGH, Urteil vom 15.01.2008 - VI ZR 53/07 -, NJW-RR 2008, 1520, Rn. 6). Eine umfängliche Begutachtung zur Schadensberechnung ist dem Geschädigten zur Erhebung einer bezifferten Klage nicht abzuverlangen (vgl. BGH, Urteil vom 21.01.2000 - V ZR 387/98 -, NJW 2000, 1256; Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, § 256 Feststellungsklage, Rn. 7a).

[53] Dies zugrunde gelegt war der Klägerin die Erhebung einer Leistungsklage im Dezember 2021 bereits deswegen nicht möglich, weil die Bezifferung des ihr entstandenen Schadens die Bestimmung des Nachlasswertes erfordert. Dieser setzt sich im hoffreien Vermögen zu einem Großteil aus dem Wert der in den Nachlass fallenden Immobilien zusammen, deren Wert ohne Verkehrswertgutachten regelmäßig nicht hinreichend sicher bestimmt werden kann. Diese Verkehrswertgutachten lagen zum Zeitpunkt der Klageerhebung noch nicht vor. Deren Erstellung wurde erst im laufenden Rechtsstreit veranlasst. Dieser Umstand führt jedoch nicht dazu, dass das Feststellungsinteresse nachträglich wegfallen würde. Ist dem Kläger die Bezifferung eines Schadens bei Erhebung der Klage nicht möglich, so ist er nicht gezwungen, zu einer bezifferten Leistungsklage überzugehen, wenn diese nachträglich möglich wird (BGH, Urteil vom 4. November 1998 - VIII ZR 248/97 -, Rn. 15, juris).

[54] Zudem ist die Schadensentwicklung zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung noch nicht abgeschlossen und es besteht Ungewissheit hinsichtlich der Schadenshöhe, so dass auch deswegen der Klägerin die Erhebung einer bezifferten Leistungsklage bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht möglich war (vgl. dazu: BGH, Urteil vom 15. Januar 2008 - VI ZR 53/07 -, Rn. 6, juris). Gegenstand der Feststellungsklage ist auch die behauptete Unwirksamkeit der Modifizierung des § 13 HöfeO. Nach dieser Norm stehen den nach § 12 HöfeO Berechtigten - also den Miterben, die nicht Hoferben geworden sind - unter bestimmten Voraussetzungen Ansprüche auf Ergänzung der Abfindung wegen Wegfalls des höherrechtlichen Zwecks zu. Bei tatsächlicher Unwirksamkeit der Modifizierung könnten der Schwester der Klägerin höhere Ansprüche gegen diese zustehen, als bei deren Wirksamkeit. Die Differenz kann einen von dem Beklagten zu erstattenden Schaden darstellen, welcher jedoch frühestens bei Eintritt der Voraussetzungen des § 13 HöfeO - welche noch in der Zukunft eintreten können - bezifferbar wäre.

[55] Auch diese Unsicherheit hinsichtlich der Frage, in welcher Höhe künftig mit Schäden zu rechnen ist, führt zur Zulässigkeit der Feststellungsklage. Etwaige Ansprüche wegen einer Un-

wirksamkeit der Modifizierung des § 13 HöfeO stellen vorliegend nämlich keinen eigenen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Beklagten dar, sondern lediglich eine von mehreren möglichen Schadenspositionen, die aus einer Pflichtverletzung des Beklagten resultieren könnte. Ist jedoch die Entwicklung des Schadens nur hinsichtlich einer Schadensposition nicht abgeschlossen, stellt sich die Feststellungsklage insgesamt und nicht etwa nur wegen dieser einen Schadensposition als zulässig dar (BGH, Urteil vom 15. Januar 2008 - VI ZR 53/07 -, Rn. 6, juris).

[56] B. Die Feststellungsklage ist begründet.

[57] Der Klägerin steht gegenüber dem beklagten, ehemaligen Notar ein durchsetzbarer [5.] **Schadensersatzanspruch aus § 19 Abs. 1 BNotO** deswegen zu, weil die von ihm am 06.02.2006 errichtete Urkunde sowohl hinsichtlich des Pflichtteilsverzichts [1. a)], als auch wegen der Vereinbarung in Bezug auf die Ansprüche aus der Höfeordnung [1. b)] unwirksam ist und der Klägerin dadurch wahrscheinlich ein Schaden entstanden ist [3.], den sie nicht von Dritten ersetzt verlangen kann [4.].

[58] 1. Der Beklagte ist sowohl bei der Beurkundung des Pflichtteilsverzichtsvertrages als auch bei der Beurkundung der Genehmigungserklärung als Notar tätig geworden, so dass der Anwendungsbereich des § 19 BNotO eröffnet ist. Dabei hat der Beklagte gegenüber der Klägerin die sich aus § 17 Abs. 1 BeurkG ergebenden Amtspflichten verletzt.

[59] a) Aus § 17 Abs. 1 BeurkG folgt die **Pflicht des Notars, den Willen der Beteiligten zu erforschen, den Sachverhalt zu klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren und ihre Erklärungen klar und unambig in der Niederschrift wiedergeben**. Die Vorschrift soll dabei insbesondere auch gewährleisten, dass der Notar eine rechtswirksame Urkunde über den wahren Willen der Beteiligten errichtet (BGH, Urteil vom 11. Februar 1988 - IX ZR 77/87 -, Rn. 17, juris).

[60] Diese ihm obliegende Amtspflicht hat der Beklagte dadurch verletzt, dass er bei der Beurkundung die Vorschrift des § 2347 Abs. 2 S. 1 BGB a.F. - ab dem 01.01.2023 § 2347 S. 1 BGB (nach dem Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 12.05.2021, BGBl. I, 2021, Nr. 21, S. 882-937) - übersah und eine Beurkundung **unter Beteiligung eines vollmachtlosen Vertreters** vornahm. Dadurch genügte der beurkundete Verzicht nicht der Form des § 2347 Abs. 2 S. 1 BGB a.F. (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 1995 - IX ZR 242/94 -, Rn. 20, juris).

**[61]** Bei dem in § 1 der notariellen Urkunde vom 06.02.2006 vereinbarten Pflichtteilsverzicht handelt es sich um einen Vertrag nach § 2346 BGB. Einen solchen konnte der Erblasser - jedenfalls in Bezug auf das erbrechtliche Verfügungsgeschäft - gem. **§ 2347 Abs. 2 S. 1 BGB a.F. nur höchstpersönlich** schließen. Eine Ausnahme bestand nach § 2347 Abs. 2 S. 2 BGB a.F. nur für den - hier nicht vorliegenden - Fall der gesetzlichen Vertretung bei Geschäftsunfähigkeit des Erblassers. **Eine rechtsgeschäftliche ("gewillkürte") Stellvertretung war somit auf Erblasserseite nicht möglich** (vgl. auch Everts, in: beckOGK, Stand: 01.06.2023, § 2347, Rn. 22). Ein Verstoß gegen die vorgeschriebene Form lässt zwar (unter bestimmten Voraussetzungen) das dem

**[62]** Verfügungsgeschäft zugrundeliegende Kausalgeschäft unberührt, führt jedoch in jedem Falle zur Nichtigkeit des erbrechtlichen Verfügungsgeschäfts nach § 125 S. 1 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 1962 - V ZR 14/61 -, BGHZ 37, 319-331, Rn. 28, juris).

**[63]** b) Der Beklagte hat seine sich aus § 17 BeurkG folgenden Amtspflichten zur Errichtung einer formwirksamen Urkunde auch deswegen verletzt, weil die Verichtsvereinbarung in § 4 Nr. 1 und Nr. 3 des Vertrages vom 06.02.2006 hinsichtlich der Ansprüche aus der Höfeordnung ebenfalls unwirksam sind. Dabei konnte der Senat offenlassen, ob eine solche Unwirksamkeit bereits aus §§ 2347 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F., 125 S. 1 BGB folgt. Nach wohl überwiegend in der Literatur vertretener Auffassung stellt der Verzicht auf Ansprüche aus der Höfeordnung zu Lebzeiten des Erblassers ebenfalls einen Erbvertrag im Sinne des § 2346 BGB dar (so wohl: Ridder in: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Aufl., § 43, Rn. 23; IVO, Der Verzicht auf Abfindungs- und Nachabfindungsansprüche gemäß §§ 12, 13 HöfeO, ZEV 2004, 316; Roemer in: Lüdtke-Handjery/von Jeinsen, Höfeordnung: HöfeO, 11. Aufl., § 17, Rn. 110; Raude in: Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 5. Aufl., 5. Erbverzicht der weichen Erben bzgl. des Hofes (HöfeO), Haarstrich in: Lüdtke-Handjery / von Jeinsen, Höfeordnung: HöfeO, § 12, Rn. 11), so dass ein wirksamer lebzeitiger Verzicht auf die in §§ 12 und 13 HöfeO bezeichneten Rechte nur in der Form des § 2347 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. möglich gewesen wäre und ein Verstoß dagegen zur Nichtigkeit der Verzichtserklärung führt (§ 125 S. 1 BGB).

**[64]** Selbst wenn man jedoch annehmen sollte, dass der Verzicht auf Ansprüche aus der Höfeordnung nicht der Formvorschrift des § 2347 Abs. 2 S. 1 BGB a. F. entsprechen musste, würde sich die Vereinbarung auch diesbezüglich aufgrund der unter a) dargestellten Pflichtverletzung des Beklagten als nichtig darstellen. **Eine solche Nichtigkeit der dinglichen Verzichtserklärungen folgt jedenfalls aus § 139 BGB.** Nach dieser Vorschrift stellt sich bei teilweiser Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts das ganze Rechtsgeschäft als nichtig dar,

wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Letzteres ist vorliegend gerade nicht anzunehmen. Die zwischen den Parteien geschlossene Vereinbarung lässt sich bereits nicht sinnvoll in eine Vereinbarung über den Verzicht auf den Pflichtteil bezogen auf das hoffreie Vermögen und in eine Vereinbarung bezogen auf einen (teilweisen) Verzicht auf die aus §§ 12, 13 HöfeO folgenden Rechte aufteilen. Sowohl die Erklärungen bezüglich des hoffreien wie auch bezüglich des hoffesten Vermögens werden durch die (insgesamt) vereinbarte Abfindungserklärung derart miteinander verbunden, dass sich bereits nicht bestimmen lässt, welcher Teil der Abfindung auf welchen Teil des Vermögens entfallen soll. Zudem wird aus der getroffenen Vereinbarung deutlich, dass die Beteiligten bestrebt waren, die erbrechtlichen Ansprüche der Schwester der Klägerin nach dem Tode des Erblassers - bis auf eine Einschränkung bei den Ansprüchen gem. § 13 HöfeO - umfassend und endgültig zu klären, so dass ausgeschlossen werden kann, dass die Beteiligten bei Kenntnis der Unwirksamkeit der Erklärung bezogen auf das hoffreie Vermögen die Erklärungen bezogen auf das hoffeste Vermögen dennoch so wie beurkundet abgegeben hätten.

**[65]** c) Die Nichtigkeit des erbrechtlichen Verfügungsgeschäfts ist auch nicht etwa dadurch entfallen, dass der Erblasser die durch die vollmachtlose Vertreterin abgegebenen Erklärungen am 09.02.2006 genehmigt hat, weswegen durch den Senat nicht entschieden werden musste, ob eine Heilung des Formmangels die Kausalität der Pflichtverletzung oder den Schaden entfallen lässt. Denn die von dem Erblasser am 09.02.2006 abgegebene Erklärung genügt jedenfalls nicht der durch § 2348 BGB vorgeschriebenen Form der notariellen Beurkundung, welche bei Abschluss eines Erbvertrages nach § 2346 BGB eingehalten werden muss. Eine notarielle Beurkundung setzt voraus, dass eine Niederschrift über die Verhandlung aufgenommen wurde. Die Niederschrift muss dabei gemäß § 9 BeurkG die Bezeichnung des Notars und der Beteiligten sowie die Erklärung der Beteiligten enthalten. Sie muss gemäß § 13 BeurkG in Gegenwart des Notars den Beteiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben werden. Ebenfalls muss der Notar die Niederschrift eigenhändig unterschreiben (Einsele in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., § 128, Rn. 5). Diesen Anforderungen genügt die Genehmigungserklärung des Erblassers vom 09.02.2006 ersichtlich nicht. Es handelt sich lediglich um eine Unterschriftsbeglaubigung gemäß § 39 BeurkG, welche auch nicht in eine Niederschrift umgedeutet werden kann (vgl. dazu auch: OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. Juli 2001 - 7 U 205/00 -, Rn. 10, juris).

**[66]** Darüber hinaus wäre die am 09.02.2006 durch den Erblasser abgegebene Erklärung selbst bei Einhaltung der vorgeschriebenen notariellen Form nicht geeignet, eine wirksame Vereinbarung zwischen dem Erblasser und der Schwester der Klägerin herbeizuführen. Bei den durch die Schwester in der

Urkunden vom 06.02.2006 abgegebenen Erklärungen handelte es sich um solche, die unter Anwesenden abgegeben wurden und sich - neben der Klägerin - an die vollmachtlose Vertreterin des Erblassers richteten. Ein solches Angebot kann gemäß § 147 Abs. 1. S. 1 BGB (nur) sofort angenommen werden und wurde aus weislich des Inhalts der Urkunde vom 06.02.2006 durch die vollmachtlose Vertreterin des Erblassers ja auch sofort angenommen.

[67] Hält man die Annahmeerklärung der vollmachtlosen Vertreterin nicht für maßgeblich, kann allerdings in der vom Erblasser am 09.02.2006 erklärten Genehmigung keine "sofortige" Annahme gesehen werden. "Sofort" bedeutet im Unterschied zum weniger strengen "unverzüglich" i.S.v. § 121 BGB, dass jedes Hinauszögern, auch ein schuldloses, zum Erlöschen des Antrags führt. Auf der anderen Seite muss dem Antragsempfänger zwar die Möglichkeit gegeben sein, den Inhalt des Antrags und die Folgen der Annahme zu erfassen. Daher muss die Antwort nicht ohne jedes Zögern erfolgen. Vielmehr kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an, insbesondere die Komplexität des Antrags (Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., § 147 Rn. 33). Eine Annahme ihres Verzichtsangebots mehrere Tage nach dem Beurkundungstermin stellte sich aus Sicht der Schwester der Klägerin als der maßgeblichen Erklärungsempfängerin aber nicht mehr als sofort im Sinne des § 147 BGB dar. Die Schwester der Klägerin, der offenbar ebenso wie allen an der Urkundenverhandlung Beteiligten die Regelung des § 2347 Abs. 2 BGB a. F. seinerzeit nicht bekannt war, ging vielmehr davon aus, dass die Willenserklärungen, welche zum Zustandekommen des Vertrages erforderlich waren, bereits im Beurkundungstermin abgegeben wurden (zu dieser Konstellation auch: BGH, Urteil vom 14. Dezember 1995 - IX ZR 242/94 -, Rn. 29, juris). Die Schwester musste daher nach Annahme der Verzichtserklärung durch die vollmachtlose Vertreterin nicht mehr damit rechnen, dass zu einem späteren Zeitpunkt eine andere/weitere Erklärung abgegeben wird, welche für das Zustandekommen der Vereinbarung erforderlich sein sollte.

[68] d) Die Klägerin gehört zum Kreis der durch die notariellen Amtspflichten geschützten Personen. Zu diesen gehören die materiell an dem beurkundeten Rechtsgeschäft Beteiligten, da diese mit ihrem Ansuchen in eigener Sache die Notartätigkeit veranlassen (Schramm, in BeckOK BNotO, 7. Ed., § 19 BNotO, Rn. 24). Die Pflicht, eine formwirksame Urkunde zu erstellen, bestand daher auch ihr gegenüber, da sich die Klägerin zum einen durch das Amtsgeschäft verpflichtet hat, ihre Schwester abzufinden, zum anderen ihre künftige Erbenstellung durch das Amtsgeschäft unmittelbar betroffen war. Beurkundet ein Notar einen wegen eines Formfehlers unwirksamen Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag, so liegt eine Amtspflichtverletzung auch gegenüber demjenigen vor, dem der Ausschluss des Verzichtenden als gesetzlicher Erbe und Pflichtteilsberechtigter

zugutegekommen wäre (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1995 - IX ZR 242/94 -, Rn. 20, juris). Dies gilt erst recht, wenn der durch den Verzicht Begünstigte auch Beteiligter des Beurkundungsverfahrens ist.

[69] 2. Dem Beklagten ist hinsichtlich der **Pflichtverletzung auch Fahrlässigkeit** - für die Annahme eines auch nur bedingten Vorsatzes fehlen jegliche Anhaltspunkte - zur Last zu legen. Nach dem Fahrlässigkeitsbegriff des § 276 Abs. 2 BGB ist objektivierend von einem pflichtbewussten, erfahrenen und **gewissenhaften Durchschnittsnotar** auszugehen; gefordert wird von dem Notar insoweit insbesondere die vollständige Beachtung aller Gesetze (Hogl, Beck'sches Notarhandbuch, 7. Aufl., § 35 Rn. 23). Diesem Anspruch ist der Beklagte vorliegend nicht gerecht geworden, indem er die Regelung des § 2347 Abs. 2 BGB a. F. bei der Beurkundung am 06.02.2006 nicht beachtet hat.

[70] 3. Die Klägerin hat hinreichend dargetan, dass ihr aufgrund der durch den Beklagten begangenen Pflichtverletzung ein **kausaler Vermögensschaden** entstanden ist. Eine auf diesen bezogene Feststellungsklage ist begründet, wenn die sachlich-rechtlichen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs vorliegen (vgl. BGH, Urteil vom 16. Januar 2001 - VI ZR 381/99 -, Rn. 8, juris) und wenn aufgrund der dargelegten Tatsachen mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass ein Schaden entstanden ist (BGH, Urteil vom 19. November 1971 - I ZR 72/70 -, Rn. 33, juris). Die - summarisch zu prüfende - Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts gehört zur Begründetheit der Klage (BGH, Urteil vom 15. Oktober 1992 - IX ZR 43/92 -, Rn. 77, juris).

[71] Diese Voraussetzungen sind erfüllt, weil mit großer Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass der Klägerin durch die Pflichtverletzung des Beklagten ein Vermögensschaden entstanden ist.

[72] a) **Zur Bestimmung des durch die Pflichtverletzung entstandenen Schadens ist neben dem tatsächlichen Geschehensablauf zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten des Notars genommen hätten und wie die Vermögenslage des Betroffenen sein würde, wenn der Notar die Pflichtverletzung nicht begangen hätte, sondern pflichtgemäß gehandelt hätte** (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2008 - III ZR 292/07 -, Rn. 14 m. w. Nachw.). Hätte der Notar die Beteiligten vorliegend darauf hingewiesen, dass zum Abschluss des Erbverzichtsvertrages die persönliche Mitwirkung des Erblassers erforderlich ist, so hätten diese sich zu einem anderen Zeitpunkt zusammengefunden, um die Vereinbarung formwirksam abzuschließen. **Wäre eine solche Zusammenkunft zu einem anderen Zeitpunkt nicht möglich gewesen, hätte der Notar zunächst ein Angebot der Schwester der Klägerin und zu einem anderen Zeitpunkt die Annahme**

durch den Erblasser und die Klägerin (formwirksam) beurkunden können (§ 128 BGB). Anhaltspunkte dafür, dass die Beteiligten bei einem Hinweis auf die erforderliche Anwesenheit des Erblassers insgesamt von der Beurkundung des beabsichtigten Pflichtteilsverzichtsvertrages Abstand genommen hätten, liegen dagegen nicht vor. Vielmehr erscheint diese Annahme auch nach dem Ergebnis der Anhörung der Parteien im Senatstermin als sehr fernliegend.

[73] b) Dies zugrunde gelegt besteht der Schaden der Klägerin jedoch nicht darin, dass an deren Schwester eine Zahlung in Höhe von 30.000,00 EUR geleistet worden ist. Diese Zahlung wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Beklagten geleistet worden, wenn der Pflichtteilverzichtsvertrag wirksam beurkundet worden wäre. Der Schaden der Klägerin besteht vielmehr darin, dass sie aufgrund der Unwirksamkeit der Verzichtserklärungen nach dem Tod des Erblassers Pflichtteilsansprüchen und Ansprüchen aus der Höfeordnung ihrer Schwester ausgesetzt ist. Der geleistete Betrag von 30.000,00 EUR stellt dabei lediglich eine Rechnungsposition bei der Bestimmung der Höhe des Schadensersatzanspruchs dar. Die Schwester wird sich diese Zahlung bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche ggf. anrechnen lassen müssen (vgl. § 12 Abs. 4 HöfeO, § 2315 Abs. 1 BGB) bzw. - wenn nicht - stünde der Klägerin diesbezüglich ein Rückforderungsrecht zu, mit dem sie aufrechnen könnte.

[74] Die Klägerin hat mit hinreichender Wahrscheinlichkeit dargelegt, dass die der Schwester zustehenden Ansprüche die bereits gezahlten 30.000,00 EUR bei weitem übersteigen und ihr danach ein Schaden entstanden ist. Dass allein die Pflichtteilsansprüche der Schwester die gezahlten 30.000,00 EUR erheblich übersteigen, ergibt sich aus der klägerseits eingereichten Berechnung des (hoffreien) Nachlasswertes, welche mit einer Summe in Höhe von 432.890,12 EUR endet und demnach einen Pflichtteilsanspruch der Schwester der Klägerin in Höhe von 108.222,53 EUR begründet. Sofern der Beklagte einzelne Positionen dieser Aufstellung - insbesondere im Hinblick auf den hilfsweise gestellten Zahlungsantrag der Klägerin - der Höhe nach bestreitet, ist dieses Bestreiten nicht geeignet, um bei der durchzuführenden summarischen Prüfung die Wahrscheinlichkeit eines Schadens in Frage zu stellen. Zum Nachlass gehörten unstreitig ein Barvermögen in Höhe von 187.508,39 EUR sowie drei Pflegeappartements, deren Verkehrswert durch Gutachten des Gutachterausschusses für Grundstückswerte in den Städten Dorsten, Gladbeck und Marl mit insgesamt 396.000,00 EUR bewertet worden ist. Auch wenn der Beklagte dieser Bewertung (pauschal) entgegengetreten ist, ist nicht anzunehmen, dass die Einschätzung des Verkehrswertes derart fehlerhaft erfolgt ist, dass insgesamt ein Nachlasswert anzunehmen wäre, welcher Pflichtteilsansprüche der Schwester von weniger als 30.000,00 EUR rechtfertigen würde. Dies gilt auch, soweit der Beklagte die Bewertung

des Wohnrechts als Abzugsposten, die Belastung der Grundstücke und die angefallenen Beerdigungskosten bestreitet.

[75] Dabei bietet auch die Angabe des Erblassers im notariellen Testament vom 14.12.2005 zum Nachlasswert ein Indiz dafür, dass Pflichtteilsansprüche der Schwester über den bereits gezahlten 30.000,00 EUR liegen dürften. Der Erblasser hat den Nachlasswert zur Kostenberechnung mit 330.000,00 beziffert. Es erscheint naheliegend, dass Angaben, welche zur Berechnung von Gebühren herangezogen werden, nicht großzügig bemessen werden, sondern sich eher im unteren Bereich des Vertretbaren bewegen. Selbst wenn man einen Hofwert von 102.769,67 EUR von diesem Wert ausnehmen würde, verbliebe ein Wert im hoffreien Vermögen, welcher einen Pflichtteilsanspruch der Schwester in Höhe von über 30.000,00 EUR rechtfertigen würde.

[76] Die **Wahrscheinlichkeit eines Schadens** ergibt sich ferner daraus, dass der Schwester der Klägerin aufgrund der Pflichtverletzung des Beklagten über den Pflichtteilsanspruch in Bezug auf das hoffreie Vermögen hinaus ein Abfindungsanspruch aus § 12 HöfeO zusteht. Dieser bemisst sich gem. § 12 Abs. 2 HöfeO nach dem Hofwert im Zeitpunkt des Erbfalls. Als Hofwert gilt das Eineinhalbfache des zuletzt festgesetzten Einheitswertes im Sinne des § 48 des Bewertungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. September 1974 (Bundesgesetzblatt I S. 2369), geändert durch Artikel 15 des Zuständigkeitslockerungsgesetzes vom 10. März 1975 (Bundesgesetzblatt I S. 685). Ausweislich der Urkunde des Beklagten vom 06.02.2006 betrug der Einheitswert des Hofes zum Zeitpunkt der Errichtung der Urkunde 68.513,11 EUR, woraus sich ein Hofwert im Sinne des § 12 Satz 2 HöfeO in Höhe von 102.769,67 EUR ergibt. Wären von diesem Wert keine Nachlassverbindlichkeiten abzuziehen, würde der Schwester allein aus § 12 Abs. 10 HöfeO ein Abfindungsanspruch in Höhe von 25.692,42 EUR zustehen.

[77] Danach ist mehr als deutlich, dass die bereits gezahlten 30.000,00 EUR nicht ausgereicht haben, um die Ansprüche der Schwester der Klägerin, welche aufgrund der Unwirksamkeit der Vereinbarung weiterhin Bestand haben, insgesamt abzufinden.

[78] Schließlich würden der Schwester der Klägerin bei Veräußerung des Hofes innerhalb der Frist des § 13 HöfeO ggf. höhere Ausgleichsansprüche zustehen als im Pflichtteilverzichtsvertrag vom 06.02.2006 vorgesehen. Dabei kann derzeit zwar nicht mit Gewissheit vorausgesagt werden, ob und in welcher Höhe der Klägerin insoweit künftig ein Schaden entstehen könnte, da dies auch davon abhängt, welche wirtschaftlichen Entscheidungen die Klägerin in der Zukunft in Bezug auf den Hof trifft. Bei der Feststellung der Wahrscheinlichkeit eines

Schadens ist dieser Gesichtspunkt indiziell zugunsten der Klägerin zu berücksichtigen.

**[79] c) Der Schaden der Klägerin entfällt auch nicht etwa deswegen, weil diese gegen ihre Schwester einen schuldrechtlichen Anspruch darauf hätte, auf die Geltendmachung ihrer erbrechtlichen Ansprüche zu verzichten.**

**[80]** Ein Anspruch auf Abgabe einer solchen Verzichtserklärung folgt vorliegend insbesondere nicht (mehr) aus dem Kausalgeschäft zum Verzicht auf die erbrechtlichen Ansprüche der Schwester der Klägerin, welches zwischen den Beteiligten des Urkundenverfahrens am 06.02.2006 wirksam abgeschlossen wurde (wobei die Wirksamkeit des Kausalgeschäfts an dieser Stelle offen bleiben kann und hier deswegen nicht weiter zu begründen ist). Sofern das Kausalgeschäft einen solchen Anspruch bei seinem Abschluss im Jahre 2006 wirksam begründet hat, wäre seine Erfüllung mit dem Tod des Erblassers unmöglich geworden und der Anspruch deswegen gem. § 275 Abs. 1 BGB erloschen.

**[81]** Bei dem **abstrakten Erbverzicht** als solchen handelt es sich um ein erbrechtliches Verfügungsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall, das als solches selbstständig ist und nicht in einem synallagmatischen Verhältnis zu einem anderen Geschäft, beispielsweise einer Abfindungsvereinbarung steht (vgl. Riedel, in: Uricher, Erbrecht, 5. Aufl., § 8, Rn. 135). Ebenso wie der abstrakte Erbverzicht selbst bedarf auch dieser Verpflichtungsvertrag der notariellen Beurkundung gemäß § 2348 BGB. **Anders als bei dem abstrakten Erbverzicht kann sich der Erblasser jedoch beim Vertragsschluss des Kausalgeschäfts vertreten lassen** (Staudinger/Schotten (2022) BGB § 2347, Rn. 7 m. w. Nachw.). **Vor diesem Hintergrund ist ein unter Verstoß gegen § 2347 Abs. 2 a.F. BGB geschlossener, im Übrigen jedoch formal ordnungsgemäß zustande gekommener Erbverzichtsvertrag unter Umständen als wirksames Verpflichtungsgeschäft anzusehen, durch das sich die Parteien zum Abschluss eines formwirksamen Erbvertrags wirksam verpflichtet haben** (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 1962 - V ZR 14/61 -, BGHZ 37, 319-331, Rn. 28, juris; Riedel, in: Uricher, Erbrecht, 5. Aufl., § 8, Rn. 137). Der vom Beklagten am 06.02.2006 beurkundete Vertrag genügt der Form der notariellen Beurkundung. Die vom Erblasser am 09.02.2006 erklärte Genehmigung musste hierzu nicht auch notariell beurkundet werden, sie konnte gem. § 182 Abs. 2 BGB formlos erklärt werden.

**[82]** **Auf der Grundlage eines wirksamen Verpflichtungsvertrags kann in einem solchen Falle jede der Vertragsparteien Klage auf Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen erheben, dies jedoch nur bis zum Tod des Erblassers.** Durch dessen Tod vor Abschluss des abstrakten Verzichtsvertrags

wird die seitens des Verzichtsschuldners zu erbringende Leistung unmöglich und er somit gemäß § 275 BGB von seiner Leistungspflicht frei. Sofern die Abfindung bereits geleistet wurde, steht den bzw. dem Erben des Erblassers ggf. ein Rückforderungsanspruch nach § 326 Abs. 4 BGB zu (Riedel in: Uricher, Erbrecht, 5. Aufl., § 8, Rn. 138). Die Unmöglichkeit ergibt sich dabei weniger aus dem rechtskonstruktiven Grunde, dass ein Erbverzicht begrifflich einen Vertrag mit dem Erblasser zu seinen Lebzeiten voraussetzt. Maßgebend ist vielmehr, dass auf Gläubigerseite nur zu Lebzeiten des Erblassers in seiner eigenen Person ein sinnvolles und daher schutzwürdiges Interesse an einer Änderung hinsichtlich der Personen besteht: der Erbverzichtsvertrag greift als höchstpersönliche Regelung in die Erbfolge nach dem Erblasser ein; die beim Tod des Erblassers an seine Stelle tretende Erbengemeinschaft, zu der die Verzichtspflichtigen zunächst selbst gehören, kann dagegen als solche ein derartiges Interesse nicht haben (BGH, Urteil vom 4. Juli 1962 - V ZR 14/61 -, BGHZ 37, 319-331, Rn. 29, juris).

**[83]** 4. Die Klägerin vermag hinsichtlich **des Schadens auch nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen**, so dass ein Anspruch gegen den Beklagten nicht wegen der Regelung in § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO ausgeschlossen ist. Die anderweitige Ersatzmöglichkeit setzt voraus, dass sie ihre Grundlage in demselben Tatsachenkreis findet, der für das Entstehen des Amtshaftungsanspruchs maßgebend ist. Darüber hinaus muss die anderweitige Ersatzmöglichkeit rechtlich und wirtschaftlich begründete Aussicht auf Erfolg bieten. Weitläufige, unsichere und im Ergebnis zweifelhafte Wege braucht der Geschädigte nicht einzuschlagen. Dem Vorliegen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit steht es gleich, wenn der Geschädigte eine früher bestehende Möglichkeit, Ersatz seines Schadens von einem Dritten zu erlangen, schuldhaft versäumt hat (BGH, Urteil vom 11. November 2004 - III ZR 101/03 -, Rn. 12, juris).

**[84]** a) **An dieser Stelle kann vorliegend dahinstehen, ob die Klägerin zu Lebzeiten des Erblassers einen Abschluss des Verzichtsvertrages aufgrund des wirksamen Kausalgeschäfts hätte durchsetzen können.** Jedenfalls hat sie diese Möglichkeit **nicht schuldhaft versäumt**. Sie durfte ohne Verschulden, bis zur Kenntnis dagegensprechender Tatsachen, davon ausgehen, dass der beklagte Notar eine formwirksame Urkunde erstellt hat. Erst als die Schwester unter Hinweis auf die Unwirksamkeit der Erklärung Forderungen an die Klägerin stellte, hatte die Klägerin Anlass dazu, Zweifel an der Wirksamkeit der Urkunde zu haben. Zu diesem Zeitpunkt hatte sie jedoch keine Möglichkeit mehr, auf die Errichtung eines formwirksamen Verzichtsvertrages hinzuwirken.

**[85]** b) Schadensersatzansprüche gegen die Schwester sind vorliegend ebenfalls nicht ersichtlich. Selbst wenn man insofern ein wirksam abgeschlossenes Kausalgeschäft zugrunde

legt, ist nicht ersichtlich, dass die Schwester die Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts oder die Nichterfüllung des Kausalgeschäfts zu Lebzeiten des Erblassers zu vertreten hätte.

**[86]** c) Eine **anderweitige Ersatzmöglichkeit** folgt vorliegend auch nicht aus dem Umstand, dass der Klägerin gegenüber ihrer Schwester wegen der aus § 275 BGB folgenden Leistungsfreiheit ein Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Abfindung nach §§ 326 Abs. 4, 346 BGB zustehen könnte (vgl. dazu Weidlich in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl., § 2346 Rn. 8). Der insoweit zurück zu gewährende Betrag ist ein auf die Forderung der Schwester der Klägerin anzurechnender Abzugsposten und nicht geeignet, den darüber hinausgehenden, weiteren Schaden der Klägerin, dessen Wahrscheinlichkeit die vorliegende Feststellungsklage rechtfertigt, auszugleichen.

**[87]** 5. Der der Klägerin entstandene Schadensersatzanspruch ist gegenüber dem Beklagten auch durchsetzbar. Die Einrede der **Verjährung** greift nicht durch.

**[88]** Der Anspruch aus § 19 BNotO verjährt ebenso wie der Amtshaftungsanspruch nach Maßgabe der **§§ 194 ff. BGB**, was aus dem **Verweis in § 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO** auf die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches folgt (vgl. BeckOK BNotO/Schramm, 7. Ed. 1.3.2023, BNotO § 19 Rn. 152).

**[89]** Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre (§ 195 BGB) und beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste.

**[90]** Ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob Fahrlässige Unkenntnis verjährt der Anspruch in zehn Jahren von seiner Entstehung an (§ 199 Abs. 3 BGB).

**[91]** Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die kenntnisabhängige, dreijährige Verjährungsfrist des § 199 Abs. 1 BGB nicht vollendet ist, weil eine Kenntnis der Klägerin von der haftungsbegründenden Pflichtverletzung des Beklagten erst mit dem anwaltlichen Schreiben ihrer Schwester vom 27.04.2021 eingetreten ist und die noch im Dezember 2021 zugestellte Klage den Lauf der Verjährungsfrist hemmt. Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin bereits zuvor auf die Pflichtverletzung des Beklagten aufmerksam wurde oder sich ihrer Kenntnis grobfahrlässig verschloss, sind vom Beklagten nicht vorgetragen worden.

**[92]** Entgegen der Auffassung des Landgerichts war auch die **kenntnisunabhängige zehnjährige Verjährungsfrist** im vorliegenden Fall nicht abgelaufen, als die Klägerin ihre Klage er-

hob. Der von der Klägerin geltend gemachte Schadensersatzanspruch ist nicht vor dem Tode des Erblassers entstanden, weil die Klägerin zuvor keinen Schaden erlitten hat.

**[93]** Ein Schadensersatzanspruch entsteht, wenn das von der jeweiligen Norm geschützte Rechtsgut tatsächlich beeinträchtigt worden ist. Ist auch das Vermögen geschützt, ist daher der Eintritt eines **realen Vermögensschadens** im Sinne des § 249 Abs. 1 BGB erforderlich. Das bedeutet nach der Differenzhypothese, dass sich die Vermögenslage des Betroffenen infolge der schädigenden Handlung im Vergleich zu der hypothetischen Lage ohne diese Handlung verschlechtert hat (BGH Urteil vom 14. Juni 2012 - IX ZR 145/11 -, NJW 2012, 3165, Rn. 42); ob der Schaden jedenfalls zum Teil bereits beziffert werden kann und dauerhaft bestehen bleibt, ist dagegen nicht entscheidend; das bloße Risiko eines Vermögensnachteils reicht nicht aus (BGH, Urteil vom 17. Februar 2000 - IX ZR 436/98 -, Rn. 25, juris). Nicht entscheidend ist ferner, wenn noch nicht feststeht, ob der Nachteil auf Dauer bestehen bleibt und damit endgültig wird (BGH, Urteil vom 9. Juli 1992 - IX ZR 50/91 -, Rn. 7, juris). **Ist dagegen noch offen, ob ein pflichtwidriges, ein Risiko begründendes Verhalten zu einem Schaden führt, ist ein Ersatzanspruch noch nicht entstanden** (BGH, Urteil vom 15. Oktober 1992 - IX ZR 43/92 -, Rn. 34, juris). **Bei der Beurkundung eines nichtigen Vertrages nimmt der Bundesgerichtshof dabei die Entstehung eines Schadens dann an, wenn eine Partei zur Erfüllung ihrer vermeintlichen Vertragspflichten Leistungen an die andere Vertragspartei erbracht hat** (BGH, Urteil vom 3. März 2005 - III ZR 353/04 -, Rn. 16, juris; BGH, Urteil vom 20. Juni 2000 - IX ZR 434/98 -, Rn. 38, juris).

**[94]** Ausgehend von diesen Grundsätzen ist der Klägerin ein Schaden **frühestens mit dem Ableben des Erblassers** entstanden (so wohl auch: BGH, Urteil vom 14. Dezember 1995 - IX ZR 242/94 -, Rn. 13f, juris, der im Zeitraum vor dem Ableben lediglich eine Beeinträchtigung, nicht jedoch einen Schaden sieht). **Der Umstand, dass die Nichtigkeit des Pflichtteilverzichtsvertrages vom 06.02.2006 bereits grundsätzlich dazu geeignet war, die Vermögensposition der Klägerin in der Zukunft nachteilig zu beeinflussen, vermag die Entstehung eines Schadens bereits im Jahre 2006 nicht zu begründen.** Denn jedenfalls bis zum Ableben des Erblassers war noch nicht klar, ob sich die Nichtigkeit überhaupt nachteilig auswirken konnte. Der Erblasser war bis zu seinem Ableben nicht in seiner Testierfreiheit beschränkt. Er hätte eine andere Person, etwa die Schwester der Klägerin als Hof- und/oder Alleinerbin einsetzen können. In diesem Falle hätte die Nichtigkeit der von dem Beklagten am 06.02.2006 beurkundeten Verzichtvereinbarung das Vermögen der Klägerin nicht nachteilig beeinflusst. Ein Schaden wäre ihr hierdurch nicht entstanden. **Vielmehr war bis zum Ableben des Erblassers offen, ob das**

**pflichtwidrige, ein Risiko begründende Verhalten des Beklagten in Zukunft zu einem Schaden der Klägerin führen würde.** In einem solchen Fall ist ein Schaden noch nicht entstanden (vgl. BGH, Urteil vom 15. Oktober 1992 - IX ZR 43/92 -, juris Rn. 34).

**[95]** Eine **frühere Schadensentstehung** folgt vorliegend auch **nicht** daraus, dass die Schwester vor dem Ableben des Erblassers im Jahre 2006 bereits eine **Zahlung** in Höhe von 30.000,00 EUR erhalten hat. Unabhängig davon, dass diese **Zahlung nicht den durch die Klägerin erlittenen Schaden darstellt, weil sie auch bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten geleistet worden wäre**, erfolgte die Zahlung nicht auf einen nichtigen Vertrag, so dass die vorliegende Konstellation nicht mit derjenigen vergleichbar ist, die den zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 03.03.2005 (Az. III ZR 353/04) und 20.06.2000 (Az. IX ZR 434/98) zugrunde lag. **Die Zahlung erfolgte zwar aus Anlass eines unwirksamen Verfügungsgeschäfts, aber zur Erfüllung eines im Jahre 2006 wirksam vereinbarten Kausalgeschäfts. Die dem (nichtigen) erbrechtliche Verfügungsgeschäft zugrunde liegende schuldrechtliche Abfindungsvereinbarung genügte der notariellen Form (§ 2348 BGB), für ihren Abschluss war die persönliche Anwesenheit des Erblassers nicht erforderlich, so dass er sich vertreten lassen konnte** (BGH, Urteil vom 4. Juli 1962 - V ZR 14/61 -, BGHZ 37, 319-331, Rn. 28, juris).

**[96]** Die **Nichtigkeit des Kausalgeschäfts folgt vorliegend auch nicht aus der Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts.** Unabhängig davon, dass Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft in ihrem rechtlichen Bestand unabhängig voneinander sind (Schotten, Das Kausalgeschäft zum Erbverzicht, DNotZ 1998, 163; Schotten in: Staudinger (2016) BGB, § 2346, Rn. 117), ist im vorliegenden Fall nicht davon auszugehen, dass die Beteiligten bei Kenntnis der Nichtigkeit des Verfügungsgeschäftes auch das Kausalgeschäft nicht gewollt hätten. Eine derartige Abhängigkeit der beiden Geschäfte ergibt sich nicht aus der Vertragsgestaltung, nach der die Wirksamkeit des Verzichts auf die erbrechtlichen Ansprüche der Schwester nicht zur Bedingung für die Wirksamkeit der schuldrechtlichen Abfindung erhoben wurde. Vielmehr hätten die Beteiligten, wenn ihnen die Regelung des § 2347 Abs. 2 S. 1 BGB a.F. bekannt gewesen wäre, das Verfügungsgeschäft formwirksam vereinbaren können und auch tatsächlich vereinbart. Erkennbar war ihnen wichtig, dem Erblasser die Möglichkeit zu verschaffen, unter Abfindung erbrechtlicher Ansprüche der Schwester der Klägerin die von ihm seinerzeit gewünschte testamentarische Regelung zugunsten der Klägerin abzusichern. Bei dieser Interessenlage ist davon auszugehen, dass die Urkundenbeteiligten das schuldrechtliche Kausalgeschäft nicht davon abhängig machen wollten, dass zeitgleich das Verfügungsgeschäft formwirksam zustande kommt. Damit erfolgte die im Jahre 2006 geleistete Zahlung der 30.000,00 EUR an die Schwester der

Klägerin demnach nicht rechtsgrundlos. Sie ist deswegen nicht geeignet, vor dem Ableben des Erblassers, mit dem die Erfüllung des Kausalgeschäfts unmöglich wurde, einen Schadens Eintritt bei der Klägerin nicht zu begründen.

**[97]** Zuletzt ist ein **Schaden** vorliegend auch **nicht** darin zu sehen, dass die Klägerin eine **ungewollte Verpflichtung** eingegangen ist. Vielmehr entsprach die eingegangene Vereinbarung den Vorstellungen der Klägerin und der weiteren Beteiligten. Dass deren dingliche Umsetzung daran scheiterte, begründet nicht die Annahme, dass die Klägerin eine ungewollte Verbindlichkeit eingegangen wäre. Dies wäre nämlich nur dann anzunehmen, wenn die Klägerin bei Kenntnis der Voraussetzungen für das Zustandekommen eines wirksamen Vertrages von diesem Abstand genommen hätte, wofür vorliegend keine Anhaltspunkte gegeben sind.

**[98]** 6. Sofern die Klägerin mit dem angekündigten Klageantrag zu Ziff. 4 einen Zinsanspruch geltend gemacht hat, hat sie im Senatstermin klargestellt, dass insoweit die Feststellung eines Zinsschadens begehrt wird, welcher von der Schwester der Klägerin ihr gegenüber geltend gemacht werden könnte. Ein eigener Zinsschaden der Klägerin sollte gerade nicht geltend gemacht werden. Ein solcher etwaiger Zinsschaden der Schwester wird jedoch von dem geltend gemachten Feststellungsbegehren umfasst, welches der Senat im Tenor zusammengefasst hat. Einer gesonderten, auf einen etwaigen Zinsschaden bezogenen Feststellung bedarf es nicht.

**[99]** C. Mangels Eintritts der innerprozessualen Bedingung bedurfte es keiner Entscheidung über den hilfsweise gestellten bezifferten Zahlungsantrag.

III.

**[100]** Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 11 S. 1, 711 ZPO.

IV.

**[101]** Die **Revision war zuzulassen**, weil die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Die Fortbildung des Rechts durch eine Revisionsentscheidung ist erforderlich, wenn der Einzelfall Veranlassung gibt, Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder des Verfahrensrechts aufzuzeigen oder Gesetzeslücken zu schließen (Heßler in: Zöller, Zivilprozessordnung, § 543 Zulassungsrevision, Rn. 12). **Dies ist vorliegend deswegen der Fall, weil eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Beurteilung der Kenntnis-**

unabhängigen Verjährung in Bezug auf eine Schadensentstehung bei nichtigem Verfügungs- und wirksamen Kausalgeschäft im Bereich der Notarhaftung nicht vorliegt.

## GI Literatur-Ecke

**Brinkmeier:** Fehlerhafte Statusbeurteilung eines GmbH-(Gesellschafter-) Geschäftsführers und Steuerberaterhaftung, GmbH-StB 2023, 259

**Brügge:** Neue Rechtsentwicklung bei der Insolvenzverschleppungshaftung von Steuerberatern und Abschlussprüfern, DStR 2023, 1672

**Ganter:** Die Rechtsprechung zum Notarhaftungsrecht 2021 und 2022, DNotZ 2023, 405

**Haberstroh:** Rechtsanwaltschaft gegenüber Geschäftsführer bei Hinweispflichtverletzung aufgrund der Schutzwirkung des Beratungsvertrags mit der Gesellschaft, DB 2023, 2041

**Karadag:** Büropersonal im digitalen Rechtsverkehr, Haftungsseite, NJW-aktuell 32/2023, S. 17

**Kilian:** Folgen einer fehlerhaften Steuerberatung, Anmerkung zu BGH v. 21.10.21 – IX ZR 9/21, WuB 2023, 334

**Meixner/Schröder:** Anmerkung zu einer Entscheidung des OLG Jena (Beschluss vom 22.12.2022, 7 W 216/22) – Zur Frage der Steuerberaterhaftung bis 2017 wegen Insolvenzverschleppung, DStR 2023, 1328

**Riechert:** Versicherungspflicht der unterschiedlichen Kanzleigemeinschaften, AnwBl 2023, 488

**Sellhorst/Freitag:** Zur Haftung des Steuerberaters aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, Anmerkung zu LG Paderborn, Urt. v. 22.10.2021 – 2 O 78/21, DStR 2023, 1903

**Strothmann:** Haftung des GmbH-Geschäftsführers und Verjährung. GmbHHR 2023, 896-902

**Thomal:** Der Mitverschuldenseinwand des Abschlussprüfers - Eine historische, rechtsvergleichende und ökonomische Analyse, ZGR 2023, 131

**Weyand:** Haftungsrecht: Insolvenzverschleppungsschaden und Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters, KP 2023, 164

**Wilhelmer:** Zur Serienschadenklausel in der Berufshaftpflichtversicherung des Abschlussprüfers, VersR 2023, 1205

## GI service

### Wichtige Info zur GI!

---

Nichts verpassen und GI als Newsletter abonnieren! Themen wie Belehrungspflichten, Fristenkontrolle, Honoraranträge 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](http://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](mailto:nicole.gustine@hdi.de), [www.hdi.de](http://www.hdi.de)

### Redaktion

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

### Erscheinungsweise

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

### Abonnementservice

Telefax: 0511-6451113661

# Der Ratgeber für Steuerberater, Anwälte und Geschädigte



## Steuerberaterhaftung

Gräfe · Wollweber · Schmeer  
8. Auflage · 2023 · Gebunden · XVI, 986 Seiten  
Print mit Online € 199,- · nur Online € 169,-  
ISBN 978-3-482-50568-3

 mit Online-Version

- ✓ **Praktisch unverzichtbar für Praktiker, die auf diesem Spezialgebiet tätig sind.**
- ✓ **In diesem interdisziplinären Zuschnitt und Umfang ist das Buch einzigartig.**
- ✓ **Die Darstellung ist systematisch, gut verständlich, aber umfassend.**

Der praxisorientierte Ratgeber hilft dem Leser, Risiken steuerlicher Beratung trotz des durch Einzelfallentscheidungen geprägten Haftungsrechts einschätzen zu können und informiert über alle zivil-, steuer- und strafrechtlichen Haftungsrisiken.

Steuerberatern hilft er, Beratungspflichten und Haftungsrisiken zu erkennen, Vermeidungsstrategien werden aufgezeigt und Tipps bei Fehlern und zur Haftungsbegrenzung gegeben. Rechtsanwälten werden Abwehrchancen bzw. die Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen vorgestellt. Geschädigte Mandanten überblicken die Berechtigung einer Schadensersatzforderung.



Hier mehr erfahren und bestellen:  
[shop.nwb.de](https://shop.nwb.de)