



Glaktuell

> Ausgabe 1 / 02.2023 / 43. Jahrgang
 > Informationen für wirtschaftsprüfende,
 rechts- und steuerberatende Berufe

Inhalt

Editorial	1	Steuerberaterhaftung	29
GI Entscheidungen	2	Lohnbuchhaltung / Sozialversicherungspflicht / GmbH-Geschäftsführer / Feststellungsklage / Anscheinsbeweis (LG Kiel, Urt. v. 23.6.2022 – 6 O 275/20)	
GI Literatur-Ecke	61	Notarhaftung	33
Rechtsanwaltshaftung	2	Anderweitige Ersatzmöglichkeit / Umfang der Rechtskraft / Sekundäre Darlegungslast / Maßnahme der Rechtsverfolgung als Schaden (BGH, Urt. v. 9.6.2022 – III ZR 24/21)	
Rechtsschutzversicherer / Kostenschaden / Deckungszusage / Bedingter Auftrag (BGH, Urt. v. 29.9.2022 – IX ZR 204/21)		Rechtsanwaltshaftung	44
Akteneinsichtsrecht	4	Datenauskunft gem. Art 15 DSGVO / Verspätete Auskunftserteilung / Schmerzensgeldanspruch (OLG Köln, Urt. v. 14.7.2022 – I-15 U 137/21)	
Widerstrebende Interessen / Zivilrechtsstreit / Einsicht in Ermittlungsakte / Beigezogene Akte des Zivilverfahren (BayObLG, Beschl. v. 18.8.2022 – 102 VA 68/22)		Wiedereinsetzung	49
Rechtsanwaltshaftung	12	Elektronisches Anwaltspostfach / Eingang bei Gericht / Empfangs-Intermediär (BGH, Beschl. v. 30.11.2022 – IV ZB 17/22)	
Darlehens-Widerrufs-Fall / Ordnungsgemäße Beratung / Ziel des Mandanten / Kombinierte Leistungs- und Feststellungsklage / Klage des Rechtsschutzversicherers (OLG Hamm, Urt. v. 26.07.2022 – 28 U 132/21)		Steuerberaterhaftung	51
Wirtschaftsprüferhaftung	17	Lohnbuchhaltung / Fehlende Befreiung von Krankenversicherungspflicht / Schaden / Mitverschulden (LG Lüneburg, Urt. v. 8.9.2022 – 6 O 80/22)	
Pflichtprüfung / Kein Drittschutz / Konkrete Kausalität (OLG Stuttgart, Urt. v. 11.5.2022 – 9 U 28/21)		Wiedereinsetzung	55
Steuerberaterhaftung	24	Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist / Vertrauen auf Fristverlängerung / Keine Angabe von Gründen für Fristverlängerung (BGH, Beschl. v. 16.11.2021 – VIII ZB 70/20)	
Lohnbuchhaltung / GmbH-Geschäftsführer / Sozialversicherungspflicht (LG Berlin, Urt. v. 27.9.2022 – 103a O 1/21)		Wiedereinsetzung	59
Steuerberaterhaftung	27	Ausgangskontrolle / Abgleich der Telefax-Nummer (BGH, Beschl. v. 21.12.2021 – VI ZB 2/21)	
Lohnbuchhaltung / Sozialversicherungspflicht / GmbH-Geschäftsführer / Schaden (LG Kiel, Urt. v. 16.6.2022 – 6 O 315/21)			



Reale Sicherheit in der digitalen Welt.

Starke Lösungen
und Expertise:
von Spezialisten
für Spezialisten.

- > Firmen und Freie Berufe
- > Cyberversicherung



Das Cyberrisiko stellt eines der Top-Drei-Risiken für Unternehmen dar. Durch Corona und die zunehmende Arbeit im Homeoffice ist das Risiko noch mal gestiegen. Die HDI Cyberversicherung bietet eine umfangreiche Absicherung und unterstützt Sie mit einer professionellen Soforthilfe rund um die Uhr. Unser Partner Perseus sorgt mit IT-Sicherheitstrainings bei Ihren Mitarbeitern für nachhaltigen Schutz. Und damit Sie immer auf dem neuesten Stand sind, ist die Leistungs-Update-Garantie kostenfrei enthalten.



www.hdi.de/cyberversicherung

Rafael Meixner
Rechtsanwalt



Editorial

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

Der **BGH** hat sich abermals zu der Frage geäußert, ob gegen einen Rechtsanwalt ein Anspruch auf **Erstattung von Prozesskosten** besteht, wenn er einen aussichtskosen Prozess geführt hat und der Mandant rechtsschutzversichert war. Der Deckungsanspruch gegen den **Rechtsschutzversicherer** schließt nach der Entscheidung des BGH die Annahme eines (Kosten-) Schadens des Mandanten infolge einer Beratungspflichtverletzung des Rechtsanwalts auch dann nicht aus, wenn der Mandant nur einen Auftrag unter der Bedingung einer Deckungszusage erteilt.

Nach einer Entscheidung des **OLG Köln** besteht ein Schadensersatzanspruch in Form eines **Schmerzensgeldanspruchs** gegen einen Rechtsanwalt, wenn dieser dem Mandanten eine Datenauskunft gem. **Art. 15 DSGVO** erst neun Monate nach deren Beantragung erteilt.

Das **LG Berlin** und das **LG Kiel** setzten sich mit der Haftung des mit der **Lohnbuchhaltung** mandatierten **Steuerberaters** auseinander, wenn dieser auf die mögliche **Sozialversicherungspflicht der GmbH-Geschäftsführer** nicht hingewiesen hat. Die Entscheidungen enthalten wertvolle Klarstellungen zu solchen Haftungskonstellationen, nämlich zum Umfang des Pflichtenkreises, zur Schadensberechnung und der Vermutung des beratungsgerechten Verhaltens.

In einer Entscheidung des **LG Lüneburg** hatte ein Steuerberater das **Unterschreiten der Jahresarbeitsentgeltgrenze** eines privat krankenversicherten Arbeitnehmers und damit die gesetzliche Krankenversicherungspflicht nicht erkannt hatte. Das Gericht bejahte ein Mitverschulden des Mandanten.

A handwritten signature in purple ink that reads "Rafael Meixner".

Ihr Rafael Meixner

Rechtsanwaltshaftung

- Rechtsschutzversicherer
- Kostenschaden
- Deckungszusage
- Bedingter Auftrag

(BGH, Urt. v. 29.9.2022 – IX ZR 204/21)

Leitsatz

Der Deckungsanspruch gegen seinen Rechtsschutzversicherer schließt die Annahme eines (Kosten-)Schadens des Mandanten infolge einer Beratungspflichtverletzung des Rechtsanwalts auch dann nicht aus, wenn der Mandant nur einen Auftrag unter der Bedingung einer Deckungszusage erteilt.

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger nimmt den beklagten Rechtsanwalt aus abgetretenem Recht seines Rechtsschutzversicherers auf Ersatz eines Kostenschadens in Anspruch. Der Schaden soll dadurch entstanden sein, dass der Beklagte einen von vornherein aussichtslosen Rechtsstreit geführt habe.

[2] Der Beklagte erwirkte in 2009 im Auftrag des Klägers gegen K. A. ein Versäumnisurteil über eine Hauptforderung in Höhe von 30.000 € nebst Zinsen. Im Oktober 2011 beauftragte der Kläger den Beklagten, gegenüber der Bank des A. als Drittschuldnerin vorzugehen und hierfür bei dem Rechtsschutzversicherer des Klägers eine Deckungszusage zu erwirken. Nachdem der Rechtsschutzversicherer die Deckungszusage erteilt hatte, beantragte der Beklagte den Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses bezüglich angeblicher Ansprüche des A. gegen die Bank "aus allen bestehenden Geschäftsverbindungen, sämtlicher Art und Rechtsnatur", der antragsgemäß erlassen wurde. Nach Zustellung des Beschlusses erklärte die Bank, eine Kontoverbindung zu A. würde nicht bestehen. Der Beklagte erhob Klage gegen die Bank, gerichtet auf Auskunft und Zahlung. Das Landgericht wies die Klage ab. Das Oberlandesgericht erteilte einen Hinweis gemäß § 522 Abs. 2 ZPO, dass die Berufung keine Aussicht auf Erfolg habe, da die gepfändete Forderung in dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss nicht hinreichend bestimmt sei. Mit Beschluss vom 10. Dezember 2012 wies das Oberlandesgericht die Berufung zurück.

[3] Der Kläger verlangt mit seiner Klage Schadensersatz wegen der erfolglosen Prozessführung gegen die Bank. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers, mit der nur noch die Rechtsverfolgungskosten geltend gemacht werden, hat das Berufungsgericht zurückgewiesen.

[4] Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen zuletzt gestellten Klageantrag weiter.

Aus den Gründen:

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

I.

[6] Das Berufungsgericht hat gemeint, der Rechtsschutzversicherer des Klägers habe keine Schadensersatzforderung gegen den Beklagten erlangt, die er an den Kläger hätte abtreten können.

[7] Der Rechtsschutzversicherer habe nur im Wege des gesetzlichen Forderungsübergangs nach § 86 Abs. 1 VVG einen Schadensersatzanspruch des Klägers gegen den Beklagten wegen Verletzung anwaltlicher Pflichten erlangen können, den er sodann an den Kläger hätte zurückabtreten können. Es könne dahinstehen, ob der Beklagte seine Pflichten aus dem Anwaltsvertrag verletzt habe, da dem Kläger jedenfalls kein Schaden entstanden sei. Erbringe der Versicherungsnehmer vor der Deckungszusage des Rechtsschutzversicherers weder Zahlungen noch erteile er einen unbedingten Auftrag an den Rechtsanwalt, erleide der Versicherungsnehmer zu keinem Zeitpunkt einen Vermögensschaden. Ein Schaden entstehe allenfalls dem Rechtsschutzversicherer, der die Kosten des Rechtsstreits zu tragen habe. Es sei auch kein übergangsfähiger Schaden des Versicherungsnehmers zu fingieren, da der Rechtsschutzversicherer selbst die Erfolgsaussichten einer Klage zu prüfen habe und den Eintritt eines Schadens vermeiden könne.

II.

[8] Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

[9] Ein unter dem Gesichtspunkt der Rechtsanwaltschaftung in Betracht kommender und für das Revisionsverfahren zu unterstellender **Schadensersatzanspruch** des Klägers gegen den Beklagten wäre auf den Rechtsschutzversicherer des Klägers **übergegangen** (§ 86 Abs. 1 VVG). Dieser Anspruch konnte an den Kläger zurückabgetreten werden.

[10] 1. Die Rechtsschutzversicherung ist eine Schadensversicherung, für die § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG gilt. Nach dieser Regelung geht ein dem Versicherungsnehmer gegen einen Dritten zustehender Ersatzanspruch auf den Versicherer über, soweit dieser den Schaden ersetzt. Hierbei handelt es sich um einen gesetzlichen Anspruchsübergang im Sinne von § 412 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 - IX ZR 165/19, NJW 2021, 3324 Rn. 17 mwN). Die Voraussetzungen für den Anspruchsübergang sind erfüllt.

[11] a) Der Streitgegenständliche Schadensersatzanspruch des Klägers gegen den Beklagten ist ein Ersatzanspruch im Sinne des § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG.

[12] aa) Der Annahme eines Ersatzanspruchs gemäß § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG steht der versicherungsvertragliche Deckungsanspruch nicht entgegen. Dieser schließt die Annahme eines (Kosten-)Schadens des Versicherungsnehmers nicht aus (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 aaO Rn. 19 mwN). Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger habe bezüglich der angefallenen Rechtsverfolgungskosten zu keinem Zeitpunkt einen Vermögensschaden erlitten, der eine Schadensersatzforderung gegen den Beklagten begründen würde, die nach § 86 Abs. 1 VVG auf den Rechtsschutzversicherer habe übergehen können, ist nicht zu teilen.

[13] bb) Ausgangspunkt einer Schadensberechnung ist die sogenannte Differenzhypothese. Hiernach beurteilt sich die Frage, ob und inwieweit ein nach den §§ 249 ff BGB zu ersetzender Vermögensschaden vorliegt, nach einem Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre. Erforderlich ist ein Gesamtvermögensvergleich, der alle von dem haftungsbegründenden Ereignis betroffenen finanziellen Positionen umfasst (BGH, Urteil vom 29. Juni 2022 - XII ZR 6/21, ZIP 2022, 1647 Rn. 13 mwN). Diese Differenzrechnung muss stets einer normativen Kontrolle unterzogen werden, weil sie eine wertneutrale Rechenoperation darstellt. Dabei ist einerseits das konkrete haftungsbegründende Ereignis als Haftungsgrundlage zu berücksichtigen. Andererseits ist die darauf beruhende Vermögensminderung unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände sowie der Verkehrsauffassung in die Betrachtung einzubeziehen. Erforderlich ist also eine wertende Überprüfung des anhand der Differenzhypothese gewonnenen Ergebnisses gemessen am Schutzzweck der Haftung und an der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes (BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2020 - VII ARZ 1/20, NJW 2021, 53 Rn. 25; vgl. auch BGH, Urteil vom 30. November 1979 - V ZR 214/77, BGHZ 75, 366 Rn. 28; vom 28. Oktober 2014 - VI ZR 15/14, WM 2014, 231 Rn. 17; vom 29. Oktober 2019 - VI ZR 45/19, VersR 2020, 174 Rn. 15; vom 6. Juli 2021 - VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 Rn. 20).

[14] cc) In der Rechtsschutzversicherung stellt der Anspruch auf Kostenbefreiung die Hauptleistung des Versicherers dar. Die Kosten der Rechtsverfolgung bilden den Schaden, dessen Deckung der Rechtsschutzversicherer übernommen hat (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juni 2021 - IX ZR 76/20, NJW 2021, 2589 Rn. 10).

[15] dd) Entschließt sich der Versicherungsnehmer in Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen zu einem gerichtlichen

Vorgehen, handelt es sich bei den für das Verfahren anfallenden Kosten um seinen Schaden (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juni 2021 aaO Rn. 11). Dies gilt auch dann, wenn - wie das Berufungsgericht annimmt - der Mandant nur einen Auftrag unter der Bedingung einer Deckungszusage erteilt.

[16] b) Der Rechtsschutzversicherer hat die Kosten des Rechtsstreits aufgrund der dem Kläger erteilten Deckungszusage getragen. Dass die Deckungszusage in dem Wissen erteilt worden sei, ein Deckungsanspruch bestehe nicht, ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 aaO Rn. 21 mwN).

[17] 2. Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs durch den Rechtsschutzversicherer aus übergegangenem Recht verstößt nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Die Rechtsverfolgung ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Rechtsschutzversicherer die Deckungsanfrage des Beklagten geprüft und die zur Begründung des Schadensersatzanspruchs des Klägers geltend gemachte Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung selbst hätte erkennen können (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 - IX ZR 165/19, NJW 2021, 3324 Rn. 23 mwN).

III.

[18] Das Urteil ist 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).

[19] 1. Aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden ist die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, dass der Kläger das Abtretungsangebot des Rechtsschutzversicherers angenommen und dieser auf eine Annahmeerklärung des Klägers verzichtet hat.

[20] 2. Für die Beurteilung der Frage, ob der Beklagte dem Kläger aus übergegangenem und nachfolgend abgetretenem Recht zur Zahlung von Schadensersatz verpflichtet ist, kommt es darauf an, ob es bei einem pflichtgemäßen Handeln des Beklagten im Ausgangsverfahren zur Durchführung des Klage- und Berufungsverfahrens gekommen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 aaO Rn. 24 f mwN).

[21] 3. Eine mandatsbezogene Pflicht, einen von Anfang an aussichtslosen Rechtsstreit nicht zu führen, gibt es als solche nicht. Maßgeblich ist, ob der Rechtsanwalt seiner Pflicht zur Beratung des Mandanten über die Erfolgsaussichten des in Aussicht genommenen Rechtsstreits genügt hat. Für den Inhalt dieser Pflicht ist es ohne Bedeutung, ob der Mandant eine Rechtsschutzversicherung unterhält oder nicht. Verletzt der

Rechtsanwalt die ihm obliegende Beratungspflicht, kommt es darauf an, wie sich der Mandant im Falle pflichtgemäßer Unterweisung verhalten hätte. Erst hier kann von Bedeutung sein, ob eine Rechtsschutzversicherung besteht (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 aaO Rn. 26).

[22] a) Soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf, ist der Rechtsanwalt grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Beratung des Auftraggebers verpflichtet. Unkundige muss er über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren. In den Grenzen des Mandats hat der Rechtsanwalt 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 (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 - IX ZR 165/19, NJW 2021, 3324 Rn. 27 ff mwN).

[23] b) Die Pflicht des Rechtsanwalts zur Beratung über die Erfolgsaussichten eines in Aussicht genommenen Rechtsstreits gilt gleichermaßen sowohl gegenüber einem nicht rechtsschutzversicherten Mandanten als auch gegenüber einem Mandanten mit Rechtsschutzversicherung (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 aaO Rn. 33 f mwN).

[24] c) Fällt dem Rechtsanwalt eine schuldhaftige Verletzung der ihm obliegenden Beratungspflicht zur Last, kommt es darauf an, wie sich der Mandant im Falle pflichtgemäßer Unterweisung verhalten hätte. Insoweit kann von Bedeutung sein, ob der Mandant eine Rechtsschutzversicherung unterhält (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 aaO Rn. 35 ff mwN).

[25] Die Beantwortung der Frage, ob im Falle sachgerechter Aufklärung aus der (verobjektivierten) Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahegelegen hätte, obliegt dem Tatrichter. Dieser muss in seine Überlegungen auch einbeziehen, ob das Risiko des Mandanten, im Falle einer Niederlage die Kosten des Rechtsstreits tragen zu müssen, durch einen bestehenden Deckungsanspruch aus einer Rechtsschutzversicherung oder eine bereits vorliegende Deckungszusage herabgemindert war (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 - IX ZR 165/19, NJW 2021, 3324 Rn. 38 mwN).

[26] Die Wirkungen des versicherungsvertraglichen Kostenschutzes auf die Frage des Eingreifens des **Anscheinsbeweises** finden jedoch ihre Grenze, wenn die (weitere) **Rechtsverfolgung des Mandanten objektiv aussichtslos war** (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 aaO Rn. 39 mwN). Auch über die

Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung hat der Tatrichter zu befinden (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 aaO Rn. 40).

[27] 4. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, wann der Kläger Kenntnis von den die geltend gemachte Schadensersatzforderung begründenden Umständen und der Person des Beklagten als Anspruchsschuldner erlangt hat. Mit Blick auf die durch den Beklagten erhobene Verjährungseinrede wird das Berufungsgericht bei Bejahung eines Schadensersatzanspruchs diese Feststellungen nachzuholen haben.

Akteneinsichtsrecht

- Widerstreitende Interessen
- Zivilrechtsstreit
- Einsicht in Ermittlungsakte
- Beigezogene Akte des Zivilverfahrens

(BayObLG, Beschl. v. 18.8.2022 – 102 VA 68/22)

Leitsatz (der Redaktion)

Der Gegenstand eines gegen einen Rechtsanwalt geführten Zivilverfahrens, in dem diesem vorgeworfen wurde, unter Verstoß gegen § 43a Abs. 4 BRAO widerstreitende Interessen vertreten zu haben, berührt unmittelbar die subjektiven Rechte des nicht an dem Verfahren beteiligten Mandanten, der gegen den Rechtsanwalt Anzeige wegen Parteiverrats erstattet hat, und begründet ein rechtliches Interesse an der Einsicht in die im Ermittlungsverfahren beigezogene Akte des Zivilverfahrens.

Zum Sachverhalt:

[1] Mit Antrag auf gerichtliche Entscheidung wendet sich der Antragsteller gegen den Bescheid des Landgerichts Passau vom 24. Mai 2022, mit dem dem weiteren Beteiligten antragsgemäß Einsicht in die Akte des Verfahrens mit dem Aktenzeichen xxx gewährt worden ist.

[2] Der Antragsteller, ein Rechtsanwalt, war in dem zivilgerichtlichen Verfahren (nachfolgend auch: Ausgangsverfahren) Beklagter. Der Kläger forderte von ihm Schadensersatz im Zusammenhang mit einer Unternehmensübertragung. Er warf ihm ausweislich des insoweit nichtbeanstandeten Bescheids vom 24. Mai 2022 vor, beim Unternehmensverkauf sowohl ihn, den Kläger und Verkäufer, als auch den Käufer, den weiteren Beteiligten des hiesigen Verfahrens, beraten und dadurch unter Verstoß gegen § 43a BRAO widerstreitende Interessen vertreten zu haben.

[3] Der weitere Beteiligte erstattete wegen des Sachverhalts Strafanzeige. In dem wegen des Verdachts des Parteiverrats, § 356 StGB, eingeleiteten Ermittlungsverfahren zog die Staatsanwaltschaft die Akte des Zivilverfahrens bei und wertete sie aus. Sie teilte dem Anzeigersteller mit Schreiben vom 11. März 2022 mit, dass sie die Einstellung des Verfahrens wegen Verfolgungsverjährung beabsichtige. Nach dem Inhalt der Strafanzeige sei auch „unter Berücksichtigung ... sowie des Inhalts der beigezogenen Zivilakte des LG Passau, Az.: xxx“ die bemakelte Beratungstätigkeit mit der Unterzeichnung des Asset Deals und der Nebenabreden am 8. Juni 2016 abgeschlossen gewesen, womit der Lauf der Verjährungsfrist begonnen habe. Für eine über diesen Stichtag hinausgehende pflichtwidrige anwaltliche Beratung bzw. eine Tätigkeit als Steuerberater, bei der der hiesige Antragsteller auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts tätig gewesen sei, gebe es keine Anhaltspunkte. Die Anlagen R7 bis R14 der Zivilakte beträfen die spätere Ausgestaltung „des Verhältnisses“. Dass hier noch ein Mandatsverhältnisbestanden habe, ergebe sich nicht. Die Strafanzeige gehe selbst davon aus, dass ab der Unterzeichnung des Asset Deals der hiesige Antragsteller als faktischer Geschäftsführer „der xxx“ tätig gewesen sei; dies stelle keine anwaltliche Tätigkeit mehr dar. Der weitere Beteiligte erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme.

[4] Mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 4. April 2022 an die Staatsanwaltschaft monierte der weitere Beteiligte, dass ihm auf sein Einsichtsgesuch nur die Ermittlungsakte, nicht aber die beigezogene Zivilakte überlassen worden sei. Er bat, ihm Letztere nachzuliefern, da er andernfalls nicht vollständig Stellungnehmen könne. Daraufhin leitete die Staatsanwaltschaft die Zivilakte unter Hinweis auf das Einsichtsgesuch an den Vorsitzenden der ersten Zivilkammer des Landgerichts Passau zurück zum Verbleib, verbunden mit der Bitte um Entscheidung über das Gesuch. Der Vorsitzende Richter informierte hierüber den weiteren Beteiligten und wies darauf hin, dass nach § 299 Abs. 2 ZPO Dritten Akteneinsicht ohne Einwilligung der Parteien nur gestattet werden dürfe, wenn ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht werde. Darauf brachte der weitere Beteiligte dem Vorsitzenden Richter die Mitteilung der Staatsanwaltschaft vom 11. März 2022 zur Kenntnis und verwies darauf, dass die Staatsanwaltschaft die Zivilakte gemäß Anforderung vom 15. Juni 2021 zur kurzzeitigen Einsichtnahme erhalten und sie zum Gegenstand ihrer Überlegungen gemacht habe. Er könne sich zu der beabsichtigten Einstellung des Ermittlungsverfahrens und der rechtlichen Auffassung der Staatsanwaltschaft nur äußern, wenn er ebenfalls die Zivilakte einsehen könne, von der die Staatsanwaltschaft keine Kopien gefertigt habe.

[5] Der Vorsitzende Richter hörte die Parteien des Ausgangsverfahrens zum Gesuch an. Beide Parteien sprachen sich gegen eine Bewilligung aus. Ein rechtliches Interesse sei nicht

glaubhaft gemacht und nicht gegeben. Der weitere Beteiligte wolle sich Informationen aus der Zivilakte beschaffen, um Argumente in dem von ihm veranlassten Ermittlungsverfahren zu gewinnen. Sein Interesse sei mithin nicht auf die Verfolgung eigener privater Rechte bzw. auf die Erlangung von Informationen zur Durchsetzung solcher Rechtspositionen, sondern auf Ausforschung gerichtet. Zudem seien die Anlagen R7 bis R14 dem weiteren Beteiligten bekannt. Darüber hinaus gehe aus dem Schreiben der Staatsanwaltschaft hervor, dass zum einen der Tatbestand einer Straftat nicht gegeben sei und zum anderen Verfolgungsverjährung eingetreten wäre. Auch die Rechtsanwaltskammer habe das vom weiteren Beteiligten initiierte dienstaufsichtsrechtliche Verfahren mangels Pflichtwidrigkeit eingestellt. Das Ausforschungsinteresse des weiteren Beteiligten reiche für einen Eingriff in die Datenschutzrechte der Prozessbeteiligten nicht aus.

[6] Mit Schriftsatz vom 23. Mai 2022 wiederholte der weitere Beteiligte gegenüber der Staatsanwaltschaft sein Gesuch um Einsicht in die Akte des Zivilverfahrens. Diese Akten hätten der Staatsanwaltschaft vollumfänglich vorgelegen und seien in der Entscheidung zitiert. „Bei einer Abwägung der ablehnenden Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten“ überwiege sein berechtigtes Interesse. Er gehe davon aus, dass ihm die Zivilakte von der Ermittlungsbehörde nach Rücksprache mit dem Landgericht zur Verfügung gestellt werde. Über seine Eingabe informierte er auch den Vorsitzenden Richter in der Zivilsache, indem er das Dokument zur Kenntnis auch an ihn übermittelte.

[7] Mit Bescheid des Landgerichts Passau vom 24. Mai 2022 wurde dem weiteren Beteiligten Einsicht in die Zivilakte gewährt. Das rechtliche Interesse ergebe sich aus § 356 Abs. 2 StGB und der Wertung der §§ 373b ff. StPO. § 356 Abs. 2 StGB diene auch dem individuellen Schutz der benachteiligten Partei. Für die Verletzteneigenschaft genüge es, dass bei unterstellter Begehung der Tat eine Beeinträchtigung der Rechtsgüter des Verletzten vorläge. Es bestehe ein hinreichender Bezug des dadurch begründeten Rechtsverhältnisses zum Gegenstand des Zivilverfahrens, weil derjenige Unternehmenskauf, bei dem der Rechtsanwalt beide Seiten des Geschäfts beraten habe, Gegenstand des Zivilverfahrens sei. Im Rahmen der Interessenabwägung werde das Interesse des Gesuchstellers auch mit Blick auf § 406e StPO hoch gewichtet, zumal die Zivilakte vorübergehend Teil der Ermittlungsakte gewesen sei. Das verfassungsrechtlich geschützte Recht der Parteien auf informationelle Selbstbestimmung trete vorliegend dahinter zurück. Ein besonderes Geheimhaltungsinteresse hätten die Parteien des Ausgangsverfahrens nicht dargelegt.

[8] Gegen den ihm am 30. Mai 2022 zugestellten Bescheid wendet sich der Antragsteller mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung vom 7. Juni 2022 an das Oberlandesgericht

München, der durchelektronische Weiterleitung am 8. Juni 2022 beim Bayerischen Obersten Landesgericht eingegangen ist.

[9] Der Antragsteller erstrebt

[10] die Aufhebung des Bescheids und die Abweisung des Einsichtsgesuchs.

[11] Durch die ermessensfehlerhafte bzw. rechtswidrige Gewährung von Akteneinsicht werde er in seinen Rechten verletzt. Das von § 356 StGB geschützte Rechtsgut werde nach herrschender Meinung als ein öffentliches qualifiziert; für die Tatbestandsvariante des Absatzes 2 habe der Gesuchsteller nichts glaubhaft gemacht. Das Einsichtsrecht von Behörden im Wege der Amtshilfe sei fehlerhaft in die Abwägung eingestellt worden, denn auf diese Weise werde die restriktive Bewertung des § 299 Abs. 2 ZPO ausgehebelt. Das Einsichtsgesuch sei abzuweisen.

[12] Der Antragsgegner beantragt,

[13] den Antrag auf gerichtliche Entscheidung als unbegründet zu verwerfen.

[14] Zwar wäre für die Gewährung von Einsicht in beigezogene Akten der zuständige Referent der Staatsanwaltschaft zuständig gewesen. Allerdings bedürfe es der Zustimmung derjenigen Stelle, um deren Akte es sich handle, „§ 378 Abs. 2 StPO“. Diese Stelle, das Landgericht, habe hier selbst die Einsicht gewährt. Das erforderliche rechtliche Interesse liege vor; Ermessensfehler seien nicht erkennbar.

[15] Der Gesuchsteller ist am Verfahren beteiligt worden. Er beantragt,

[16] den Antrag auf gerichtliche Entscheidung als unbegründet zu verwerfen.

[17] Der Kläger des Zivilverfahrens habe vorgetragen, dass der hiesige Antragsteller, der Beklagte im Zivilverfahren, beim Firmenverkauf genau in dem Interessenwiderstreit gehandelt habe, den der um Einsicht nachsuchende weitere Beteiligte der Strafanzeige zugrunde gelegt habe, und dass er deswegen ihm, dem Kläger, gegenüber schadensersatzpflichtig sei. Die Staatsanwaltschaft habe das Ermittlungsverfahren wegen Verjährung eingestellt. Die Einstellung fechte er an. Zur Begründung seiner Beschwerde gegenüber der Generalstaatsanwaltschaft benötige er Kenntnis der von der Staatsanwaltschaft verwerteten Akte.

[18] Dem hat der Antragsteller entgegnet, die Beurteilungsprärogative, ob der Verdacht einer Straftat gegeben sei, liege

bei der Staatsanwaltschaft, nicht beim Gesuchsteller. Das durch § 356 StGB geschützte öffentliche Interesse habe auf private Dritte lediglich Reflexwirkung. Es handle sich nicht um eine gezielte legislative Normausrichtung.

[19] Die Akteneinsicht ist noch nicht vollzogen worden.

Aus den Gründen:

[20] Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat keinen Erfolg.

[21] 1. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß §§ 23 ff. EGGVG ist statthaft und zulässig.

[22] Die auf § 299 Abs. 2 ZPO gestützte Bewilligung der Akteneinsicht für den weiteren Beteiligten als Dritten ist ein **Justizverwaltungsakt auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts** (vgl. BGH, Beschl. v. 29. April 2015, XII ZB 214/14, NJW 2015, 1827 Rn. 10; *Lückemann* in Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 23 EGGVG Rn. 4).

[23] Der **Subsidiaritätsgrundsatz des § 23 Abs. 3 EGGVG** greift vorliegend nicht, denn gegen den Bewilligungsbescheid kann der Antragsteller nicht nach § 406e Abs. 5 Satz 2 StPO oder § 480 Abs. 3 Satz 1 StPO jeweils i. V. m. § 162 StPO um gerichtliche Entscheidung durch den Ermittlungsrichter nachsuchen (zur früheren Rechtslage auch BGH, Beschl. v. 18. Januar 1993, 5 AR [VS] 44/92, BGHSt 39, 112 [juris Rn. 13 ff.]). Zwar wurde die Akte über den – abgeschlossenen – Zivilprozess zu der Zeit, als das Einsichtsgesuch bei der Staatsanwaltschaft gestellt wurde, noch als Beiakte bei der Ermittlungsakte geführt; sie dürfte deshalb zu den Akten des Ermittlungsverfahrens im Sinne der §§ 147, 406e StPO gehört haben (vgl. BGH, Urt. v. 7. März 1996, 1 StR 688/95, BGHSt 42, 71 [juris Rn. 7] f.; LG Hannover, Beschl. v. 24. November 2014, 98 KLS 4/14 u.a., juris Rn. 4; LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 12. Januar 2011, 7 Qs 96/2010, StraFo 2011, 225 [juris Rn. 16]; *Wessing* in BeckOK StPO, 43. Ed. Stand: 1. April 2022, § 147 Rn. 17; *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Aufl. 2022, § 147 Rn. 16; *Ferber* in Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, § 406e StPO Rn. 3; *Jahn* in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2021, § 147 Rn. 65ff.; *Thomas/Kämpfer* in Münchener Kommentar zur StPO, 2014, § 147 Rn. 15; auch BVerfG, Beschl. v. 7. Dezember 1982, 2 BvR 900/82, BVerfGE 62, 338 [juris Rn. 18]; BGH, Urt. v. 18. Juni 2009, 3 StR 89/09, StraFo 2009, 338 [juris Rn. 20]). Demnach wäre die Staatsanwaltschaft als aktenführende Stelle zur Entscheidung über das Gesuch um Einsicht (auch) in die Zivilakte – ggf. nach Anhörung des Beschuldigten (vgl. BVerfG, Beschl. v. 31. Januar 2017, 1 BvR 1259/16, NJW 2017, 1164 Rn. 17; Beschl. v. 30. Oktober 2016, 1 BvR 1766/14, juris Rn. 5) – berufen gewesen. Eine solche Entscheidung liegt jedoch nicht vor. Die Staatsanwaltschaft hat vielmehr das an sie gestellte Einsichtsgesuch an den

Vorsitzenden Richter des Zivilgerichts als Organ der Justizverwaltung zur Erledigung in eigener Kompetenzweitergeleitet. Der sodann vom Vorsitzenden Richter der Zivilkammer erlassene Bewilligungsbescheid ist ihr nicht „zuzurechnen“.

[24] Der Antrag ist innerhalb der Monatsfrist des § 26 Abs. 1 EGGVG bei dem zuständigen Bayerischen Obersten Landesgericht gestellt worden. Dass der Antrag an das Oberlandesgericht München adressiert war, steht nicht entgegen, denn der Antragsteller hat im weiteren Verlauf sein Einverständnis mit der – wohl ohne Rücksprache, aber innerhalb der Einlegungsfrist erfolgten – Weiterleitung an das Bayerische Oberste Landesgericht, das seit dem 1. Februar 2019 gemäß § 25 Abs. 2 EGGVG i. V. m. Art. 12 Nr. 3 AGGVG für Entscheidungen dieser Art zuständig ist, zu erkennen gegeben. Zudem ergibt sich aus dem ebenfalls elektronisch übermittelten Transfervermerk sowie dem Prüfprotokoll, dass die Antragschrift den Formvorgaben des § 14 Abs. 2 FamFG i. V. m. § 130a Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 ZPO entspricht, sodass anders als in der vom Verwaltungsgericht Halle mit Urteil vom 15. November 2021 entschiedenen Sache (Az. 5 A 235/21, NVwZ 2022, 1148) keine Zweifel an der formgerechten Einlegung des Rechtsbehelfs bestehen.

[25] Eine mögliche Verletzung in eigenen Rechten hat der Antragsteller geltend gemacht, denn er rügt einen unzulässigen Eingriff in sein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, § 24 Abs. 1 EGGVG.

[26] 2. In der Sache ist der Rechtsbehelf unbegründet. Die Bewilligung des Einsichtsgesuchs auf der Grundlage des § 299 Abs. 2 ZPO ist nicht zu beanstanden. Zuständig für diese Entscheidung ist der nach der Geschäftsverteilung des Bayerischen Obersten Landesgerichts im Turnus berufene Zivilsenat, da der Antrag aus den unter II. 1. dargestellten Gründen keine Angelegenheit der Strafrechtspflege und somit keine Geschäftsaufgabe im Sinne von Abschnitt B. II. Ziffer 2 des Geschäftsverteilungsplans für das Jahr 2022, Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 2 des Gesetzes zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes und von Verfahrensgesetzen des Bundes (AGGVG) betrifft, die in die Zuständigkeit der Strafsenate am Standort Nürnberg fallen würde.

[27] a) Der angefochtene **Bescheid ist nicht bereits in formeller Hinsicht rechtswidrig**, denn er ist als Justizverwaltungsakt von der hierfür funktional zuständigen Stelle erlassen worden.

[28] Der Vorsitzende der Zivilkammer war für die Entscheidung über die Erteilung der beantragten Einsicht in die Zivilakte gemäß § 299 Abs. 2 ZPO zuständig. Obwohl das Einsichtsgesuch an die Staatsanwaltschaft gerichtet war, hat sich der weitere Beteiligte an dem eingeleiteten Justizverwaltungsverfahren beteiligt und – um seinem Antrag zum Erfolg zu verhelfen –

inhaltliche Angaben zu seinem Interesse an der Einsicht gemacht, nachdem er von der Justizverwaltung über die Behandlung seines Antrags informiert und auf die Voraussetzungen des § 299 Abs. 2 ZPO hingewiesen worden war. Damit hat er hinreichend klar zum Ausdruck gebracht, das Einsichtsgesuch jedenfalls auch in diesem Justizverwaltungsverfahren weiter zu verfolgen.

[29] Die Befugnis zur Erteilung von Akteneinsicht durch Dritte gemäß § 299 Abs. 2 ZPO ist ausweislich des Geschäftsverteilungsplans des Landgerichts Passau für den richterlichen Dienst mit Verfügung des Präsidenten des Gerichts vom 17. Dezember 2021 für das Geschäftsjahr 2022 den jeweiligen Vorsitzenden der Zivilkammern in zulässiger Weise (vgl. BayObLG, Beschl. v. 14. Februar 2022, 102 VA 153/21, juris Rn. 20) übertragen worden.

[30] b) Im Ergebnis zutreffend nimmt der Bewilligungsbescheid ein rechtliches Interesse des weiteren Beteiligten an der Einsicht in die Zivilprozessakte an, das nach § 299 Abs. 2 ZPO Voraussetzung für die Gewährung von Akteneinsicht an Dritte ohne Einwilligung der Parteien ist.

[31] aa) Das gegenüber dem „berechtigten Interesse“ enger zu verstehende „rechtliche Interesse“ (vgl. BGH, Beschl. v. 21. September 1993, X ZB 31/92, NJW-RR 1994, 381 [juris Rn. 13]) setzt ein auf Rechtsnormen beruhendes oder durch solche geregeltes, gegenwärtig bestehendes Verhältnis einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache voraus (BGH, Beschl. v. 5. April 2006, IV AR [VZ] 1/06, NZG 2006, 595 Rn. 15; *Assmann* in Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2012, § 299 Anm. 38).

[32] Ein rechtliches Interesse des Dritten an der Akteneinsicht setzt danach voraus, dass das vom Einsichtsgesuch betroffene Verfahren selbst oder zumindest sein Gegenstand für die rechtlichen Belange des Dritten von konkreter rechtlicher Bedeutung ist (vgl. BGH, Beschl. v. 15. Oktober 2020, IX AR [VZ] 2/19, NZI 2021, 123 Rn. 14; BayObLG, Beschl. v. 14. Oktober 2021, 102 VA 66/21, juris Rn. 26; Beschl. v. 2. September 2021, 101 VA 100/21, NZI 2021, 1078 Rn. 20; Beschl. v. 24. Oktober 2019, 1 VA 92/19, NZI 2020, 491 Rn. 22 [juris Rn. 27] jeweils m. w. N.).

[33] bb) Das ist hier der Fall. Ein rechtliches Interesse des weiteren Beteiligten an der Akteneinsicht liegt vor, weil dessen subjektiven Rechte durch den Sachverhalt des Zivilverfahrens konkret berührt werden.

[34] (1) Allerdings kann die rechtliche Betroffenheit des weiteren Beteiligten vorliegend nicht aus § 356 Abs. 2 StGB hergeleitet werden.

[35] Der Verbrechenstatbestand des schweren Parteiverrats setzt voraus, dass der Täter im Einverständnis mit der Gegenpartei zum Nachteil seiner Partei handelt. Der weitere Beteiligte hat nicht dargelegt und glaubhaft gemacht, dass diese qualifizierenden Umstände vorlägen.

[36] (2) Bedenken bestehen deshalb auch gegen die Ansicht des Landgerichts, das rechtliche Interesse ergebe sich aus der Wertung der §§ 373b ff. StPO.

[37] Zu § 356 StGB hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 14. Juli 2020 (Az. 4 StR 611/19, NStZ 2020, 601) unter Bezugnahme auf weitere Rechtsprechung ausgeführt, die **Strafvorschrift** gehöre zu den sogenannten „**opferlosen Delikten; sie schütze keine Individualrechtsgüter, sondern das Vertrauender Allgemeinheit in die Zuverlässigkeit und Integrität der Anwalt- und Rechtsbeistandschaft** (vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 24. Mai 2001, 2 BvR 1373/00, NJW 2001, 3180 [juris Rn. 4]; zum Meinungsstreit: *Fischer*, StGB, 69. Aufl. 2022, § 356 Rn. 2; *Heuchemer* in BeckOK StGB, 53. Ed. Stand: 1. Mai 2022, § 356 Rn. 1; *Sahan/Höft* in Dölling/Duttge/Rössner, *Gesamtes Strafrecht*, § 356 Rn. 1 f.; *Kudlich* in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 5. Aufl. 2021, § 356 Rn. 2; *Heine/Weißer* in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 356 Rn. 1; *Dahs* in Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2019, § 356 Rn. 2 ff.; *Heger* in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2019, § 356 Rn. 1).

[38] **Danach erscheint fraglich, ob der weitere Beteiligte als Verletzter i. S. d. § 373b StPO** (vgl. *Ferber* in Dölling/Duttge/Rössner, *Gesamtes Strafrecht*, § 406e StPO Rn. 3 i. V. m. § 406d StPO Rn. 3, § 373b StPO Rn. 4) **angesehen werden kann**. Nach der Legaldefinition in § 373b Abs. 1 StPO, die in Umsetzung der Opferschutzrichtlinie (Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI, Abl. EU, L315/57) zum 1. Juli 2021 eingeführt worden ist, sind Verletzte diejenigen Personen, die durch die Tat, ihre Begehung unterstellt oder rechtskräftig festgestellt, in ihren Rechtsgütern unmittelbar beeinträchtigt worden sind oder unmittelbar einen Schaden erlitten haben. **Bei der Auslegung ist zu beachten, dass jemand durch die Tat nur dann verletzt sein kann, wenn die übertretene Norm – jedenfalls auch – die Rechte dieser Person schützen will** (*Weiner* in BeckOK StPO, § 373b Rn. 11; BT-Drs. 19/27654, S. 42). **Da der weitere Beteiligte auch nicht zu dem erweiterten Personenkreis des § 406e Abs. 4, § 403 Satz 2 StPO gehören dürfte, kommt vorliegend in Betracht, dass er im Ermittlungsverfahren Akteneinsicht nur nach Maßgabe des § 475 Abs. 2 StPO beanspruchen könnte und für eine Einsicht in die beigezogene Zivilakte die Zustimmung des Landgerichts Passau nach § 480 Abs. 2 StPO (§ 478 Abs. 2**

StPO a. F.) nachzuweisen hätte, nachdem die Staatsanwaltschaft keine Kopien von der im Ermittlungsverfahren ausgewerteten Zivilakte gefertigt hatte.

[39] (3) Der Senat kann diese Fragen offen lassen, denn bereits die zivilrechtlich gestaltete subjektive Rechtsstellung des weiteren Beteiligten ist durch den Gegenstand des Verfahrens, in das er Einsicht begehrt, unmittelbar betroffen. Dies begründet ein rechtliches Einsichtsinteresse. Die Tatsachen, aus denen sich der rechtliche Bezug zum Streitstoff des Ausgangsverfahrens ergibt, hat der weitere Beteiligte mit seinem Einsichtsgesuch hinreichend dargelegt und glaubhaft gemacht.

[40] Ein Rechtsanwalt, der in derselben Rechtssache beiden Parteien im entgegengesetzten Interesse dient, handelt pflichtwidrig i. S. d. § 356 Abs. 1 StGB (BGH, Urt. v. 13. Juli 1982, 1 StR 245/82, juris Rn. 9; BayObLG, Urt. v. 6. August 2021, 201 StRR 66/21, juris Rn. 20) und verstößt zugleich gegen das in § 43a Abs. 4 BRAO normierte berufrechtliche Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen. **Auf die privatrechtliche Beziehung zwischen Anwalt und Mandant hat die öffentlich-rechtliche Berufsregel unmittelbare Rechtswirkung, denn § 43a Abs. 4 BRAO ist ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB. Ein Verstoß gegen das Verbot führt zur Nichtigkeit des Mandatsvertrags; hierfür genügt, dass der Tatbestand der Verbotsnorm objektiv erfüllt ist** (vgl. BGH, Urt. v. 10. Januar 2019, IX ZR 89/18, NJW 2019, 1147 Rn. 24; Urt. v. 12. Mai 2016, IX ZR 241/14, NJW 2016, 2561 Rn. 7 ff.; *Fischinger/Hengstberger* in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2021, § 134 Rn. 308; *Latze*/in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2020, § 611 Rn. 449).

[41] Demzufolge berührt der Gegenstand des Zivilverfahrens unmittelbar die subjektiven Rechte des weiteren Beteiligten.

[42] Dies kann und muss vorliegend berücksichtigt werden, obwohl der weitere Beteiligte bei der Schilderung seines Einsichtsinteresses nicht auf den zivilrechtlichen Aspekt, sondern auf die Lage im Ermittlungsverfahren abgestellt hat. Aus seinen Angaben ging hervor, dass er gegen den Beklagten des Zivilverfahrens Anzeige wegen des Vorwurfs des Parteiverrats erstattet und die Staatsanwaltschaft im Zuge ihrer Ermittlungen die Zivilakte beigezogen und ausgewertet hatte. Damit war für das Landgericht auch ohne nähere Darlegungen seitens des weiteren Beteiligten klar ersichtlich, dass dieser zusammen mit den beiden Verfahrensbeteiligten die „Dreiecksbeziehung“ bildet, die dem im Zivilverfahren gegen den Anwalt erhobenen Vorwurf der Vertretung widerstreitender Interessen und dem deswegen geführten Streit um Schadensersatz zugrunde liegt. Der Kerntatbestand des § 43a Abs. 4 BRAO ist in demjenigen des § 356 StGB enthalten (*Henssler* in Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43a Rn. 213 m. w. N.). Aus den tatsächlichen Umständen, die der weitere Betei-

ligte schilderte, um den Anlass für das Einsichtsgesuch darzustellen, ergab sich somit unmittelbar seine Behauptung, dass er in dem dem Zivilverfahren zugrunde liegenden Sachverhalt mit dem beklagten Rechtsanwalt durch einen unter objektivem Verstoß gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen durchgeführten Mandatsvertrag verbunden gewesen sei; **damit lag zugleich offen, dass der Gegenstand des Zivilverfahrens für die subjektiven rechtlichen Belange des weiteren Beteiligten von konkreter rechtlicher Bedeutung ist, denn der Streitstoff – Doppelvertretung unter angeblichem Verstoß gegen § 43a BRAO – berührt unmittelbar auch die subjektiven Rechte des weiteren Beteiligten.** Darin unterscheidet sich der Streitfall von derjenigen Konstellation, die der Entscheidung des Oberlandesgerichts Brandenburg vom 11. März 2020 (Az. 11 VA 10/18, BeckRS 2020, 4920) zugrunde gelegen hat. Das Oberlandesgericht hat dort ausgeführt, allein der Umstand, dass sich der Gesuchsteller aus einem Einblick in die Verfahrensakte Anhaltspunkte oder Strategien für sein eigenes (familienrechtliches) Verfahren erhoffe, das in keinerlei Zusammenhang mit dem Ausgangsverfahren stehe, genüge nicht (so auch *Bacher* in BeckOK ZPO, 45. Ed. Stand: 1. Juli 2022, § 299 Rn. 29.1). Demgegenüber besteht im Streitfall aus den dargelegten Gründen ein auf Rechtsnormen beruhender Zusammenhang zwischen der Rechtsstellung des weiteren Beteiligten und dem Streitstoff desjenigen Verfahrens, in das er Einsicht begehrt.

[43] Indem der weitere Beteiligte die Mitteilung der Staatsanwaltschaft vom 11. März 2022 vorgelegt hat, hat er diejenigen tatsächlichen Umstände, die seine rechtliche Betroffenheit durch den Gegenstand des Zivilverfahrens begründen, hinreichend glaubhaft gemacht (§§ 294, 299 Abs. 2 ZPO). Aus der Mitteilung geht für jeden mit der Angelegenheit Befassten hinreichend klar hervor, dass der weitere Beteiligte wie der Kläger des Ausgangsverfahrens dem dortigen Beklagten und Beschuldigten des Ermittlungsverfahrens aus eigener Betroffenheit und wegen desselben Sachverhalts eine Doppelvertretung unter Verstoß gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen zum Vorwurf macht. Daraus ergibt sich der dargelegte rechtliche Bezug zwischen den Sachverhalten des Ermittlungs- und des Ausgangsverfahrens; zudem ist die Sachverhaltsidentität von den (früheren) Parteien des Zivilprozesses nicht bestritten worden. In dieser Situation bedurfte es keiner Glaubhaftmachung weiterer tatsächlicher Umstände (vgl. auch OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 21. Juni 2016, 20 VA 20/15, juris Rn. 46; allgemein: *Prütting* in Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 294 Rn. 12 f., § 299 Rn. 21; *Nober* in *Anders/Gehle*, ZPO, 80. Aufl. 2022, § 294 Rn. 2; *Longré/Maivurm*, MDR 2015, 805 [808]; *Zuck*, NJW 2010, 2913 [2915]).

[44] Dieses rechtliche Interesse entfällt nicht deshalb, weil der weitere Beteiligte mit seinem Einsichtsgesuch das Ziel verfolgte, im Ermittlungsverfahren zu der angekündigten Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO wegen Verjährung Stellung zu nehmen. Nichts anderes gilt für den Zeitpunkt der Entscheidung. **Das rechtliche Interesse lässt sich in der vorliegenden Konstellation nicht aufspalten in ein zivilrechtlich geprägtes Interesse einerseits und in ein Interesse an einer ordnungsgemäßen Behandlung des angezeigten Sachverhalts durch die Staatsanwaltschaft andererseits. Beides hängt angesichts des inmitten stehenden Vorwurfs der Vertretung widerstreitender Interessen untrennbar zusammen** (vgl. auch BGH, Beschl. v. 5. April 2006, IV AR [VZ] 1/06, ZIP 2006, 1154 [juris Rn. 20 ff. – zur Unzulässigkeit einer Aufspaltung des Gläubigerinteresses in ein rechtliches und ein wirtschaftliches). Dass die Aufklärung und Verfolgung etwaiger Straftaten im öffentlichen Interesse erfolgt und nicht dem weiteren Beteiligten obliegt, ändert am Bestehen eines rechtlichen Interesses an der Akteneinsicht nichts.

[45] **Allerdings verschafft das rechtliche Interesse an der Einsicht noch kein Recht auf Einsicht. Es eröffnet aber den Raum für eine Ermessensentscheidung.** Im Rahmen der Ermessensbetätigung ist das mit der Einsicht vorrangig oder ausschließlich verfolgte Ziel zu berücksichtigen.

[46] c) Die Entscheidung ist nicht wegen fehlerhafter Ermessensabwägung aufzuheben.

[47] Im Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG prüft das Gericht auch, ob die im Ermessen der Justizbehörde stehende Maßnahme deshalb rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist, § 28 Abs. 3 EGGVG.

[48] **Abzuwägen ist bei einer Entscheidung über die Gewährung von Akteneinsicht nach § 299 Abs. 2 ZPO das Interesse der Verfahrensbeteiligten an der Geheimhaltung des Verfahrensstoffs mit dem gegenläufigen, gleichfalls geschützten Informationsinteresse der Einsicht begehrenden Person.** Diese Abwägung ist unter Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls vorzunehmen.

[49] Die Überprüfung der angefochtenen Entscheidung nach diesem Maßstab zeigt keinen Fehler auf, der zur Aufhebung des Bescheids führte.

[50] aa) Im Streitfall, in dem konkrete individuelle Geheimhaltungsinteressen nicht geltend gemacht sind, sind die Interessen der am Zivilverfahren Beteiligten an der Vertraulichkeit ihrer persönlichen Daten zu berücksichtigen, denn aufgrund des

in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verbürgten allgemeinen Persönlichkeitsrechts in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist der Einzelne befugt, grundsätzlich selbst darüber zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte preisgegeben und personenbezogene Daten verwendet werden (BVerfG, Beschl. v. 27. Juni 2018, 2 BvR 1562/17, NJW 2018, 2395 Rn. 44; Beschl. v. 9. März 1988, 1 BvL 49/86, BVerfGE 78, 77 [84, juris Rn. 26 ff.]; Urt. v. 15. Dezember 1983, 1 BvR 209/83 – *Volkszählung, Mikrozensus*, BVerfGE 65, 1 [43 ff., juris Rn. 148 ff.]; BGH, Urt. v. 5. November 2013, VI ZR 304/12 – *Mascha S.*, NJW 2014, 768 Rn. 11; BayObLG, Beschl. v. 1. Juli 2021, 1 VA 37/20, juris Rn. 40 und Beschl. v. 6. August 2020, 1 VA 33/20, ZD 2021, 40 Rn. 23 [juris Rn. 24] m. w. N.). Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung der Beteiligten eines Gerichtsverfahrens ist somit auch zu berücksichtigen, wenn Dritten Einsicht in die Verfahrensakte gewährt werden soll (BGH, Beschl. v. 10. April 2007, I ZB 15/06 (BPatG) – *MOON*, GRUR 2007, 628 Rn. 14).

[51] Dass **Außenstehende** durch Einsicht in die Zivilakte Informationen über geschützte **personenbezogene Daten** Verfahrensbeteiligter erlangen, steht der Bewilligung von Einsicht allerdings nicht ohne Weiteres entgegen. **Denn auch das in der Verfassung wurzelnde Recht auf informationelle Selbstbestimmung verleiht keine unbeschränkte Rechtsposition.** Vielmehr muss der Einzelne eine Beschränkung seines Rechts auf gesetzlicher Grundlage und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgebots hinnehmen (vgl. BVerfG, Urt. v. 19. September 2018, 2 BvF 1/15 – *Zensus 2011*, BVerfGE 150, 1 Rn. 220; Beschl. v. 9. Januar 2006, 2 BvR 443/02, NJW 2006, 1116 Rn. 20; Beschl. v. 14. September 1989, 2 BvR 1062/87 – *Tagebuchaufzeichnung*, BVerfGE 80, 367 [373, juris Rn. 14]; je m. w. N.). **Deshalb kann er es zu dulden haben, wenn personenbezogene Daten durch eine Akteneinsicht Dritten zugänglich gemacht werden. Wollte man stets einen Vorrang des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gegenüber dem Einsichtsinteresse dritter Personen annehmen, liefe deren rechtlich geschütztes Interesse an einer Akteneinsicht leer** (vgl. BGH, Beschl. v. 5. April 2006, IV AR [VZ] 1/06, NZI 2006, 472 Rn. 23).

[52] Entsprechendes gilt, wenn nicht auf die im Grundgesetz niedergelegten Grundrechte, sondern auf die **Grundrechte der Europäischen Union** (GRCh) zurückzugreifen sein sollte (vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 27. April 2021, 2 BvR 206/14, juris Rn. 36), hier mithin auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß Art. 8 GRCh. Die Grundrechte der Charta knüpfen sowohl an die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten als auch an die Europäische Menschenrechtskonvention an und stellen – ihre Anwendbarkeit auf die deutsche Staatsgewalt nach Art. 51 Abs. 1 GRCh unterstellt – ein grundsätzlich

funktionales Äquivalent zu den Gewährleistungen des Grundgesetzes dar (vgl. BVerfG, Beschl. v. 27. April 2021, 2 BvR 206/14, juris Rn. 62 ff.; Beschl. v. 1. Dezember 2020, 2 BvR 1845/18, 2 BvR 2100/18, NJW 2021, 1518 Rn. 37). Auch sie gewähren grundsätzlich keinen absoluten Schutz, sondern sind gemäß Art. 52 GRCh Einschränkungen unterworfen; Grundrechtskollisionen sind im Sinne praktischer Konkordanz aufzulösen (zur allgemeinen Einschränkungsregelung des Art. 52 Abs. 1 GRCh: *Jarass* in Jarass, Chartader Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2021, Art. 52 Rn. 19 ff.; *Schwertfeger* in Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 52 Rn. 27 ff.; zur Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union betreffend die Einschränkung von Datenschutzrechten zugunsten gegenläufiger Rechtspositionen: *Schneider* in BeckOK Datenschutzrecht, 36. Ed. Stand: 1. Mai 2021, Grundlagen und bereichsspezifischer Datenschutz, Syst. B. Völker- und unionsrechtliche Grundlagen Rn. 29 ff.). Es ist nicht ersichtlich, dass der Grundrechtsschutz des Grundgesetzes im Streitfall das Schutzniveau der Grundrechtecharta der Europäischen Union im Rahmen eines auf Vielfalt angelegten Grundrechtsschutzes in Europa nicht gewährleistet (vgl. auch *Robnagel*, NJW 2019, 1 ff.).

[53] bb) Das Landgericht hat die nach diesen Grundsätzen notwendige Abwägung der gegenläufigen, jeweils geschützten Interessen vorgenommen und bei seiner Ermessensbetätigung keinen Fehler gemacht, der zur Aufhebung des Bescheids führte.

[54] Es hat das durch die Verfassung geschützte **Recht der Prozessparteien auf informationelle Selbstbestimmung** ausdrücklich in den Blick genommen und in die Abwägung eingestellt. Zutreffend hat es in diesem Zusammenhang berücksichtigt, dass die Prozessparteien nichts zu einem besonderen Geheimhaltungsinteresse ausgeführt haben. Dafür, dass das Landgericht das Gewicht des Grundrechts verkannt hätte, gibt es keinen Anhaltspunkt.

[55] Es ist auch nicht als ermessensfehlerhaft anzusehen, dass das Landgericht das Interesse des weiteren Beteiligten, sich zu der (beabsichtigten) Einstellung des Ermittlungsverfahrens auf informierter Grundlage äußern zu können, in die Abwägung eingestellt und diesem Interesse ein hohes Gewicht beigelegt hat. Ob das Landgericht den weiteren Beteiligten zutreffend als Verletzten i. S. d. § 406e StPO angesehen hat, kann auch in diesem Zusammenhang dahinstehen. Unabhängig davon, ob dem weiteren Beteiligten diese prozessuale Rolle im Ermittlungsverfahren zukommt, ist – worauf das Landgericht zutreffend abgestellt hat – sein Interesse daran, die Entscheidung der Staatsanwaltschaft nachvollziehen und überprüfen zu können, um im Ermittlungsverfahren Stellung zu nehmen, hoch zu gewichten. Denn ungeachtet der Frage, ob dem weiteren Be-

teiligten prozessual die Möglichkeit eines Klageerzwingungsverfahrens offensteht, war zu berücksichtigen, dass ihm die Ermittlungsbehörde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben und somit die Möglichkeit zur Einflussnahme auf das Ermittlungsverfahren eröffnet hat. Hinzu kommt, dass die in § 43a Abs. 4 BRAO geregelte anwaltliche Berufspflicht hoch zu gewichten ist. Sie stellt eine Grundvoraussetzung dafür dar, dass die Anwaltschaft ihre zentrale Funktion im System der Rechtspflege erfüllen kann. Insoweit dient die Vorschrift zwar einem Gemeinwohlinteresse, auf das sich der weitere Beteiligte nicht im Sinne eines Verfechters öffentlicher Interessen berufen könnte. Gleichrangig verfolgt die Vorschrift jedoch den Schutz des individuellen Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Mandant. **Wer als Anwalt gegenläufigen Interessen dient, zerstört die für die Mandatsausübung unverzichtbare Vertrauensgrundlage** (vgl. *Henssler* in *Henssler/Prütting*, BRAO, § 43a Rn. 161). **Mit Blick hierauf ist das Interesse des weiteren Beteiligten nicht einem beliebigen Popularkläger vergleichbar, der allgemein an der Rechtsstaatlichkeit interessiert wäre.** Der angebliche Vertrauensbruch im konkreten Mandatsverhältnis bewirkt vielmehr eine persönliche Betroffenheit, die – unabhängig von prozessualen Rollen – ein individuelles Interesse des weiteren Beteiligten an einer rechtsstaatlich ordnungsgemäßen Bearbeitung des von ihm angezeigten Sachverhalts begründet. Dieses Individualinteresse hat das Landgericht angesichts der Bedeutung, die dem individuellen Vertrauensverhältnis und der Berufspflicht des § 43a Abs. 4 BRAO beizumessen sind, sowie der Unmöglichkeit, zur (beabsichtigten) Verfahrenseinstellung ohne Kenntnis der von der Staatsanwaltschaft ausgewerteten Akte fundiert Stellung beziehen zu können, mit Recht als gewichtig eingestuft. Dass die ordnungsgemäße Bearbeitung eines strafrechtlich relevanten Verdachts der Staatsanwaltschaft und nicht dem einzelnen Bürger obliegt, wie der Antragsteller zutreffend bemerkt, steht dem nicht entgegen.

[56] Der Fehler des Landgerichts, das rechtliche Interesse aus § 356 Abs. 2 StGB herzuleiten, hat sich nicht als Ermessensfehler fortgesetzt. Weder den Umstand, dass diese Qualifikation als Verbrechenstatbestand ausgestaltet ist, noch eine Schadenshöhe hat das Landgericht in die Abwägung eingestellt. Einen Fehler stellt es zwar dar, dass das Landgericht das Interesse des weiteren Beteiligten aus dem Grund als anerkennenswert angesehen hat, weil es ihm mit Blick auf § 356 Abs. 2 StGB die Rolle eines Einsichtsberechtigten zuerkannt hat, ohne zu beachten, dass er diese Rolle möglicherweise nicht beanspruchen kann, wenn der zu beurteilende Sachverhalt „lediglich“ den Grundtatbestand des § 356 Abs. 1 StPO erfüllt. Das Einsichtsinteresse des weiteren Beteiligten ist jedoch aus den dargestellten Gründen unabhängig von seiner prozessualen Rolle anzuerkennen und hoch zu gewichten.

[57] Daher fehlt es an Anhaltspunkten für die Annahme, die Abwägung könnte von dem fehlerhaften Ansatz beeinflusst worden sein.

[58] Ein Ermessensfehlgebrauch wegen fehlerhafter Gewichtung ist somit nicht zu erkennen.

[59] cc) Auch sonst ist kein Ermessensfehler erkennbar.

[60] Insbesondere war das Landgericht nichtgehalten, eine Beschränkung der Einsicht auf bestimmte Aktenteile – etwa einzelne Anlagen – in Betracht zu ziehen. Nicht zu beanstanden ist die Erwägung, dem weiteren Beteiligten Einsicht in die vollständige Akte deshalb zu gewähren, weil auch der Staatsanwaltschaft die gesamte Akte zur Auswertung zur Verfügung gestanden habe. Die danach vom Landgericht vertretene Ansicht, dass dem weiteren Beteiligten zur effektiven Wahrnehmung seines Äußerungsrechts ebenfalls der gesamte Akteninhalt zur Verfügung stehen müsse, ist sachgerecht und nicht von Rechtsfehlern beeinflusst. Für die Annahme, die Prozessakte enthielte besonders schützenswerte sensible Daten – wie Gesundheitsdaten – fehlt es an Vorbringen und angesichts des Verfahrensgegenstands an jeglichen Anhaltspunkten.

[61] Ohne Erfolg hält der Antragsteller dieser Erwägung entgegen, die Akteneinsicht durch staatliche Behörden wie die Staatsanwaltschaft sei bereits durch Art. 35 GG gewährleistet. Diese Auffassung trifft nicht zu. Als Grundlage für den mit dem Datenaustausch durch Bewilligung von Akteneinsicht verbundenen Grundrechtseingriff kommt Art. 35 Abs. 1 GG nicht in Betracht. Der Gehalt dieser Rahmenvorschrift erschöpft sich in der Feststellung der Pflicht zur Rechts- und Amtshilfe, ohne deren Voraussetzungen und Umfang zu regeln. Wegen des Gesetzesvorbehalts für Grundrechtseingriffe setzt die Gewährung von Amtshilfe durch Austausch personenbezogener Daten jedoch einfach-gesetzliche Vorschriften voraus, die zum einen das Ersuchen und zum anderen die korrespondierende Übermittlung erlauben (sog. „Doppeltürmodell“; vgl. BVerfG, Beschl. v. 27. Mai 2020, 1 BvR 1873/13, 1 BvR 2618/13 – *Bestandsdatenauskunft II*, BVerfGE 155, 119 Rn. 93; Beschl. v. 6. März 2014, 1 BvR 3541/13 u.a., NJW 2014, 1581 Rn. 18 und 25 – zur Einsicht von Zivilgerichten in Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft; grundlegend: BVerfG, Beschl. v. 24. Januar 2012, 1 BvR 1299/05, BVerfGE 130, 151 – *Bestandsdatenspeicherung, Zuordnung dynamischer IP-Adressen* [184, juris Rn. 123]; BayObLG, Beschl. v. 2. Juni 2022, 102 VA 7/22, juris Rn. 70 und 81; Beschl. v. 27. Januar 2021, 1 VA 37/20, FamRZ 2021, 891 [juris Rn. 39]; Beschl. v. 6. August 2020, 1 VA 33/20, FamRZ 2020, 1942 [juris Rn. 22] m. w. N.).

[62] Schließlich bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Landgericht die zugunsten des Antragstellers sprechende Unschuldsumvermutung aus dem Blick verloren oder unzulänglich berücksichtigt habe.

[63] d) Der Bewilligungsbescheid ist schließlich nicht aufgrund veränderter Umstände rechtswidrig geworden, weil der mit der Akteneinsicht verfolgte Zweck infolge Zeitablaufs nicht mehr erreicht werden könnte.

[64] Soweit der weitere Beteiligte im Schriftsatz vom 8. Juli 2020 vorgetragen hat, die Staatsanwaltschaft habe das Verfahren wegen Verjährung eingestellt, was vom Anzeigerstatler angefochten werde, liegen keine Umstände vor, denen ein Wegfall des Einsichtsinteresses oder eine Unmöglichkeit der Zweckerreichung entnommen werden könnte.

[65-67] (...)

Rechtsanwaltshaftung

- Darlehens-Widerrufs-Fall
- Ordnungsgemäße Beratung
- Ziel des Mandanten
- Kombinierte Leistungs- und Feststellungsklage
- Klage des Rechtsschutzversicherers

(*OLG Hamm, Urt. v. 26.07.2022 – 28 U 132/21; Änderung der Rechtsprechung OLG Hamm, Urt. v. 17.06.2021, 28 U 14/20, n.v.*)

Leitsätze (der Redaktion)

1. Die Anforderungen an die rechtliche Beratung sind nicht geringer, wenn der Mandant rechtsschutzversichert ist. Der Anwalt genügt seinen Pflichten nicht allein durch die Erwirkung einer Deckungszusage.
2. Ausgangspunkt für eine pflichtgemäße anwaltliche Beratung ist das vom Mandanten verfolgte Rechtsschutzziel. Geht es darum, geleistete Zahlungen zurückzuerhalten, ist eine Leistungsklage geboten.

Zum Sachverhalt:

[1] Auf die Darstellung des Tatbestandes wird gemäß den §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1, 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO verzichtet.

Aus den Gründen:

[2] Die Berufung hat teilweise Erfolg.

[3] Die Klage ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

[4] 1. Die Klägerin kann von den Beklagten gemäß den §§ 280 Abs. 1, 675, 611 BGB, iVm § 86 Abs. 1 VVG aus übergegangenem Recht ihrer Versicherungsnehmer, der Eheleute A, Zahlung von 2.532,17 EUR verlangen.

[5] Der Beklagte zu 2. als sachbearbeitender Rechtsanwalt hat die Anwaltpflichten aus dem zwischen der Beklagten zu 1. und den Eheleuten A geschlossenen Anwaltsdienstvertrag verletzt, wodurch den Versicherungsnehmern ein **Kostenschaden** entstanden ist. Nach Ausgleich der angefallenen Kosten durch die Klägerin ist diese zur Geltendmachung des Regressanspruchs aktivlegitimiert.

[6] Im Einzelnen:

[7] a) Zwischen den bei der Klägerin rechtsschutzversicherten Eheleuten A und der Beklagten zu 1. ist ein Anwaltsvertrag zustande gekommen.

[8] Die Versicherungsnehmer mandatierten die Beklagte zu 1. im August 2015 mit der Wahrnehmung ihrer Interessen aus Anlass des am 02.07.2015 erklärten Widerrufs des von ihnen bei der B AG im Oktober 2005 aufgenommenen und im Jahr 2011 zurückgeführten Verbraucherdarlehens über einen Nennbetrag von 145.000 EUR. Das anwaltliche Mandat erstreckte sich nach vorprozessualer Beratung auf das Klageverfahren, das zunächst vor dem Landgericht Bochum und nach Verweisung vor dem Landgericht Frankfurt/Main geführt wurde (Az 2-28 O 202/18 LG Frankfurt a.M.). Flankierend übernahm die Beklagte zu 1. die Einholung des Deckungsschutzes durch die hiesige Klägerin.

[9] Die Haftung des Beklagten zu 2. als Sozius der seinerzeit als GbR organisierten Beklagten zu 1. folgt aus § 128 HGB analog.

[10] b) Die Aktivlegitimation der Klägerin zur Verfolgung des streitgegenständlichen Regressanspruchs ergibt sich aus § 86 Abs. 1 VVG.

[11] Unstreitig beglich sie die vorprozessuale Anwaltsvergütung der Beklagten zu 1. und die auf die Versicherungsnehmer entfallenden Prozesskosten aus dem vorbenannten Klageverfahren in einer Gesamthöhe von 6.323,55 EUR. **Damit ist der auf Erstattung der Kosten gerichtete Schadensersatzanspruch der Versicherungsnehmer wegen anwaltlicher Pflichtverletzung gemäß § 86 Abs. 1 VVG auf die Klägerin übergegangen.**

[12] c) Der Beklagte zu 2. ist den aus dem erteilten Mandat resultierenden anwaltlichen Beratungspflichten nicht in vollem Umfang gerecht geworden.

[13] aa) Allgemein gilt:

[14] In den Grenzen des erteilten Mandats hat der Anwalt 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 (st. Rspr., s. nur BGH, Urt. v. 16.09.2021, IX ZR 165/19, BeckRS 2021, 29230, Tz 27 m.w.N.). Soll eine Klage erhoben werden, muss der Anwalt die Aussicht des beabsichtigten Prozesses prüfen. Der Rechtsanwalt muss das ungefähre Ausmaß der Risiken abschätzen und dem Mandanten das Ergebnis mitteilen. Ist eine Klage praktisch aussichtslos, muss der Rechtsanwalt dies klar herausstellen. Er kann nach den gegebenen Umständen gehalten sein, von der beabsichtigten Rechtsverfolgung ausdrücklich abzuraten (BGH a.a.O. Tz 29).

[15] Dabei hat der Anwalt seine Mandatsbearbeitung und Beratung nicht nur am Gesetz, sondern auch an der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung auszurichten (BGH a.a.O. Tz 30). Ein Berater muss sich anhand der amtlichen Sammlungen und einschlägigen Fachzeitschriften über die grundlegenden Entscheidungen fortlaufend informieren (BGH, Urt. v. 23.09.2010, IX ZR 26/09, NJOZ 2011, 328, Tz 22, Urt. v. 25.09.2014, IX ZR 199/13, NJW 2015, 770, Tz12; kritisch Fahrendorf, Anwaltschaftung, 10. Aufl., Kap. 2 Rn 132ff.).

[16] Ist eine Rechtsfrage höchstrichterlich noch nicht geklärt, hat der Anwalt **auch die veröffentlichte Instanzrechtsprechung in den Blick zu nehmen** (Fahrendorf, a.a.O. Kap. 2, Rn 142).

[17] Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, bedeutet das aber nicht, dass der Anwalt dann die Mandatsbearbeitung notwendig an der Rechtsprechung der für die ins Auge gefasste Klage zuständigen Instanzgerichte zu orientieren hat. Das gilt jedenfalls dann, wenn - wie hier - ein Rechtsmittel zum BGH in Betracht kommt. **Existiert allerdings eine für den Mandanten nachteilige Rechtsprechung des zuständigen Oberlandesgerichts, wird der Anwalt dies dem Mandanten mitteilen müssen, um ihm vor Augen zu führen, dass er ggfls. über drei Instanzen streiten muss**, um sein Ziel zu erreichen. In einer solchen Konstellation muss der Anwalt aber nicht von der Klage abraten.

[18] Die Anforderungen an die rechtliche Beratung sind nicht geringer, wenn der Mandant rechtsschutzversichert ist und der Anwalt genügt seinen Pflichten nicht allein durch die Erwirkung einer Deckungszusage (st. Rspr., s. nur BGH BeckRS 2021, 29230, Tz 32f.). Das bedeutet, dass auch einem rechtsschutzversicherten Mandanten von einer völlig aussichtslosen Klage abzuraten ist. In diesem eindeutigen Fall ist der Anwalt

auch gehalten, sich gegen eine Anfrage beim Rechtsschutzversicherer nach Deckungsschutz auszusprechen, weil sich die Auslösung von Prozesskosten dann als nicht erforderlich im Sinn des § 125 VVG darstellt (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 03.06.2013, 9 U 147/12, NJW 2014, 399, 400). Lässt sich dagegen eine - wenn auch geringe - Erfolgsaussicht bejahen, muss der Anwalt zwar auf die erheblichen Risiken eines Prozessverlustes hinweisen, wegen der Kosten darf er aber in Betracht ziehen und mit dem Mandanten erörtern, bei der Rechtsschutzversicherung um Deckungsschutz nachzusuchen. Dabei versteht es sich von selbst, dass die Deckungszusage nicht durch falsche oder auch nur verschleiernde Angaben gegenüber dem Versicherer erlangt werden darf (vgl. KG, Urt. v. 23.09.2013, 8 U 173/12, NJW 2014, 397, 399; Urt. d. Senats v. 28.02.2016, Az 28 U 73/15, BeckRS 2016, 16257 Tz 67f.).

[19] bb) Der von der Klägerin gegenüber den Beklagten erhobene Vorwurf, den Eheleuten A hätte von einer Klage gegen die B AG wegen Aussichtslosigkeit in der Sache abgeraten werden müssen, ist unbegründet.

[20] Im Rahmen pflichtgemäßer anwaltlicher Prüfung der Erfolgsaussichten eines Vorgehens gegen die Bank wegen des seitens der Versicherungsnehmer erklärten Darlehenswiderrufs vom 02.07.2015 war zu überdenken, ob der Widerruf wirksam war.

[21] Gemäß §§ 495, 355 BGB a.F. (= in der bis zum 10.06.2010 geltenden Fassung) steht Darlehensnehmern das Recht zu, den Verbraucherdarlehensvertrag zu widerrufen. § 355 BGB a.F. sieht eine zweiwöchige Widerrufsfrist vor, die mit ordnungsgemäßer Belehrung über das Widerrufsrecht in Gang gesetzt wird. Ohne eine solche Belehrung erlischt das Widerrufsrecht nicht binnen sechs Monaten nach Vertragsschluss, § 355 Abs. 3 S. 1, 3 BGB a.F..

[22] Im Zeitpunkt der Mandatsbearbeitung durch den Beklagten zu 2. war bereits in ständiger Rechtsprechung höchstrichterlich entschieden, dass die in der von der B AG verwendeten **Widerrufsbelehrung enthaltene Formulierung, wonach die Frist "frühestens mit Erhalt dieser Belehrung" beginne, nicht richtig über den nach § 355 Abs. 2 BGB a.F. maßgeblichen Beginn der Widerrufsfrist belehrt** (s. nur BGH, Urt. v. 28.06.2011, XI ZR 349/10, NJW-RR 2012, 183, TZ 34; Urt. v. 01.03.2012, III ZR 83/11, NJOZ 2012, 1941 Tz 15 m.w.N.).

[23] Dieser Mangel hat aber dann nicht das Fortbestehen des Widerrufsrechts zur Folge, wenn sich die Bank auf die **Gesetzlichkeitsfiktion des § 14 Abs. 1 BGB-InfoV a.F. berufen kann**. Danach genügt die Belehrung über das Widerrufsrecht den Anforderungen des § 355 Abs. 2 BGB (a.F.) und den diesen ergänzenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wenn das Muster der Anlage 2 in Textform verwandt wird.

[24] Der Wortlaut der von der B AG verwendeten Widerrufsbelehrung, deren Inhalt sich aus Bl. 50 d.A. ergibt, wick dadurch von der Musterbelehrung ab, dass es statt " *Sie können* ... widerrufen" hieß " *Ich/Wir kann/können* ... widerrufen." . Außerdem sieht die Musterbelehrung als letzte Zeile "(Ort), (Datum), (Unterschrift des Verbrauchers" vor, die nach Fußnote 10 durch die Wörter "Ende der Widerrufsbelehrung" oder "Ihr(e) (einsetzen:) Firma des Unternehmers" ersetzt werden können. Eine solche Abschlusszeile enthielt die von der B AG verwendete Belehrung nicht.

[25] **Zur Zeit der Mandatserteilung an die Beklagten im Jahre 2015 entsprach es ständiger Rechtsprechung des BGH, dass die Schutzwirkung des § 14 Abs. 1, 3 BGB -InfoV a.F. grundsätzlich nur eingreift, wenn der Verwender ein Formular verwendet, das dem Muster sowohl inhaltlich als auch in der äußeren Gestaltung vollständig entspricht** (s. nur BGH, Urt. v. 18.03.2014, II ZR 109/13, BKR 2014, 282, Tz 15 m.w.N.). Der BGH hatte es lediglich als unschädlich angesehen, wenn der Verwender den in dem Muster fehlerhaft wiedergegebenen Fristbeginn dem Gesetz (§ 187 BGB) angepasst hatte (Beschl. v. 20.11.2012, II ZR 264/10, BeckRS 2013, 4168; BKR 2014, 282 Tz 18 m.w.N.). Zu der Frage, ob ein Perspektivwechsel in der Eingangsformulierung und/oder das Weglassen der Schlusszeile der Berufung auf die Gesetzlichkeitsfiktion entgegensteht, gab es seinerzeit keine höchstrichterliche Rechtsprechung.

[26] **Die Oberlandesgerichte ließen hierzu keine einheitliche Linie erkennen.** Das - für den Sitz der B AG zuständige - Oberlandesgericht Frankfurt/Main vertrat die Auffassung, dass eine geringfügige, keine inhaltliche Bearbeitung darstellende Abweichung der Widerrufsbelehrung von der Musterbelehrung einer Berufung auf die Schutzwirkung des § 14 Abs. 1 BGB-InfoV nicht entgegenstehe. Ein Perspektivwechsel, wie er auch hier in Rede steht, wurde als unschädlich angesehen (Urt. v. 07.07.2014, 23 U 172/13, BeckRS 2014, 16740, Tz 35; Urt. v. 29.12.2014, 23 U 60/14, BeckRS 2015, 13565). Allerdings hatte der BGH in dem vorgenannten ersten Verfahren Prozesskostenhilfe für die Einlegung einer Nichtzulassungsbeschwerde bewilligt (Beschl. v. 28.04.2015, XI ZA 18/14, BeckRS 2015, 9215) und war das zweite Urteil mit dem Zusatz "nicht rechtskräftig" veröffentlicht. In dem Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 07.07.2014 wurde zudem dazu ausgeführt, dass die Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte nicht einheitlich sei: Während die Oberlandesgerichte Bamberg und Düsseldorf gleichfalls zwischen "nennenswerten" und unschädlichen Abweichungen von der Musterbelehrung differenzierten, standen die Oberlandesgerichte Stuttgart und Köln wohl eher auf dem Standpunkt, es seien keinerlei Änderungen zuzulassen (OLG Stuttgart, Urt. v. 29.12.2011, 6 U 79/11, BeckRS 2012, 3167; OLG Köln, Urt. v. 23.01.2013, 13 U 217/11, BeckRS 2013, 4233). Ein Urteil des - für den Wohnsitz

der Versicherungsnehmer zuständigen - 31. Zivilsenats des hiesigen Oberlandesgerichts vom 19.11.2012 (31 U 97/12, BeckRS 2012, 211034) ließ sich auch dahin deuten, dass dort die strengere Auffassung favorisiert würde.

[27] Das Entfallen der Schlusszeile aus der Musterbelehrung hatte das Oberlandesgericht Celle in einem Urteil vom 04.12.2014 - neben anderen Abweichungen - als einen Umstand eingeordnet, der der Berufung auf die Gesetzlichkeitsfiktion entgegensteht (13 U 205/13, BeckRS 2015, 333).

[28] Angesichts der Uneinheitlichkeit in der obergerichtlichen Rechtsprechung und des Fehlens einer diesbezüglichen Entscheidung des BGH war eine Klage, die den Darlehenswiderruf unter Hinweis auf die o.b. Abweichungen von der Musterbelehrung "verteidigen" würde, nicht von vornherein zum Scheitern verurteilt. Im Jahr 2015 war nicht ausgeschlossen, dass sich der BGH der strengen Auffassung anschließen und den Perspektivwechsel in der Eingangsformulierung und das Weglassen der Schlusszeile als relevante Abweichungen einordnen würde. **Deshalb mussten die Beklagten den Mandanten zwar deutliche Risikohinweise erteilen, aber nicht von einer auf den Darlehenswiderruf gestützten Klage mangels Erfolgsaussicht abraten.** Ebenso wenig waren sie gehalten, von einer Deckungsschutzanfrage bei der Klägerin abzusehen, weil sich jedenfalls eine gewisse Chance, in einem Verfahren gegen die B AG zu obsiegen, bejahen ließ.

[29] **Soweit der Senat in einem ähnlich gelagerten Fall eine Abratepflicht der Rechtsanwälte bejaht hat (Urt. v. 17.06.2021, 28 U 14/20, n.v.), hält er daran nicht fest.**

[30] Auf die Frage, ob der Beklagte zu 2. den Mandanten eine ausreichende Risikobelehrung erteilt hat, kommt es nicht an, weil die Klägerin dies nicht zum Gegenstand ihrer Regressklage erhebt.

[31] cc) Die Klägerin wirft den Beklagten allerdings zu Recht vor, dass sie mit den im Vorprozess formulierten Klageanträgen, die auf Zahlung allein in Höhe der von den Versicherungsnehmern gezahlten Vorfälligkeitsentschädigung (5.471,38 EUR) und im Übrigen auf Feststellung gerichtet waren, den Interessen der Mandanten nicht bestmöglich gedient haben.

[32] Das Landgericht hat sich mit diesem bereits in erster Instanz erhobenen Regressvorwurf in dem angefochtenen Urteil nicht befasst, was die Berufung berechtigterweise beanstandet.

[33] **Die Klägerin macht damit sinngemäß geltend, die Beklagten hätten den Versicherungsnehmern zur Erhebung einer Leistungsklage raten müssen, die auf Zahlung des Saldos aus**

den wechselseitigen Rückgewährpflichten aus § 357 Abs. 1 a.F. iVm den §§ 346 ff. BGB zu richten war.

[34] Dieser Pflichtverletzungsvorwurf ist begründet.

[35] (1) **Ausgangspunkt für eine pflichtgemäße anwaltliche Beratung ist das vom Mandanten verfolgte Rechtsschutzziel.** Im vorliegenden Fall ging es den Eheleuten A ersichtlich darum, einen Teil der an die B AG geleisteten Zahlungen zurückzuerhalten.

[36] Dieses Ziel ist grundsätzlich durch eine auf Zahlung gerichtete **Leistungsklage** bestmöglich zu verfolgen.

[37] Der Erhebung einer Leistungsklage stand hier nicht entgegen, dass der Umfang des von den Mandanten verfolgen Zahlungsanspruchs noch nicht feststand. **Es ging nicht um einen in der Entwicklung befindlichen Prozess, aus dem der Anspruch resultieren sollte.** Das Darlehen war bereits seit 2011 vollständig zurückgeführt.

[38] Die **Feststellungsklage** ließ sich anwaltsseitig auch nicht mit der Begründung rechtfertigen, dass die Ermittlung des einzuklagenden Saldos einen unverhältnismäßig hohen Aufwand bedeutet hätte.

[39] Darauf berufen sich die Beklagten im Rechtsstreit auch nicht. Soweit sie in ihrem vorprozessualen Schreiben vom 29.11.2016 angeführt haben, die vollständige Berechnung der Rückabwicklung hätte durch einen Sachverständigen erfolgen müssen, mag das so gewesen sein, weil sie sich selbst dazu nicht in der Lage sahen. Das entlastet die Beklagten aber nicht und ändert nichts daran, dass eine Zahlungsklage möglich und zumutbar erscheint und grundsätzlich den Interessen des Mandanten besser gerecht wird. Laut BGH ist einem Kläger die Ermittlung der von ihm erbrachten Leistungen, die er nach § 357 Abs. 1 S. 1 BGB aF iVm §§ 346 ff. BGB zurückverlangen kann, o.w. möglich (BGH, VU v. 21.02.2017, XI ZR 467/15, NJW 2017, 1823, Tz 19). Der Umstand, dass seinerzeit noch nicht höchstrichterlich geklärt war, welcher Zinssatz der Berechnung zugrunde zu legen war - mit welchem Zinssatz der von der Bank zu leistende Nutzungsersatz regelmäßig zu berechnen ist, wurde vom BGH erst mit Urteil vom 12.07.2016 entschieden (XI ZR 564/15, BeckRS 2016, 17206, Tz 58) - stand der Erhebung einer Leistungsklage auch nicht entgegen. Dass noch ungewiss war, welchen Zinssatz der BGH für maßgeblich halten würde, stand der Anspruchsberechnung nicht entgegen. Dieser Umstand begründete nur ein Prozessrisiko hinsichtlich der Anspruchshöhe, wenn zugunsten des Versicherungsnehmer ein höherer Zinssatz zugrunde gelegt worden wäre. Das ist letztlich ein nicht ungewöhnliches Risiko, das einer Zahlungsklage anhaften kann.

[40] (2) Die im tatsächlichen Geschehensverlauf erhobene **kombinierte Zahlungs- und Feststellungsklage war keine der vollumfänglichen Leistungsklage vorzuziehende oder auch nur gleichwertige Klagealternative.** Die Feststellungsklage barg vielmehr das Risiko, wegen des Vorrangs der Leistungsklage als unzulässig abgewiesen zu werden.

[41] Dabei ist anzumerken, dass es sich bei dem von den Beklagten formulierten Feststellungsantrag - entgegen der Darstellung im landgerichtlichen Urteil - nicht um eine negative, sondern um eine positive Feststellungsklage handelte. Denn es wurde nicht die Feststellung des Nichtbestehens von Ansprüchen der Bank, sondern **die Feststellung bestehender Ansprüche der Eheleute A begehrt.**

[42] Allerdings gab es seinerzeit zu der Frage der Zulässigkeit einer Feststellungsklage in vergleichbaren Konstellationen noch keine Entscheidung des BGH. Erst mit Urteil vom 21.02.2017 hat der BGH klargestellt, dass in Darlehens-Widerauffällen (auch im Fall noch nicht vollständig erfolgter Rückführung) eine positive Feststellungsklage regelmäßig unzulässig ist (XI ZR 467/15, NJW 2017, 1823). Die Instanzrechtsprechung sah die positive Feststellungsklage jedenfalls in Fällen, in denen das Darlehen bei Widerruf noch nicht vollständig zurückgeführt war, mit der Begründung als zulässig an, dass bei einer Bank zu erwarten sei, dass sie auch auf einen Feststellungsausspruch hin leisten werde, und dies auch wegen des unverhältnismäßigen Berechnungsaufwands sachgerecht sei (OLG Hamm, Urt. v. 21.10.2015, 31 U 56/15, BeckRS 2015, 129757). Ob diese Rechtsprechung - insbesondere auch in einem Fall vollständiger Darlehensrückführung, wie er hier gegeben war, - vor dem BGH halten würde, war aber offen.

[43] Auch sonst hatte eine Feststellungsklage für die Versicherungsnehmer der Klägerin keinen erkennbaren Mehrwert oder Vorteil gegenüber einer Leistungsklage. Danach verblieb als Vorteil der Feststellungsklage nur, dass die Abfassung der Klageschrift für den Anwalt einfacher ist. Das ist aber nicht maßgeblich, solange nicht etwa eine drohende Verjährung schnelles Handeln erfordert. Ein solcher Fall lag hier nicht vor.

[44] (3) Somit war die alleinige Leistungsklage der Feststellungsklage vorzuziehen, ohne dass es darauf ankommt, ob der Anwalt auch deshalb verpflichtet gewesen wäre, zur (Saldo-)Leistungsklage zu raten, weil es sich dabei - im Vergleich zu der kombinierten Zahlungs- und Feststellungsklage - um den kostengünstigeren Weg gehandelt hätte.

[45] Dem Kostenargument können die Beklagten jedenfalls nicht entgegen halten, dass es nicht auf ihre Veranlassung geschehen sei, dass der Streitwert für die von ihnen angestrebte kombinierte Leistungs- und Feststellungsklage auf bis

45.000 EUR festgesetzt wurde. Es kommt nicht darauf an, welchen Streitwert die klagende Partei selbst ansetzen möchte, sondern darauf, welcher Streitwert sich aus dem Gesetz ergibt.

[46] (4) Die Beklagten können den Pflichtverletzungsvorwurf auch nicht durch den Einwand entkräften, dass es möglich gewesen wäre, die Klage nachträglich zu ändern und die Ansprüche der Mandanten vollständig zu beziffern. **Dass diese prozessuale Möglichkeit bestand, ändert nichts daran, dass die ursprünglich gewählte Antragskombination den Mandanteninteressen nicht bestmöglich entsprochen hat.**

[47] Weil diese Vorgehensweise unzweifelhaft auf der anwaltlichen Beratung der Beklagten beruhte, ist insoweit ein Anwaltsfehler zu bejahen.

[48] dd) Der weitere von der Klägerin erhobene Pflichtverletzungsvorwurf, nach dem rechtlichen Hinweis des Landgerichts Frankfurt vom 17.10.2016 nicht zur Klagerücknahme geraten zu haben, ist wiederum unbegründet.

[49] Wird - wie ausgeführt - in der Erhebung der Klage als solche kein Anwaltsfehler gesehen, begründet es auch keinen Anwaltsfehler, dass die Beklagten den Hinweis des Landgerichts Frankfurt, die B AG dürfte sich mit Erfolg auf die Gesetzlichkeitsfiktion berufen können, nicht zum Anlass genommen haben, den Mandanten die Klagerücknahme nahezu legen. Auch wenn danach absehbar war, dass die Klage in erster Instanz verloren gehen würde, galt das nicht ohne weiteres für die zweite und ggfls. dritte Instanz.

[50] d) Der in der Ausgestaltung der Klageanträge liegende Anwaltsfehler ist den Beklagten **subjektiv vorwerfbar, § 276 BGB. Sie haben sich von dem nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vermutenden Verschulden nicht exkulpiert.**

[51] e) Den Eheleuten A ist durch die anwaltliche Pflichtwidrigkeit ein **ersatzfähiger Kostenschaden** in Höhe von 2.532,17 EUR entstanden.

[52] aa) Ob und inwieweit ein nach den §§ 249ff. BGB zu ersetzender Vermögensschaden vorliegt, beurteilt sich nach einem Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre. Die **Differenzhypothese** umfasst zugleich das Erfordernis der Kausalität zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und einer dadurch eingetretenen Vermögensminderung. Zur Beantwortung der Frage, welchen Schaden die Pflichtverletzung eines rechtlichen Beraters zur Folge hatte, ist danach zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten genommen hätten und wie die Vermögenslage des Betroffenen sein würde, wenn der Rechtsanwalt die Pflichtverletzung nicht begangen, sondern

pflichtgemäß gehandelt hätte (st. Rspr., s. nur BGH, Urt. v. 09.11.2017, IX ZR 270/16, NJW 2018, 541, Tz 18 m.w.N.).

[53] Die Ursächlichkeit einer von dem Berater begangenen Pflichtverletzung für einen dadurch angeblich entstandenen Schaden gehört zur **haftungsausfüllenden Kausalität**, für deren Nachweis die in § 287 ZPO vorgesehenen Beweiserleichterungen gelten. Demnach reicht für die richterliche Überzeugungsbildung eine überwiegende, freilich auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit (st. Rspr., s. nur BGH, Urt. v. 23.11.2006, IX ZR 21/03, NJW-RR 2007, 569, Tz 21)

[54] Dabei spricht nach ständiger Rechtsprechung eine tatsächliche Vermutung (Anscheinsbeweis) dafür, dass sich ein Mandant beratungsgemäß verhalten hätte, wenn nach der Lebenserfahrung bei vertragsgemäßer Leistung des Beraters eindeutig ein bestimmtes Verhalten nahe gelegen hätte (s. nur BGH, Beschl. v. 15.05.2014, IX ZR 267/12, NJW 2014, 2795, Tz 2 m.w.N.).

[55] bb) Bei pflichtgemäßem Anwaltsverhalten wäre - nach Einholung der Deckungszusage bei der hiesigen Klägerin - eine auf Zahlung des Saldos gerichtete Leistungsklage erhoben worden. Hierfür spricht die Vermutung beratungskonformen Verhaltens.

[56] Die Parteien streiten nicht darum, dass sich eine solche Zahlungsklage auf einen Betrag belaufen hätte, der über 13.000 EUR und unter 16.000 EUR gelegen hätte. Deshalb erübrigt sich an dieser Stelle eine exakte Bezifferung.

[57] Dass es in diesem Fall nicht zu einem Vergleich auf Basis eines Zahlbetrags von 2.700 EUR bei Kostenaufhebung gekommen wäre, ist weder vorgetragen noch aus den Umständen ersichtlich.

[58] Dann wären - bei einem Gegenstandswert von bis 16.000 EUR auf der Basis der damaligen Gebühren-/ Vergütungstabellen - die Eheleute A mit folgenden Kosten belastet worden.

[59-75] (...)

Wirtschaftsprüferhaftung

- Pflichtprüfung
- Kein Drittschutz
- Konkrete Kausalität

(*OLG Stuttgart, Urt. v. 11.5.2022 – 9 U 28/21*)

Leitsatz (der Redaktion)

1. Aus dem Ergebnis der regulären genossenschaftlichen Pflichtprüfungen kann ein Dritter keinen Schadensersatzanspruch herleiten, da diese dem Schutz der Allgemeinheit und der Stabilität des gesamten Wirtschaftssystems, nicht jedoch dem Schutz einzelner Gläubiger dienen. [Rdnr. 43]
2. § 62 Abs. 1 S. 3 GenG hat auch eine Sperrwirkung gegen einen Anspruch aus § 826 BGB. [Rdnr. 42]

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Berufung des Klägers wendet sich gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 14.01.2021 und verfolgt das ursprüngliche Klagebegehren weiter.

[2] Die Parteien streiten über die Haftung der Beklagten im Rahmen der Erstellung des Gründungsgutachtens nach § 11 Abs. 2 Nr. 3 GenG für die E. eG und der späteren Pflichtprüfungen nach § 53 GenG.

[3] Der Beklagte ist ein genossenschaftlicher Prüfverband. Die am 30.05.2012 gegründete E. eG (im folgenden: E.) war Pflichtmitglied der Beklagten (§ 54 GenG), die daher für die Gründungsprüfung der E. (§ 11 Abs. 2 Nr. 3 GenG) und die weiteren Pflichtprüfungen (§ 53 GenG) zuständig war. Der Zweck der E. bestand nach § 2 ihrer Satzung in der Förderung ihrer Mitglieder vorrangig durch eine günstige, adäquate und sozial verantwortbare Wohnungsversorgung, wozu die Genossenschaft Bauten in allen Rechts- und Nutzungsformen bewirtschaften, errichten, erwerben, veräußern, verwalten, vermitteln und betreuen konnte.

[4] Der Kläger und seine Ehefrau traten bei der E. als investierende Mitglieder auf. Im Juni 2014 erwarb der Kläger 200 Geschäftsanteile zu einem Preis von 20.000 € und im Februar 2017 weitere 300 Geschäftsanteile für 30.000 €. Seine Ehefrau erwarb 200 Geschäftsanteile zu einem Beteiligungskapital von 20.000 € im Februar 2015.

[5] Der Kläger hatte zuvor von dem Gründungsgutachten bzw. den späteren Pflichtprüfungen durch den Beklagten nach eigenen Angaben nichts gesehen, noch war ihm etwas über dessen Tätigkeit gesagt worden. Die Empfehlung zur Anlage bei einer

Genossenschaft erfolgte durch seine Bank, die zur Investition bei der E. durch einen Arbeitskollegen.

[6] Die E. stellte am 13.09.2017 Insolvenzantrag. Im Zuge strafrechtlicher Ermittlungen gegen den Vorstand M. T. wurde dieser am 13.03.2019 durch das Landgericht Stuttgart (Az. ...) wegen Betrugs in mehreren Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 7 Jahren verurteilt.

[7] Das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau in Stuttgart führte ein Aufsichtsverfahren (§ 64 GenG) gegen die Beklagte durch. Das in Auftrag gegebene Gutachten („B.-Gutachten“), dessen Veröffentlichung der Beklagte widersprochen hat, kam zu dem Ergebnis, dass aufgrund offensichtlicher Widersprüche zwischen dem Geschäftsmodell, des in der Satzung angegebenen Förderzwecks und dem Genossenschaftsgesetz die E. eG nie als Genossenschaft hätte eingetragen werden dürfen. Die Gutachter stellten weiter fest, dass die genossenschaftlichen Pflichtprüfungen des Beklagten gravierende Defizite aufweisen würden.

[8] Mit Vereinbarung vom 05.04.2019 trat die Ehefrau des Klägers, die auf dessen Rat gezeichnet hatte, ihre Schadensersatzforderung gegen die Beklagte an den Kläger ab.

[9] Im Übrigen wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils vom 14.01.2021 verwiesen.

[10] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Ein Anspruch nach § 823 Abs. 2 i.V.m. § 150 GenG komme nur bei Nachweis eines falschen Berichts über das Ergebnis der Prüfung in Betracht, wenn die Darstellung des (angeblichen) Ergebnisses vom wirklichen Ergebnis der Prüfung abweiche. Ob das berichtete Ergebnis dabei von der Wirklichkeit abweiche, sei unbeachtlich, so dass eine unterstellte fehlerhafte Würdigung der getroffenen Feststellungen gerade nicht ausreiche. Weiter trage der Kläger auch nicht vor, welche konkreten Tatsachen dem Beklagten bei der Prüfung bekannt gewesen sein sollen, die nicht in die jeweiligen Prüfberichte aufgenommen worden seien. Aus dem angeblichen Widerspruch zwischen Geschäftsmodell und satzungsgemäßem Förderzweck lasse sich kein so gravierender Fehler des Beklagten ableiten, der eine Haftung nach § 826 BGB nach sich ziehen könnte. Auch aus der angeblich fehlerhaften Rentabilitätsrechnung folge noch keine Haftung aus § 826 BGB. Gleiches gelte für den Inhalt der Pflichtprüfungen nach § 53 GenG. Ein subjektiv sittenwidriges Verhalten des Beklagten sei nicht ersichtlich, weil dies ein nachlässiges Arbeiten, z.B. durch unzureichende Ermittlungen oder durch Angaben ins Blaue hinein, erfordere, wobei eine Rücksichtslosigkeit an den Tag gelegt werden müsse, die angesichts der Bedeutung des Gutachtens für die Entscheidung Dritter als gewissenlos erscheine. Weiter sei auch nicht ersicht-

lich, dass die (unterstellten) Fehler bei Erstellung des Gründungsgutachtens und der Pflichtprüfungen für die Investitionsentscheidungen des Klägers bzw. die negative Entwicklung seiner Beteiligungen ursächlich geworden seien, habe doch der Kläger eingeräumt, bei Zeichnung seiner Anteile nichts von dem Beklagten gesehen zu haben. Im Übrigen entscheide nicht der Beklagte, sondern gemäß § 11a GenG das Registergericht aufgrund eigener Prüfung, ob eine Genossenschaft eingetragen werde oder nicht.

[11] Hiergegen wendet sich die Berufung. Der Beklagte hafte entgegen der Auffassung des Landgerichts nach § 823 Abs. 2 i.V.m. § 150 GenG wegen Verschweigens erheblicher Umstände durch die Beklagte im Rahmen der Prüfung. Aus dem Widerspruch zwischen dem Geschäftsmodell der E. und dem in der Satzung angegebenen Förderzweck ergebe sich ein gravierender Fehler in der Prüftätigkeit des Beklagten, der eine Haftung nach § 826 BGB nach sich ziehe. Gleiches gelte für die fehlerhafte Rentabilitätsberechnung und die fehlerhaften Pflichtprüfungen, wobei das Landgericht die Darlegungs- und Beweislast zu Lasten des Klägers überdehne und Vortrag und Beweisantritt des Klägers unberücksichtigt lasse. Die aufgezeigten Verluste hätten eben nicht im Zusammenhang mit dem vermeintlichen Geschäftszweck, dem Kauf von Immobilien, in Zusammenhang gestanden. Zudem habe auch das Landgericht den gesamten Vortrag des Klägers zur Expertenhaftung unberücksichtigt gelassen. Auch sei die Kausalität der Pflichtverletzungen insoweit zu bejahen, weil der Kläger, wissend dass diese überprüft werde, in eine Genossenschaft investiert habe und die E. bei ordnungsgemäßer Erstellung des Gründungsgutachtens erst gar nicht in das Genossenschaftsregister eingetragen worden wäre. Der Antrag des Klägers nach § 432 ZPO auf Beiziehung der Strafakte bzw. auf Vorlage des „B.-Gutachtens“ sei durch das Landgericht fehlerhaft abgelehnt worden.

[12-19] (Anträge: ...)

[20] (...)

Aus den Gründen:

II.

[21] Die zulässige, insbesondere nach § 511 ZPO statthafte sowie nach §§ 517, 519 f. ZPO form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung ist nicht begründet. Das Landgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

[22] Der Kläger hat weder auf vertraglicher (1.) noch auf deliktischer (2.) Grundlage einen Anspruch aus eigenem oder aus abgetretenem Recht auf Schadensersatz gegen den Beklagten im Zusammenhang mit dessen Prüftätigkeit für die E.. Die Prüfungsberichte waren für die Anlageentscheidung des Klägers ohne Belang (3.). Einem Antrag auf ein Ersuchen an die Staatsanwaltschaft Stuttgart auf Vorlage des sog. B.-Gutachtens

nach § 432 ZPO muss nicht weiter nachgegangen werden (4.). Mangels Erfolgs in der Hauptsache schuldet der Beklagte auch keine Zahlung außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten (5.).

1.

[23] Eine direkte vertragliche Haftung des Beklagten kommt mangels vertraglicher Sonderbeziehung (a.) zwischen dem Kläger und dem Beklagten nicht in Betracht. Ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (b.) scheidet in der Situation der Pflichtprüfung einer Genossenschaft mangels Prüfungsvertrags zwischen der E. und dem Beklagten aus.

a.

[24] Der Kläger und seine Ehefrau sind vorliegend **nicht** durch eine **vertragliche Sonderbeziehung** mit dem Beklagten verbunden. Dies ergibt sich allein schon daraus, dass der Kläger nichts von der Prüftätigkeit des Beklagten bei Erwerb der Mitgliedschaft in der Genossenschaft wusste. Im vorliegenden Fall hat vielmehr der Beklagte für sein Pflichtmitglied E. das im Rahmen der Anmeldung zum Genossenschaftsregister vorzulegende Gründungsgutachten (§ 11 Abs. 2 Nr. 3 GenG) erstellt und die später nach § 53 GenG anfallenden Pflichtprüfungen durchgeführt.

b.

[25] Ein Anspruch auf **Schadensersatz unter dem Gesichtspunkt des Vertrags mit Schutzwirkungen Dritter** scheidet aufgrund der Sondersituation der **Pflichtprüfung** bei einer Genossenschaft ebenso aus, wie ein Anspruch aus einem Schuldverhältnis mit einem Dritten nach § 311 Abs. 3 BGB.

aa.

[26] Im Einzelfall können sich aus einem **Vertrag Schutzwirkungen für einen Dritten** ergeben, der selbst keinen Anspruch auf die Hauptleistung aus dem Vertrag hat. Dies gilt etwa für Verträge, mit denen der Auftraggeber von einer Person, die über eine besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt, ein Gutachten oder eine gutachtliche Äußerung bestellt, um davon gegenüber einem Dritten Gebrauch zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 2. April 1998 - III ZR 245/96 - BGHZ 138, 257, 260 f. m.w.N.). Ein Schuldverhältnis mit einem Dritten nach § 311 Abs. 3 BGB kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst. Auch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft gehört prinzipiell zu einem Personenkreis, dessen Stellungnahmen aufgrund der Sachkunde und der von ihm erwarteten Unabhängigkeit, Gewissenhaftigkeit und Unparteilichkeit - insbesondere bei Prüfungsaufträgen - von besonderer Bedeutung sind und Grundlage für Entscheidungen Dritter im wirtschaftlichen und finanziellen

Bereich sein können (MüKoBGB/Emmerich, 8. Aufl. 2019, BGB § 311 Rn. 199).

bb.

[27] Das Bestehen und die Reichweite eines etwaigen Drittschutzes sind durch **Auslegung des jeweiligen Prüfvertrages** zu ermitteln. **Allerdings kann regelmäßig nicht angenommen werden, dass ein Prüfer ein so weites Haftungsrisiko zu übernehmen bereit ist, wie es sich aus der Einbeziehung einer unbekanntem Vielzahl von Gläubigern, Gesellschaftern oder Anteilserwerbern in den Schutzbereich ergäbe** (BGH, Urteil vom 15. Dezember 2005 – III ZR 424/04, Rn. 12, juris). Tragender Gesichtspunkt für die Beschränkung des Kreises der einbezogenen Dritten ist insofern das Anliegen, das **Haftungsrisiko** für den Schuldner **kalkulierbar** zu halten. Er soll die Möglichkeit haben, sein Risiko bei Vertragsschluss zu berechnen und gegebenenfalls zu versichern. **Er soll für Schäden Dritter nicht eintreten müssen, wenn ihm nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung des Vertragszwecks nicht zugemutet werden kann, sich ohne zusätzliche Vergütung auf das Risiko einer erweiterten Haftung einzulassen** (vgl. nur BGH, Urteil vom 07.05.2009 – III ZR 277/08, Rn. 17 m.w.N. – juris).

cc.

[28] Ist Voraussetzung für die Annahme eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zunächst eine Prüfung aufgrund eines Vertrages, so kommt bei eingetragenen Genossenschaften die Besonderheit hinzu, dass eine solche bei der Genossenschaft wegen des ansonsten bestehenden gesetzlichen Prüfungsauftrags nur in Ausnahmefällen bei einer freiwilligen Prüfung durchgeführt wird. Zudem muss bei Vertragsschluss zwischen der Genossenschaft und dem Verband der Dritte vereinbarungsgemäß mit dem Prüfungsergebnis in Kontakt kommen (**Leistungsnähe des Dritten**), das ihm zumindest auch zugutekommen soll (**Schutzpflicht des Gläubigers**) und der Dritte muss für den Verband erkennbar in den Schutzbereich des Vertrages (**Erkennbar der Einbeziehung des Dritten**) einbezogen sein (vgl. BeckBilKomm/Justenhoven/Feldmüller, 13. Auflage, 2022, § 323 HGB Rn. 194 ff.). Die Genossenschaft hat jedoch ohne vertragliche Sonderbeziehung bereits gegen den Prüfungsverband einen Anspruch auf Erstellung des sog. Gründungsgutachtens (Henssler/Strohn GesR/Geibel, 5. Aufl. 2021, GenG § 11 Rn. 5). Auch im Rahmen der späteren Pflichtprüfung wird kein Prüfungsvertrag mit dem Prüfungsorgan geschlossen (Pöhlmann/Fandrich/Bloehs/Bloehs, 4. Auflage, GenG § 62 Rn. 23). **Neben dem von der Rechtsprechung anerkannten Ziel des Gesetzgebers, die Haftung von Abschlussprüfern durch § 323 HGB und § 62 GenG auch gegenüber Dritten zu begrenzen** (BGH, Urteil vom 06. April 2006 – III ZR 256/04 –, BGHZ 167, 155-166) **liegt bei der Pflichtprüfung ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter mangels Vertragsverhält-**

nis zwischen Genossenschaft und Prüfungsverband regelmäßig noch nicht einmal vor (Lang/Weidmüller, 39. Auflage, 2019, § 62 GenG Rn. 16).

dd.

[29] Kommt es für die Annahme einer Schutzwirkung wesentlich darauf an, dass eine von Sachkunde geprägte Stellungnahme oder Begutachtung den Zweck hat, Vertrauen eines Dritten zu erwecken und - für den Sachkundigen hinreichend deutlich erkennbar - Grundlage einer Entscheidung mit wirtschaftlichen Folgen zu werden, genügt dies für eine Vertragshaftung gegenüber dem Dritten allein indes nicht. So kommt Bestätigungsvermerken von Prüfern schon aufgrund verschiedener Publizitätsvorschriften, wie z.B. § 325 Abs. 1 HGB oder § 58 Abs. 2 GenG die Bedeutung zu, Dritten einen Einblick in die wirtschaftliche Situation des Unternehmens zu gewähren und ihnen, sei es als künftigen Kunden, sei es als an einer Beteiligung Interessierten, für ihr beabsichtigtes Engagement eine Beurteilungsgrundlage zu geben. **Ungeachtet dieser auf Publizität und Vertrauensbildung angelegten Funktion hat der Gesetzgeber die Verantwortlichkeit der Prüforgane der Genossenschaft für eine Pflichtprüfung, wie sie auch hier nach § 53 GenG vorgenommen wurde, wegen einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung von Pflichten nach § 62 Abs. 1 S. 3 GenG auf Ansprüche der Genossenschaft beschränkt.** Gläubigern wie Genossenschaftsmitgliedern haftet der Prüfer nach dieser Bestimmung nicht (Pöhlmann/Fandrich/Bloehs/Bloehs, § 62 GenG Rn. 14). **Die Haftung des Prüfungsverbands besteht nur gegenüber der Gesellschaft und kann auch nicht mit Hilfe der genannten quasi-vertraglichen Institute auf Anleger, also Anteilseigner der geprüften Gesellschaft, und schon gar nicht auf deren Gläubiger erstreckt werden.** Tatsächlich spricht die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 17.04.1998 (KonTraG), welches zu einer Änderung des § 323 HGB und des § 62 GenG geführt hat (BGBl. I 1998, S. 786, [792]), dafür, dass der Gesetzgeber den Haftungsbestand des § 323 Abs. 1 S. 2 HGB und damit den des § 62 Abs. 1 S. 3 GenG als abschließende Regelung angesehen hat und eine quasivertragliche Haftung des Prüfers gegenüber Dritten ausschließen wollte. Es kann demnach regelmäßig nicht angenommen werden, dass der Prüfer ein so weites Haftungsrisiko zu übernehmen bereit ist, wie es sich aus der Einbeziehung einer unbekanntem Vielzahl von Gläubigern, Gesellschaftern oder Anteilserwerbern in den Schutzbereich ergäbe. **Das dahinter stehende Anliegen, eine bei Einbeziehung einer unbekanntem Vielzahl von Gläubigern, Gesellschaftern und Anteilserwerbern drohende unkalkulierbare Haftung zu vermeiden, verdient gerade auch vor dem Hintergrund der Wertung des § 826 Unterstützung** (vgl. MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 826 Rn. 83; Ebke ZGR 2015, 325). **Die Reform der Norm durch das Finanzmarktintegritätsgesetz (FISG) hat daran nichts geändert** (BT-Drucks 21/26966, S. 28; Staudinger/Oechsler (2021) BGB § 826, Rn.

364; kritisch MüKoBGB/Emmerich, 8. Aufl. 2019, BGB § 311 Rn. 199: „eigenartige Regelung“, Fn. 737).

ee.

[30] Trägt der Beklagte in seiner Klageerwiderung vom 11.02.2020 unter Punkt B.IV.2.c. vor, der Vorstand habe ihn mit Schreiben vom 21.06.2013 hinsichtlich der Jahresabschlüsse 2012 und 2013 zusätzlich zur gesetzlichen Pflichtprüfung beauftragt, freiwillig eine erweiterte Prüfung im Sinne des § 53 Abs. 2 GenG vorzunehmen, so scheidet auch insoweit eine Haftung des Beklagten gegenüber dem Kläger aus, weil der Schutzbereich von Aufträgen zur Überprüfung des Jahresabschlusses und darauf gestützten Bestätigungsvermerken sich nicht auf die Anleger der geprüften Gesellschaft erstreckt (BGH, Urteil vom 06.04. 2006 - III ZR 256/04; Urteil vom 15.12.2005 - III ZR 424/04).

2.

[31] Ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 150 GenG scheidet mangels Nachweis über die Tatbestandsvoraussetzungen aus (a.). Aufgrund der Besonderheiten bei Pflichtprüfung einer Genossenschaft und der damit verbundenen Sperrwirkung durch die im Wesentlichen dem § 323 HGB entsprechenden Vorschrift des § 62 GenG haftet der Beklagte auch nicht im Rahmen der Expertenhaftung nach § 826 BGB wegen Fehlern bei der Erstellung des Gründungsgutachtens oder der späteren Pflichtprüfungsberichte gegenüber dem Kläger (b.).

a.

[32] Ein Anspruch des Klägers gegen den Beklagten auf Schadensersatz wegen schuldhaftem Verstoß gegen die Strafvorschrift des § 150 GenG besteht nicht.

aa.

[33] Bei der Vorschrift des **§ 150 GenG** handelt es sich um ein **Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB** zugunsten der Genossenschaft, der gegenwärtigen und möglichen zukünftigen Mitglieder sowie der Gläubiger und möglichen zukünftigen Gläubiger (HK-KapMarktStrafR/Gercke/Stirmer, 5. Aufl. 2020, GenG § 150 Rn. 3; Graf/Jäger/Wittig/Olbermann, 2. Aufl. 2017, GenG § 150 Rn. 4). Die Vorschrift des § 150 GenG schützt dabei lediglich das Vertrauen an eine vollständige und wahre Berichterstattung und schützt nicht vor Fehlern bei der Schlussfolgerung anhand vorliegender Zahlen. Entscheidend für den Tatvorwurf ist somit nicht, was bei ordnungsgemäßer Prüfung herausgekommen wäre. Die Vorschrift setzt zumindest bedingten Vorsatz voraus. Eine bloß fahrlässige Handlung ist nicht unter Strafe gestellt (Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, a.a.O., § 150 Rn. 6).

-1

[34] Im Rahmen des § 150 GenG versteht man wie bei § 403 AktG unter einem falschen Berichten (Alt. 1) die Darstellung eines angeblichen Ergebnisses, das vom wirklichen Ergebnis der Prüfung abweicht. Dabei ist jedoch zu beachten, dass ein Prüfungsergebnis durch Tatsachen und Wertungen dargestellt wird. Für ein falsches Berichten ist es deshalb unerheblich, ob das berichtete Ergebnis mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Denn Gegenstand des Berichts ist das Ergebnis der Prüfung, das von der Wirklichkeit abweichen kann, wenn auch nicht sollte. Dementsprechend ist das Berichten des wirklichen Prüfungsergebnisses, das unerkannt nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt, kein falsches Berichten, während das Darstellen eines mit der Wirklichkeit übereinstimmenden Ergebnisses, das vom wirklichen Prüfungsergebnis abweicht, ein falsches Berichten ist (MüKoStGB/Weiß, 3. Aufl. 2019, AktG § 403 Rn. 20).

-2

[35] Die Tathandlung des Verschweigens (Alt. 2) erfasst das Auslassen solcher bei der Prüfung bekannt gewordener Tatsachen und vorgenommener Wertungen in einem erstatteten Bericht, die darzustellen entweder gesetzlich vorgeschrieben ist, durch den Beschluss der Hauptversammlung bzw. des Gerichts vorgegeben ist oder allgemein dem Zweck des Berichts entspricht. Durch das Verschweigen erheblicher Umstände, die dem Täter aufgrund der Prüfung bekannt waren, kommt es wie beim falschen Berichten zu einer Diskrepanz zwischen der Wissensbasis und dem explizit Gemachten (BeckOGK/Hefendehl, 1.2.2022, AktG § 403 Rn. 38)

bb.

[36] Berufet sich der Kläger zur Untermauerung seines Vorwurfs über die fehlerhafte Prüfertätigkeit des Beklagten v.a. auf das sog. B.-Gutachten, welches zum Ergebnis kommt, dass die genossenschaftlichen Pflichtprüfungen des Beklagten gravierende Defizite aufweisen (vgl. Pressemitteilung vom 10.04.2019, Anlage K2), so ergibt sich daraus alleine noch nicht ein falsches Berichten des Beklagten im Sinne der Vorschrift des § 150 GenG. Letztlich wirft der Kläger dem Beklagten vor, die falschen Schlussfolgerungen gezogen zu haben und nicht etwa ein erzieltes negatives Prüfergebnis im Bericht positiv dargestellt zu haben. Konkret wirft der Kläger etwa dem Beklagten vor, trotz der Differenz zwischen vorhandenem Kapital und Immobilienbestand dies für die Anfangsjahre als unbedenklich eingestuft zu haben und damit seinem Prüfungsauftrag nicht gerecht geworden zu sein. Entgegen der Würdigung durch den Beklagten hätte zur Abwendung weiteren Schadens spätestens mit Abschluss des Prüfberichts Ende April 2015 erkannt werden müssen, dass eine beträchtliche Differenz zwischen akquiriertem Kapital, den Einlagen der Mitglieder einerseits und dem Immobilienvermögen andererseits bestanden habe. Dass der Beklagte aber im Rahmen seiner

Prüfung ein solches bilanztechnisches Defizit der E. erkannt haben soll, welches entgegen dem Bericht nicht mehr mit der Gründungsphase erklärbar gewesen wäre, und dennoch entgegen seiner negativen Auffassung eine positive Gutachtereinschätzung abgegeben hätte, wirft der Kläger dem Beklagten nicht vor. Er wendet sich vielmehr gegen die gutachterlichen Fehleinschätzungen und das fehlende Erkennen von Warnhinweisen. Das Darstellen eines mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmenden Ergebnisses ist aber kein falsches Berichten. Entscheidend ist somit nicht, was bei ordnungsgemäßer Prüfung herausgekommen wäre. Im Übrigen weist der Pflichtprüfungsbericht vom 27.04.2015 deutlich auch auf einen Jahresfehlbetrag von 1.134,583,21 € hin, der demnach auf hohe Verwaltungsaufwendungen, insbesondere für Beraterhonorare, Provisionszahlung und Unternehmenswerbung zurückzuführen ist. Es ergeht dort der Hinweis, dass bei gleichem Verwaltungskostenniveau für eine verbesserte Ertragslage eine deutlich ansteigende und wirtschaftlich erfolgreichere Geschäftsführung von Nöten ist. Ein Verschweigen einer negativen Entwicklung kann somit in den Berichten insoweit nicht gesehen werden, als die schlechte Ertragslage offen angesprochen wird.

b.

[37] Der Beklagte haftet dem Kläger und seiner Ehefrau auch nicht nach **§ 826 BGB auf Schadensersatz wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung**.

[38] Kommt bei leichtfertigen Verhalten des Prüfers eine Haftung nach § 826 BGB wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung in Betracht (aa.), so bewirkt die Vorschrift des § 62 Abs. 1 S. 3 GenG ebenso wie im Vertragsrecht eine Einschränkung der deliktischen Haftung des Prüfungsverbands im Zusammenhang mit Fehlern bei der Pflichtprüfung der Genossenschaft (bb.).

aa.

[39] Die Haftung des Prüfverbands nach § 826 BGB setzt eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung voraus. Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt (BGH, Beschluss vom 24. März 2022 – VII ZR 266/20, Rn. 13, juris; Grüneberg/Sprau, 81. Auflage, § 826 Rn. 4, jeweils m.w.N.). Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde vertragliche Pflichten oder das Gesetz verletzt oder bei einem anderen einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann.

-1

[40] Im Bereich der **Expertenhaftung** für unrichtige (Wert-)Gutachten und Testate kommt ein **Sittenverstoß bei einer besonders schwer wiegenden Verletzung der einen Experten treffenden Sorgfaltspflichten** in Betracht. **Als sittenwidrig ist dabei zu beurteilen, dass der Auskunfterteilende aufgrund des Expertenstatus ein besonderes Vertrauen für sich in Anspruch nimmt, selbst aber nicht im Mindesten den an einen Experten zu richtenden Maßstäben genügt** (vgl. Staudinger/Oechsler, BGB, Neubearb. 2021, § 826 Rn. 364). Der Sittenverstoß setzt ein leichtfertiges und gewissenloses Verhalten des Auskunftgebers voraus. Es genügt nicht ein bloßer Fehler des Gutachters, sondern es geht darum, dass sich der Gutachter durch nachlässige Erledigung, z. B. durch nachlässige Ermittlungen oder gar durch Angaben ins Blaue hinein der Gutachtaufgabe entledigt und dabei eine Rücksichtslosigkeit an den Tag legt, die angesichts der Bedeutung des Gutachtens für die Entscheidung Dritter als gewissenlos erscheint (BGH, Urteil vom 19. November 2013 – VI ZR 411/12, Rn. 10, juris; MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 826 Rn. 88).

-2

[41] Gemäß **§ 826 BGB haftet dabei allerdings nicht nur, wer die die Sittenwidrigkeit seines Handelns begründenden Umstände positiv kennt, sondern auch, wer sich dieser Kenntnis bewusst verschließt** (BGH, Urteil vom 20. März 1995 – II ZR 205/94, Rn. 96; BGH, Urteil vom 27. Januar 1994 - I ZR 326/91) **und etwa seine Berufspflichten in solchem Maße grob fahrlässig und leichtfertig verletzt, dass sein Verhalten als bedenken- und gewissenlos zu bezeichnen ist** (BGH, Urteil vom 24. September 1991 - VI ZR 293/90; BGH, Urteil vom 14. Mai 1992 - II ZR 299/90). Aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns kann sich die Schlussfolgerung ergeben, dass mit Schädigungsvorsatz gehandelt worden ist (BGH, Urteil vom 20. März 1995 – II ZR 205/94). **Von vorsätzlichem Handeln ist auszugehen, wenn der Schädiger so leichtfertig gehandelt hat, dass er eine Schädigung des anderen Teils in Kauf genommen haben muss** (BGH, Urteil vom 06. Mai 2008 – XI ZR 56/07).

bb.

[42] Doch selbst für den Fall, dass die im sog. B.-Gutachten aufgezeigten Fehler durch ein solches leichtfertiges und gewissenloses Verhalten des Beklagten zustande gekommen sein sollten, haftet der Beklagte aufgrund der **Sperrwirkung der Vorschrift des § 62 Abs. 1 S. 3 GenG** dem Kläger gegenüber nicht auf Schadensersatz nach § 826 BGB.

-1

[43] Kommt es für die **Haftung von Wirtschaftsprüfern**, die unrichtige Bilanzen testieren, darauf an, ob es sich um **Pflichtprüfungen, freiwillige Prüfungen** oder **Sonderprüfungen** handelt, weil bei Pflichtprüfungen gemäß §§ 316 ff. HGB die Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers durch § 323 Abs. 1 HGB auf

die Haftung gegenüber der zu prüfenden Kapitalgesellschaft und einem mit dieser verbundenen Konzernunternehmen beschränkt wird (ausführlich MüKo-Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 826 BGB Rn. 142), so ist auch bei einer Prüfung einer Genossenschaft durch den Prüfungsverband zunächst zu fragen, ob es sich um eine Pflichtprüfung nach § 53 GenG oder um eine freiwillige Prüfung handelt (Pöhlmann/Fandrich/Bloehs/Bloehs, 4. Aufl. 2012, GenG § 62 Rn. 24). Nur bei freiwilligen Prüfungen gelten die allgemeinen Regeln zur Dritthaftung von (Wirtschafts-) Prüfern uneingeschränkt (Lang/Weidmüller, 39. Auflage, § 62 GenG Rn. 16). **Die Vorschrift des § 62 GenG entspricht dabei im Wesentlichen dem § 323 HGB** (Henssler/Strohn GesR/Geibel, 5. Aufl. 2021, GenG § 62 Rn. 1), **so dass die im Rahmen der Haftung des Wirtschaftsprüfers nach § 826 BGB anerkannten Grundsätze auch für den Prüfverband der Genossenschaft zur Anwendung kommen. Aus dem Ergebnis der regulären genossenschaftlichen Pflichtprüfungen kann ein Dritter keinen Schadensersatzanspruch herleiten, da diese dem Schutz der Allgemeinheit und der Stabilität des gesamten Wirtschaftssystems, nicht jedoch dem Schutz einzelner Gläubiger dienen** (vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 19. Januar 2001 – 1 BvR 1759/91, Rn. 27, juris).

-2

[44] Wird bei Pflichtprüfungen gemäß § 316 ff. HGB die Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers durch § 323 Abs. 1 HGB auf die Haftung gegenüber der zu prüfenden Kapitalgesellschaft und bei Genossenschaften die Verantwortlichkeit des Prüfverbands durch § 62 Abs. 1 GenG auf die Haftung gegenüber der Genossenschaft beschränkt, so können sich Dritte auf den Haftungsbestand des § 323 Abs. 1 S. 2 HGB bzw. § 62 Abs. 1 S. 3 GenG – also etwa Gläubiger des geprüften Unternehmens oder Anleger, selbst wenn sie ihre Investitionsentscheidung aufgrund eines unrichtigen Jahresabschlusses getroffen haben sollen – nach einhelliger Auffassung nicht berufen (BGH, Urteil vom 02. April 1998 – III ZR 245/96; BGH, Urteil vom 26. September 2000 – X ZR 94/98; BGH, Urteil vom 26. September 2000 – X ZR 94/98; Hopt/Merkt, 41. Aufl. 2022, § 323 HGB Rn. 8).

-3

[45] Der angesprochene **gesetzgeberische Hintergrund** zeigt, dass die Haftung des Abschlussprüfers bzw. des Prüfverbands grundsätzlich allein gegenüber der geprüften Gesellschaft besteht. Eine Haftung des Abschlussprüfers bzw. des Prüfverbands gegenüber Dritten, namentlich gegenüber Aktionären bzw. Mitgliedern oder Gläubigern der geprüften Gesellschaft wird durch § 323 bzw. § 62 GenG bewusst nicht begründet, einerseits um das Haftungsrisiko des Abschlussprüfers bzw. des Prüfverbands nicht zu sehr zu erhöhen und andererseits die geprüfte Gesellschaft nicht der Gefahr auszusetzen, ihre nach § 323 Abs 2 HGB bzw. § 62 Abs. 2 GenG bestehenden

Ansprüche mit fremden Geschädigten teilen zu müssen. **Aus § 323 HGB bzw. § 62 GenG lassen sich daher keine Ansprüche Dritter herleiten** (Hopt/Merkt, 41. Aufl. 2022, § 323 Rn. 8; Lang WPg 1989, 57; Fischer, DB 2012, 1495; OLG Düsseldorf, Urteil vom 07. April 2000 – 14 U 205/99, juris). Ungeachtet der auf Publizität und Vertrauensbildung angelegten Funktion der Prüfer hat der Gesetzgeber die Verantwortlichkeit des Prüfers für eine Pflichtprüfung wegen einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung von Pflichten nach § 323 Abs 1 S. 3 bzw. 62 Abs. 1 S. 3 GenG auf Ansprüche der dort genannten Personen beschränkt hat (BGH, Urteil vom 06. April 2006 – III ZR 256/04; BGH, Urteil vom 02.04.1998 - III ZR 245/96). Gläubigern wie Mitgliedern gegenüber haftet der Prüfungsverband im Rahmen der Pflichtprüfung nach § 62 GenG nicht. Hat somit der Beklagte Pflichtprüfungen nach § 53 GenG bei der E. vorgenommen, so kommt ihm die Haftungsprivilegierung nach § 62 GenG insoweit zu gute, als die oben genannten Grundsätze uneingeschränkt für den Prüfungsverband des Beklagten gelten und damit die Haftung auf die zu prüfende Genossenschaft beschränkt wird.

3.

[46] Das Prüfungsergebnis des Beklagten ist auch in keiner Form ursächlich für die Anlageentscheidung des Klägers geworden. Die vom Berufungsführer in den Vordergrund seiner Ausführungen gestellte Annahme, der unrichtige Gründungsprüfungsbericht könne nicht weggedacht werden, ohne dass der Erfolg in Gestalt des späteren Anteilserwerbs von ihm und seiner Ehefrau entfele, greift zu kurz (a.). Auch die anerkannten Grundsätze über das Auslösen einer positiven Anlagestimung helfen der Berufung nicht zum Erfolg (b.).

a.

[47] Im Rahmen der **haftungsbegründenden Kausalität** kann vorliegend nicht auf den Nachweis der **konkreten Kausalität** des Gründungsprüfungsberichts bzw. der Pflichtprüfungsberichte für den Willensentschluss des jeweiligen Anlegers verzichtet werden. **Eine generelle, unabhängig von der Kenntnis des potentiellen Anlegers von einer falschen Aussage bestehende Kausalität gibt es im Rahmen des § 826 BGB gerade nicht** (BGH, Urteil vom 04. Juni 2013 - VI ZR 288/12, Rn. 25, juris). Das allgemeine Vertrauen von Kapitalanlegern, eine Genossenschaft sei aufgrund erfolgreich durchlaufener Gründungsprüfung als sicher einzustufen, reicht nicht aus, um eine Haftung nach § 826 BGB anzunehmen.

-1

[48] **Selbst wenn man zugunsten des Klägers erneut unterstellt, dass bei Erstellung des Gründungsgutachtens und der späteren Prüfungsberichte so grobe Fehler unterlaufen sind, dass die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschritten wurde, das Registergericht sich bei Vorlage einer ordnungsgemäßen**

Gründungsprüfung gegen eine Eintragung ins Genossenschaftsregister entschieden hätte müssen und in der Folge eine Investition des Klägers in das Geschäftsmodell der E. erst gar nicht möglich gewesen wäre, bedarf die Kausalität im Sinne der bloßen *Conditio-sine-qua-non*-Formel vorliegend einer Einschränkung im Rahmen der Grundsätze der Expertenhaftung aufgrund des Schutzzwecks der Norm. Schließlich rechtfertigt sich das Urteil der Sittenwidrigkeit bei der Expertenhaftung gerade aus der Bedeutung, welche die Tätigkeit des Experten für die Entscheidung Dritter hat.

-2

[49] Scheidet in einer vergleichbaren Situation, in der die Börsenzulassung eines Wertpapiers in einer den Tatbestand des § 826 BGB erfüllenden Weise erlangt worden war und Anleger später das an der Börse gehandelte Wertpapiere erworben hatten, eine **generelle Kausalität** in dem Sinne, dass ohne eine Börsenzulassung diese Wertpapierkäufe erst gar nicht möglich gewesen wären, als unzureichend aus, weil es in solch einem Fall des Nachweises der **konkreten Kausalität** der fehlerhaften Kapitalmarktinformation für den Willensentschluss des Anlegers bedarf (BGH, Urteil vom 03. März 2008 - II ZR 310/06), **so kommt auch bei fehlender Kenntnis des Anlegers einer Genossenschaft von den Prüfberichten des Prüfverbands eine Haftung nicht in Betracht. Schließlich wird im Rahmen des § 826 BGB nicht das allgemeine Vertrauen in die Zuverlässigkeit des der Neuemission an der Börse vorgelagerten Börsenzulassungsverfahren geschützt, sondern die konkrete Anlageentscheidung kaufwillige Anleger vor unzutreffenden Angaben des Prospekts. Auf den Nachweis der konkreten Kausalität einer Kapitalmarktinformation für den Willensentschluss des jeweiligen Anlegers kann im Rahmen des Anspruchstatbestandes des § 826 BGB auch dann nicht verzichtet werden, wenn eine Kapitalmarktinformation extrem unseriös ist. Eine "generelle" - unabhängig von der Kenntnis des potentiellen Anlegers postulierte - Kausalität einer falschen Werbeaussage ist unter Schutznormaspekten unvertretbar** (BGH, Urteil vom 04. Juni 2013 – VI ZR 288/12, Rn. 25, juris).

-3

[50] Vor diesem Hintergrund reicht das allgemeine Vertrauen von Anteilserwerbern einer Genossenschaft, wonach die Genossenschaft allgemein einer Prüfung durch Prüfverbände, welche wiederum der staatlichen Aufsicht (§ 64 GenG) unterliegen, nicht aus, um unabhängig von der konkreten Kenntnis von der Prüftätigkeit des jeweiligen Prüfverbands eine Haftung für den Fall von fehlerhaften Prüfungsberichten anzunehmen. **Ansonsten würde eine solche Haftung im Sinne einer "Dauerkausalität" auf unabsehbare Zeit jedem beliebigen Erwerber der Anteile zugutekommen, ohne dass dessen Willensentschließung überhaupt berührt wäre** (vgl. BGH, Urteil vom 3. März 2008 - II ZR 310/06, Rn. 20, juris). Eine dadurch bewirkte

Ausdehnung der Haftung ist im Hinblick auf den schwer wiegenden Vorwurf der sittenwidrigen Schädigung rechtlich unvertretbar (BGH, Urteil vom 04. Juni 2013 – VI ZR 288/12, Rn. 25, juris).

b.

[51] Der Kläger kann sich losgelöst von einer individuellen Kenntnis von den Prüfberichten des Beklagten auch nicht auf eine **positive Anlagestimmung aufgrund Gründungsbericht** berufen.

[52] Wird im Einzelfall bei der Haftung für fehlerhafte Emissionsprospekte eine generalisierte Kausalität in der Form zugelassen, als dass angenommen wird, der fehlerhafte Prospekt könne eine Anlagestimmung erzeugt und auf diesem Wege auch ohne individuelle Kenntnis des Prospekts kausal geworden sein (BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 - II ZR 218/03, Rn. 43, juris), so ist diese Überlegung auf das Gründungsgutachten (§ 11 Abs. 2 Nr. 3 GenG) des Beklagten für die E. allein schon deshalb nicht übertragbar, weil dieses **nur zur Vorlage bei dem Registergericht für das Prüfungsverfahren** nach § 11a GenG zur Eintragung ins Genossenschaftsregister diente, **keine Bindungswirkung für das Registergericht** erzeugte (Pöhlmann/Fandrich/Bloehs/Fandrich, 4. Aufl. 2012, GenG § 11 Rn. 7) und auch **nicht veröffentlicht** wurde. Überdies würde eine solche **Kausalitätsvermutung unter dem Gesichtspunkt der Anlagestimmung engen zeitlichen Grenzen von regelmäßig einem Jahr** unterliegen (BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 – II ZR 218/03, Rn. 43, juris). Das Gründungsgutachten datiert jedoch vom 08.08.2012, die erste Bestätigung über Zeichnung von Anteilen durch den Kläger erfolgte am 16.06.2014. Eine positive Anlagestimmung aufgrund Gründungsgutachten scheidet somit allein schon deshalb aus.

4.

[53] Das Landgericht war im Übrigen auch nicht nach § 432 ZPO dazu gehalten, dem Antrag des Klägers vom 08.12.2020, die Behörde um Vorlage des sog. B.-Gutachtens zu ersuchen, nachzugehen.

a.

[54] Die Staatsanwaltschaft Stuttgart hat mit Schreiben vom 14.08.2020 einen Antrag des Prozessbevollmächtigten des Klägers auf Akteneinsicht aus Rechtsgründen abgelehnt und dies im Einzelnen mit der Weigerung des Beklagten und der fehlenden Anwendbarkeit von § 406e StPO im konkreten Fall begründet.

[55] Im Hinblick darauf, dass das Gericht Urkunden, die von den Parteien nicht eingesehen werden dürfen, nicht zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung machen und somit diese Urkunden nicht als Beweismittel nutzen kann (vgl. Schneider MDR 1984, 108 [109]), dürfte in der Unzulässigkeit

der Urkundenbenutzung durch die Parteien ein Grund zur Ablehnung des Beweisantrags zu sehen sein, da ansonsten vom Gericht ein nicht verwertbares und damit überflüssiges Beweismittel beschafft werden müsste (MüKoZPO/Schreiber, 6. Aufl. 2020, ZPO § 432 Rn. 7).

b.

[56] Hat der Kläger in Konkretisierung seines Antrags ausgeführt, dass sich aus dem Gutachten ergebe, dass die E. in der Gründungsphase ein mit einer Genossenschaft nicht vereinbares Geschäftsmodell geplant habe, die Verzinsung nur bei Erfüllung der weiteren in § 21a GenG genannten Voraussetzungen erfüllt gewesen wäre, der Beklagte bereits den Beitritt der E. zu seinem Verband hätte ablehnen müssen, der Beklagte die nicht mögliche Realisierbarkeit von mehreren Bauvorhaben ausschließlich mit Eigenkapital ignoriert habe und der Zweck der Genossenschaft laut Satzung nur vorgespielt gewesen sei, so könnte selbst im Falle einer diesbezüglich erfolgreichen Beweisführung durch Urkundenvorlage daraus keine Haftung des Beklagten abgeleitet werden. Dies vor dem Hintergrund, dass der Beklagte nur Pflichtprüfungen für die E. durchgeführt hat, die eine Haftung des Beklagten gegenüber dem Kläger als Dritten wegen der Sperrwirkung des § 62 GenG und der Unkenntnis des Klägers von den Prüfungsberichten bei seiner Anlageentscheidung ausscheiden lassen. Dem Beweisantrag war insoweit entsprechend § 244 Abs. 3 Nr. 2 StPO nicht weiter nachzugehen, weil wie bereits ausgeführt, eine Haftung des Beklagten auch bei unterstellter Leichtfertigkeit im Rahmen der Pflichtprüfung der E. ausscheidet.

5.

[57] Mangels Erfolgs in der Hauptsache besteht auch kein Anspruch auf Bezahlung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten als Teil des Schadensersatzes oder unter dem Gesichtspunkt des Verzugs nach § 286, § 288 BGB, nachdem der Kläger den Beklagten mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 10.04.2019 zur Zahlung von Schadensersatz unter Fristsetzung aufgefordert hat.

III.

[58] Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

[59] Gründe, die Revision zuzulassen (§ 543 Abs. 2 ZPO) bestehen nicht. Der Senat entscheidet einen Einzelfall. Weder stellen sich grundsätzliche, bislang nicht geklärte Rechtsfragen, noch weicht der Senat von tragenden Rechtssätzen ab, die ein anderes gleich- oder höherrangiges Gericht aufgestellt hat.

Steuerberaterhaftung

- Lohnbuchhaltung
- GmbH-Geschäftsführer
- Sozialversicherungspflicht

(LG Berlin, Urt. v. 27.9.2022 – 103a O 1/21)

Leitsatz (der Redaktion)

Die Hinweispflicht des Steuerberaters zu sozialversicherungsrechtlichen Problemen dient nicht der Kontrolle paralleler anwaltlicher Beratung.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen Verletzung von Pflichten aus einem Steuerberatungsvertrag auf Schadensersatz in Anspruch.

[2] Die Beklagte führte für die Klägerin zwischen März 2016 und Ende 2017 als Steuerberaterin die Lohnbuchhaltung durch. Geschäftsführer der Klägerin war seit ihrer Gründung am 04.02.2014 zunächst nur Herr Pi. Herr Pr. erwarb im Februar 2016 Geschäftsanteile in Höhe von 50 % des Stammkapitals an der Klägerin. Seit dem 01.03.2016 war er bei der Klägerin als kaufmännischer Angestellter beschäftigt. Diesbezüglich hatte er bzw. die Klägerin zuvor anwaltlichen Rat bei Rechtsanwalt S. eingeholt, der dann den entsprechenden Arbeitsvertrag ausarbeitete. Die Beklagte war weder in den Anteilskauf des Herrn Pr. noch in den Abschluss des Angestelltenvertrags mit diesem einbezogen, von dem sie erst etwa drei Wochen später erfuhr. Herr Pr. vertrat im Folgenden immer die Auffassung, dass er eine selbständige Tätigkeit ausübe und deshalb weder selbst noch die Klägerin für ihn Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten hätte. Entsprechend wurde sein Einkommen sozialversicherungsfrei abgerechnet, auch eine Absicherung gegen Krankheit und eine gleichwertige Altersversorgung erfolgten nicht. Unstreitig wies die Beklagte Herrn Pr. in diesem Zusammenhang darauf hin, dass dessen Vorstellungen sehr außergewöhnlich seien. Im Sommer 2017 wurde hinsichtlich des Beschäftigungsverhältnisses des Herrn Pr. eine Statusprüfung gemäß § 7a SGB IV durchgeführt, wobei zwischen den Parteien streitig ist, durch wen der entsprechende Antrag formal gestellt wurde. Die Prüfung ergab, dass die zu diesem Zeitpunkt bestehende Form der Beschäftigung sozialversicherungspflichtig war. Die Klägerin griff diese Entscheidung mit Rechtsmitteln an. Mit Wirkung vom 01.04.2018 wurde Herr Pr. schließlich zum Geschäftsführer der Klägerin bestellt und ihm mit Rücksicht auf seine Stellung als Gesellschafter in der Satzung der Klägerin ein Vetorecht eingeräumt. Aufgrund dessen stufte die Rentenversicherung seine Tätigkeit für die Klägerin fortan als nicht mehr sozialversicherungspflichtig ein.

[3] Die Klägerin hat zunächst behauptet, die Beklagte habe mit ihr einen Dauerberatungsvertrag geschlossen, wonach sie alle steuerlichen Arbeiten übernommen habe. Außerdem habe sie die steuerliche Vertretung des Gesellschafters und jetzigen Geschäftsführers Herrn Pr. übernommen. Sie hat daraus ursprünglich gefolgert, dass die Beklagte sie hätte beraten müssen, wie sie das Beschäftigungsverhältnis von Herrn Pr. sozialversicherungsfrei hätte gestalten können, was sie nicht getan habe. Die Klägerin hat dann im Verlauf des Rechtsstreits allerdings die Auffassung vertreten, dass die Beklagte als für die Lohnbuchhaltung mandatierte Steuerberaterin in sozialrechtlichen Angelegenheit gar nicht hätte beraten dürfen, trotzdem aber die Pflicht gehabt, die Klägerin auf Probleme in Bezug auf die Sozialversicherungspflicht des Herrn Pr. hinzuweisen und zur Beratung durch einen Rechtsanwalt zu. Zudem behauptet sie, die Beklagte habe für sie das Statusverfahren durchgeführt, obwohl sie auch dazu als Steuerberaterin nicht befugt gewesen sei. Sie meint nach alledem, die ihr durch die Pflichtverletzungen entstandenen Schäden habe die Beklagte ihr zu erstatten. Das seien insbesondere die Nachforderungen von Sozialversicherungsbeiträgen und die Kosten für die Durchführung des Clearingverfahrens.

[3] Die Kammer hat die Klage auf Zahlung von 30.972,76 € und Feststellung weiterer Schadensersatzpflicht aufgrund der Säumnis der Klägerin mit Versäumnisurteil vom 30.11.2021 abgewiesen. Gegen das ihr am 01.12.2021 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 15.12.2021 Einspruch eingelegt.

[4] *Anträge: (...)*

[5] Die Beklagte meint, ein Steuerberatervertrag über die Lohnbuchhaltung umfasse weder eine Berechtigung noch eine Verpflichtung des Steuerberaters in sozialversicherungsrechtlichen Fragen. Sie habe Herrn Pr. allerdings darauf hingewiesen, dass aus ihrer Sicht wahrscheinlich eine Sozialversicherungspflicht bestünde und deshalb aufgefordert, eine Krankenversicherung abzuschließen und Beträge in die gesetzliche Rentenversicherung abzuführen. Herr Pr. habe trotzdem weiter sozialversicherungsfrei behandelt werden wollen, was dieser ihr auch schriftliche bestätigt habe. Sie habe ihn bereits im Sommer 2016 auf die Möglichkeit einer Statusprüfung nach § 7a SGB IV hingewiesen und ihm diese dringend geraten. Er habe sich allerdings zunächst beratungsresistent gezeigt. Das Statusverfahren hätten die Klägerin und Herr Pr. selbst durchgeführt, es habe lediglich eine ihrer Mitarbeiterinnen beim Ausfüllen der Formulare unterstützt und den von der Klägerin und Herrn Pr. unterzeichneten Antrag ohne Vollmacht und Mandat an die Clearingstelle übersandt. Schließlich erhebt sie die Einrede der Verjährung, da die hier verlangte Beratung jedenfalls zu Beginn des Beschäftigungsverhältnisses im März 2016 hätte stattfinden müssen, da der behauptete Schaden zu diesem Zeitpunkt dem Grunde nach entstanden sei. Selbst

wenn man auf die Beratung des Klägerevertreters im Jahr 2017 abstelle, sie die Klage erst am 31.03.2021, mithin nicht mehr „demnächst“ zugestellt worden.

[6] (...)

Aus den Gründen:

[7] Auf den zulässigen Einspruch der Klägerin gegen das Versäumnisurteil vom 30.11.2021 war das Klageverfahren gemäß §§ 343, 342 ZPO in den Stand vor Erlass des Versäumnisurteils zurückzusetzen. Dies führte allerdings zur Aufrechterhaltung des Versäumnisurteils, weil die Klage auch in Ansehung der Einspruchsbegründung der Klägerin weiterhin unbegründet war.

[8] Die geltend gemachten Schadenersatzansprüche der Klägerin wegen Verletzung von Pflichten aus dem Steuerberatungsvertrag zwischen den Parteien besteht gemäß §§ 280 Abs. 1, 675 BGB in Verbindung mit dem genannten Steuerberatungsvertrag weder dem Grunde noch der Höhe nach.

[9] Die Klägerin hat schon nicht schlüssig eine konkrete Pflichtverletzung der Beklagten dargelegt, welche kausal für die hier geltend gemachten Schäden war. Es kommt dafür von vornherein nur die Verletzung einer **vertraglichen Nebenpflicht** in Betracht. Denn nach dem Inhalt des Steuerberatervertrags zwischen den Parteien war eine Beratung in Bezug auf die Sozialversicherungspflicht des Herrn Pr. nicht geschuldet. Das steht zwischen den Parteien inzwischen außer Streit.

[10] Dies hat die Klägerin zwar ursprünglich noch anders gesehen und zunächst die Auffassung vertreten, dass die Beklagte insoweit auch zur **Rechtsberatung** verpflichtet gewesen sei. Diese Auffassung ist indes unzutreffend (vgl. OLG Düsseldorf DStR 2020, 2695; OLG Koblenz DStR 2017, 958). Die Klägerin sieht deshalb eine Pflichtverletzung der Beklagten zuletzt nur noch darin, dass diese auf die Problematik der Sozialversicherungspflicht hätte hinweisen und der Klägerin eine anwaltliche Beratung zum Sozialversicherungsrecht hätte empfehlen müssen. Trotz des insoweit geänderten Ansatzes bei der Begründung einer vertraglichen Pflichtverletzung der Beklagten hat die Klägerin den Feststellungsantrag zu 9.) allerdings weiter unverändert gelassen, in dem sie sich als vermeintliche Pflichtverletzung auf die (Nicht-) Beratung der Beklagten bezieht.

[11] Unabhängig davon sieht die Kammer jedenfalls auch **keine Verletzung einer etwaigen Hinweispflicht** der Beklagten. Diese ergibt sich aus dem von der Klägerin vorgetragenen und dem unstreitigen Sachverhalt jedenfalls nicht. Zunächst ist schon nicht klar, wie sich der aus Sicht der Klägerin gebotene „Hinweis“ genau von einer rechtlichen Beratung unterschei-

den soll. Die Übergänge dürften hier fließend sein. **Eine Hinweispflicht als vertragliche Neben- und Sorgfaltspflicht kommt jedenfalls nur dann in Betracht, wenn der Vertragspartner des Steuerberaters sich der Problematik selbst erkennbar nicht bewusst war und erst durch einen solchen Hinweis die gebotenen Schritte einleiten würde.** Ein solcher Sachverhalt liegt hier aber nicht vor. Vielmehr ergibt sich aus dem Geschehensablauf, dass der Klägerin und Herrn Pr. die Problematik bewusst war - bzw. bewusst gewesen sein müsste - so dass ein **(weiterer) Hinweis** der Beklagten **nicht geboten** war. So hatte sich Herr Pr. schon zur Gestaltung seines ursprünglichen Arbeitsvertrags in anwaltliche Beratung begeben. In Kenntnis dessen musste die Beklagte der Klägerin später nicht - erneut - **anwaltliche Beratung** empfehlen, sondern **durfte darauf vertrauen, dass die Beratung durch Rechtsanwalt S. auch in sozialrechtlicher Hinsicht umfassend und zutreffend erfolgt war.** Die Hinweispflicht des Steuerberaters zu sozialversicherungsrechtlichen Problemen kann insbesondere nicht der Kontrolle paralleler anwaltlicher Beratung dienen. Es besteht hier auch kein Anlass dazu, zwischen arbeitsrechtlicher und sozialversicherungsrechtlicher anwaltlicher Beratung zu unterscheiden. Selbst wenn die Beklagte entgegen der hier vertretenen Ansicht tatsächlich weiter verpflichtet gewesen wäre, die Klägerin auf die sozialversicherungsrechtlichen Probleme bei der Beschäftigung des Herrn Pr. hinzuweisen, hätte sie dies jedenfalls in der (noch) gebotenen Form tatsächlich auch getan. Es ist unstreitig, dass Herr Pr. eine feste Meinung zur Sozialversicherungspflicht seiner Tätigkeit hatte. Es ist weiter unstreitig, dass die Beklagte seinen Wunsch nach sozialversicherungsfreier Tätigkeit ihm gegenüber als „außergewöhnlich“ bezeichnet hat. Es ist schließlich unstreitig, dass es im Sommer 2017 zu einem Antrag auf Statusprüfung gekommen ist, der unter den gegebenen Bedingungen eine Sozialversicherungspflicht des Herrn Pr. ergab. Aus alledem ergibt sich, dass den Beteiligten - mit hin auch der Klägerin und Herr Pr. - die Problematik bewusst war oder zumindest bewusst gewesen sein müsste. Die Klägerin war mit der Statusprüfung jedenfalls einverstanden, was nicht verständlich wäre, wenn sie hier selbst keine Probleme gesehen hätte. War dies aber der Fall, so erschließt sich nicht, welcher Art ein nochmaliger Hinweis der Beklagten hätte sein sollen. Denn es liegt nahe, dass im Falle einer (rechtlichen) Problematik ein Rechtsanwalt angerufen werden sollte. Darauf musste die Beklagte nicht gesondert hinweisen. Etwas anders ergibt sich letztlich auch nicht aus der von der Klägerin zitierten Entscheidung des OLG Hamm (DStR, 2022, Bl. 1575; Bl. 123 d.A.). Es ist schon nicht ersichtlich, dass es im dortigen Verfahren eine entsprechende Vorgeschichte gab, in dem bereits der Anstellungsvertrag nach anwaltlicher Beratung geschlossen wurde.

[12] Unabhängig davon ist auch nicht schlüssig dargelegt, dass eine etwaige Pflichtverletzung adäquat kausal für den hier geltend gemachten Schaden gemäß § 249 BGB gewesen

wäre. Zur Ermittlung des Schadens wäre hier ein Gesamtvermögensvergleich vorzunehmen gewesen, d.h. eine Gegenüberstellung der Vor- und Nachteile aus der Situation mit und ohne Sozialversicherungspflicht (vgl. OLG Düsseldorf a.a.O.) Im vorliegenden Fall waren darüber hinaus die nachzuzahlenden Versicherungsbeiträge in jedem Fall geschuldet. Dazulegen wäre deshalb, wann die Beklagte einen Hinweis geben müssen und zu welchem Verhalten der Klägerin dies wann geführt und zu welchem Zeitpunkt die Versicherungspflicht hätte entfallen lassen. Soweit die Klägerin in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 12.10.2022 die Auffassung vertritt, zum Zeitpunkt des Antrags auf Statusprüfung hätte ein Hinweis erfolgen müssen, genügt die - unabhängig von der Zulässigkeit dieses Vortrags und seiner Berücksichtigung - nicht. Denn auch damit ist nur klar, dass jedenfalls der geltend gemachte Schaden insgesamt nicht kausal wäre. **Es ist auch nicht Aufgabe des Gerichts, die hypothetischen Geschehensabläufe selbständig zu vermitteln.** Ein adäquat kausaler Schaden wären schließlich auch die Kosten für das Clearing – Verfahren nicht. Denn das unterstellt, dass die Beklagte bei der Klägerin die Erwartung geweckt hätte, die Sozialversicherungspflicht bestünde nicht. Nur dann hätte die Klägerin nämlich aufgrund eines Verhaltens der Beklagten Anlass gehabt, die Entscheidung zur Sozialversicherungspflicht mit Rechtsmitteln anzugreifen.

[13] Keinesfalls kann ein Schadensersatz der Klägerin gegen die Beklagte schließlich darauf gestützt werden, dass ein Antrag auf Statusprüfung gestellt wurde. Das gilt selbst dann, wenn die Beklagte - was streitig ist - den Antrag gestellt hätte, obwohl sie als Steuerberaterin dazu nicht befugt gewesen wäre. Denn durch den Antrag ist kein Schaden entstanden. Vielmehr hat dieser Antrag zur Klärung der Rechtslage geführt und war damit in jedem Fall im Sinne der Klägerin.

[14] (...)

Steuerberaterhaftung

- Lohnbuchhaltung
- Sozialversicherungspflicht
- GmbH-Geschäftsführer
- Schaden

(LG Kiel, Urt. v. 16.6.2022 – 6 O 315/21)

Leitsatz (der Redaktion)

Macht ein Sozialversicherungsträger aufgrund der bislang nicht erkannten Sozialversicherungspflicht eines GmbH-Geschäftsführers Nachforderungen geltend und verlangt die GmbH von ihrem Steuerberater Ersatz der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung, so hat die GmbH – unabhängig von der Frage des Bestehens einer Pflichtverletzung des Steuerberaters – im Rahmen ihres Vortrags zum Schaden alle ihr entstandenen Vorteile darzulegen. Hierzu gehören insbesondere eine geminderte Steuerlast und die ersparten Sozialversicherungsbeiträge in der Vergangenheit.

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger begehrt Schadensersatz wegen der Verletzung von Pflichten aus einem Steuerberatungsvertrag.

[2] Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der S. GmbH. Die S. GmbH ist Rechtsnachfolgerin der O. GmbH und ein Unternehmen, das im Bereich Handel/Verkauf mit Textilien tätig war. Die GmbH hatte zwei Gesellschafter und zumindest ab dem 01.01.2015 hielt Herr S. einen Geschäftsanteil von 50,39 % und Herr R. einen Anteil von 49,68 %. Am 01.12.2016 schied Herr R. aus der Gesellschaft aus.

[3] Die Beklagte ist ein Unternehmen, das Dienstleistungen in der Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung anbietet und ursprünglich unter dem Namen (...) geführt wurde. Am 15.05.2019 kam es zur Umfirmierung der Beklagten in (...) Steuerberatungsgesellschaft.

[4] Im September 2010 unterschrieb der Geschäftsführer der O. GmbH ein von der (...) Steuerberatungsgesellschaft mit „Angebot und Auftragsbestätigung“ im Betreff ausgewiesenes Schreiben, in dem die Beklagte anbot, über ihre Schwes-tergesellschaft, die R. mbH Steuerberatungsgesellschaft, die Lohn- und Finanzbuchhaltung zu übernehmen. Hinsichtlich des genauen Wortlauts der Vereinbarung wird auf das Schreiben vom 23.08.2010 verwiesen. Der O. GmbH wurde ein Auftrag zur Übertragung von Mandantendaten auf die R. mbH Steuerberatungsgesellschaft übersandt und die Tochtergesellschaft der Klägerin stellte auch ihre Rechnungen direkt an die O. GmbH. Das Mandatsverhältnis wurde rund zehn Jahre später durch Schreiben der Klägerin vom 30.10.2020 mit Wirkung zum 01.11.2020 gekündigt.

[5] Die S. GmbH behandelte die Beschäftigung des Gesellschafters R. in dem Zeitraum des Mandatsverhältnisses als sozialversicherungsfrei und führte keine Sozialversicherungsbeiträge für diesen ab. Die Beklagte übernahm diese Einstufung von dem vorangegangenen Steuerberaterbüro, das im Rahmen der Lohnbuchhaltung die Abrechnung für den Gesellschafter R. ebenfalls frei vorgenommen hatte.

[6] Mit E-Mail vom 01.02.2011 wies die Beklagte die S. GmbH darauf hin, dass für die Geschäftsführer bislang kein Sozialversicherungsabzug vom Gehalt vorgenommen wurde und durch die Mandantin insoweit noch zu klären sei, ob bereits ein sozialversicherungsrechtliches Überprüfungsverfahren erfolgt sei. Gleichzeitig forderte sie Unterlagen von der Geschäftsführung der S. GmbH zum Gesellschaftsvertrag der O. GmbH und zu Kopien der Protokolle der Gesellschafterversammlungen des abgelaufenen Geschäftsjahres bis zum Erstellungszeitpunkt des Jahresabschlusses 2010 an. Von den angeforderten Unterlagen übersandte die S. GmbH allein den Gesellschaftervertrag, der nur die Höhe des Gesamtstammkapitals ausweist, die Beteiligungsverhältnisse und Stimmrechte hingegen nicht enthält.

[7] Eine weitere Nachfrage der Beklagten erfolgte im Zusammenhang mit der Erstellung des Jahresabschlusses für die S. GmbH für das Jahr 2010 im Jahr 2011. Die zuständige Sachbearbeiterin der Beklagten notierte handschriftlich „50 % - sozialversicherungsfrei - unstrittig? - Rücksprache“. Darüber hinaus besprach die Beklagte die Frage der Sozialversicherungsfreiheit der Geschäftsführung noch einmal am 31.10.2011 mit Herrn R.

[8] Im Jahresabschluss für das Jahr 2010 nahm die Beklagte die „Gesellschaftsrechtlichen Grundlagen“ auf, wonach die beiden Gesellschafter S. und R. jeweils 12.900,00 € und damit die Hälfte des Stammkapitals hielten. Ein Leseexemplar wurde der Geschäftsführung und Herrn V. von der S. GmbH mit der Bitte um kritische Durchsicht übersandt. Änderungswünsche wurden insoweit nicht geäußert.

[9] Anlässlich zweier im September 2019 und November 2019 durchgeführter Betriebsprüfungen bei der S. GmbH für den Zeitraum vom 01.01.2015 bis 31.12.2018 stellte die Deutsche Rentenversicherung Nord (DRV Nord) fest, dass der Gesellschafter R. in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zu dem Unternehmen stand, weil ihm keine Sperrminorität eingeräumt worden war. Mit Bescheid vom 16.12.2019 setzte die DRV NORD gegen die S. GmbH eine Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe von insgesamt 18.368,40 € fest. Hinsichtlich der rechtlichen Begründung im Einzelnen wird auf den Bescheid verwiesen.

[10] Der Kläger forderte die Beklagte mit Schreiben vom

22.12.2020 auf, die nachgeforderten Sozialversicherungsbeiträge in Höhe der Arbeitnehmeranteile des Gesellschafters R. von 9.184,20 € bis spätestens 08.01.2021 an ihn zu leisten. Dieser Aufforderung kam die Beklagte nicht nach.

[11] Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte sei dazu verpflichtet gewesen, ob den sozialversicherungsrechtlichen Status des Gesellschafters R. zu prüfen und insoweit die Einschaltung eines im Sozialversicherungsrecht besonders ausgewiesenen Beraters zu empfehlen. Der Kläger behauptet dazu, dass der Gesellschafter Herr S. die Beklagte bereits 2013 darauf hingewiesen habe, dass er selbst mit 50,39 % und der Gesellschafter R. mit 49,61 % an der S. GmbH beteiligt seien.

[12] Der Kläger beantragt, (...)

[13] Die Beklagte beantragt, (...)

[14] Die Beklagte ist der Auffassung, dass sie schon nicht passivlegitimiert sei und allein damit beauftragt gewesen sei, Jahresabschlüsse und betriebliche Steuererklärungen für die S. GmbH zu erstellen. Mit der Lohn- und Finanzbuchhaltung sei hingegen ihre Schwestergesellschaft, die R. Steuerberatungsgesellschaft, beauftragt gewesen. Die Beklagte behauptet außerdem, die zuständigen Mitarbeiter der S. GmbH hätten auf Nachfrage mitgeteilt, dass die beiden Gesellschafter je 50 % des Stammkapitals hielten. Schließlich vertritt die Beklagte die Ansicht, dass der Kläger einen Schaden nicht hinreichend schlüssig dargelegt habe, weil er die Anforderungen an den zu erstellenden Gesamtvermögensvergleich im Rahmen der Differenzhypothese nicht beachtet und die Grundsätze der konsolidierten Schadensberechnung außer Acht gelassen habe.

[15] Die Klage ist am 04.02.2022 zugestellt worden.

[16] (...)

Aus den Gründen:

[17] Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

[18] I. Dem Kläger steht der geltend gemachte Schadensersatzanspruch mangels Darlegung eines Schadens unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Einen Anspruch kann der Kläger insbesondere nicht aus §§ 280 Abs. 1, 611 Abs. 1, 675 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Steuerberatervertrag herleiten.

[19] 1. Zwar dürfte die Beklagte passivlegitimiert sein, weil sie sich gegenüber der S. GmbH auch zur Erbringung der Lohn- und Finanzbuchhaltung verpflichtet hat. Aus Sicht eines objektiven Empfängers dürfte das Angebotsschreiben vom 23.08.2010. nach §§ 133, 157 BGB dahingehend auszulegen sein, dass Vertragspartnerin für alle Bereiche die Beklagte war

und diese ihrerseits für die Lohn- und Finanzbuchhaltung ihre Schwestergesellschaft, die R. Steuerberatungsgesellschaft, zur Unterstützung einbeziehen konnte.

[20] Auch kommt eine **Pflichtverletzung** der Beklagten aus dem Steuerberaterverhältnis in Betracht, weil sie die S. GmbH **nicht explizit auf die Notwendigkeit einer rechtlichen Beratung zur sozialversicherungsrechtlichen Einordnung** des Gesellschafters R. **hingewiesen** hat. Trifft der Steuerberater bei der Lohnbuchhaltung auf Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Art oder stellt sich die Rechtslage für ihn als unklar dar, hat er seinen Mandanten auf die Einholung anwaltlichen Rechtsrats hinzuweisen (BGH, Ur. v. 12.02.2004, Az. IX ZR 246/02, juris Rn. 13). Hiervon ist auszugehen, wenn der Steuerberater bei der Bearbeitung des Mandats nach den Umständen des Einzelfalls konkrete Anhaltspunkte erkennt oder ein besonderer Anlass besteht, die Richtigkeit der Lohnbuchführung zu hinterfragen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.07.2020 - 1-23 U 70/20 -, juris, Rn. 16,18; OLG Schleswig, Ur. v. 30.11.2018 - 17 U 20/18 -, juris, Rn. 22).

[21] Vorliegend kann der Beklagten nicht vorgeworfen werden, dass sie die Problematik um eine mögliche Sozialversicherungspflicht der Gesellschafter der S. GmbH nicht erkannt hat. Vielmehr hat sie das Unternehmen mit E-Mail vom 01.02.2011 explizit darauf hingewiesen, dass für die Geschäftsführer bislang kein Sozialversicherungsabzug vom Gehalt vorgenommen worden und daher vom Unternehmen selbst noch zu prüfen sei, ob bereits ein sozialversicherungsrechtliches Überprüfungsverfahren stattgefunden habe. Auch hat sie in diesem Zusammenhang relevante Unterlagen des Unternehmens angefordert und im weiteren Verlauf der Zusammenarbeit **immer wieder die Prüfung der Sozialversicherungsfreiheit thematisiert. Es erscheint fraglich, ob sie vor diesem Hintergrund der S. GmbH auch noch einmal explizit empfehlen musste, einen im Sozialversicherungsrecht besonders ausgewiesenen Anwalt einzuschalten, oder ob sie bei einem am Wirtschaftsleben teilnehmenden Unternehmen davon ausgehen durfte, dass deren Geschäftsführung selbst die nötigen Rückschlüsse aus den Hinweisen ziehen und sich entsprechenden Rechtsrat einholen würde.**

[22] 2. Im Ergebnis können diese rechtlichen Fragestellungen offen bleiben, weil der Kläger einen Schaden der S. GmbH nicht hinreichend substantiiert dargelegt hat.

[23] Der zum Schadensersatz Verpflichtete hat den Geschädigten durch die Schadensersatzleistung gemäß § 249 Abs. 1 BGB so zu stellen, wie dieser bei pflichtgemäßem Verhalten stünde. Ausgangspunkt für die Schadensberechnung nach § 249 Abs. 1 BGB ist die **Differenzhypothese**. Der Schaden beurteilt sich durch einen Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses entstandenen Vermögenslage mit derjenigen, die

ohne jenes Ereignis eingetreten wäre. Dabei erfasst der erforderliche **Gesamtvermögensvergleich nicht nur Einzelpositionen, sondern eine Gegenüberstellung der hypothetischen und der tatsächlichen Vermögenslage** (BGH, Urt. v. 16.07.2015 - IX ZR 197/14, juris, Rn. 32). Im Rahmen des Gesamtvermögensvergleichs sind alle von dem haftungsbegründenden Ereignis betroffenen finanziellen Positionen zu erfassen und die hypothetische Vermögenslage ohne das Ereignis ist der tatsächlichen Vermögenslage gegenüberzustellen (BGH, Urt. v. 18.02.2016, Az. IX ZR 191/13, juris, Rn. 9).

[24] Darlegungs- und beweisbelastet ist insoweit der geschädigte Mandant; der Steuerberater kann sich darauf beschränken, den Schaden zu bestreiten (Gräfe/Wollweber/Sehmeer, Steuerberaterhaftung, 7. Aufl., Rn. 1968 ff m.w.N.). Der Geschädigte hat alle finanziellen und insbesondere auch steuerlichen Vor- und Nachteile für die Berechnung darzustellen. Vorliegend hat der Kläger die **Arbeitnehmeranteile** für den Gesellschafter R. als Schaden geltend gemacht, welche von der S. GmbH zu begleichen waren und gemäß § 28g S. 3 SGB IV von dem Gesellschafter nicht mehr zurückverlangt werden konnten. **Er hat hingegen nicht die finanziellen Vorteile, die aus dem haftungsbegründenden Ereignis folgten, dargelegt und beziffert.**

[25] So ist als **positiver Effekt** die durch die Nachzahlung der Sozialversicherungsbeiträge **geminderte Steuerbelastung** der S. GmbH zu berücksichtigen (vgl. OLG Koblenz, Hinweisbeschl. v. 13.05.2016 - 3 U 167/16, BeckRS 2016, 19384). Beitragsnachforderungen sind gewinnmindernd und somit als ein die ertragsteuerliche Bemessungsgrundlage mindernder Betriebsaufwand zu berücksichtigen (OLG Dresden, Urt. v. 09.05.2018 - 13 U 1538/17, BeckRS 2018, 44892, Rn. 66). Eine konkrete Bezifferung hat der Kläger nicht dargelegt.

[26] Darüber hinaus hätte der Kläger die in den Jahren 2010 bis 2014 **nicht gezahlten Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung** für den Gesellschafter R. beziffern und in den Gesamtvermögensvergleich mit aufnehmen müssen. Diese Beiträge hat die S. GmbH mit der Beklagten aufgrund der fehlerhaften Einordnung des Gesellschafters R. nicht abgeführt und wegen der Verjährung von Rückforderungsansprüchen nach § 25 SGB IV dauerhaft eingespart. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine solche Leistungsfreiheit hinsichtlich der Arbeitgeberanteile ein **kongruenter Vorteil**, der auf den Schaden des geschädigten Mandanten anzurechnen sind. Der Vorteil der verjährten Beitragspflicht des Arbeitgebers und der Nachteil des in der unverjährten Zeit ausgeschlossenen Abzugs des Arbeitnehmeranteils stehen in einem inneren Zusammenhang, der beide Positionen zu einer Rechnungseinheit verbindet (BGH, Urt. v. 23.09.2004, Az. IX ZR 148/03, juris, Rn. 18).

[27] Der verjährte Zeitraum umfasst vorliegend rund fünf Jahre und ist damit - im Hinblick auf das Ausscheiden des Gesellschafters R. zum 01.12.2016 - deutlich länger als der Zeitraum, für den Nachforderungen durch die DRV Nord erfolgt sind. Es ist naheliegend, dass bei einer Saldierung der finanziellen Vor- und Nachteile ein Schaden rechnerisch nicht festzustellen ist. Der Kläger hätte die Zahlen zumindest darlegen und eine Saldierung vornehmen müssen.

[28] Ob darüber hinaus die durch die Beitragsnachzahlung zugunsten des Gesellschafters R. erworbenen **Anwartschaften** in der gesetzlichen Rentenversicherung im Wege der **konsolidierten Schadensbetrachtung** zu berücksichtigen gewesen wären, kann - im Hinblick auf die bereits unzureichende Darlegung der finanziellen Vorteile für die Gesellschaft selbst - dahinstehen.

[29] (...)

Steuerberaterhaftung

- Lohnbuchhaltung
- Sozialversicherungspflicht
- GmbH-Geschäftsführer
- Feststellungsklage
- Anscheinsbeweis

(LG Kiel, Urt. v. 23.6.2022 – 6 O 275/20)

Leitsatz (der Redaktion)

Hat eine GmbH weder eine rechtliche Beratung noch die rechtliche Begründung aus einem Bescheid des Sozialversicherungsträgers zum Anlass genommen, ihre organisatorische Struktur in einer Weise zu verändern, dass daraus die Sozialversicherungsfreiheit für ihren Geschäftsführer folgen würde, greift zu ihren Gunsten nicht der Anscheinsbeweis beratungsrechtlichen Verhaltens, wenn der Steuerberater sie auf die sozialversicherungsrechtliche Problematik hingewiesen hätte.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass der Beklagte zur Leistung von Schadensersatz aus einem Steuerberatervertrag verpflichtet ist.

[2] Die Klägerin ist eine im April 2003 gegründete GmbH, die im Wesentlichen Tiefbauarbeiten erbringt. Der Beklagte ist Steuerberater und übernahm seit der Gründung der Klägerin deren steuerliche Beratung und die Regelung steuerlicher Angelegenheiten. Dazu gehörte unter anderem die Erstellung der Steuererklärungen und Bilanzen, die Lohnbuchhaltung sowie die Begleitung bei Betriebsprüfungen.

[3] Die Klägerin bestand zunächst aus zwei Gesellschaftern,

der Geschäftsführer der Klägerin war zu keiner Zeit ihr Gesellschafter. Eine kurz nach der Gründung angedachte Übertragung von 90 % der Gesellschafteranteile auf den Geschäftsführer ist nicht umgesetzt und ins Handelsregister eingetragen worden. Nach dieser Planung hätte eine der Gesellschafter, die Lebensgefährtin des Geschäftsführers, 10 % der Geschäftsanteile behalten und der zweite Gesellschafter hätte ausscheiden sollen.

[4] Im Juni 2003 verstarb der zweite Gesellschafter und nach erbrechtlichen Streitigkeiten erhielt die andere Gesellschafterin 100 % der Geschäftsanteile der Klägerin. Der Geschäftsführer hatte formell keine Rechtsmacht, Weisungen der Alleingesellschafterin zu Fall zu bringen.

[5] Mit Bescheid vom 03.03.2004 wies die Tiefbau-Berufsgenossenschaft (TBG) die Klägerin darauf hin, dass ihr Geschäftsführer nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts dem pflichtversicherten Personenkreis gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII zuzurechnen und entsprechend wie ein Arbeitnehmer zu versichern sei. Die TBG forderte die Klägerin zur Beitragszahlung für die Unfallversicherung auf. Hinsichtlich der Begründung wird auf den rechtskräftig gewordenen Bescheid vom 03.04.2004 Bezug genommen.

[6] Im Jahr 2007 erließ die TBG auf Grundlage des Bescheides vom 03.03.2004 Beitragsbescheide für die Jahre 2004-2005. Mit Schreiben vom 05.11.2007 meldete sich der Beklagte im Namen der Klägerin schriftlich bei der TBG mit dem Hinweis, dass der Geschäftsführer nicht rentenversicherungspflichtig sei und die entsprechenden Beitragsbescheide aufzuheben seien. Dies lehnte die TBG mit Schreiben vom 08.11.2007 ab, hinsichtlich der Begründung im Einzelnen wird auf das Schreiben verwiesen.

[7] Der Beklagte empfahl der Klägerin, die offenen Beiträge zur Unfallversicherung zu zahlen. Er wies hingegen nicht darauf hin, eine fachkundige Klärung der sozialversicherungsrechtlichen Statusfrage einzuholen. Die Klägerin meldete ihren Geschäftsführer in der Folgezeit nicht zur Sozialversicherung an und führte die entsprechenden Beiträge nicht ab.

[8] Im Rahmen einer Betriebsprüfung bei der Klägerin ab dem 08.12.2015 durch die Deutsche Rentenversicherung Nord (DRV Nord) entschied diese für den Prüfzeitraum vom 01.01.2011 bis 31.12.2014 auch über den sozialversicherungsrechtlichen Status des Geschäftsführers. Mit Bescheid vom 17.10.2016 stellte sie fest, dass dieser als abhängig Beschäftigter anzusehen sei. Hinsichtlich der Begründung wird auf die rechtlichen Ausführungen in dem Bescheid verwiesen. Am 18.10.2016 erließ die DRV Nord einen Beitragsbescheid und forderte rückständige Beträge in Höhe von 48.840,14 € und Säumniszuschläge in Höhe von 11.558,50 €, insgesamt

60.548,40 € von der Klägerin.

[9] Die Klägerin legte gegen den Feststellungsbescheid erfolglos Widerspruch ein. Dieser wurde mit Bescheid vom 05.10.2017 zurückgewiesen. Zur Begründung verwies DRV Nord auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, hinsichtlich der Einzelheiten wird auf den Widerspruchsbescheid vom 05.10.2017 Bezug genommen. Gegen den Widerspruchsbescheid reichte die Klägerin beim Sozialgericht Kiel Klage ein, die sie später zurücknahm. Für die Rechtsverteidigung beauftragte sie die Kanzlei „...“ aus Hamburg, die u.a. auf Fragen des Sozialrechts spezialisiert ist. Der Klägerin entstanden insoweit Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.826,25 €. An die Einzugsstelle der DRV Nord zahlte sie sodann den geforderten Betrag in Höhe von 60.548,40 €.

[10] Darüber hinaus musste die Klägerin für ihren Geschäftsführer Beiträge zur Berufsgenossenschaft in Höhe von 4.455,28 € abführen. Die Techniker Krankenkasse setzte als Einzugsstelle der rückständigen Forderungen durch gesonderten Bescheid einen weiteren Zinsbetrag in Höhe von 2.330,00 € fest, den die Klägerin ausglich.

[11] Die Alleingesellschafterin und der Geschäftsführer der Klägerin schlossen am 13.01.2017 einen notariell beurkundeten Treuhandvertrag, nach welchem das Stimmrecht der Gesellschafterin nur auf Weisung des Geschäftsführers ausgeübt werden darf. Für weitere Einzelheiten wird auf den Vertrag Bezug genommen. Dadurch sollte der sozialversicherungsrechtliche Status des Geschäftsführers im Hinblick auf seine weitergehenden Befugnisse entfallen.

[12] Mit anwaltlichem Schreiben vom 03.09.2018 forderte die Klägerin den Beklagten unter Fristsetzung zum 22.09.2018 erfolglos auf, den an die DRV Nord gezahlten Betrag in Höhe von 60.548,40 € zu regulieren.

[13] In der Zwischenzeit kam es zu einer weiteren Betriebsprüfung durch die DRV Nord gemäß § 28p SGB IV bei der Klägerin ab dem 19.08.2019 für den Prüfzeitraum vom 01.01.2015 bis 31.12.2018. Am 08.11.2019 erließ die DRV Nord aufgrund der im Bescheid vom 17.10.2016 festgestellten Sozialversicherungspflicht des Geschäftsführers der Klägerin einen weiteren Beitragsbescheid und forderte rückständige Beträge in Höhe von 37.281,64 € und Säumniszuschläge in Höhe von 11.558,50 €, insgesamt 48.840,14 € von der Klägerin.

[14] Die Klägerin zahlte die Nachforderungsbeträge aus diesem zweiten Bescheid und auch anteilige Beträge auf den ersten Bescheid im August 2021. Die Jahresabschlüsse für die Jahre 2020 und 2021 sind bislang noch nicht erstellt.

[15] Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe dem Geschäftsführer der Klägerin mehrfach zugesagt, den Schaden über seine Haftpflichtversicherung regulieren zu lassen. Sie meint, der Beklagte hätte ihr aufgrund der Korrespondenz mit der TBG empfehlen müssen, eine fachkundige Klärung der sozialversicherungsrechtlichen Fragen durch einen entsprechend spezialisierten Rechtsanwalt herbeizuführen. Sie behauptet dazu, sie hätte bei entsprechender Beratung schon im Jahr 2007 den Gesellschaftsvertrag notariell abgeändert und dem Geschäftsführer 90 % der Geschäftsanteile der GmbH überlassen oder schon damals den Treuhandvertrag über das Weisungsrecht des Geschäftsführers geschlossen.

[16] Ursprünglich hat die Klägerin angekündigt zu beantragen, den Beklagten zu verurteilen, an sie 60.548,40 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 23.09.2018 zu zahlen, sowie den Beklagten zu verurteilen, an sie weitere 9.611,53 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, und schließlich den Beklagten zu verurteilen, an sie außergerichtlich entstandene Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.994,04 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 23.09.2018 zu zahlen.

[17] Nachdem die Klägerin im Termin zur mündlichen Verhandlung keinen Antrag gestellt hat, hat das Gericht die Klage durch Versäumnisurteil vom 20.01.2022 abgewiesen. Das Versäumnisurteil ist der Klägerin am 31.01.2022 zugestellt worden. Die Klägerin hat mit bei Gericht am 14.02.2022 eingegangenen Schriftsatz Einspruch eingelegt.

[18] Die Klägerin beantragt nunmehr, (...)

[19] Die Beklagte beantragt, (...)

[20] Der Beklagte meint, der Klägerin fehle es schon am erforderlichen Feststellungsinteresse. Der angebliche Schaden sei bezifferbar, weshalb die Leistungsklage vorrangig sei. Unabhängig hiervon mangle es aber auch an einer Pflichtverletzung durch den Beklagten und an einem kausalen Schaden der Klägerin. Der mit der Klage behauptete Schaden wäre auch bei pflichtgemäßem Beratungsverhalten des Beklagten eingetreten. Außerdem habe die Klägerin den Schaden nicht hinreichend beziffert und vermögenswerte Vorteile außer Acht gelassen. Insbesondere sei im Rahmen des Gesamtvermögensvergleichs zu berücksichtigen, dass die Klägerin vor 2011 keine Beiträge abgeführt und durch eine erhöhte Beitragslast Steuerersparnisse durch Körperschaftssteuererträge, Solidaritätszuschlagsvorteile und Gewerbesteuererträge in Höhe von über 30% erzielt habe. Der Beklagte erhebt schließlich die Einrede der Verjährung.

[21] (...)

Aus den Gründen:

[22] Der Einspruch gegen das Versäumnisurteil ist zulässig, er ist insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden. Durch den zulässigen Einspruch gegen das Versäumnisurteil vom 20.01.2022 ist der Prozess gemäß § 342 ZPO in die Lage vor der Säumnis zurückversetzt worden.

[23] Die Klage hat keinen Erfolg. Es bestehen schon erhebliche Zweifel an ihrer Zulässigkeit, in jedem Fall ist sie aber unbegründet.

[24] I. Für die Zulässigkeit der Klage bedarf es nach § 256 Abs. 1 ZPO eines **Feststellungsinteresses** der Klägerin. Von einem Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ist insbesondere auszugehen, wenn dem Recht oder der Rechtsposition des Klägers eine gegenwärtige Gefahr oder Ungewissheit droht und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen.

[25] Dabei ist die **Feststellungsklage** gegenüber der Leistungsklage grundsätzlich **subsidiär**. Zulässig ist eine Feststellungsklage nur, wenn eine Leistungsklage nicht möglich oder zumutbar ist. Hiervon ist auszugehen, wenn die Leistungsklage nicht bezifferbar ist, weil sich der Schaden bei Erhebung der Klage noch fortentwickelt oder konkrete Kosten für die Schadensbeseitigung noch nicht feststehen, sodass der Anspruch seiner Natur nach sinnvoller Weise erst nach Abschluss seiner Entwicklung beurteilt werden kann (BGH, Urt. v. 30.03.1983, Az. VIII ZR 3/82, juris).

[26] Vorliegend stehen die einzelnen, von der Klägerin geltend gemachten Schadenspositionen aufgrund der Sozialversicherungspflicht ihres Geschäftsführers zwar fest, die Klägerin hat sie dargelegt und beziffert. Eine noch offene Entwicklung könnte sich allerdings aufgrund der erforderlichen Berechnung eines **Gesamtvermögensvergleichs** ergeben. Ausgangspunkt für die Schadensberechnung nach § 249 Abs. 1 BGB ist die **Differenzhypothese**. Der Schaden beurteilt sich durch einen Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses entstandenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre. Im Rahmen des Gesamtvermögensvergleichs sind alle von dem haftungsbegründenden Ereignis betroffenen finanziellen Positionen zu erfassen und die hypothetische Vermögenslage ohne das Ereignis ist der tatsächlichen Vermögenslage gegenüberzustellen (BGH, Urt. v. 18.02.2016, Az. IX ZR 191/13, juris, Rn. 9).

[27] **Darlegungs- und beweisbelastet** ist insoweit die Klägerseite. Sie hat alle finanziellen und insbesondere auch **steuerlichen Vor- und Nachteile für die Berechnung darzustellen**. Es ist nachvollziehbar, dass die Klägerin noch nicht alle für die

endgültige Schadensberechnung erforderlichen Zahlen vorlegen kann, weil die Jahresabschlüsse für die Jahre 2020 und 2021 noch nicht erstellt sind. Die Zahlungen der Klägerin im August 2021 auf Nachforderungen der DRV Nord können sich gegebenenfalls günstig auf die Gesamtsteuerbelastung in diesem Jahr auswirken.

[28] Es bestehen dennoch erhebliche Zweifel an der Zulässigkeit der Feststellungsklage, weil die Klägerin auch die übrigen für den Gesamtvermögensvergleich erforderlichen Zahlen nicht hinreichend darlegt, obwohl sie bereits feststehen und dies im Termin zur mündlichen Verhandlung am 20.01.2022 mit den Parteien erörtert worden ist.

[29] In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine Feststellungsklage über die Verletzung von Pflichten aus einem Steuerberatervertrag nur zulässig ist, wenn die Klägerseite hinreichend darlegt, dass ihr ein erstattungsfähiger Schaden entstanden ist oder entstehen wird. **Dafür ist eine Gegenüberstellung der relevanten Zahlen für den Gesamtvermögensvergleich erforderlich; denn nur so kann das Gericht darüber entscheiden, ob die Entstehung eines Schadens wahrscheinlich ist** (OLG München, Urt. v. 04.05.2011, Az. 15 U 2762/10, juris, Rn. 27 ff.; BGH, Urt. v. 10.07.2014, Az. IX ZR 197/12, juris, Rn. 10 ff.).

[30] Diesen Anforderungen ist die Klägerin nicht gerecht geworden. Beispielsweise beziffert die Klägerin nicht die von 2003 bis einschließlich zum Jahr 2010 **eigentlich für ihren Geschäftsführer zu leistenden Beiträge für die Sozialversicherung, die sie in Unkenntnis der Rechtslage nicht abgeführt und damit eingespart hat. Denn auch solche Ersparnisse sind im Rahmen des Gesamtvermögensvergleichs zu berücksichtigen.** Auch **sonstige finanzielle Vorteile oder Belastungen** hat die Klägerin nicht hinreichend dargelegt. Dazu gehören insbesondere **etwaige Steuervorteile** aufgrund der in den Jahren 2018 und 2019 geleisteten Zahlungen auf den ersten Beitragsbescheid der DRV Nord sowie die von der Klägerin nur völlig unsubstantiiert dargestellten negativen Auswirkungen von Liquiditätsengpässen auf das operative Geschäft durch die fehlende Anschaffung von Baumaschinen.

[31] **Von einer konkreten Darlegung ist die Klägerin auch nicht aufgrund ihres Einwands entbunden, dass eine endgültige Berechnung nur durch einen Sachverständigen erfolgen könne.** Vielmehr ist es zunächst Sache der darlegungsbelasteten Klägerin, die **Anknüpfungstatsachen und Zahlen vorzutragen, die auch gerade ein Sachverständiger für seine Berechnung benötigen würde.**

[32] II. Letztlich muss diese Frage nicht abschließend entschieden werden, weil die Feststellungsklage zumindest unbegründet ist.

[33] 1. Entgegen des Vortrags der Klägerin ergibt sich ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien zum einen **nicht** aus einem **Schuldanerkenntnis** nach §§ 780, 781 BGB. Selbst wenn der Beklagte die von der Klägerin behaupteten Zusagen über eine Regulierung durch seine Haftpflichtversicherung gemacht hätte, würde es zum einen an der für ein solches Anerkenntnis erforderlichen **Schriftform** fehlen. Zum anderen ist einer entsprechenden Erklärung des Beklagten **kein Rechtsbindungswille** dahingehend zu entnehmen, dass er sich zu einer Zahlung an die Klägerin aus eigenen Mitteln verpflichten wollte. Ein verbindliches Anerkenntnis zu Lasten seiner Haftpflichtversicherung konnte der Beklagte hingegen - insoweit auch für die Klägerin unschwer erkennbar - nicht wirksam abgeben.

[34] 2. Ein zum Schadensersatz verpflichtendes Rechtsverhältnis folgt zum anderen nicht aus dem Steuerberatervertrag zwischen den Parteien gemäß §§ 280 Abs. 1, 611, 675, 249 BGB. Zwar dürfte eine Pflichtverletzung des Beklagten aufgrund unzureichender Beratung im Hinblick auf den sozialversicherungsrechtlichen Status des Geschäftsführers der Klägerin vorliegen. **Ergeben sich im Rahmen der Lohnbuchhaltung sozialversicherungsrechtliche Schwierigkeiten, muss ein Steuerberater nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seinen Mandanten auf die Notwendigkeit hinweisen, einen fachlich geeigneten Berater hinzuziehen** (BGH, Urt. v. 12.02.2004, Az. IX ZR 246/02, juris, Rn. 13; BGH, Urt. v. 23.09.2004, Az. IX ZR 148/03, juris, Rn. 13 m.w.N.; OLG Schleswig, Urt. v. 30.11.2018, Az. 17 U 20/18, juris, Rn. 21). Der Beklagte hätte der Klägerin im Hinblick auf den Bescheid der TBG vom 03.03.2004 mit entsprechender rechtlicher Begründung dazu raten müssen, sich zur Klärung des sozialversicherungsrechtlichen Status ihres Geschäftsführers an einen auf diesem Rechtsgebiet spezialisierten Rechtsanwalt zu wenden.

[35] Jedoch hat die Klägerin nicht dargelegt, dass ihr aus dem fehlenden Hinweis ein **kausaler Schaden** entstanden ist. Der Mandant ist bei einer Pflichtverletzung des Steuerberaters gemäß § 249 Abs. 1 BGB so zu stellen, wie er ohne Pflichtverletzung stünde. Insoweit ist der Schaden nur dann kausal auf die Pflichtverletzung zurückzuführen, wenn der Mandant darlegen kann, dass er sich **beratungsgemäß verhalten** hätte und der **Schaden in Folge des beratungsgemäßen Verhaltens nicht eingetreten** wäre. Dabei kann dem Mandanten als Beweiserleichterung die **Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens** im Sinne eines Anscheinsbeweises zugutekommen, wenn die Pflichtwidrigkeit des Steuerberaters - wie vorliegend - in der Verletzung einer Aufklärungs-, Hinweis- oder Beratungspflicht besteht (Laumen, DStR 2015, 2570, 2573, beck-online; Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 7. Auflage, S. 446, Rn. 2036 ff. m.w.N.). Auf einen Beweis des ersten Anscheins, dass sie sich bei pflichtgemäßer Beratung durch den Steuerberater **beratungsgemäß verhalten** hätte, kann sich die

Klägerin vorliegend jedoch nicht berufen.

[36] Die Klägerin hat im Hinblick auf den Bescheid der DRV Nord vom 18.10.2016 anwaltlichen Rat bei einem auf sozialrechtliche Fragestellungen spezialisierten Rechtsanwalt eingeholt und Widerspruch gegen den Bescheid eingelegt sowie Klage erhoben. Insoweit ist davon auszugehen, dass sie bei entsprechendem Hinweis durch den Beklagten auch schon in einem früheren Verfahrensstadium zur Klärung des sozialversicherungsrechtlichen Status ihres Geschäftsführers rechtlichen Rat eingeholt hätte. **Jedoch hat die Klägerin weder die rechtliche Beratung noch die rechtliche Begründung aus dem Bescheid der DRV Nord vom 18.10.2016 zum Anlass genommen, ihre organisatorische Struktur in einer Weise zu verändern, dass daraus die Sozialversicherungsfreiheit für ihren Geschäftsführer folgen würde.**

[36] Vielmehr hat sie einen rechtlichen Rahmen beibehalten, bei dem sie weiterhin Sozialversicherungsbeiträge abführen muss und eine Kausalität des Schadens insoweit zu verneinen ist.

[37] Der Geschäftsführer der Klägerin ist bis heute nicht Gesellschafter und hält entsprechend auch nicht mindestens 50 % der Gesellschafteranteile. Ihm steht insoweit keine formelle Weisungsbefugnis zu und er ist daher als ein abhängig Beschäftigter zu versichern. Auch wenn die Klägerin vorträgt, dass sie bei Kenntnis der Rechtslage bereits 2007 Geschäftsteile an ihren Geschäftsführer übertragen hätte, ist dies bislang nicht geschehen. Es erschließt sich dem Gericht nicht, dass eine Änderung vor 2011 durchgeführt worden wäre, auf die bisher aber weiterhin verzichtet wurde.

[38] Auch der notariell beurkundete **Treuhandvertrag** vom 13.01.2017 kann an der sozialversicherungsrechtlichen Stellung des Geschäftsführers der Klägerin nichts ändern. Zwar ist darin geregelt, dass das Stimmrecht der Alleingeschafterin nur auf Weisung des Geschäftsführers ausgeübt werden dürfe. Ob die Beteiligten der Klägerin bei Kenntnis der Rechtslage einen solchen Vertrag bereits früher geschlossen hätten, kann dahinstehen. Denn die Klägerin konnte nicht darlegen, dass die DRV Nord wegen des Treuhandvertrags zu einer die abhängige Beschäftigung ausschließenden Beurteilung gekommen wäre. **Vielmehr hat das Bundessozialgericht entschieden, dass ein Treuhandvertrag wegen seiner rein schuldrechtlichen Wirkung für die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung ohne Bedeutung ist** (BSG, NZS 2021, 139, Rn. 17; BSG, Ur. v. 12.5.2020, Az. B 12 R 11/19 R, BeckRS 2020, 24446, beck-online, Rn. 17 ff.).

[39] (...)

Notarhaftung

- Anderweitige Ersatzmöglichkeit
- Umfang der Rechtskraft
- Sekundäre Darlegungslast
- Maßnahme der Rechtsverfolgung als Schaden
(BGH, Ur. v. 9.6.2022 – III ZR 24/21)

Leitsätze

1. Die Rechtskraft eines Urteils, mit dem die gegen einen Notar gerichtete Amtshaftungsklage wegen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO als derzeit unbegründet abgewiesen wird, umfasst die Gründe des Urteils, soweit in ihnen die übrigen Anspruchsvoraussetzungen positiv festgestellt werden. Ist dies der Fall, kann im Folgeprozess die Amtshaftungsklage nicht mit der Begründung abgewiesen werden, der Anspruch habe bereits im Zeitpunkt der Erstscheidung dem Grunde nach nicht bestanden.
2. Zur sekundären Darlegungslast des Verwalters des Nachlasses eines verstorbenen Notars, der wegen Verletzung von Amtspflichten des Notars aus § 14 Abs. 2 BNotO und § 4 BeurkG in Anspruch genommen wird.
3. Ergreift der durch eine notarielle Amtspflichtverletzung Geschädigte Maßnahmen der Rechtsverfolgung gegen Personen, deren Haftung gegenüber derjenigen des Notars nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO vorrangig ist, sind die Kosten eines gegen solche Personen geführten Rechtsstreits erster Instanz als adäquat-kausal auf der Amtspflichtverletzung beruhender Schaden ersatzfähig, wenn und soweit die Klage rechtlich wie wirtschaftlich begründete Aussicht auf Erfolg bot und sich nicht als Maßnahme darstellt, die dem Geschädigten nicht zumutbar ist und die ein vernünftiger Geschädigter nicht ergreifen würde. Kosten eines Rechtsmittels, das der Geschädigte gegen ein ihm ungünstiges erstinstanzliches Urteil einlegt, sind hingegen regelmäßig nicht ersatzfähig, soweit es zur Interessenwahrung des Geschädigten genügt, mittels einer Streitverkündung gegenüber dem Notar Bindungswirkung für den nachfolgenden Amtshaftungsprozess herzustellen (Bestätigung von Senat, Urteil vom 27. Oktober 1955 - III ZR 82/54, BGHZ 18, 366 [zu § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB]; BGH, Urteil vom 18. April 2002 - IX ZR 72/99, NJW 2002, 2787).

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger nimmt als Rechtsnachfolger der verstorbenen vormaligen Klägerin (künftig: Erblasserin) den Beklagten als Nachlassverwalter über das Vermögen des verstorbenen No-

tars A. N. (künftig: Notar) auf Schadensersatz wegen notarieller Amtspflichtverletzungen im Zusammenhang mit dem Erwerb zweier Eigentumswohnungen in Anspruch.

[2] Am 6. Februar 2006 beurkundete der Notar einen Vertrag, durch den die Sch. und S. D. GmbH (künftig: Zwischenkäuferin) von dem ursprünglichen Eigentümer H. -U. B. 25 Wohnungseigentumsrechte der Wohnungseigentumsanlage K. Straße /S. Straße in B. - zum Preis von insgesamt 270.000 € kaufte. Am 27. Februar 2006 beurkundete er ein auf den Kauf zweier dieser Wohnungseigentumsrechte (Nrn. 65 und 66) für 62.768 € und 60.576 € gerichtetes Angebot der Erblasserin an die R. B. GmbH (künftig: Verkäuferin). Die Angebotsurkunde enthält die Erklärung der Erblasserin, einen dem nachfolgenden Vertragsinhalt ähnlichen Entwurf 14 Tage vor der Beurkundung erhalten zu haben. Die Verkäuferin nahm das Angebot mit von dem Notar beurkundeter Erklärung vom 5. April 2006 an. Mit am 3. März 2006 durch den Notar beurkundeten Vertrag kaufte die Verkäuferin von der Zwischenkäuferin 14 der von dieser zuvor von H. -U. B. gekauften Wohnungen, darunter die beiden von der Erblasserin erworbenen. Die Wohnungen Nrn. 65 und 66 wurden seitens der Zwischenkäuferin zum Preis von 4.900 € und 15.000 € angekauft.

[3] Die Erblasserin nahm zur Finanzierung ein Darlehen der B. B. AG (nachfolgend: Bank) über 117.344 € auf. Aus dem Kaufpreis löste die Verkäuferin Altverbindlichkeiten der Erblasserin bei anderen Darlehensgebern von 25.902,42 € ab. Ab August 2009 bediente die Erblasserin die Darlehensraten nicht mehr. Im Juni 2014 verkaufte sie die beiden Wohnungen zum Preis von jeweils 25.000 €.

[4] In einem Vorprozess nahm die Erblasserin den Notar, die Verkäuferin und ihren Geschäftsführer, die bei der Vertragsanbahnung tätige Vertriebsgesellschaft und deren angeblichen faktischen Vorstand sowie die Bank als Gesamtschuldner auf Schadensersatz in Höhe von 21.401,17 € in Anspruch. Sie warf dem Notar - wie auch im vorliegenden Rechtsstreit - vor, er habe seine Amtspflicht verletzt, weil er nicht geprüft habe, ob ihr der Text des beabsichtigten Rechtsgeschäfts 14 Tage vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt worden sei. Darüber hinaus habe er die Beurkundung nach § 4 BeurkG ablehnen müssen, weil die Verkäuferseite erkennbar unredliche Zwecke verfolgt habe. Die Bank erhob Widerklage auf Rückzahlung des restlichen Darlehens und Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung. In der Berufungsinstanz verurteilte das Kammergericht durch Versäumnis- und Schlussurteil vom 10. März 2016 unter Klageabweisung im Übrigen den Geschäftsführer der Verkäuferin aufgrund Säumnis zur Zahlung von 21.401,17 €. Die Klage gegen den Notar wies es als derzeit unbegründet ab. Auf die Widerklage der Bank verurteilte es die Erblasserin zur Zahlung des nach Abzug des Verkaufserlöses verbleibenden Darlehenssaldos von 67.190,38 €. In den Urteilsgründen

führte es aus, zwar bestehe dem Grunde nach der geltend gemachte Anspruch aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO, weil der Notar seine Amtspflicht aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a.F. fahrlässig verletzt und dadurch den Schaden der Klägerin verursacht habe. Im Hinblick auf die Verurteilung des Geschäftsführers der Verkäuferin scheitere die erfolgreiche Durchsetzung dieses Schadensersatzanspruchs jedoch an seiner aus § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO folgenden Subsidiarität. Das Urteil wurde im Verhältnis zwischen der Erblasserin und dem Notar rechtskräftig. Auf den Einspruch des Geschäftsführers der Verkäuferin hob das Kammergericht dessen Verurteilung auf und wies die Klage auch insoweit ab. Die gesamten Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der Säumniskosten wurden der Erblasserin auferlegt.

[5] Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Erblasserin den Beklagten auf Freistellung von der Forderung der Bank über 67.190,38 € und von den Kosten des Vorprozesses sowie auf Zahlung von 21.401,17 € in Anspruch genommen; dieser Betrag entspreche den von ihr auf das Darlehen geleisteten Zahlungen.

[6] Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 21.401,17 € nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das Kammergericht hat die Berufung der Erblasserin zurückgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten hat es das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger die Klage in vollem Umfang weiter.

Aus den Gründen:

[7] Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückweisung der Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts. Im Übrigen führt die Revision zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

[8] Das Berufungsgericht hat ausgeführt, ein Anspruch der Erblasserin gegen den Notar aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO sei nicht hinreichend dargetan und unter Beweis gestellt. Eine Verletzung notarieller Amtspflichten aus § 14 Abs. 2 BNotO sei nicht feststellbar. Dies setze voraus, dass der Notar Kenntnis von Umständen gehabt habe, die ihn zur Versagung seiner Amtstätigkeit verpflichtet hätten. Der Beklagte habe die Kenntnis des Notars von einer sittenwidrigen Kaufpreisüberhöhung zulässig mit Nichtwissen bestritten. Als Nachlassverwalter obliege ihm keine sekundäre Darlegungslast, weil er außerhalb des erheblichen Geschehensablaufs stehe. Die Rechtsprechung, nach der die beweisrechtliche Position des Erblassers auf den Erben übergehe, könne auf den Nachlassverwalter nicht übertragen werden.

[9] Dass dem Notar die erheblichen Kaufpreissteigerungen, die für ihn Anhaltspunkt für die mögliche Unredlichkeit des Geschäfts hätten sein können, bekannt gewesen seien, habe die Erblasserin nicht konkret unter Beweis gestellt. Auf seine Kenntnis könne auch nicht auf Grund der vorgetragenen Umstände geschlossen werden. Voraussetzung sei, dass der Notar bei der Beurkundung des Angebots der Erblasserin die Kaufpreise aus An- und Verkauf auch tatsächlich gekannt habe, so dass er sie hätte vergleichen und als sittenwidrig hätte würdigen können. Dies lasse sich nicht feststellen. Dagegen spreche, dass sich für den Notar ein Zusammenhang zwischen dem Kaufvertrag zwischen Herrn B. und der Zwischenkäuferin vom 6. Februar 2006 über insgesamt 25 Wohnungen und dem Angebot der Erblasserin vom 27. Februar 2006 an die Verkäuferin über zwei Wohnungen nicht habe erschließen müssen. Das verbindende Glied zwischen den beiden Beurkundungen habe sich erst ergeben, als die Verkäuferin am 3. März 2006 vor dem Notar einen Kaufvertrag mit der Zwischenkäuferin über den Erwerb von 14 Wohnungen geschlossen habe. Auch der Zeitablauf von drei Wochen spreche dafür, dass sich der Notar an einzelne Kaufpreise aus früheren Beurkundungen nicht konkret habe erinnern müssen.

[10] Eine von der Erblasserin behauptete Einbindung des Notars in das gesamte Immobiliengeschäft, auf Grund deren ihm hätte auffallen müssen, dass die Wohnungen mit sittenwidrigen Kaufpreisdifferenzen verkauft und mit den Geschäften deshalb unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt würden, habe der Beklagte bestritten und sei nicht bewiesen. Auch wenn der Notar bezüglich der am 6. Februar 2006 verkauften Eigentumswohnungen zahlreiche Beurkundungen vorgenommen habe, folge daraus nicht, dass er bereits am 27. Februar 2006 umfassend mit dem gesamten Immobiliengeschäft, das sich erst in der Anfangsphase befunden habe, befasst gewesen sei. Ein Zusammenhang der einzelnen Beurkundungen habe sich ihm zu diesem Zeitpunkt noch nicht aufdrängen müssen. Da das Vorbringen der Erblasserin zu den einzelnen notariellen Tätigkeiten als wahr unterstellt werden könne, sei ihren diesbezüglichen Beweisangeboten nicht nachzugehen. Auch überzeuge ihre Annahme nicht, konkrete Verdachtsgründe hätten sich für den Notar spätestens am 10. Februar 2006 daraus ergeben, dass bei einem Vergleich der Kaufpreise aus dem Ankauf durch die Zwischenkäuferin am 6. Februar 2006 und den Angeboten der Verbraucher (darunter des Käufers L.) vom 10. Februar 2006 sittenwidrige Kaufpreisüberhöhungen festzustellen gewesen seien. Der Zusammenhang zwischen dem Ankauf durch die Zwischenkäuferin und dem Verkauf durch die Verkäuferin habe sich auch hier erst aus der Beurkundung des Erwerbs von 14 Wohnungen aus den von der Zwischenkäuferin erworbenen Wohnungen am 3. März 2006 ergeben.

[11] Der Notar habe zwar seine Hinwirkungspflicht aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a.F. verletzt, indem er sich nicht

vergewissert habe, ob die Erblasserin rechtzeitig vor der Beurkundung den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts erhalten habe. Jedoch sei die Kausalität der Amtspflichtverletzung nicht festzustellen, weil die Erblasserin nicht vorgetragen habe, wie sie sich auf eine konkrete Nachfrage des Notars verhalten hätte. Für ihre Behauptung, den Vertragstext nicht vorab erhalten zu haben, habe sie keinen Beweis angetreten.

[12] Soweit die Erblasserin erstmals in zweiter Instanz geltend mache, der Notar habe die Annahme des Angebotes, die Auflassung oder auch die Grundschuldbestellung wegen Erkenntnissen über die Unredlichkeit des Geschäftes versagen müssen, leite sie ihren Schaden aus anderen Pflichtverletzungen des Notars her, die bislang nicht streitgegenständlich gewesen seien. Sie habe trotz Hinweises in der mündlichen Verhandlung vom 24. September 2019 ihre Klage insoweit nicht erweitert.

[13] Schließlich habe die Erblasserin ihren Schaden nicht ausreichend dargetan, weil sie weder die behaupteten Beträge nachvollziehbar aus dem konkreten Geschehensablauf abgeleitet noch zu ihren Mieteinnahmen schlüssig vorgetragen habe. Als Vorteil sei die Ablösung von Altverbindlichkeiten in Höhe von 25.902,04 € anzurechnen. Ob ihr nach Abzug der Vorteile ein Schaden verblieben sei, könne nicht festgestellt werden.

[14] Die Bindungswirkung des Urteils vom 10. März 2016 aus dem Vorprozess stehe der Klageabweisung nicht entgegen. Die Rechtskraft eines Urteils, durch das die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen worden sei, beschränke sich auf den Entscheidungssatz und mithin darauf, dass der Kläger bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung im Vorprozess keinen zur Zahlung fälligen Anspruch gehabt habe. Sie erstrecke sich nicht auf die weiteren Anspruchsvoraussetzungen wie Amtspflichtverletzung, Kausalität und Schaden; denn diese seien nicht Gegenstand des Tenors, und die Urteilsgründe erwachsen nicht in Rechtskraft.

II.

[15] Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in mehreren Punkten nicht stand.

[16] 1. Die Klage ist in Höhe des vom Landgericht zuerkannten Betrages von 21.407,17 € begründet. Dementsprechend war die gegen das Urteil des Landgerichts gerichtete Berufung des Beklagten zurückzuweisen.

[17] Das Berufungsgericht hat den Umfang der Rechtskraft des Urteils vom 10. März 2016 verkannt. Da die auf Zahlung von 21.407,17 € gerichtete Klage im Vorprozess nur wegen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO als derzeit unbegründet abgewiesen und zugleich die

übrigen Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO wegen Verletzung der Amtspflicht aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in der bis zum 30. September 2013 geltenden Fassung vom 23. Juli 2002 (BGBl. I S. 2850, 2859; künftig: a.F.) bejaht worden sind (S. 26 - 29 des Urteils vom 10. März 2016), steht rechtskräftig fest, dass zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Vorprozess die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt waren. Da inzwischen infolge der Aufhebung der Verurteilung des Geschäftsführers der Verkäuferin auch feststeht, dass keine anderweitige Ersatzmöglichkeit nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO besteht, ist die Klage in vorstehendem Umfang begründet.

[18] a) Ob die Rechtskraft eines die Klage als derzeit unbegründet abweisenden Urteils die Feststellung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen umfasst, so dass im Folgeprozess die Klage nicht mit der Begründung abgewiesen werden kann, der Anspruch habe bereits im Zeitpunkt der Erstentscheidung dem Grunde nach nicht bestanden, ist **umstritten**.

[19] aa) Das Oberlandesgericht Düsseldorf sowie ein **Teil des Schrifttums** bejahen diese Frage (OLG Düsseldorf, OLGR 1993, 139 f; Grunsky, ZJP 76 [1963], 165, 170, 177; Heinrich, BauR 1999, 17, 18, 21; MüKo-ZPO/Gottwald, 6. Aufl., § 322 Rn. 156; Stein/Jonas/Althammer, ZPO, 23. Aufl., § 322 Rn. 249 f; Zöller/Vollkommer, ZPO, 34. Aufl., vor § 322 Rn. 58). **Dem Zweitergericht stehe allein die Entscheidung darüber zu, ob die im ersten Prozess noch fehlenden Voraussetzungen der Begründetheit des Anspruchs inzwischen gegeben seien.** Dies folge aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der die Abweisung der Klage als derzeit unbegründet einen zugunsten des Klägers anderen Rechtskraftumfang habe als eine endgültige Klageabweisung (Heinrich aaO S. 18; vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1988 - VII ZR 372/86, BGHZ 104, 212, 214 f). Durch die Abweisung nur als derzeit unbegründet habe der Kläger eine Rechtsposition erlangt, die ihm nicht durch eine Veränderung des Rechtskraftumfangs des Ersturteils in einem zweiten Prozess wieder genommen werden könne (Heinrich aaO S. 18 f). Dieses Ergebnis folge auch aus dem Prinzip der Waffengleichheit. Da sich der Beklagte auf die ihm günstigen Urteilelemente berufen könne, dürfe dem Kläger dies nicht versagt werden (OLG Düsseldorf aaO S. 140; Grunsky aaO S. 170; Stein/Jonas/Althammer aaO Rn. 249). Auch wenn die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen werde, treffe das Gericht, indem es einzelne Tatbestandsmerkmale bejahe, insoweit eine Entscheidung über den durch die Klage erhobenen Anspruch im Sinne von § 322 Abs. 1 ZPO, die Teil des für die Rechtskraft maßgeblichen Entscheidungssatzes sei (OLG Düsseldorf aaO S. 139 f).

[20] bb) Andere Stimmen in der Literatur lehnen eine Bindungswirkung des Ersturteils bezüglich anderer Tatbestandsmerkmale als desjenigen, dessentwegen die Klage als derzeit

unbegründet abgewiesen worden ist, ab (Baumann, AcP 169 [1969], 317, 343 f; Blomeyer in FS Lent, 1957, S. 43, 79 f; Brox, ZJP 81 [1968], 379, 389 Fn. 41; Deckers, BauR 1999, 987, 989; Kappel, Die Klageabweisung "zur Zeit", 1999, S. 53 f; Musielak in Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl., § 322 Rn. 51; Wiczołek/Schütze/Büscher, ZPO, 4. Aufl., § 322 Rn. 125). Die Entscheidung beruhe nur auf dem Abweisungsgrund als solchem. Soweit in den Entscheidungsgründen das Vorliegen anderer Merkmale bejaht werde, sei dies für die Klageabweisung nicht tragend (Baumann aaO S. 344; Kappel aaO). Auch wenn die Abweisung als derzeit unbegründet voraussetze, dass alle anderen Tatbestandsmerkmale, bei deren Fehlen die Klage endgültig unbegründet sei, geprüft und bejaht worden seien, fänden sich diese Erwägungen nur in den Urteilsgründen und seien daher der Rechtskraft nicht fähig (Deckers aaO S. 989 f).

[21] b) Der Senat schließt sich der **erstgenannten Auffassung** an.

[22] aa) Nach § 322 Abs. 1 ZPO reicht die **Rechtskraft eines Urteils** so weit, **als über den erhobenen (prozessualen) Anspruch entschieden ist**. Sie beschränkt sich auf den unmittelbaren Gegenstand des Urteils, das heißt auf die Rechtsfolge, die auf eine Klage oder Widerklage aufgrund eines bestimmten Sachverhalts bei Schluss der mündlichen Verhandlung den Entscheidungssatz bildet (Senat, Urteile vom 17. Februar 1983 - III ZR 184/81, NJW 1983, 2032 und vom 24. Juni 1993 - III ZR 43/92, NJW 1993, 3204, 3205; BGH, Beschluss vom 22. September 2016 - V ZR 4/16, NJW 2017, 893 Rn. 13 mwN). Einzelne Urteilelemente, tatsächliche Feststellungen und rechtliche Folgerungen, auf denen die getroffene Entscheidung aufbaut, werden von der Rechtskraft nicht erfasst (Senat, Urteil vom 17. Februar 1983 aaO; BGH, Urteil vom 5. November 2009 - IX ZR 239/07, BGHZ 183, 77 Rn. 9 und Beschluss vom 22. September 2016 aaO; jew. mwN). Der Inhalt des Urteils und damit der Umfang der Rechtskraft sind der Entscheidung indes im Ganzen zu entnehmen. Auszugehen ist von der Urteilsformel, die aber oft, so regelmäßig bei klageabweisenden Urteilen, nicht erkennen lässt, worüber entschieden ist. Sofern die Urteilsformel allein nicht ausreicht, um den Rechtskraftgehalt der Entscheidung zu erfassen, sind Tatbestand und Entscheidungsgründe, erforderlichenfalls auch das Parteivorbringen, ergänzend heranzuziehen (Senat, Urteile vom 17. Februar 1983 aaO mwN und vom 24. Juni 1993 aaO; BGH, Urteil vom 1. Juli 1986 - VI ZR 120/85, NJW 1987, 371 mwN). Wird eine Zahlungsklage wegen fehlender Fälligkeit als derzeit unbegründet abgewiesen, erwächst in materielle Rechtskraft, dass bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung im Vorprozess der Kläger gegen den Beklagten keinen zur Zahlung fälligen Anspruch hatte.

[23] bb) Aus der Rechtsprechung des Senats folgt aber weiter, dass die Rechtskraft eines Urteils, das eine auf § 839 Abs. 1

Satz 1 BGB gestützte Klage nur wegen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB) abweist, sich auch darauf erstreckt, dass im Übrigen die Voraussetzungen des Amtshaftungsanspruchs erfüllt sind, wenn und soweit diese in den Entscheidungsgründen bejaht wurden.

[24] Eine auf § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB beruhende Klageabweisung ist nur zulässig, wenn das Gericht - wie hier im Vorprozess geschehen - die übrigen Tatbestandsmerkmale des Amtshaftungsanspruchs geprüft und für gegeben erachtet hat (Senat, Urteil vom 7. September 2017 - III ZR 618/16, BGHZ 215, 344 Rn. 23 mwN). **Daraus folgt, dass die Feststellungen zu den Tatbestandsmerkmalen, bei deren Fehlen die Klage als endgültig unbegründet abzuweisen ist, vorrangig zu treffen sind, bevor die Klage als nur derzeit unbegründet abgewiesen wird** (Senat aaO). Dem entspricht, dass ein Beklagter durch ein Urteil beschwert ist, wenn er die endgültige Klageabweisung erstrebt, der Klageanspruch jedoch nur als derzeit unbegründet abgewiesen wird. Er kann daher mit einem Rechtsmittel einen weitergehenden, für ihn günstigeren Prozessserfolg - die endgültige Klageabweisung - anstreben. Wenn seine Rügen bezüglich der sonstigen Haftungsvoraussetzungen erheblich sind, sind die bislang insoweit fehlenden Feststellungen nachzuholen (vgl. BGH, Urteil vom 23. August 2006 - XII ZR 26/04, NJW 2006, 3561 Rn. 18 ff).

[25] Ist damit Voraussetzung und - wie hier im Vorprozess - tragender Grund für eine auf das negative Tatbestandsmerkmal des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB gestützte Klageabweisung als derzeit unbegründet, dass die übrigen Voraussetzungen des Amtshaftungsanspruchs erfüllt sind, ist es im Umkehrschluss folgerichtig, dass das Vorliegen dieser Tatbestandsmerkmale Teil des in Rechtskraft erwachsenden Entscheidungssatzes ist.

[26] Diese für den Amtshaftungsanspruch nach § 839 Abs. 1 BGB entwickelten Grundsätze sind auf den Anspruch aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO und dessen durch § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO angeordnete Subsidiarität bei Vorliegen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit zu übertragen.

[27] 2. Auch hinsichtlich des auf Befreiung von Forderungen der Bank und von den Kosten des Vorprozesses gerichteten weitergehenden Anspruchs, der nicht Gegenstand des Vorprozesses war und daher nicht von der Rechtskraftwirkung des Urteils vom 10. März 2016 erfasst ist, kann ein Anspruch aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO wegen Verletzung der Hinwirkungspflicht aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a.F. nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung verneint werden.

[28] a) Das Berufungsgericht hat unzutreffend angenommen, die Erblasserin habe ihre Behauptung, sie habe vor dem Beurkundungstermin keinen Vertragstext ausgehändigt bekommen, nicht unter Beweis gestellt. Vielmehr hat sie sich für dieses zunächst beweisantrittslos im Schriftsatz vom 2. Juni 2017 erfolgte Vorbringen mit Schriftsatz vom 4. Juli 2017 auf das Zeugnis von F. F. und M. L. berufen. Das Berufungsgericht hätte, da es für seine Entscheidung auf dieses Klägervorbringen ankam, die angebotenen Beweise erheben müssen.

[29] b) Der Rechtsfehler ist entscheidungserheblich. Auf der Grundlage des unter Beweis gestellten Klägervorbringens hat der Notar gegen die **Hinwirkungspflicht aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a.F.** verstoßen.

[30] aa) Nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a.F. soll der Notar bei Verbraucherverträgen darauf hinwirken, dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen; bei Verbraucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BGB unterliegen, geschieht dies in der Regel dadurch, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen zuvor zur Verfügung gestellt wird. Diese Hinwirkungspflicht ist keine bloße Hinweis- oder Belehrungspflicht, sondern geht darüber hinaus. Sie gebietet dem gemäß § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG zur Fürsorge für unerfahrene und ungewandte Beteiligte verpflichteten und für die Verfahrensgestaltung persönlich verantwortlichen Notar, sich wirkungsvoll für eine Einhaltung des im Interesse des Übereilungsschutzes vom Gesetz vorgesehenen Verfahrens einzusetzen (BGH, Beschluss vom 28. August 2019 - NotSt (Brfg) 1/18, WM 2020, 600 Rn. 63 mwN, insoweit in BGHZ 223, 335 nicht abgedruckt; vgl. Senat, Urteil vom 23. August 2018 - III ZR 506/16, WM 2019, 557 Rn. 15 f).

[31] Zwar war der Notar nach der hier anwendbaren Fassung der Vorschrift nicht verpflichtet, dem Verbraucher den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts selbst zu übersenden. Es reichte aus, wenn der Verkäufer oder Vermittler dem Verbraucher den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts rechtzeitig zur Verfügung gestellt hatte (BGH aaO Rn. 64 mwN). **Aber jedenfalls bei Gestaltungen, bei denen Missverständnisse oder Fehler des Verbrauchers in Bezug auf die übergebenen Unterlagen oder auch ein Missbrauch des Beurkundungsverfahrens nahelagen, erfüllte der Notar die ihm obliegende Hinwirkungspflicht nicht, wenn er sich lediglich auf von ihm vorformulierte formelhafte Bestätigungen des Verbrauchers zur Einhaltung der Regelfrist verließ, ohne sich selbst wirkungsvoll davon zu überzeugen, dass der Verbraucher die erforderlichen Unterlagen erhalten hatte** (BGH aaO Rn. 65 mwN). Daher genügte es nicht, wenn der Notar den Verbraucher bei der Beurkundung befragte, ob er rechtzeitig einen Entwurf erhalten habe, und die Antwort in der Urkunde vermerkte (BGH aaO Rn. 66). Denn

andernfalls wäre der Grundsatz unterlaufen worden, dass die Einhaltung der Zweiwochenfrist nicht zur Disposition der Beteiligten steht (Senat, Urteile vom 7. Februar 2013 - III ZR 121/12, BGHZ 196, 166 Rn. 20 mwN und vom 25. Juni 2015 - III ZR 292/14, BGHZ 206, 112 Rn. 13). Vielmehr hatte der Notar zu überprüfen, ob der Verbraucher tatsächlich unter Wahrung der Zweiwochenfrist einen Vertragstext erhalten hatte, der mit dem zu beurkundenden Vertragsentwurf im Wesentlichen übereinstimmte (BGH, Beschluss vom 28. August 2019 aaO; Armbrüster in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG und DNot, 6. Aufl. 2013, § 17 BeurkG Rn. 219; Grziwotz in Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl., § 17 Rn. 82; Staudinger/Hertel, BGB, Neubearbeitung 2012, Vorbem. zu §§ 127a, 128 (BeurkG), Rn. 527; Bohrer, DNotZ 2002, 579, 589).

[32] bb) Nach diesen Maßstäben hat der Notar der Hinwirkungspflicht aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a.F. nicht genügt. **Er hätte sich mit dem Passus in der Angebotsurkunde, die Erblasserin habe einen ähnlichen Entwurf 14 Tage vor der Beurkundung erhalten, nicht begnügen dürfen, ohne die Richtigkeit dieser Erklärung zu überprüfen.** Hierfür hätte er zunächst hinterfragen müssen, ob die Erblasserin überhaupt 14 Tage vor der Beurkundung einen Text des Kaufvertragsangebots erhalten hatte. Das hätte indes für sich noch nicht ausgereicht. Denn die unpräzise und damit erkennbar zur Verschleierung einer Verletzung der Wartefrist geeignete Formulierung, die Erblasserin habe einen "ähnlichen" Entwurf erhalten, hätte dem Notar Anlass geben müssen, zu überprüfen, ob der ähnliche Entwurf den rechtlichen Anforderungen an den Text des beabsichtigten Rechtsgeschäfts im Sinne von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a.F. entsprach. Dafür genügte eine einfache Erklärung der Erblasserin nicht. Gerade im Strukturvertrieb von Eigentumswohnungen, bei dem der Notar nicht unbesehen von der uneingeschränkten Seriosität des Vertriebs ausgehen kann, ist in Rechnung zu stellen, dass Verbraucher möglicherweise zu falschen Angaben gegenüber dem Notar bewegt werden, um einen vermeintlich in ihrem Interesse liegenden Vertragsschluss zu erreichen (vgl. Rieger, MittBayNot 2002, 325, 333). Überdies ist der juristische Laie in der Regel nicht in der Lage zu beurteilen, ob zwei Vertragswerke "ähnlich" im erforderlichen Sinne sind, dass sie im Wesentlichen inhaltlich übereinstimmen. Der Notar hätte sich daher auf andere Weise von der weitgehenden Übereinstimmung des (angeblich) vorab zur Verfügung gestellten Entwurfs mit dem beurkundeten Angebot überzeugen müssen (vgl. BGH, Beschluss vom 28. August 2019 aaO Rn. 66). Dass die Erblasserin - die Richtigkeit ihres Vorbringens unterstellt - tatsächlich überhaupt keinen Entwurf vorab erhalten hatte, hätte der Notar auf diese Weise festgestellt, so dass, wie auch das Berufungsgericht nicht verkannt hat, die Beurkundung abbrechen gewesen wäre.

[33] cc) Die somit auf der Grundlage des Vortrags der Erblasserin anzunehmende Amtspflichtverletzung ist für ihren Schaden kausal geworden. **Nach der Rechtsprechung des Senats bewirkt bereits die Beurkundung einer Vertragserklärung unter Missachtung der Wartefrist den in dem für den beteiligten Verbraucher (Käufer) nachteiligen Vertrag liegenden Schaden** (Senat, Urteile vom 25. Juni 2015 aaO Rn. 21; vom 28. Mai 2020 - III ZR 58/19, WM 2020, 1247 Rn. 33, insoweit in BGHZ 226, 39 nicht abgedruckt, und vom 22. April 2021 - III ZR 164/19, WM 2021, 1561 Rn. 10). Nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Vorbringen der Erblasserin scheidet der Anspruch auch nicht an dem vom Beklagten erhobenen Einwand **rechtmäßigen Alternativverhaltens**. Der Beklagte hat behauptet, die Erblasserin hätte die Wohnungen, um in den Genuss der Ablösung ihrer Altverbindlichkeiten zu kommen, auch bei Einhaltung der Wartefrist in jedem Fall gekauft. Die Erblasserin hat darauf erwidert, sie hätte den Vertrag bei Einhaltung der Wartefrist nicht geschlossen; die Ablösung der Altverbindlichkeiten sei erst nach Beurkundung ihres Angebots thematisiert worden. Maßnahmen zur Rückgängigmachung des Vertrags habe sie nicht ergriffen, weil sie davon ausgegangen sei, vertraglich gebunden zu sein. Damit hat sie der ihr obliegenden sekundären Darlegungslast (vgl. Senat, Urteile vom 28. Mai 2020 aaO und vom 22. April 2021 aaO) genügt.

[34] 3. Ein Anspruch aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO wegen Verletzung notarieller Amtspflichten aus § 14 Abs. 2 BNotO und § 4 BeurkG kann ebenfalls nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung verneint werden. Seine Annahme, die Erblasserin habe die Kenntnis des Notars von der Sittenwidrigkeit des Geschäfts nahelegenden Kaufpreissteigerungen und seine umfassende Einbindung in das gesamte Immobiliengeschäft nicht bewiesen, ist rechtsfehlerhaft. Denn dieses Vorbringen ist bislang nicht beweisbedürftig, weil der Beklagte es nicht ausreichend bestritten hat.

[35] a) Dem Beklagten obliegt es, im Rahmen **sekundärer Darlegungslast** - jedenfalls, soweit ihm dies möglich ist - zur Kenntnis des Notars und zu dessen Einbindung in das Immobiliengeschäft vorzutragen.

[36] aa) Die Darlegungs- und Beweislast für diese Umstände trägt im Ausgangspunkt zwar die Erblasserin, weil sie aus ihnen die ihren Anspruch begründende Amtspflichtverletzung herleitet. **Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gebietet jedoch der Grundsatz von Treu und Glauben eine sekundäre Darlegungslast des Gegners, wenn die darlegungs- und beweisbelastete Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine Kenntnisse von den maßgeblichen Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner angesichts des unterschiedlichen Informationsstands beider Parteien zumutbar nähere Angaben machen kann** (z.B. Senat, Urteile vom 19. Mai 2016 - III ZR 274/15,

NJW-RR 2016, 842 Rn. 40 mwN und vom 28. Mai 2020 aaO Rn. 33). Eine sekundäre Darlegungslast des Notars nach diesen Grundsätzen ist für die **in seiner Sphäre liegenden Umstände** anzunehmen, die für seine Kenntnis von einer die Sittenwidrigkeit des Geschäfts nahelegenden Kaufpreissteigerung relevant sind (vgl. Senat, Urteil vom 5. Dezember 2019 - III ZR 112/18, WM 2020, 659 Rn. 29).

[37] bb) Aufgrund der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 1922 BGB übernimmt der Erbe die Ansprüche einschließlich der Regelung zur Darlegungs- und Beweislast, die sich daraus für den Erblasser ergeben hätte, wenn der Anspruch noch unmittelbar ihm gegenüber erhoben worden wäre (BGH, Beschlüsse vom 16. Juni 1993 - IV ZR 246/92, juris Rn. 2 und vom 28. Februar 2019 - IV ZR 153/18, ZEV 2019, 261 Rn. 11 mwN; OLG Köln, Beschluss vom 29. Juni 2017 - 16 U 106/16, juris Rn. 23; Staudinger/Kunz (2017), BGB, § 1922 Rn. 655; MüKoBGB/Küpper, 8. Aufl., § 1967 Rn. 9).

[38] cc) **Die Darlegungslast des Erben gilt auch für den Nachlassverwalter.** Dieser ist zwar nicht gesetzlicher Vertreter des Erben, sondern amtlich bestelltes Organ zur Verwaltung einer fremden Vermögensmasse mit eigener Parteistellung (RGZ 135, 305, 307; MüKoBGB/Küpper, 8. Aufl., § 1985 Rn. 2 mwN). **Seine darlegungs- und beweisrechtliche Position stimmt jedoch mit derjenigen des Erben überein.** Das folgt aus dem Zweck der Nachlassverwaltung. Letztere ermöglicht es dem Erben, seine Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten auf den Nachlass zu beschränken (MüKoBGB/Küpper aaO § 1975 Rn. 2), und schützt ihn davor, sich auf einen Nachlassrechtsstreit einlassen und die Kosten hierfür aufbringen zu müssen (Lohmann in BeckOK BGB, § 1984 Rn. 6 [Stand: 1. Februar 2022]). Zugleich dient sie, wie sich bereits aus dem Wortlaut des § 1975 BGB ergibt, den Interessen der Nachlassgläubiger, auf deren Befriedigung sie gerichtet ist (MüKoBGB/Küpper aaO; Staudinger/Dobler, BGB, Neubearbeitung 2020, § 1975 Rn. 18). Ihren Zweck erreicht die Nachlassverwaltung durch die Absonderung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben und die Übertragung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlass auf den Nachlassverwalter (§ 1984 BGB). Eine Änderung der Darlegungs- und Beweislast hat dies nicht zur Folge. Im Gegenteil wäre die Durchsetzung von Nachlassverbindlichkeiten für die Nachlassgläubiger in einer mit dem Zweck der Nachlassverwaltung nicht zu vereinbarenden Weise erschwert, wenn dem Nachlassverwalter nicht dieselbe Darlegungslast obläge wie dem Erben. Auch wäre es nicht durch die Zwecke der Nachlassverwaltung gerechtfertigt, wenn der Erbe sein Antragsrecht (§ 1981 Abs. 1 BGB) dazu instrumentalisieren könnte, die ihm obliegende Darlegungslast zu umgehen und damit die Durchsetzung von Nachlassverbindlichkeiten gezielt zu erschweren.

[39] b) aa) Vorliegend kann dahinstehen, ob den Erben - und damit den Beklagten als Nachlassverwalter - eine sekundäre Darlegungslast in demselben Umfang trifft, in dem sie dem Erblasser oblegen hätte (so für den Erben BGH, Beschluss vom 28. Februar 2019 aaO). Denn den Beklagten trifft - worauf die Revision zu Recht hinweist - jedenfalls die prozessuale Pflicht, sich hinsichtlich der von der Erblasserin behaupteten Umstände betreffend die Kenntnis des Notars von die Sittenwidrigkeit des Geschäfts nahelegenden Kaufpreissteigerungen und betreffend die umfassende Einbindung des Notars in das gesamte Immobiliengeschäft - soweit möglich - kundig zu machen (vgl. OLG Köln aaO) und zu dem Ergebnis seiner Nachforschungen vorzutragen. **Gegenstand dieser Nachforschungen sind vor allem die ihm zugänglichen Unterlagen des Erblassers** (zur Aufgabe des Nachlassverwalters, die Unterlagen des Erblassers zu sichten und durchzuarbeiten vgl. Lohmann in BeckOK BGB, § 1985 Rn. 5 [Stand: 1. Februar 2022]). Ein pauschales Bestreiten ist dem Beklagten vor diesem Hintergrund verwehrt und prozessual unbeachtlich.

[40] bb) Dieser Darlegungslast hat der Beklagte nicht genügt. Er hat geltend gemacht, der Preis, zu dem die Erblasserin die Wohnungen gekauft habe, sei nicht sittenwidrig überhöht und vom Notar nicht zu hinterfragen gewesen (Schriftsatz vom 20. Juli 2017, S. 2). Den Vortrag der Erblasserin zu dessen Kenntnis hat er als unsubstantiiert gerügt und vorsorglich bestritten (Schriftsatz vom 27. Juni 2018, S. 2). Er hat jedoch nicht - wie erforderlich - dargelegt, welche Nachforschungen er in Bezug auf die Einbindung des Notars in das Immobiliengeschäft und dessen Kenntnis von den Kaufpreissteigerungen unternommen hat und welche Erkenntnisse sich hieraus ergeben haben. So hat er insbesondere nicht hinreichend vorgetragen, in welche - ihm zur Verfügung stehenden oder für ihn einsehbaren - Unterlagen des Notars er Einsicht genommen hat und was sich hieraus hinsichtlich der Kenntnis des Notars von den Kaufpreissteigerungen schon zum Zeitpunkt der Beurkundung des Kaufvertrages zwischen der Erblasserin und der Verkäuferin ergibt. Soweit die Revisionserwiderung in diesem Zusammenhang auf den erstinstanzlichen Vortrag des Beklagten in seinen Schriftsätzen vom 29. Mai 2017 (S. 5) und 20. Juli 2017 (S. 2) verweist, wonach er über keine Abrechnungsunterlagen des verstorbenen Notars aus dem Jahr 2006 und keine Unterlagen verfüge, um den Vortrag der Erblasserin über die mehrfache Veräußerung von Häusern oder Wohnungen nachvollziehen zu können, genügt dies der vorgenannten Darlegungspflicht des Beklagten nicht. Insbesondere ergibt sich daraus nicht, welche Nachforschungen der Beklagte angestellt hat, um sich hinsichtlich der von der Erblasserin behaupteten Umstände betreffend die Kenntnis des Notars von die Sittenwidrigkeit des Geschäfts nahelegenden Kaufpreissteigerungen und betreffend die umfassende Einbindung des Notars in das gesamte Immobiliengeschäft kundig zu machen, welche konkret bezeichneten Unterlagen des Erblassers ihm

zur Verfügung stehen und welche Anstrengungen er unternommen hat, um Einsicht in ihm nicht zur Verfügung stehende Unterlagen zu erhalten.

[41] 4. Die Klageabweisung kann schließlich, soweit sie nicht bereits aus den vorstehend unter Nummer 1 dargelegten Gründen in Höhe eines Betrages von 21.407,17 € rechtsfehlerhaft erfolgt ist, nicht mit der Begründung Bestand haben, die Erblasserin habe ihren Schaden nicht nachvollziehbar dargelegt.

[42] a) Hinsichtlich des Anspruchs auf Zahlung von 21.401,17 € aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO wegen Verletzung der Hinwirkungspflicht nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a.F. ergibt sich dies bereits aus dem Urteil vom 10. März 2016. Letzteres enthält die Feststellung, dass der "geltend gemachte Schadensersatzanspruch" besteht. Geltend gemacht hatte die Erblasserin den die behaupteten Zahlungen auf das Darlehen betreffenden Anspruch in Höhe von 21.401,17 €. Das Urteil umfasst daher die Feststellung, dass der Erblasserin ein Schaden zumindest in dieser Höhe entstanden ist. Soweit darin ausgeführt wird, der Erblasserin stehe gegen den Beklagten dem Grunde nach ein Anspruch aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO zu, ist dies nicht im Sinne einer fehlenden Entscheidung über die Anspruchshöhe zu verstehen. Es handelt sich vielmehr, wie auch die Gliederung der Urteilsgründe erkennen lässt, allein um eine Abgrenzung zu der noch nicht feststellbaren fehlenden anderweitigen Ersatzmöglichkeit nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO. Damit steht rechtskräftig fest, dass der im Vorprozess geltend gemachte Anspruch der Erblasserin von 21.407,17 € nicht nur dem Grunde nach, sondern auch der Höhe nach besteht.

[43] b) Auf der Grundlage des revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachvortrags der Erblasserin ist dieser ein weiterer Schaden durch Belastung mit Verbindlichkeiten gegenüber der Bank entstanden, von denen sie, sofern ein Schadensersatzanspruch dem Grunde nach besteht, Befreiung verlangen kann. Der Befreiungsanspruch ist um der Erblasserin erwachsene Vorteile zu mindern. Diese führen jedoch nicht zu einem gänzlichen Wegfall des Schadens.

[44] aa) Die Erblasserin hat unter Bezugnahme auf das im Vorprozess ergangene Berufungsurteil vom 10. März 2016 vorgebracht, dass sie einer Rückzahlungsforderung der Bank in Höhe von 67.190,38 € nebst Zinsen ausgesetzt sei und diese noch nicht zurückgeführt habe (Schriftsätze vom 15. Dezember 2016, S. 5, und vom 5. Februar 2020, S. 9). Damit hat sie hinsichtlich dieses Betrages - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts und der Revisionserwiderung - ihrer Substantiierungspflicht genügt.

[45] Die vorgenannte Summe, zu deren Zahlung die Erblasserin im Vorprozess auf die Widerklage der Bank durch das Kammergericht verurteilt worden ist, ergibt sich aus den 117.190,38 €, zu deren Zahlung die Erblasserin im Vorprozess durch das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Berlin vom 11. Januar 2012 verurteilt worden war, abzüglich einer zwischenzeitlich (nach dem Verkauf der Wohnungen) erfolgten Zahlung von 50.000 € auf den Darlehensrückzahlungsanspruch (Urteil des Kammergerichts vom 10. März 2016, S. 25). Der Betrag von 117.190,38 € beruht auf dem von der Bank als Beklagte zu 6 des Vorprozesses in ihrem Schreiben vom 9. Februar 2010 (Bd. I Bl. 98 der Akten des Vorprozesses; in Bezug genommen im erstinstanzlichen Urteil des Vorprozesses [S. 6]) genannten Rückforderungsbetrag von 129.954,04 €, den sie im Vorprozess mit Schriftsatz vom 15. September 2011 (S. 26 f) im Einzelnen erläutert hat (Bd. I Bl. 86 f der Akten des Vorprozesses: Restschuld per 9. Februar 2010 zzgl. Zahlungsrückstand per 9. Februar 2010, Zinsen vom 1. bis zum 9. Februar 2010 und Vorfälligkeitsentschädigung) und hinsichtlich dessen das Landgericht Berlin im Vorprozess lediglich einen Anspruch auf die Vorfälligkeitsentschädigung von 12.763,66 € nicht für begründet erachtet hat (S. 20 des Urteils vom 11. Januar 2012). Angesichts dieser auch dem - am Vorprozess beteiligten - Beklagten bekannten Angaben und Berechnungsgrundlagen war von der Erblasserin weiterer Vortrag zur Substantiierung des Betrages von 67.190,38 € nicht zu fordern.

[46] bb) Von der vorgenannten Summe sind die **Vorteile in Abzug zu bringen**, die der Erblasserin im Zusammenhang mit dem Erwerb der Wohnungen zugeflossen sind.

[47] (1) Ob eine spätere Minderung oder Beseitigung des eingetretenen Vermögensschadens den Schadensersatzanspruch beeinflusst, ist nach den Grundsätzen der **Vorteilsausgleichung** zu beurteilen. Danach sind Wegfall oder Minderung des Schadens nur insoweit zu berücksichtigen, als sie in einem adäquat-ursächlichen Zusammenhang zu dem schädigenden Ereignis stehen. Außerdem muss die Anrechnung dem Zweck des Schadensersatzes entsprechen und darf weder den Geschädigten unzumutbar belasten noch den Schädiger unbillig entlasten (st. Rspr.; z.B. Senat, Urteile vom 15. Juli 2010 - III ZR 336/08, BGHZ 186, 205 Rn. 35 und vom 18. Oktober 2018 - III ZR 497/16, NJW 2019, 215 Rn. 17; BGH, Urteile vom 28. Juni 2007 - VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83 Rn. 18 und vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 65; jew. mwN). Vor- und Nachteile müssen bei wertender Betrachtung gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden sein (BGH, Urteile vom 28. Juni 2007 aaO und vom 4. April 2014 - V ZR 275/12, NJW 2015, 468 Rn. 20 mwN, insoweit in BGHZ 200, 350 nicht abgedruckt).

[48] Die Darlegungs- und Beweislast für anspruchsmindernd zu berücksichtigende Vorteile des Geschädigten trägt nach allgemeinen Grundsätzen der Schädiger. Den Geschädigten trifft jedoch eine sekundäre Darlegungslast, soweit der Schädiger außerhalb des von ihm darzulegenden Geschehensablaufs steht und dem Geschädigten nähere Angaben zumutbar sind (BGH, Urteile vom 31. Mai 2010 - II ZR 30/09, NJW 2010, 2506 Rn. 26 mwN und vom 4. April 2014 aaO Rn. 22). Bei einer Schadensminderung durch Mieteinnahmen genügt der Schädiger seiner Darlegungslast durch die Behauptung, dass Mieteinkünfte erwirtschaftet worden seien, sofern ihm nicht bekannt ist und er auch nicht zuverlässig ermitteln kann, in welcher Höhe der Geschädigte Mieteinnahmen erzielt hat und inwieweit diese wiederum durch Betriebs- und Unterhaltskosten geschmälert sind. **Demgegenüber obliegt es dem Geschädigten, Angaben zu den zur Berechnung des Vorteils erforderlichen Umständen zu machen, um einerseits den Vortrag zur Höhe des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs zu vervollständigen und wieder schlüssig zu machen und andererseits dem Schädiger die Möglichkeit zu geben, zu den konkretisierten Angaben Stellung zu nehmen und diese entweder zu akzeptieren oder sie zu widerlegen** (BGH, Urteil vom 3. Mai 2002 - V ZR 115/01, NJW-RR 2002, 1280).

[49] (2) Nach diesen Grundsätzen sind vorliegend im Rahmen der Vorteilsausgleichung sowohl der zur **Ablösung von Altverbindlichkeiten** gezahlte Betrag von 25.902,42 € als auch die der Erblasserin **zugeflossenen Mieteinnahmen, gemindert um etwaige Betriebs- und Unterhaltskosten**, zu berücksichtigen.

[50] (a) Die **Ablösung von Altverbindlichkeiten** in Höhe von 25.902,42 € steht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Erwerb der Wohnungen und korrespondiert mit dem durch das Darlehen finanzierten Kaufpreis, weil sie eine zusätzlich zur Übertragung des Wohnungseigentums erbrachte Leistung der Verkäuferin an die Erblasserin ist.

[51] Der Vortrag der Erblasserin, zum Ausgleich der Altverbindlichkeiten sei es - ohne konkrete Absprache - erst nach der Beurkundung des Kaufvertragsangebots gekommen (Schriftsatz vom 31. März 2017, S. 3), ist insofern nicht entscheidungserheblich. Denn auch in diesem Fall wäre die Ablösungszahlung ein wirtschaftlich aus dem Kaufpreis und damit aus dem Darlehen zugewandter Vorteil, den die Erblasserin nicht zurückzuerstatten hatte, sondern der ihr dauerhaft verblieb und ihre Gesamtverbindlichkeiten verringerte. Dass die Verkäuferin diese Leistung nur erbracht haben wird, um die Durchführung eines lukrativen Geschäfts sicherzustellen, ändert an der vorstehenden Wertung nichts. Vielmehr spricht gerade diese von der Erblasserin vorgetragene Motivation gegen die Annahme, ihr solle der Vorteil auch dann verbleiben, wenn sie im Wege des Schadensersatzes Befreiung von den mit dem Geschäft verbundenen Belastungen beanspruchen könne.

[52] (b) Ebenfalls in Abzug zu bringen sind **Mieteinnahmen, soweit sie nicht durch Betriebs- und Unterhaltskosten gemindert sind**. Der Beklagte hat insofern seiner Darlegungslast zunächst genügt, indem er geltend gemacht hat, die Erblasserin habe Mieteinnahmen erzielt (Schriftsatz vom 28. Februar 2017, S. 2).

[53] Die sekundär darlegungsbelastete Erblasserin hat zu deren Höhe vorgetragen, die Mietüberschüsse - Mieteinnahmen abzüglich Wohngeld - hätten sich auf durchschnittlich 3.522 € pro Jahr und bis einschließlich Juli 2009 auf insgesamt 9.115,04 € belaufen; die Mietüberschüsse seien aber durch die Darlehenszinsen von jährlich 6.043,22 € aufgezehrt worden (Schriftsatz vom 5. Februar 2020, S. 10 f). Letztere Behauptung widerspricht zwar für den Zeitraum ab August 2009 der unstreitigen Tatsache, dass die Erblasserin das Darlehen ab diesem Zeitpunkt nicht mehr bediente. Zudem können - wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat - die bis Juli 2009 gezahlten Darlehensraten neben ihrer Geltendmachung als Schadensersatz nicht ein weiteres Mal in Gestalt eines Abzuges von den seitens der Erblasserin erzielten Mieteinnahmen in Ansatz gebracht werden. Unabhängig davon ermöglichen die Angaben der Erblasserin jedoch eine Schätzung nach § 287 ZPO, da dem Betrag von 9.115,04 € bis Juli 2009 der Betrag hinzuaddiert werden kann, der sich für die Zeit bis zum Verkauf der Wohnungen im Juni 2014 auf der Grundlage durchschnittlicher Mietüberschüsse von 3.522 € pro Jahr ergibt.

[54] Vor diesem Hintergrund ist die Annahme des Berufungsgerichts, das Vorbringen der Erblasserin genüge nicht, um zu prüfen, ob ihr nach Abzug der Vorteile ein Schaden verblieben sei, nicht gerechtfertigt. Dies gilt jedenfalls deshalb, weil auch der Beklagte lediglich pauschal Mieteinnahmen der Erblasserin behauptet hat. Soweit er im Anschluss an den klägerischen Schriftsatz vom 5. Februar 2020 die dort getätigten Angaben der Erblasserin mit Schriftsatz vom 14. Februar 2020 mit Nichtwissen bestritten hat, hat dies keine weitergehende sekundäre Darlegungslast der Erblasserin ausgelöst. Denn eine zulässige Erklärung mit Nichtwissen nach § 138 Abs. 4 ZPO setzt voraus, dass die Partei für die jeweiligen Tatsachen nicht darlegungs- und beweisbelastet ist (Senat, Urteil vom 2. Juli 2009 - III ZR 333/08, NJW-RR 2009, 1666 Rn. 14 mwN; BGH, Urteil vom 4. April 2014 aaO Rn. 12). Dies ist vorliegend hinsichtlich der im Rahmen des Vorteilsausgleichs zu berücksichtigenden Mietüberschüsse der Erblasserin in Bezug auf den Beklagten nicht der Fall. Vielmehr trifft ihn insoweit - wie ausgeführt (vorstehend zu (1)) - die Darlegungs- und Beweislast.

[55] c) Die **Belastung mit Kosten des Vorprozesses** ist ein durch die Amtspflichtverletzung adäquat-kausal verursachter und damit **ersatzfähiger Schaden**, soweit die Inanspruchnahme nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO vorrangig haftender Personen rechtlich wie wirtschaftlich begründete Aussicht auf Erfolg bot.

[56] aa) Zwar fehlt es dem auf Befreiung von den Kosten des Vorprozesses gerichteten Klageantrag an der für einen Leistungsantrag nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO erforderlichen Bestimmtheit, weil die Kosten nicht beziffert sind und ein dem Antrag entsprechendes Urteil damit nicht vollstreckungsfähig wäre. Ein auf Befreiung von einer Geldschuld gerichteter Klageantrag setzt die bestimmte Angabe von Grund und Höhe der Schuld voraus, von der befreit zu werden der Kläger begehrt (BGH, Urteile vom 18. März 1980 - VI ZR 105/78, NJW 1980, 1450, insoweit in BGHZ 76, 249 nicht abgedruckt; vom 4. Dezember 1980 - IVa ZR 32/80, BGHZ 79, 76, 77 f; vom 4. Juni 1996 - VI ZR 123/95, NJW 1996, 2725, 2726 und vom 4. Oktober 2000 - VIII ZR 109/99, NJW 2001, 155, 156). Ein unbeziffert Befreiungsantrag kann aber in einen zulässigen Feststellungsantrag umgedeutet werden (BGH, Urteil vom 18. März 1980 aaO; RGZ 122, 284, 289 f; MüKoZPO/Becker-Eberhard, 6. Aufl., § 253 Rn. 149).

[57] bb) Ergreift der durch eine notarielle Amtspflichtverletzung Geschädigte **Maßnahmen der Rechtsverfolgung gegen Personen, deren Haftung gegenüber derjenigen des Notars nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO vorrangig ist**, so beruhen die dadurch verursachten Kosten auf seinem eigenen Entschluss. **Damit diese Kosten als adäquat-kausal auf der Amtspflichtverletzung beruhender Schaden ersatzfähig sind, ist, ebenso wie in anderen Fällen psychisch vermittelter Kausalität** (vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 2016 - IX ZR 149/15, NJW 2017, 1600 Rn. 11 mwN), erforderlich, dass für die Zweithandlung des Geschädigten ein rechtfertigender Anlass bestand oder dass diese durch das haftungsbegründende Ereignis herausgefordert wurde und eine nicht ungewöhnliche Reaktion auf dieses Ereignis darstellt (Senat, Urteil vom 16. Oktober 2003 - III ZR 62/03, NJW 2004, 69, 70; BGH, Urteil vom 7. Januar 1988 - IX ZR 7/87, NJW 1988, 1262, 1263 mwN). **Entscheidend ist, ob die Klage eine Maßnahme ist, die der Geschädigte vernünftigerweise ergreifen kann, um von einem möglicherweise vorrangig Ersatzpflichtigen Ersatz zu erlangen** (Senat, Urteil vom 27. Oktober 1955 - III ZR 82/54, BGHZ 18, 366, 371 f [zu § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB]; BGH, Urteil vom 18. April 2002 - IX ZR 72/99, NJW 2002, 2787, 2789 f, insoweit in BGHZ 150, 319 nicht abgedruckt [zu § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO]). Dies ist für die Kosten eines Rechtsstreits in erster Instanz anzunehmen, wenn und soweit die Klage rechtlich wie wirtschaftlich begründete Aussicht auf Erfolg bot (Senat aaO S. 372 f; Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 19 Rn. 122, 186; Schramm in BeckOK BNotO, § 19 Rn. 99 [Stand: 31. Juli 2021]) und sich nicht als Maßnahme darstellt, die dem Geschädigten nicht zumutbar ist und die ein vernünftiger Geschädigter auch nicht ergreifen würde, etwa wenn die Möglichkeit, anderweitig Ersatz zu erlangen, nur auf weitläufigen, unsicheren und im Ergebnis zweifelhaften Wegen zu verwirklichen ist (vgl. Senat, Urteile vom 11. November 2004 - III ZR 101/03, NJW-RR 2005, 284, 285 und vom 3. Juli 2008 - III ZR 189/07, NJW-RR 2008,

1506 Rn. 12; BGH, Urteil vom 2. Juli 1996 - IX ZR 299/95, NJW 1996, 3009, 3011; jew. mwN). **Kosten eines Rechtsmittels, das der Geschädigte gegen ein ihm ungünstiges erstinstanzliches Urteil einlegt, sind hingegen regelmäßig nicht ersatzfähig**, soweit es zur Interessenwahrung des Geschädigten genügt, mittels einer **Streitverkündung** gegenüber dem Notar **Bindungswirkung** für den nachfolgenden Amtshaftungsprozess herzustellen und dem Notar damit selbst die Möglichkeit zu geben, Rechtsmittel einzulegen, sofern er dies für aussichtsreich erachtet (Schramm aaO).

[58] cc) Ersatzfähig sind danach die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens des Vorprozesses, soweit die Rechtsverfolgung rechtlich wie wirtschaftlich begründete Aussicht auf Erfolg bot. Hierzu wird das Berufungsgericht die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben. Die der Erblasserin zugeflossenen Vorteile - Mieteinnahmen und Ablösung der Altverbindlichkeiten - mindern den Befreiungsanspruch bezüglich der Kosten des Vorprozesses nicht, weil sie mit diesen nicht in dem für eine Vorteilsausgleichung erforderlichen sachlichen Zusammenhang stehen (vgl. zu letzterem BGH, Urteile vom 6. Juni 1997 - V ZR 115/96, BGHZ 136, 52, 54 und vom 2. April 2001 - II ZR 331/99, WM 2001, 2251, 2252).

III.

[59] Das angefochtene Urteil ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). In Höhe des vom Landgericht zu Recht zuerkannten Betrages von 21.401,17 € kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO) und die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts zurückweisen. Im Übrigen ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO), wobei der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht hat.

[60] Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

[61] 1. Im Hinblick auf einen Anspruch aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO wegen Verletzung der Amtspflicht aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a.F. wird das Berufungsgericht, soweit Forderungen betroffen sind, die im Vorprozess nicht Streitgegenständlich waren und daher nicht von der Rechtskraftwirkung des Urteils vom 10. März 2016 erfasst werden, gegebenenfalls Feststellungen zu dem vom Beklagten erhobenen Einwand zu treffen haben, die Erblasserin hätte den Vertrag über den Kauf der Wohnungseigentumsrechte in jedem Fall abgeschlossen, selbst wenn der Notar die Beurkundung mit Rücksicht auf die Wartefrist abgelehnt hätte. **Dabei ist zu berücksichtigen, dass das auf den Vertragsschluss folgende Verhalten der Erblasserin sowohl Indiz für den unbedingten Entschluss zum Erwerb der Wohnungen als auch nur Ausdruck**

nolens volens geübter Vertragstreue sein kann (Senat, Urteil vom 22. April 2021 - III ZR 164/19, WM 2021, 1561 Rn. 12).

[62] 2. Sollte der Beklagte im Hinblick auf den vom Kläger geltend gemachten Anspruch wegen Verletzung notarieller Amtspflichten aus § 14 Abs. 2 BNotO und § 4 BeurkG das Vorbringen der Erblasserin zu der Kenntnis des Notars von die Sittenwidrigkeit des Geschäfts nahelegenden Kaufpreissteigerungen und zu dessen umfassender Einbindung in das gesamte Immobiliengeschäft nach den vorstehend (zu II 3 b) dargelegten Maßstäben hinreichend bestreiten, wird zu dem Vorbringen der Erblasserin Beweis zu erheben sein. Denn entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Erblasserin ihren Vortrag hinreichend unter Beweis gestellt. Insbesondere hat sie, worauf die Revision zu Recht hinweist, zum Beweis ihrer Behauptung, der Notar sei vor dem 6. Februar 2006 damit beauftragt worden, sämtliche Beurkundungen im Zusammenhang mit Erwerb und Vertrieb der Wohnungen aus dem Komplex K. Straße /S. Straße vorzunehmen, unter konkreter Bezugnahme auf das zu beweisende Vorbringen den Zeugen T. benannt (Schriftsatz vom 4. Juli 2017, S. 1, iVm Schriftsatz vom 2. Juni 2017, S. 2 ff).

[63] Das Berufungsgericht wird sich bei seiner Sachverhaltswürdigung auch mit den Rügen der Revision betreffend die Frage auseinanderzusetzen haben, ob dem Notar aufgrund der Beurkundung zahlreicher Verträge und Erklärungen zu dem Objekt K. Straße /S. Straße in dem Zeitraum zwischen dem Ankaufsvertrag vom 6. Februar 2006 und dem Kaufangebot der Klägerin vom 27. Februar 2006 die enormen Kaufpreissteigerungen hätten auffallen müssen. Der Senat hat im vorliegenden Verfahrensstadium keine Veranlassung, auf diese Rügen einzugehen.

[64] 3. Sollte dem Kläger - nach hinreichendem Bestreiten durch den Beklagten (s.o.) - der Beweis nicht gelingen, dass der Notar zum Zeitpunkt der Beurkundung des Kaufangebotes der Erblasserin am 27. Februar 2006 Kenntnis von die Sittenwidrigkeit des Geschäfts nahelegenden Kaufpreissteigerungen hatte, wird sich das Berufungsgericht mit der Zulässigkeit und Begründetheit der von der Revision geltend gemachten Klageerweiterung im Berufungsverfahren im Hinblick auf spätere Pflichtverletzungen des Notars bei der Beurkundung der Annahme des Angebotes, der Auflassung und der Grundschuldbestellung zu befassen haben. Die Revision führt insoweit zutreffend an, dass der im Berufungsurteil (S. 16 Abs. 2) erwähnte Hinweis des Berufungsgerichts in der mündlichen Verhandlung vom 24. September 2019 auf eine bisher fehlende Klageerweiterung nicht protokolliert worden ist. Sie verweist in diesem Zusammenhang zu Recht auf die vorliegend anwendbare Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der zugunsten des Hinweisadressaten zu unterstellen ist, dass ein Hinweis nicht erteilt wurde, wenn sich das einen solchen

Hinweis dokumentierende Berufungsurteil - wie hier - nicht dazu verhält, ob die Protokollierung versehentlich unterlassen wurde (BGH, Urteil vom 22. September 2005 - VII ZR 34/04, BGHZ 164, 166, 172 f; Beschluss vom 3. Juli 2014 - IX ZR 285/13, WM 2014, 1786 Rn. 14).

[65] 4. Soweit der Kläger Befreiung von Forderungen der Bank und von den Kosten des Vorprozesses begehrt, wird das Berufungsgericht, sofern der Anspruch dem Grunde nach besteht, Feststellungen zur Schadenshöhe zu treffen haben.

[66] a) Zur Behauptung der Erblasserin, sie sei Forderungen der Bank in Höhe von 67.190,38 € ausgesetzt, hat sich der Beklagte in zulässiger Weise mit Nichtwissen erklärt (§ 138 Abs. 4 ZPO). Der Umstand, dass er an dem Vorprozess beteiligt war, in dem die Erblasserin zur Zahlung von 67.190,38 € nebst Zinsen an die Bank verurteilt worden ist, ändert daran nichts, weil die Rechtskraft des im Vorprozess ergangenen Urteils insofern nicht gegenüber dem Beklagten wirkt. Dass ein Anspruch der Bank gegen den Kläger auf Darlehensrückzahlung in Höhe von 67.190,38 € besteht, ist entgegen der Auffassung des Klägers auch nicht wegen der Tatbestandswirkung des erstinstanzlichen Urteils als unstreitig anzusehen. Dem Tatbestand kommt keine Beweiskraft zu, wenn und soweit er Widersprüche, Lücken oder Unklarheiten aufweist und sich dies aus dem Urteil selbst ergibt (st. Rspr.; z.B. BGH, Urteil vom 12. Mai 2015 - VI ZR 102/14, WM 2015, 1562 Rn. 48 mwN). Der Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils ist im Hinblick auf den Anspruch der Bank widersprüchlich, weil er die Tatsache, dass sich der Restsaldo des Darlehens auf 67.190,38 € beläuft, sowohl im unstreitigen Sachverhalt als auch im streitigen Klägervorbringen enthält.

[67] b) Im Hinblick auf die in Abzug zu bringenden Vorteile bedarf es tatsächlicher Feststellungen zu den Mieteinnahmen sowie zur Frage, ob von den Mietüberschüssen, wie die Erblasserin mit Schriftsatz vom 28. April 2017 geltend gemacht hat, weitere Kosten für Betrieb und Unterhalt der Eigentumswohnungen in Abzug zu bringen sind. Dabei ist der Beklagte gehalten, sich im Rahmen seiner Darlegungslast darüber zu erklären, ob er die von der Erblasserin insoweit vorgetragene Werte zu den Mieteinnahmen akzeptiert (zur Unzulässigkeit des Bestreitens mit Nichtwissen vgl. vorstehend zu II 4 b bb (2) (b)). Davon hängt es ab, ob der Kläger, um seiner sekundären Darlegungslast zu genügen, weitere Angaben zu Miete und Wohngeld für jeden einzelnen Monat zu tätigen hat.

[68] 5. Bei der neuen Verhandlung hat das Berufungsgericht auch Gelegenheit, sich gegebenenfalls mit dem vom Beklagten erhobenen **Mitverschuldenseinwand** zu befassen, auf den im Revisionsverfahren einzugehen keine Veranlassung besteht. Gleiches gilt für die vom Beklagten erhobene Verjährungseinrede.

Rechtsanwaltshaftung

- Datenauskunft gem. Art 15 DSGVO
- Verspätete Auskunftserteilung
- Schmerzensgeldanspruch
(*OLG Köln, Urt. v. 14.7.2022 – I-15 U 137/21*)

Leitsätze

1. Erteilt ein Rechtsanwalt einer Mandantin eine Datenauskunft gem. Art. 15 DSGVO erst neun Monate nach deren Beantragung, begründet dies einen Schmerzensgeldanspruch aus Art. 82 Abs. 1 DSGVO (hier: 500 €).
2. Es trifft nicht zu, dass Art. 82 DSGVO nur solche Schäden erfasst, die „durch eine nicht dieser Verordnung entsprechende Verarbeitung“ entstanden sind und dass damit Verstöße gegen Auskunftspflichten aus Art. 12 Abs. 3 bzw. Art. 15 DSGVO nicht als Grundlage für einen Ersatzanspruch dienen können.
3. Art. 82 Abs. 2 schränkt Ansprüche aus Art. 82 Abs. 1 DSGVO nicht ein.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin nimmt ihren ehemaligen Anwalt – soweit im Berufungsverfahren noch von Interesse – auf Zahlung von Ersatz immaterieller Schäden wegen verspäteter Datenauskunft, auf Freistellung von weiteren außergerichtlichen Anwaltskosten für die Geltendmachung der Datenauskunft sowie auf Feststellung des Nichtbestehens einer Gebührenforderung aus dem früheren Mandat in Anspruch. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes sowie der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des angegriffenen Urteils Bezug genommen.

[2] Das Landgericht hat der Klage teilweise stattgegeben und sie im Übrigen zurückgewiesen. Der negative Feststellungsantrag hinsichtlich einer (weiteren) Vergütungsforderung des Beklagten in Höhe von 1.499,81 Euro aus der Rechnung vom 31.8.2020 sei begründet, da dem Beklagten aus dieser Rechnung nur ein Gebührenanspruch in Höhe von 2.348,94 Euro zugestanden habe, der bereits durch den von ihm vereinnahmten Vorschuss in Höhe von 4.671,11 Euro abgedeckt werde, womit er weitere Zahlungen nicht verlangen könne. Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO könne die Klägerin dagegen nicht verlangen und der Anspruch auf Freistellung von außergerichtlichen Anwaltskosten bestehe nur in Höhe von 41,77 Euro, weil der Gegenstandswert für die datenschutzrechtliche Auskunft lediglich mit 500 Euro zu bemessen sei.

[3] Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt und verfolgt ihre erstinstanzlichen Anträge im Umfang der Zurückweisung weiter. Darüber hinaus macht sie als neuen Hilfsantrag zur primär verlangten Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landgericht nunmehr auch einen Feststellungsanspruch dahingehend geltend, dass dem Beklagten *„insgesamt keine Ansprüche“* aus der Rechnung vom 31.8.2020 zustehen.

[4] Die Klägerin macht geltend, die Anwaltsgebühren ihres Prozessbevollmächtigten für die vorgerichtliche Geltendmachung des Auskunftsanspruchs (Berufungsantrag zu 1) berechneten sich nach einem Gegenstandswert in Höhe von 5.000 Euro und nicht, wie vom Landgericht angenommen, in Höhe von 500 Euro. Hinsichtlich des Berufungsantrags zu 2) habe das Landgericht verkannt, dass ein Schadensersatzanspruch aus Art. 82 Abs. 1 DSGVO bei jeglicher Verletzung von Vorschriften der Datenschutzgrundverordnung bestehe und insofern auch keine "Bagatellgrenze" überschritten werden müsse. Vielmehr sei die Vorschrift unabhängig von den Besonderheiten des deutschen Rechts autonom auszulegen. Für die verzögerte Datenauskunft des Beklagten sei ein Betrag in Höhe von mindestens 1.000 Euro angemessen. Mit dem Berufungsantrag zu 4) rügt die Klägerin eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör, soweit das Landgericht die Stufenklage als unzulässig behandelt habe. Es habe diesbezüglich keinen Hinweis erteilt, als die Klägerin in der mündlichen Verhandlung den Antrag zu 1) ausdrücklich als Stufenklage gestellt habe. Für eine Stufenklage reiche es aber aus, dass Schadensersatzansprüche vorbehalten würden. Daneben sei auch der Antrag zu 6) als weiterer Antrag im Stufenverhältnis gestellt worden. Die Klägerin macht weiter geltend, dass sie – wenn das Landgericht ihr einen entsprechenden Hinweis erteilt hätte – den Antrag zu 6) stattdessen in der Fassung des Berufungshilfsantrags zu 5) gestellt hätte. Dem Beklagten stünden aus der betreffenden Rechnung überhaupt keine Vergütungsansprüche zu, weil diese formal fehlerhaft sei und der Beklagte zudem die Mandatskündigung durch fortgesetzte Untätigkeit provoziert habe. Der Klägerin sei daher ein Schaden insoweit entstanden, als sie die Vergütung für die Bearbeitung desselben Mandats an einen neuen Anwalt nochmals zahlen müsse.

[5] Im Termin vom 19.5.2022 hat die Klägerin erklärt, ihren ursprünglich gestellten Antrag auf Zahlung einer Geldentschädigung für die verspätete Datenauskunft nur noch in Höhe von 500 Euro weiterzuverfolgen. Den Antrag zu 4) – gerichtet auf Zurückverweisung hinsichtlich der Stufenklage im Zusammenhang mit Datenauskunfts- und Schadensersatz-/Freistellungsansprüchen – hat die Klägerin in einen Antrag auf Zahlung des vom Beklagten vereinnahmten Honorars in Höhe von 2.683,21 Euro abgeändert.

- [6] Die Klägerin beantragt somit nunmehr,
- [7] das Urteil des Landgerichts Bonn vom 1.7.2021 (15 O 356/20) teilweise aufzuheben und
- [8] 1. den Beklagten zu verurteilen, die Klägerin von weiteren vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 216,40 Euro freizustellen,
- [9] 2. den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin für die verzögerliche Erteilung der Datenauskunft ein Schmerzensgeld in Höhe von 500 Euro zu zahlen zuzüglich fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit,
- [10] 3. dem Beklagten die Kosten des erstinstanzlichen wie auch zweitinstanzlichen Verfahrens insgesamt aufzuerlegen,
- [11] 4. den Beklagten zu verurteilen, an sie einen Betrag in Höhe von 2.683,21 Euro zu zahlen,
- [12] hilfsweise zu 4.
- [13] 5. festzustellen, dass dem Beklagten gegen die Klägerin insgesamt keine Ansprüche aus dessen Rechnung Nr. ... vom 31.8.2020 zustehen, weder in Höhe von 1.499,81 Euro noch in weiterer Höhe aus dieser Rechnung,
- [14] höchst hilfsweise,
- [15] 6. das Urteil des Landgerichts Bonn vom 1.7.2021 (15 O 356/20) insgesamt aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Bonn zurück zu verweisen.
- [16] Der Beklagte beantragt,
- [17] die Berufung zurückzuweisen.
- [18] Hinsichtlich des weiteren Vortrags der Parteien wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.
- Aus den Gründen:**
- [19] Die Berufung der Klägerin ist mit den in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nach § 533 ZPO zulässig gestellten (Haupt-)Anträgen begründet und führt in diesem Umfang zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung.
- [20] 1. Hinsichtlich der mit dem Berufungsantrag zu 1) geforderten Freistellung von weiteren vorgerichtlichen Anwaltskosten für die Geltendmachung der datenschutzrechtlichen Auskunftsansprüche in Höhe von 216,40 Euro ist die Berufung der Klägerin begründet. Denn der betreffende Gebührenanspruch

der Klägerin ist – insofern nimmt der Senat Bezug auf seinen Beschluss vom 27.1.2022 im Streitwertbeschwerdeverfahren (Az.: 15 W 55/21, Bl. 1649 f d.A.) – aus einem Gegenstandswert von 5.000 Euro zu berechnen und nicht aus einem von 500 Euro, wie ihn das Landgericht zugrunde gelegt hat.

[21] 2. Hinsichtlich des mit dem Berufungsantrag zu 2) geforderten "Schmerzensgeldes" für die verzögerte Datenauskunft, womit ausweislich der näheren Ausführungen der Klägerin ein Schadensersatzanspruch für immaterielle Schäden nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO gemeint ist, ist die Berufung im Umfang des von der Klägerin im Berufungsverfahren noch geltend gemachten Anspruchs von 500 Euro aus Art. 82 Abs. 1 und 2 DSGVO begründet. Der Senat wertet die Reduzierung des Antrags um 500 EUR im Termin dabei als (konkludente) teilweise Berufungsrücknahme.

[22] Nach Art. 82 Abs. 1 und 2 DSGVO hat jede natürliche Person, der wegen eines Verstoßes gegen die DSGVO ein immaterieller Schaden entstanden ist, einen **Anspruch auf Schadensersatz** gegen den Verantwortlichen.

[23] a. Ein Verstoß gegen die DSGVO durch den Beklagten als Verantwortlichen nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO ist hier gegeben.

[24] Nach Art. 15 Abs. 1, Abs. 3, Art. 12 Abs. 3 S. 1 DSGVO hat der Verantwortliche **innerhalb eines Monats nach Eingang des Antrags auf Datenauskunft** (hier: Schreiben der Klägerin vom 7.1.2020) die entsprechenden Auskünfte zu erteilen. Der Beklagte hat die Auskünfte erst im Laufe des Verfahrens im Oktober 2020 erteilt und auch die Handakten erst zu diesem Zeitpunkt herausgegeben. **Der Senat folgt insofern nicht der Auffassung des Landgerichts, dass Art. 82 DSGVO nur solche Schäden erfasst, die "durch eine nicht dieser Verordnung entsprechende Verarbeitung" entstanden sind und dass damit Verstöße gegen Auskunftspflichten aus Art. 12 Abs. 3 bzw. Art. 15 DSGVO nicht als Grundlage für einen Ersatzanspruch dienen können** (vgl. auch LAG Hamm, Ur. v. 11.5.2021 – 6 Sa 1260/20, juris; ebenso wohl OLG Stuttgart, Ur. v. 31.3.2021 – 9 U 34/21, juris Rn. 29; vgl. auch Weber, CR 2021, 379 m.w.N.). **In Art. 82 Abs. 1 DSGVO ist von einem "Verstoß gegen diese Verordnung" die Rede und gerade nicht von einer verordnungswidrigen Datenverarbeitung.** Die Auffassung des Landgerichts, dass diese in Art. 82 Abs. 1 DSGVO enthaltene Regelung dann durch Art. 82 Abs. 2 DSGVO konkretisiert – spricht: eingeschränkt – werden sollte, ist weder dem Gesamtkontext noch dem Sinn und Zweck oder aber der Entstehungsgeschichte der Norm mit hinreichender Sicherheit zu entnehmen. Zwar spricht auch Erwägungsgrund 146 davon, dass Schäden ersetzt werden sollen, die *"einer Person aufgrund einer Verarbeitung entstehen, die mit dieser Verordnung nicht im Einklang steht"*. Allerdings ist der **Begriff der Verarbeitung** in Art. 4 Nr. 2 DSGVO weit gefasst und umfasst beispielsweise

auch die **"Offenlegung durch Übermittlung"**, worunter letztlich auch die hier **streitgegenständliche Auskunft** zu fassen ist. Daneben ergibt sich aus **Erwägungsgrund 60**, dass die Grundsätze einer **fairen und transparenten Verarbeitung** es erforderlich machen, dass die betroffene Person über die Existenz des Verarbeitungsvorgangs und seine Zwecke unterrichtet wird. Dafür wird ihr (vgl. insoweit Erwägungsgrund 63 und 75) ein entsprechendes Auskunftsrecht (*"problemlos und in angemessenen Abständen"*) zugebilligt, um sich der Verarbeitung bewusst zu sein und deren Rechtmäßigkeit überprüfen zu können. Wenn aber in dieser Hinsicht der Schutz des Betroffenen gerade durch Auskunfts- und Informationsrechte gestärkt und damit für Fairness und Transparenz beim Verarbeitungsvorgang gesorgt werden soll, spricht dies entscheidend dafür, die Ersatzpflicht nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO auf jeden Verstoß gegen Regelungen der Verordnung anzuwenden.

[25] b. Durch dieses Verhalten des Beklagten ist der Klägerin ein **immaterieller Schaden im Sinne von Art. 82 Abs. 1 DSGVO** entstanden. Dabei kommt es vorliegend nicht auf die umstrittene Frage an, ob allein die Verletzung einer Vorschrift der DSGVO für einen Anspruch aus Art. 82 Abs. 1 DSGVO ausreicht oder ob es darüber hinaus der Darlegung und des Nachweises eines konkreten Schadens bedarf (vgl. OLG Frankfurt, Ur. v. 2.3.2022 – 13 U 206/20, juris m.w.N.). Denn vorliegend hat die Klägerin umfassend und vom Beklagten unwidersprochen dazu vorgetragen, welche (immateriellen) Folgen die verweigerte Datenauskunft des Beklagten für sie hatte. Diese von der Klägerin vorgetragene Umstände reichen auch aus, um einen immateriellen Schaden im Sinne von Art. 82 Abs. 1 DSGVO zu begründen. Die Klägerin beruft sich vorliegend in erster Linie darauf, dass sie **durch die verzögerte Datenauskunft des Beklagten psychisch belastet** wurde; sie habe Stress und Sorge im Hinblick auf die Regulierung ihrer Ansprüche aus dem Verkehrsunfallgeschehen empfunden. Vor dem Hintergrund dessen, dass der **Begriff des Schadens nach Erwägungsgrund 146 weit ausgelegt werden muss** und in Erwägungsgrund 75 beispielhaft Handlungen aufgezählt werden, die zum Schadensersatz führen können (*"... wenn die Verarbeitung zu einer Diskriminierung, einem Identitätsdiebstahl oder -betrug, einem finanziellen Verlust, einer Rufschädigung, einem Verlust der Vertraulichkeit von dem Berufsgeheimnis unterliegenden personenbezogenen Daten, der unbefugten Aufhebung der Pseudonymisierung oder anderen erheblichen wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Nachteilen führen kann, wenn die betroffenen Personen um ihre Rechte und Freiheiten gebracht oder daran gehindert werden, die sie betreffenden personenbezogenen Daten zu kontrollieren..."*), kann ein **immaterieller Schaden der Klägerin im Sinne eines solchen "Kontrollverlustes" über ihre Daten** (vgl. dazu *Korch*, NJW 2021, 978; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 Rn. 18b m.w.N.; kritisch LG München I v. 2.9.2021 – 23 O

10931/20, GRUR-RS 2021, 33318) sowie ein drohender Einfluss auf ihre wirtschaftliche Position, insbesondere ein Zeitverlust im Zusammenhang mit der Abwicklung des Verkehrsunfallschadens mit dem gegnerischen Haftpflichtversicherer, nicht in Abrede gestellt werden.

[26] c. Die Frage eines sog. **Bagatellvorbehalts** – soweit sie sich mit Blick auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14.1.2021 (1 BvR 2853/19, NJW 2021, 1005; vgl. auch OGH v. 15.4.2021 – 6 Ob 35/21x, ZD 2021, 631) überhaupt noch stellt – spielt im vorliegenden Fall schon deshalb keine Rolle, weil die von der Klägerin geltend gemachten Beeinträchtigungen durch die verzögerte Datenauskunft des Beklagten über eine reine Bagatelle hinausgehen. Die Klägerin ist für eine nicht unerhebliche Dauer vom Beklagten über das weitere Schicksal des Mandates im Unklaren gelassen worden und war über Monate nicht in der Lage, auf die Handakte zuzugreifen, Kenntnis über den Inhalt der dort gespeicherten Daten zu erlangen und das sie betreffende Verfahren mit dem neuen Prozessbevollmächtigten voran zu treiben.

[27] d. Der Höhe nach hält der Senat den von der Klägerin letztlich noch geltend gemachten Betrag in Höhe von 500 Euro für ausreichend und angemessen, um die von ihr erlittenen immateriellen Schäden nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO auszugleichen. Dabei hat er neben den vorstehend dargelegten Umständen, die in Kombination mit dem vorsätzlichen Verhalten des Beklagten für die Klägerin sprechen, zugunsten des Beklagten berücksichtigt, dass die Daten der Klägerin keinem Dritten zugänglich gemacht worden sind und die Frage einer Präventionsfunktion der Entschädigung im vorliegenden Fall aufgrund der sich aus den Akten ergebenden zeitweisen Erkrankungen des Beklagten keine durchgreifende Rolle spielt und letztlich damit keine höhere Entschädigung rechtfertigen kann.

[28] 3. Schließlich ist die Berufung der Klägerin auch hinsichtlich des Berufungsantrags zu 4), bezüglich dessen Antragsänderung im Berufungsverfahren keine Zulässigkeitsbedenken bestehen, begründet.

[29] Die Klägerin hat einen Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung eines Betrages in Höhe von 2.683,21 Euro aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB, weil sie den zwischen den Parteien bestehenden Anwaltsvertrag wirksam gekündigt hat und der Beklagte ihr zur Erstattung der an ihn geleisteten Vorschüsse des Rechtsschutz- und Haftpflichtversicherers verpflichtet ist. Im Hinblick auf den Erfolg dieses Antrags erübrigt sich eine Entscheidung über die nur hilfsweise gestellten Anträge zu 5) und zu 6).

[30] a. Der Beklagte hat für die Bearbeitung des Mandates der Klägerin unstreitig zumindest Zahlungen zum einen vom Haftpflichtversicherer des Unfallgegners (V. Allgemeine Versicherung AG) in Höhe von 1.392,30 Euro (Bl. 1515 d.A.) und zum anderen vom Rechtsschutzversicherer der Klägerin (D. AG) in Höhe von 1.290,91 Euro (Bl. 1514 d.A.) erhalten.

[31] b. Diese im Rahmen des Mehrpersonenverhältnisses erfolgten Zahlungen sind im Rahmen eines bereicherungsrechtlichen Ausgleichs als Leistungen der Klägerin auf den Gebührenanspruch des Beklagten aus dem Anwaltsvertrag anzusehen. Denn bei objektiver Betrachtung dieser Zahlungen durch den gegnerischen Haftpflicht- bzw. den eigenen Rechtsschutzversicherer aus dem Empfängerhorizont unter Berücksichtigung der Zweckbestimmung dieser Leistung (vgl. *Martinek/Heine*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 812 BGB (Stand: 27.06.2022), Rn. 107; BGH, Urt. v. 21.10.2004 – III ZR 38/04, juris) stellen sich diese jeweils als Leistung der Klägerin auf den Gebührenanspruch des Beklagten dar.

[32] c. Für diese Leistungen besteht im Verhältnis des Beklagten zur Klägerin kein Rechtsgrund mehr, weil diese den zunächst bestehenden Anwaltsvertrag vom 8.9.2016 wirksam gekündigt und der Beklagte durch diese Kündigung seinen **Anspruch auf die Gebühren** für die von ihm bereits durchgeführten Tätigkeiten verloren hat.

[33] aa. Den am 8.9.2016 geschlossenen Mandatsvertrag mit dem Beklagten hat die Klägerin durch ihr Schreiben vom 7.1.2020 gekündigt. **Der Anwaltsvertrag ist ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (§§ 627, 675 BGB) und daher ohne Grund oder Einhaltung einer Frist von beiden Parteien gekündigt werden kann** (vgl. BGH, Urt. v. 7.3.2019 – IX ZR 221/18, juris m.w.N.; BGH, Urt. v. 16.7.2020 – IX ZR 298/19, juris).

[34] bb. Zwar behält im Falle einer solchen Kündigung des Mandanten der Rechtsanwalt nach § 628 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich seinen Vergütungsanspruch in dem Umfang, in dem er bereits Leistungen erbracht hat und dadurch gesetzliche Gebührentatbestände ausgelöst worden sind (vgl. § 15 Abs. 4 RVG). Die Klägerin hat vorliegend auch keinen mit einem Gebührenanspruch aufrechenbaren Schadensersatzanspruch aus § 628 Abs. 2 BGB erlangt. Denn unabhängig von der Frage, ob das Verhalten des Beklagten bei der Bearbeitung des Mandats das Gewicht eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 BGB gehabt hat (sog. Auflösungsverschulden), muss für die Kündigung auch die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt werden (vgl. BGH, Urt. v. 16.7.2020 – IX ZR 298/19, juris). Da der Beklagte jedoch nach dem eigenen Vortrag der Klägerin schon längere Zeit untätig war und dieses

Verhalten nicht erst zwei Wochen vor dem 7.1.2020 aufgetreten ist, kann ein Ersatzanspruch darauf nicht gestützt werden.

[35] cc. **Jedoch ist der Gebührenanspruch des Beklagten für die von ihm bisher geleistete Tätigkeit in dem Mandat deshalb entfallen, weil die Klägerin ihre Kündigung auf ein vertragswidriges Verhalten des Beklagten stützen kann.** Kündigt der Mandant wegen eines vertragswidrigen Verhaltens des Anwalts, so entfällt dessen Anspruch auf die Gebühren für die bisherigen Leistungen, soweit der Mandant **an der bisherigen Tätigkeit des Anwalts kein Interesse** hat (§ 628 Abs. 1 S. 2 BGB), er – wie vorliegend – nunmehr einen anderen Anwalt für die Regulierung der Unfallschäden mandatarer muss (vgl. BGH, Urt. v. 29.9.2011 – IX ZR 170/10, NJW-RR 2012, 294 für einen Rechtsanwaltsvertrag). Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des § 628 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB treffen den Dienstberechtigten, weil er sich gegenüber der grundsätzlichen Vergütungspflicht des § 628 Abs. 1 S. 1 BGB auf eine Ausnahme beruft (BGH, Urt. v. 29.3.2011 – VI ZR 133/10, NJW 2011, 1674 m.w.N.).

[36] (1) Dem Beklagten ist ein **vertragswidriges Verhalten im Sinne von § 628 Abs. 1 S. 2 BGB** vorzuwerfen. Ein solches setzt, obwohl nach dem Wortlaut ein objektiv vertragswidriges Verhalten genügen würde, schuldhaftes Verhalten im Sinne der §§ 276, 278 BGB voraus (BGH, Urt. v. 16.2.2017 – IX ZR 165/16, NJW 2017, 3376). Dabei reicht zwar nicht jeder geringfügige Vertragsverstoß des Dienstverpflichteten aus, um den Entgeltanspruch entfallen zu lassen (BGH, Urt. v. 7.3.2019 – IX ZR 221/18, juris). Das Recht zur fristlosen Kündigung eines Dienstvertrages ersetzt ein Rücktrittsrecht, das im Falle einer Schlechtleistung bei einer unerheblichen Pflichtverletzung ausgeschlossen ist (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB). Für die Vergütung gekündigter Dienste höherer Art (§§ 627, 628 BGB) ist eine entsprechende Einschränkung vorzunehmen. Sie ergibt sich aus dem § 242 BGB zu entnehmenden Übermaßverbot, wonach bestimmte schwerwiegende Rechtsfolgen bei geringfügigen Vertragsverletzungen nicht eintreten (BGH, Urt. v. 29.3.2011 – VI ZR 133/10, juris m.w.N.). Auf der anderen Seite ist es aber auch nicht erforderlich, dass das vertragswidrige Verhalten als schwerwiegend oder als wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB anzusehen ist (vgl. BGH, Urt. v. 16.7.2020 – IX ZR 298/19, juris; BGH, Urt. v. 29.3.2011 – VI ZR 133/10, NJW 2011, 1674 für einen ärztlichen Behandlungsvertrag). Eine solche Beschränkung ist für die Kündigung eines Vertrages, der im Regelfall durch ein besonderes Vertrauensverhältnis geprägt wird, nicht gerechtfertigt. Entsprechende Einschränkungen ergeben sich weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift (vgl. Protokolle II S. 301 ff.). Die vom Landgericht dazu zitierten Entscheidungen bzw. Kommentarstellen betreffen insofern nicht das vertragswidrige Verhalten nach § 628 Abs. 1 S. 2 BGB, sondern den Schadensersatzanspruch nach § 628 Abs. 2 BGB.

[37] Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist hier aufgrund des nicht bestrittenen Vortrags der Klägerin hinsichtlich der aus ihrer Sicht **sehr schleppenden Mandatsbearbeitung** sowie der **fehlenden ordnungsgemäßen Kommunikation über den Verlauf der Angelegenheit** von einem vertragswidrigen Verhalten des Beklagten auszugehen: Die Klägerin hat den Beklagten im September 2016 mit der Regulierung ihrer Ansprüche aus dem Verkehrsunfallgeschehen vom 26.8.2016 beauftragt. Im Rahmen dieses Auftrags oblag es dem Beklagten, die maßgeblichen Unterlagen zu sammeln, zu prüfen und sodann gegenüber dem Versicherer des Unfallgegners die in Betracht kommenden Ansprüche der Klägerin darzulegen und – ggf. klageweise – durchzusetzen. Zur interessengerechten Wahrnehmung des Mandats gehört sowohl die zügige Bearbeitung der Angelegenheit, als auch die fortlaufende Unterrichtung des Mandanten über den Fortgang der Sache (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.6.2011 – I-24 U 193/10, juris; OLG Hamm, Urte. v. 10.7.1986 – 28 U 20/86, juris). Dabei standen hier als mögliche Ansprüche der Klägerin neben einem Schmerzensgeld noch Erwerbsschäden wegen verzögerten Berufseinstiegs, Haushaltsführungsschäden sowie mögliche Sachschäden im Raum.

[38] Ausweislich der vom Beklagten übergebenen Handakte ist zwar – unter anderem in Zusammenschau mit den anderen Handakten für die Mandate bzgl. Mutter und Schwester der Klägerin – zu erkennen, dass der Beklagte insgesamt nicht untätig geblieben ist, sondern durchaus Korrespondenz mit dem Versicherer geführt bzw. Vorschusszahlungen auf die geltend gemachten Schäden zugunsten der Klägerin herbeigeführt hat. Weiter ergibt sich aus den Akten, dass der Heilungsverlauf sämtlicher Unfallbeteiligter durchaus langwierig und teilweise noch nicht vollständig abgeschlossen war. Daneben hat das Verhalten des Beklagten auch nicht zu einem Schaden im Sinne einer Verjährung der klägerischen Ansprüche geführt, da der gegnerische Versicherer mit Schreiben vom 5.11.2020 (Bl. 1545) eine entsprechende Erklärung mit *"Wirkung eines mit Datum dieses Schreibens rechtskräftig gewordenen Feststellungsurteils"* abgegeben hat.

[39] Andererseits ist der Beklagte dem Vortrag der Klägerin, wonach die Sachbearbeitung innerhalb der insgesamt 3 1/2 Jahre zwischen Auftrag und Kündigung trotz Rüge seitens der Klägerin nur schleppend verlief, man Probleme hatte, mit dem Beklagten Kontakt aufzunehmen, der Versicherer angekündigt habe, *"den Fall abzuschließen"* und schließlich der Beklagte die von ihm für März 2019 angekündigte Klage nicht vorbereitet/eingereicht habe und er auch einen für Dezember 2019 vereinbarten Termin abgesagt habe, nicht substantiiert entgegengetreten. Er hat lediglich vortragen, es habe im September und Oktober 2019 noch *"Termine"* gegeben – weiteren Vortrag zu diesen Terminen, ihrem Ergebnis und eventuellen Absprachen mit den Mandanten, auf künftige Ereignisse zu warten, bevor

gegenüber dem Versicherer oder anderen Stellen weitere Tätigkeiten erfolgen, gibt es nicht. Auch die vom Beklagten im vorliegenden Verfahren vorgelegte Handakte lässt insoweit keine Einzelheiten zum konkreten Mandatsverlauf bzw. zur Kommunikation mit der Klägerin erkennen. Damit ist aber aus prozessualen Gründen vom Vortrag der Klägerin auszugehen, wonach der Beklagte das **Mandat ohne Angabe von Gründen jedenfalls aus Sicht der Mandantin aufgrund des mangelhaften Kommunikationsverhaltes zumindest erheblich "verschleppt"** hat. Da er darüber hinaus mit den im hiesigen Verfahren vorgelegten Unterlagen die Anforderungen des § 50 Abs. 1 BRAO an die **Führung einer Handakte nicht eingehalten** hat, obliegt ihm jedenfalls im Wege der sekundären Darlegungslast die nähere Darlegung einer hinreichenden Kommunikation bzw. Kontaktaufnahme mit der Klägerin zwecks Information über den bisherigen bzw. geplanten weiteren Verfahrensverlauf. Die Norm des § 50 Abs. 1 BRAO bezweckt die Sicherstellung der Mindestvoraussetzung einer Verwaltungsstruktur für die anwaltliche Tätigkeit einerseits und die Schaffung eines Beweismittels für den Rechtsanwalt und seinen Mandanten andererseits. Insofern dient sie dem Schutz des Mandanten, der mit der Handakte ein Beweismittel für ein etwaiges Fehlverhalten des Anwalts erhält. **Die Führung einer einheitlichen Handakte für unterschiedliche Verfahren stellt darum regelmäßig einen Organisationsmangel des Anwalts dar** (vgl. BGH, Urte. v. 17.5.2018 – IX ZR 243/17, juris; Fischer, WM 2019, Sonderbeilage Nr. 1, 3, 9).

[40] (2) Die Klägerin hat nach erfolgter Kündigung an der bisherigen Tätigkeit des Beklagten kein Interesse mehr (§ 628 Abs. 1 S. 2 BGB). Auch wenn sie hinsichtlich der aus ihrer Sicht – verursacht durch das mangelhafte Kommunikationsverhalten des Beklagten – schleppenden Mandatsbearbeitung zwar nicht – etwa durch ausdrückliche Aufforderung oder auch Fristsetzung – zu erkennen gegeben hat, dass sie eine weitere derartige Bearbeitung des Mandates durch den Beklagten ablehnen bzw. (rechtliche) Konsequenzen ziehen werde, steht dies der Anwendung von § 628 Abs. 1 S. 2 BGB nicht entgegen. Denn im Rahmen dieser Vorschrift ist allein entscheidend, ob der Beklagte seine vertraglichen Pflichten verletzt hat und seine bis zur Kündigung erbrachten Leistungen für die Klägerin deshalb ohne Wert sind, weil sie aufgrund des Vertrauensverlustes gekündigt und ihrem nunmehr beauftragten Anwalt wiederum Gebühren für die Bearbeitung des Mandates zu zahlen hat, die – Abweichendes hat der Beklagte nicht vorgetragen – nicht deshalb geringer ausfallen, weil bereits eine teilweise Bearbeitung des Mandates durch den Beklagten stattgefunden hat.

[41] 4. Die prozessualen Nebenentscheidungen ergeben sich hinsichtlich der Kosten aus §§ 92 Abs. 2, 101 Abs. 1, 516 Abs. 3 ZPO und hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit

aus §§ 708 Nr. 10 S. 1, 711 ZPO. Die Revision war – beschränkt auf den Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Schadensersatz für immaterielle Schäden aus der verzögerten Datenauskunft – zuzulassen, da die Frage, ob allein eine solche verzögerte Datenauskunft einen Anspruch nach Art. 82 DSGVO auslösen kann, höchstrichterlich nicht geklärt und von grundsätzlicher Bedeutung ist.

[42] (...)

Wiedereinsetzung

- Elektronisches Anwaltspostfach
 - Eingang bei Gericht
 - Empfangs-Intermediär
- (BGH, Beschl. v. 30.11.2022 – IV ZB 17/22)

Leitsätze

1. Ein über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) eingereichtes elektronisches Dokument ist erst dann gemäß § 130a Abs. 5 Satz 1 ZPO wirksam bei dem zuständigen Gericht eingegangen, wenn es auf dem gerade für dieses Gericht eingerichteten Empfänger-Intermediär im Netzwerk für das elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) gespeichert worden ist.
2. An die anwaltlichen Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Übermittlung von fristgebundenen Schriftsätzen per beA sind keine geringeren Anforderungen zu stellen als bei der Übermittlung von Schriftsätzen per Telefax (hier: Übermittlung der Berufungsbegründung an falschen Empfänger).

Zum Sachverhalt:

[1] I. Der Kläger wendet sich mit seiner Rechtsbeschwerde dagegen, dass das Berufungsgericht seine Berufung wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist als unzulässig verworfen hat. Hilfsweise erstrebt der Kläger die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

[2] Er legte gegen das am 30. Juni 2021 seinem Prozessbevollmächtigten zugestellte Urteil des Landgerichts fristgerecht Berufung ein. Die Frist zur Begründung der Berufung wurde bis zum 30. September 2021 verlängert. Am 29. September 2021 übermittelte der Klägervertreter die Berufungsbegründungsschrift über das besondere elektronische Anwaltspostfach (im Folgenden: beA) versehentlich an das elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (im Folgenden: EGVP) des Landgerichts. Am 11. Oktober 2021 wurde von dort aus die Berufungsbegründung an das Berufungsgericht weitergeleitet.

[3] Der Kläger hat mit am 12. Oktober 2021 beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beantragt und zur Begründung ausgeführt, die komplette Fristenkontrolle einschließlich der Ausgangskontrolle erfolge in seiner Einzelkanzlei ausschließlich durch ihn. Er habe hinsichtlich der Berufungsbegründung kontrolliert, ob und wann das Dokument übermittelt worden sei. Es sei ihm nicht aufgefallen, dass der falsche Empfänger angegeben worden sei, weil er geglaubt habe, den richtigen Empfänger angeklickt zu haben.

[4] II. Das Berufungsgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung des Klägers als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Eingang der Berufungsbegründung in der elektronischen Eingangseinrichtung des Landgerichts stelle nicht zugleich einen Eingang beim Berufungsgericht dar. Den Klägervertreter treffe ein dem Kläger nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnendes Verschulden, weil er seinen Kontrollpflichten bezogen auf die Durchsicht des ihm übersandten Übermittlungsprotokolls nicht gerecht geworden sei, indem er es unterlassen habe zu überprüfen, ob der Schriftsatz an das richtige Gericht übermittelt worden ist. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand komme auch nicht ausnahmsweise deshalb in Betracht, weil das Verschulden nicht kausal für die Fristversäumung sei. Das Landgericht sei nur gehalten gewesen, den falsch adressierten Schriftsatz im ordentlichen Geschäftsgang weiterzuleiten. Mit Blick auf die am nächsten Tag ablaufende Frist zur Begründung des Rechtsmittels habe der Kläger nicht erwarten können, dass der Schriftsatz in dieser kurzen Zeitspanne an das Berufungsgericht weitergeleitet werde.

Aus den Gründen:

[5] III. 1. Die Rechtsbeschwerde ist zwar nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthaft. Sie ist aber im Übrigen nicht zulässig, da es an den Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO fehlt. Die Ablehnung der Wiedereinsetzung und die Verwerfung der Berufung als unzulässig verletzen weder den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) noch auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG). Eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 ZPO) oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) erforderlich.

[6] 2. Das Berufungsgericht hat zu Recht die Berufung des Klägers als unzulässig verworfen, weil es ohne Rechtsfehler die Frist zur Begründung des Rechtsmittels als versäumt erachtet und das Vorliegen eines Wiedereinsetzungsgrundes nicht als ausreichend angelegt angesehen hat.

[7] a) Bis zum Ablauf der bis zum 30. September 2021 verlängerten Frist ist keine Berufungsbegründung beim Berufungsgericht eingegangen. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist die Frist nicht durch die Übersendung an das EGVP des Landgerichts gewahrt worden.

[8] Ein über das beA eingereichtes elektronisches Dokument ist erst dann gemäß § 130a Abs. 5 Satz 1 ZPO wirksam bei dem zuständigen Gericht eingegangen, wenn es auf dem gerade für dieses Gericht eingerichteten Empfänger-Intermediär im Netzwerk für das EGVP gespeichert worden ist (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Mai 2021 - VIII ZB 9/20, NJW 2021, 2201 Rn. 18). Diese Voraussetzung ist mit der Übermittlung der Berufungsbegründung an das EGVP des Landgerichts nicht erfüllt. Denn hierbei handelt es sich nicht um die für den Empfang der Berufungsbegründung bestimmte Einrichtung des Berufungsgerichts nach § 130a Abs. 5 Satz 1 ZPO. Hieran ändert entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nichts, dass ausweislich der vom Kläger vorgelegten Stellungnahme des Ministeriums der Justiz des Saarlandes vom 15. November 2021 dieses Bundesland sowohl für das Landgericht als auch für das Berufungsgericht als Intermediär die Dienste des Landesbetriebs Information und Technik Nordrhein-Westfalen in Anspruch nimmt. Denn Landgericht und Berufungsgericht unterhalten dort kein gemeinsames EGVP. Vielmehr ist - wie der Kläger durch die Bezugnahme auf die Stellungnahme der Justizverwaltung selbst vorträgt - durch die Einrichtung separater Posteingangsschnittstellen sichergestellt, dass der "Client" eines Gerichts jeweils nur auf die an dieses Gericht adressierten Nachrichten zugreifen kann. Insbesondere führt - anders als die Rechtsbeschwerde meint - die Beauftragung eines identischen Dienstleisters für den Betrieb der jeweiligen Elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfächer nicht dazu, dass der Eingang in dem EGVP eines beliebigen anderen Gerichts die Anforderungen an einen wirksamen Zugang nach § 130a Abs. 5 Satz 1 ZPO auch für das Gericht erfüllt, in dessen EGVP das elektronisch übersandte Dokument eigentlich hätte eingehen müssen.

[9] b) Der Kläger war nicht ohne Verschulden im Sinne von § 233 Satz 1 ZPO verhindert, die Frist zur Begründung der Berufung einzuhalten; er muss sich insoweit das Verschulden seines Prozessbevollmächtigten zurechnen lassen (§ 85 Abs. 2 ZPO).

[10] aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat ein Rechtsanwalt durch organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig gefertigt wird und innerhalb der laufenden Frist beim zuständigen Gericht eingeht (vgl. Senatsbeschluss vom 15. Juni 2022 - IV ZB 30/21 juris Rn. 8, BGH, Beschluss vom 11. Mai 2021 - VIII ZB 9/20, NJW 2021, 2201 Rn. 44

m.w.N.). Die anwaltlichen Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Übermittlung von fristgebundenen Schriftsätzen per beA entsprechen dabei denjenigen bei Übersendung von Schriftsätzen per Telefax (BGH, Beschluss vom 14. Februar 2022 - VIa ZB 6/21 juris Rn. 10). Auch bei der Nutzung des beA ist es deshalb unerlässlich, den Versandvorgang zu überprüfen (BGH, Beschluss vom 11. Mai 2021 - VIII ZB 9/20, NJW 2021, 2201 Rn. 21 m.w.N.). Aus diesem Grund umfassen die Kontrollpflichten auch die Überprüfung der nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO übermittelten automatisierten Bestätigung, ob die Rechtsmittelschrift an das richtige Gericht übermittelt worden ist (vgl. zur Pflicht einer Überprüfung des Sendeprotokolls hinsichtlich des richtigen Empfängers nach Übersendung per Telefax BGH, Beschluss vom 11. Mai 2021 aaO Rn. 46, BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2017 - XI ZB 16/17, FamRZ 2018, 610 Rn. 7). Diese Sorgfaltsanforderungen hat der Rechtsanwalt selbst zu erfüllen, wenn er - wie hier - persönlich die Versendung der fristwährenden Schriftsätze übernimmt (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Februar 2016 - VII ZB 36/15, NJW 2016, 1740 Rn. 9 m.w.N.).

[11] bb) Gemessen hieran konnte das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei davon ausgehen, dass der Klägervertreter nicht ohne sein Verschulden gehindert war, die Frist zur Begründung der Berufung einzuhalten. Aus dem Vortrag des Klägers anlässlich der Begründung seines Wiedereinsetzungsantrags ergibt sich, dass der Klägervertreter in der festen Überzeugung, die Übersendung an das richtige Gericht veranlasst zu haben, seine Überprüfung der automatisierten Bestätigung darauf beschränkt hat, ob der Sendevorgang als solcher erfolgreich war und wann die Übersendung erfolgt ist. Damit aber ist die Überprüfung, die sich nach dem zuvor Gesagten gerade auch darauf erstrecken muss, ob die Übermittlung an das richtige Gericht erfolgt ist, unvollständig geblieben.

[12] Soweit die Rechtsbeschwerde ausführt, einem Verschulden des Klägervertreter stehe eine "kognitive Verzerrung ohne zurechenbaren Sorgfaltsverstoß" entgegen, setzt sie sich in Widerspruch zu dem in der Vorinstanz gehaltenen Vortrag des Rechtsbeschwerdeführers, wonach der Klägervertreter zum Zeitpunkt der Versendung der Berufungsbegründung in seiner Fähigkeit zu "konzentrierter Arbeit ... nicht eingeschränkt war" und "weder entsprechende Beschwerden gehabt" hatte noch "in Behandlung bei einem Arzt" war (Schriftsatz vom 12. Oktober 2021). Mit Blick auf diese Ausführungen konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler davon ausgehen, dass es dem Klägervertreter ohne weiteres möglich war, die in der zweiten Zeile der automatisierten Bestätigung enthaltene Empfängerbezeichnung zu kontrollieren.

[13] Der von der Rechtsbeschwerde in diesem Zusammenhang geltend gemachte Gehörsverstoß besteht schon deshalb nicht,

weil sich das Berufungsgericht mit dieser Frage auseinandergesetzt hat. Von einer weiteren Begründung hinsichtlich des hier geltend gemachten Verfahrensmangels wird gemäß §§ 577 Abs. 6 Satz 2, 564 Satz 1 ZPO abgesehen.

[14] c) Keinen rechtlichen Bedenken begegnet schließlich die Annahme des Berufungsgerichts, es sei nicht auszuschließen, dass die Verletzung der Kontrollpflichten des Klägersvertreters ursächlich für die Versäumung der Frist zur Begründung der Berufung war.

[15] Richtig ist insoweit der rechtliche Ansatzpunkt des Berufungsgerichts, dass eine Wiedereinsetzung schon dann nicht in Betracht kommt, wenn die Möglichkeit besteht, dass die Versäumung der Frist auf dem festgestellten Verschulden beruht (BGH, Beschluss vom 9. Mai 2019 - IX ZB 6/18, NJW 2019, 2028 Rn. 16). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wirkt sich - auch hiervon geht das Berufungsgericht zutreffend aus - im Fall der irrtümlichen Übermittlung der Rechtsmittelbegründung an das erstinstanzliche Gericht ein Verschulden einer Partei oder ihres Verfahrensbevollmächtigten dann nicht mehr aus, wenn der die Rechtsmittelbegründung enthaltende Schriftsatz so zeitig eingeht, dass die fristgerechte Weiterleitung an das Rechtsmittelgericht im ordentlichen Geschäftsgang ohne weiteres erwartet werden kann (BGH, Beschlüsse vom 23. Mai 2012 - XII ZB 375/11, NJW 2012, 2814 Rn. 26; vom 6. November 2011 - IX ZB 208/06, NJW-RR 2009, 344 Rn. 7).

[16] Wenn das Berufungsgericht auf dieser Grundlage davon ausgeht, dass der Kläger für die nur einen Tag vor Fristablauf im EGVP eines unzuständigen Gerichts eingehende Rechtsmittelbegründung nicht habe erwarten können, das Landgericht werde den Schriftsatz rechtzeitig an das Berufungsgericht weiterleiten, lässt dies keine Rechtsfehler erkennen. Fragen grundsätzlicher Bedeutung stellen sich für diese Erwägungen des Berufungsgerichts im Einzelfall entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht.

Steuerberaterhaftung

- Lohnbuchhaltung
- Fehlende Befreiung von Krankenversicherungspflicht
- Schaden
- Mitverschulden

(LG Lüneburg, Urt. v. 8.9.2022 – 6 O 80/22)

Leitsatz (der Redaktion)

1. Der mit der Lohnbuchhaltung beauftragte Steuerberater hat zu prüfen, ob für Arbeitnehmer eine Befreiung von der Versicherungspflicht in Betracht kommt, wenn Beiträge nicht abgeführt werden.
2. Erhält der Steuerberater eine deutliche Anweisung hinsichtlich der sozialversicherungsrechtlichen Behandlung eines Arbeitnehmers, begründet dies ein Mitverschulden des Mandanten.

Zum Sachverhalt:

[1] Der Kläger begehrt Schadensersatz aus einem Steuerberatervertrag.

[2] Der Kläger ist ein gemeinnütziger und mildtätiger Verein im Bereich der Sterbe- und Trauerbegleitung. Die beklagte Kanzlei führte für den Kläger in den Jahren 2008 bis 2018 die Buchhaltung einschließlich der Lohnbuchhaltung. Darüber hinaus war die Beklagte mit der Erstellung von Jahresabschlüssen und der Beantragung der Befreiung von der Körperschaftsteuer beauftragt. Ein Mandat zur sozialversicherungsrechtlichen Beratung bestand nicht. Die Leiterin des Klägers, ..., setzte die Beklagte mit E-Mail vom 19.06.2017 unter Beifügung entsprechender Unterlagen darüber in Kenntnis, dass zum 01.06.2017 ... die Tochter der Leiterin, als neue Mitarbeiterin ihre Tätigkeit als Sozialarbeiterin bei der Klägerin begonnen habe. Die Zeugin ... war bereits zuvor als freiberufliche Studentin bei der Klägerin tätig. Die Leiterin der Klägerin erklärte gegenüber der Beklagten bezüglich der sozialversicherungsrechtlichen Behandlung:

[3] „Krankenkasse: privat: Signal Iduna -> Bitte Abrechnung des AG-Anteils (Beleg folgt).“

[4] Die Beklagte rechnete die Zeugin ... daraufhin als von der Krankenversicherungspflicht befreit ab. Auf Grund dessen wurden keine Beträge an die gesetzliche Krankenkasse abgeführt. Am 15.08.2018 fand eine Betriebsprüfung des Klägers bei der Beklagten statt. Mit Bescheid vom 07.11.2018 setzte die Deutsche Rentenversicherung eine sich aus der Betriebsprüfung ergebende Nachforderung bzgl. der Mitarbeiterin ... in Höhe von insgesamt 5.037,44 € (davon 534,00 € Säumniszuschlag) gegen den Kläger fest. Zudem zog die zuständige

Einzugsstelle (Techniker Krankenkasse) die Nachforderung der Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung für die Monate Januar bis Dezember 2018 in Höhe von 10.072,69 € vom Bankkonto des Klägers ein. Weiterhin zahlte der Kläger für die Mitarbeiterin ... für die Zeit von Juni 2017 bis November 2019 Zuschussbeiträge zur privaten Kranken- und Pflegeversicherung in Höhe von monatlich 234,65 €. Diese Beiträge konnte der Kläger gegenüber der Mitarbeiterin wegen § 28g SGB IV nicht mehr geltend machen. Von Oktober 2018 bis Januar 2019 leistete die Mitarbeiterin doppelte Beitragszahlungen an die Krankenversicherungen, wobei auf die private Krankenversicherung ein Betrag in Höhe von 1.893,48 € entfiel.

[5] Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagte habe ihre Hinweispflichten verletzt. Sie habe auf die Notwendigkeit anwaltlicher Beratung hinweisen müssen. Der Beklagten habe bereits anhand der Umstände auffallen müssen, dass eine Befreiung von der Krankenversicherungspflicht fehlerhaft sei.

[6-10] (Anträge: ...)

[11] Die Beklagte ist der Ansicht, die Anweisung der ... sei eindeutig gewesen. Hierüber habe sie sich nicht hinwegsetzen dürfen. Ein konkreter Anlass für einen Hinweis auf eine anwaltliche Beratung habe sich für die Beklagte gerade nicht ergeben.

Aus den Gründen:

[12] Die zulässige Klage ist teilweise begründet.

I.

1.

[13] Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 5.985,89 € gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.

a.

[14] Die Beklagte hat ihre Schutzpflichten aus dem Steuerberatungsverhältnis mit dem Kläger verletzt.

[15] Im Rahmen seines Auftrags hat der Steuerberater seinen Mandanten, von dessen Belehrungsbedürftigkeit er grundsätzlich auszugehen hat, umfassend zu beraten und ungefragt über alle bedeutsamen steuerlichen Einzelheiten und deren Folgen zu unterrichten (BGH, Urte. v. 18. Dezember 1997 - IX ZR 153/96, WM 1998, 301,302; v. 23. Januar 2003 - IX ZR 180/01, WM 2003, 936, 937). Insbesondere muss der Steuerberater seinen Auftraggeber möglichst vor Schaden bewahren; deshalb muss er den nach den Umständen sichersten Weg zu dem erstrebten steuerlichen Ziel aufzeigen und sachgerechte Vorschläge zu dessen Verwirklichung unterbreiten (BGHZ 129,

386, 396; BGH, Urte. v. 18. Dezember 1997 aaO S. 302).

[16] Er kann gegen seine vertragliche **Schadensverhütungspflicht** verstoßen, wenn er - wie hier - die Lohnabrechnung und **Lohnkontenführung** übernommen hat und auf der von ihm erarbeiteten Grundlage Beiträge zur Sozialversicherung irrtümlich nicht abgeführt, sondern an den Beschäftigten ausbezahlt werden. Nach § 33 Satz 2 StBerG kann zum geschuldeten Gegenstand der steuerlichen Beratung auch die Hilfeleistung bei der Erfüllung von Buchführungspflichten gemacht werden, die aufgrund von Steuergesetzen bestehen. Nach der hieran anknüpfenden Gebührenvorschrift des § 34 Abs. 5 StBGebV erhält der Steuerberater für die Hilfeleistung bei sonstigen Tätigkeiten "im Zusammenhang mit dem Lohnsteuerabzug und der Lohnbuchführung" die Zeitgebühr. Aus der Umschreibung dieses Gebührentatbestandes sowie aus § 57 Abs. 3 Nr. 3 StBerG, der es mit dem Beruf eines Steuerberaters ausdrücklich für vereinbar erklärt, eine wirtschaftsberatende, gutachterliche oder treuhänderische Tätigkeit vorzunehmen sowie Bescheinigungen über die Beachtung steuerrechtlicher Vorschriften zu erteilen, wird vielfach geschlossen, dass sich die dem Steuerberater übertragene Lohnbuchhaltung nicht auf die steuerliche Lohnabrechnung und die Führung des Lohnkontos zu beschränken braucht, sondern daneben auch die Berechnung der Sozialversicherungsabzüge erfassen kann (vgl. Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung 3. Aufl. Rn. 311; Gehre, Steuerberatungsgesetz 4. Aufl. §33 Rn. 8, §57 Rn. 106).

[17] Es ist mittlerweile anerkannt, dass ein steuerlicher Berater, der im Auftrag des Arbeitgebers die Lohnabrechnung besorgt, grundsätzlich auch zu prüfen hat, ob für Arbeitnehmer eine Befreiung von der Versicherungspflicht in Betracht kommt, wenn Beiträge nicht abgeführt werden (s. nur OLG Brandenburg, Urte. v. 7.11.2006 - 6 U 23/06, DStR 2007, 1789 f. = juris Rz. 28; BGH, Urte. v. 23.9.2004 - IX ZR 148/03, MDR 2005, 89). Anderenfalls muss er entweder auf die Abführung der geschuldeten Beiträge hinwirken oder bei Zweifelsfragen die Einschaltung eines in Fragen des Sozialversicherungsrechts besonders ausgewiesenen weiteren Beraters empfehlen (BGH, a.a.O.).

[18] Vorliegend ist ersichtlich beides nicht erfolgt, obwohl ein Tätigwerden der Beklagten angezeigt war. Im Streitfall hat die Beklagte unstreitig weder weitere Informationen von dem Kläger eingeholt, noch eine Empfehlung ausgesprochen, wegen etwaiger sozialversicherungsrechtlicher Fragen den Rat eines Rechtsanwalts einzuholen. Diese hätten sich der Beklagten jedoch aufdrängen müssen. Die vollständige Untätigkeit war mit den von der Beklagten übernommenen Pflichten der Lohnabrechnung und Lohnkontenführung nicht zu vereinbaren.

[19] Angesichts der deutlichen **Unterschreitung der Einkom-**

mensgrenzen hätte die Beklagte die Voraussetzungen der Beitragspflicht zwingend anhand von Belegen prüfen müssen, um die Klägerin vor Schaden zu bewahren. Die hauptberufliche Selbstständigkeit der Mitarbeiterin hat die Beklagte unterstellt, anstatt den Umfang der Selbstständigkeit zu prüfen und sich entsprechend von dem Kläger belegen zu lassen. Es kann angesichts des Schreibens der Beklagten vom 08.10.2018 (Anlage K2) sogar bezweifelt werden, ob überhaupt eine Prüfung stattgefunden hat.

[20] Sofern sich die Beklagte darauf beruft, die Leiterin des Klägers bzw. ihre Tochter und betroffene Mitarbeiterin ... habe sich schlecht durch den gemäß der E-Mail vom 09.10.2018 offenbar eingeschalteten Versicherungsmakler beraten lassen, so greift dieser Umstand nicht durch. Denn dass die Beklagte von diesem Umstand bereits im Zeitpunkt der Fertigung der Lohnabrechnung Kenntnis hatte und auf eine ordnungsgemäße Beratung von Seiten des Versicherungsmaklers vertraute, ist nicht ersichtlich.

[21] Auf dieser Grundlage ist von einer schuldhaften Schlechterfüllung des Steuerberatervertrags auszugehen. Die Beklagte hat den vom Kläger erteilten Weisungen blindlings Folge geleistet und dabei sich aufdrängende Nachteile für den Kläger außer Acht gelassen. Er war vor diesem Hintergrund auch angehalten, den Kläger auf diese Umstände und eine damit verbundene anwaltliche Beratung hinzuweisen.

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

b.

[23] Aus der Pflichtverletzung der Beklagten ist dem Kläger ein Schaden in Höhe von 11.971,77 € entstanden.

[24] Dieser setzt sich wie folgt zusammen:

(1)

[25] Dem Kläger ist ein Schaden in Höhe der **Hälfte** der mit Bescheid der Deutschen Rentenversicherung vom 07.11.2018 festgesetzten **Nachforderungsbeträge nebst Säumniszuschlägen** , mithin in Höhe von insgesamt 7.822,07 € entstanden.

[26] Auch wenn es sich um die Arbeitnehmeranteile zur Krankenversicherung handelt, konnten diese gemäß § 28g SGB IV nur durch **Abzug vom Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers** geltend gemacht werden, wobei ein unterbliebener Abzug nur innerhalb der nächsten drei Gehaltszahlungen nachgeholt werden konnte. Dieser Zeitraum war zum Zeitpunkt des Festsetzungsbescheides der Deutschen Rentenversicherung vom 07.11.2018 bereits verstrichen. Die Arbeitnehmeranteile

zur Krankenversicherung konnte der Kläger somit nicht mehr gegenüber ihrer Mitarbeiterin durch entsprechenden Abzug vom Gehalt geltend machen, sodass die Klägerin mit den unterbliebenen Abzügen des Arbeitnehmeranteils belastet blieb. Es handelt sich hierbei jeweils um die Hälfte der im Rückforderungsbescheid festgesetzten Beträge in Höhe von 4.503,44 € für das Jahr 2017 und 10.072,69 € für das Jahr 2018 mithin um einen Schaden in Höhe von insgesamt 7.288,07 €.

[27] Der Kläger kann zudem den festgesetzten Säumniszuschlag in Höhe von 534,00 € von der Beklagten ersetzt verlangen, da er sich gegenüber der Deutschen Rentenversicherung das Fehlverhalten der Beklagten gemäß § 278 BGB zurechnen lassen muss.

(2)

[28] Dem Kläger ist weiterhin ein Schaden in Höhe von 160,65 € für die Einholung eines **steuerlichen Wertgutachtens** entstanden.

[29] Diese war vorliegend zweckmäßig. Grundsätzlich hat die Beklagte den gesamten durch die pflichtwidrige Handlung adäquat verursachten Schaden der Klägerin zu tragen. Bildet - wie hier - eine Vermögensverletzung den Haftungsgrund, sind diejenigen adäquat verursachten Rechtsverfolgungskosten zu ersetzen, die aus Sicht des Schadensersatzgläubigers zur Wahrnehmung und Durchsetzung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 249/02, WM 2004, 475, 478 unter cc). Dazu können selbst die Kosten eines objektiv unberechtigten Rechtsstreits gehören, falls der Geschädigte ihn vernünftigerweise für erforderlich halten durfte, um den Schaden abzuwenden oder gering zu halten (BGH, Urteil vom 14. Juni 2012 - IX ZR 145/11, BGHZ 193, 297 Rn. 48). **Im Streitfall war die Beauftragung der Steuerberaterin zweckmäßig, um den Umfang des Schadens zu ermitteln und auf dieser Grundlage zunächst eine gütliche Einigung mit den Beklagten zu ersuchen.** Die hierfür entstandenen Kosten stehen auch nicht außer Verhältnis zum hiesigen Streitgegenstand. Sie sind als sachgerechte Aufwendungen der Rechtsverfolgung von der Beklagten zu erstatten.

(3)

[30] Dem Kläger ist weiterhin ein Schaden in Höhe der festgesetzten **Zuschussbeiträge zur privaten Krankenversicherung** in Höhe von 3.989,05 € entstanden.

[31] Aus der diesbezüglich vorgelegten Anlage K6 ergibt sich, dass der Kläger für die Zeit ab Juni 2017 bis Oktober 2018, mithin für 17 Monate einen monatlichen Zuschussbeitrag in Höhe von 234,65 € zu zahlen hatte. Auch hierbei handelt es

sich um nachträglich festgesetzte Kosten, die der Kläger unstreitig gegenüber der Mitarbeiterin nicht mehr nachträglich abrechnen konnte. Es wird insoweit auf Ziffer (1) verwiesen.

c.

[32] Die Pflichtverletzung war auch kausal für den eingetretenen Schaden.

[33] Im Rahmen von Verträgen mit rechtlichen oder steuerlichen Beratern gilt die Vermutung, dass der Mandant beratungsgemäß gehandelt hätte, wenn im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte Entschließung des zutreffend unterrichteten Mandanten mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre. Voraussetzung sind danach tatsächliche Feststellungen, die im Falle sachgerechter Aufklärung durch den Berater aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahegelegt hätten (BGH, Urteil vom 16. Juli 2015 - IX ZR 197/14, WM 2015, 1622 Rn. 25). Vorliegend wäre zu erwarten gewesen, dass sich der Kläger bei einem Anwalt rückversichert hätte und der Fehler aufgedeckt worden wäre. Dass dieser Umstand unterblieb, führte letztlich dazu, dass die Versicherungsfreiheit für die Mitarbeiter fälschlicherweise über einen erheblichen Zeitraum angenommen und gelebt wurde.

d.

[34] Der Kläger muss sich jedoch ein **hälftiges Mitverschulden** seiner Leiterin nach § 254 BGB zurechnen lassen.

[35] Es ist Aufgabe des Auftraggebers, den Steuerberater wahrheitsgemäß und vollständig über den wesentlichen Sachverhalt zu unterrichten (vgl. BGH, Urt. v. 14. November 1996 - IX ZR 215/95, WM 1997, 328, 330; Zugehör, WM Sonderbeilage Nr. 4 zu Heft 42/2000, 1,8, 22).

[36] Die Beklagte hat von dem Kläger eine **deutliche Anweisung** hinsichtlich der sozialversicherungsrechtlichen Behandlung der Mitarbeiterin ... erhalten. Die Erklärung unterliegt der Auslegung. Als empfangsbedürftige Willenserklärung ist sie nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen. **Die Beklagte konnte die Anweisung den Umständen nach nur dahingehend verstehen, dass ausschließlich die Abrechnung des Arbeitgeberanteils erfolgen und die Befreiung von der Krankenversicherungspflicht angenommen werden sollte.** Andernfalls wäre die Anweisung überflüssig gewesen. Es ist mithin irrelevant, dass es der Anweisung an ausdrücklichen Beschränkungen wie „nur“ oder „ausschließlich“ in Bezug auf die Abrechnung mangelte.

[37] Weiterhin ist die Mitarbeiterin des Klägers über einen erheblichen Zeitraum als von der Krankenversicherungspflicht befreit abgerechnet worden. Dies ergab sich auch aus den jeweiligen Lohnabrechnungen, die dieser bzw. der Leiterin des Klägers zur Verfügung standen. **Sofern der Kläger also selbst nicht von einer entsprechenden Befreiung ausgegangen ist, hätte ihm der Fehler anhand der Lohnabrechnungen auffallen können und müssen.**

[38] Zudem hat der Kläger die Beklagte nicht hinreichend auf den Umfang der **Selbstständigkeit der Mitarbeiterin** ... hingewiesen. Dies wäre auch deswegen zu erwarten gewesen, weil die Mitarbeiterin bereits zuvor beim Kläger als freiberufliche Studentin gearbeitet hat, was der Beklagten bekannt war. Eine Klarstellung der nunmehr geänderten Verhältnisse hätte von Seiten des Klägers erfolgen müssen. Die der Beklagten zur Verfügung gestellten Informationen waren mithin nicht vollständig.

[39] Zudem ist unstreitig, dass sich die Leiterin des Klägers bzw. ihre Tochter und betroffene Mitarbeiterin durch einen Versicherungsmakler informieren ließen. Sofern diese Beratung offenbar fehlerhaft erfolgte und den Kläger veranlasste, eine derart deutliche Anweisung gegenüber der Beklagten zu erteilen, vermag dies jedenfalls nicht zu Lasten der Beklagten zu wirken.

e.

[40] Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1, 288 Abs. 2 BGB. Die Beklagte befindet sich mit Ablauf der klägerseits gesetzten Zahlungsfrist bis 30.12.2021 in Verzug.

2.

[41] Der Kläger hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Freistellung gegenüber etwaigen Schadensersatzansprüchen der Mitarbeiterin ... in Höhe von 1.893,48 € durch die Beklagte.

[42] Sofern die Mitarbeiterin ... gegenüber dem Kläger einen Anspruch auf Ersatz ihrer nutzlos aufgewendeten Krankenversicherungsbeiträge zustehen sollte, kann der Kläger diesen jedenfalls nicht gegenüber der Beklagten geltend machen. Ein solcher Schaden beruht nicht auf der Pflichtverletzung der Beklagten.

[43] Der Krankenversicherungsvertrag mit der Signal Iduna datiert vom 01.04.2017. Die vorwerfbare Pflichtverletzung erfolgte jedoch erst mit der entsprechenden Mitteilung über das geänderte Anstellungsverhältnis der Mitarbeiterin an die Beklagte, mithin im Juni 2017. Auf einen früheren Zeitpunkt stellt der Kläger jedenfalls nicht ab. Mit diesem Vertragsschluss ist

die Verpflichtung der Mitarbeiterin zur Zahlung der Beiträge entstanden. Ein Anspruch wegen nutzlos aufgewendeter Krankenversicherungsbeiträge wegen falscher Beratung gegenüber der Beklagten kommt daher nur dann in Betracht, wenn sich der Schaden hierdurch vertieft hat. Da aber der Kläger selbst vorträgt, ein Sonderkündigungsrecht habe für die Mitarbeiterin nicht bestanden und eine ordentliche Kündigung sei erst zum März 2019 möglich gewesen, ist nicht ersichtlich, inwiefern eine auf der Falschberatung durch die Beklagte beruhende Schadensvertiefung stattgefunden hätte. Die Mitarbeiterin hätte die Beiträge ohnehin aufwenden müssen.

[44-47] (...)

Wiedereinsetzung

- Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist
- Vertrauen auf Fristverlängerung
- Keine Angabe von Gründen für Fristverlängerung
(BGH, Beschl. v. 16.11.2021 – VIII ZB 70/20)

Leitsatz

Der Berufungsführer kann sich im Wiedereinsetzungsverfahren nicht mit Erfolg auf sein Vertrauen in die Gewährung einer (erstmaligen) Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist berufen, wenn sein Prozessbevollmächtigter in dem (nicht auf die Einwilligung des Gegners gestützten) Fristverlängerungsantrag keinen Grund für die Notwendigkeit der Fristverlängerung angegeben hat. Vielmehr muss der Prozessbevollmächtigte des Berufungsführers in einem solchen Fall damit rechnen, dass der Vorsitzende des Berufungsgerichts in einem nicht mit erheblichen Gesichtspunkten begründeten Antrag auf Verlängerung der Frist eine Verzögerung des Rechtsstreits sehen und das Gesuch deshalb ablehnen werde (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 7. Oktober 1992 - VIII ZB 28/92, NJW 1993, 134 unter 2 a; BGH, Beschlüsse vom 18. Juli 2007 - IV ZR 132/06, juris Rn. 7 und vom 20. August 2019 - X ZB 13/18, NJW-RR 2019, 1392 Rn. 12).

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung für die Lieferung von Inventar für einen Verkaufsraum, von Baumaterialien und Werkzeugen sowie auf Zahlung einer Software-Wartungspauschale in Anspruch. Auf ihren Antrag hat das Amtsgericht gegen die Beklagte einen Vollstreckungsbescheid erlassen. Das Landgericht hat den Einspruch der Beklagten als unzulässig verworfen. Gegen das dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 11. Mai 2020 zugestellte Urteil des Landgerichts hat die Beklagte fristgerecht Berufung eingelegt. Mit einem am 23. Juni 2020 beim Berufungsgericht eingegangenen

Schriftsatz hat der Prozessbevollmächtigte der Beklagten unter Beifügung der ersten Seite seiner Berufungsschrift angefragt, ob es bereits ein Aktenzeichen gebe. Das Berufungsgericht hat am 3. Juli 2020 ein Schreiben abgesandt, mit welchem den Prozessbevollmächtigten beider Parteien das Aktenzeichen des Berufungsverfahrens mitgeteilt wurde.

[2] Mit Schriftsatz vom 14. Juli 2020, bei dem Berufungsgericht am selben Tag über Telefax eingegangen, hat der Prozessbevollmächtigte der Beklagten um Verlängerung der - am 13. Juli 2020 abgelaufenen - Frist zur Berufungsbegründung bis zum 15. August 2020 wegen Urlaubs vom 13. bis zum 27. Juli 2020 gebeten. Zugleich hat er beantragt, der Beklagten gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Zur Begründung des Wiedereinsetzungsgesuchs hat er ausgeführt, dass nach der Berufungseinlegung mehrfach, unter anderem mit Telefax vom 23. Juni und 10. Juli 2020, um Mitteilung des Aktenzeichens des Berufungsgerichts gebeten worden sei. Bis zum Urlaubsantritt am 13. Juli 2020 sei ein Eingangsvermerk oder Aktenzeichen indes nicht mitgeteilt worden. Das Schreiben des Berufungsgerichts vom 3. Juli 2020 sei erst am 14. Juli 2020 eingegangen, da es vom Berufungsgericht offenbar versehentlich an eine Anwaltskanzlei in A. geleitet worden sei, die es nach dem dort am 8. Juli 2020 erfolgten Eingang per Post weitergeleitet habe.

[3] Mit Beschluss vom 20. Juli 2020 hat das Berufungsgericht darauf hingewiesen, dass es beabsichtige, den Wiedereinsetzungs- und den Fristverlängerungsantrag abzulehnen und die Berufung als unzulässig zu verwerfen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass eine rechtzeitige Berufungsbegründung nicht vorliege, der Fristverlängerungsantrag mittels Telefax erst am 14. Juli 2020 und damit nach Ablauf der ursprünglichen Berufungsbegründungsfrist eingegangen und die von der Beklagten mit einer fehlenden Kenntnis vom Aktenzeichen des Berufungsgerichts begründete Fristversäumnis nicht unverschuldet sei.

[4] Mit dem - bei dem Berufungsgericht am selben Tag über Telefax eingegangenen - Schriftsatz vom 27. Juli 2020 hat der Prozessbevollmächtigte der Beklagten weiter zu seinem Wiedereinsetzungsantrag vorgetragen: Die Angelegenheit habe erst nach der heutigen Urlaubsrückkehr des Prozessbevollmächtigten und der Kanzleimitarbeiterin aufgeklärt werden können. Am 10. Juli 2020 - einem Freitag - sei neben der Bitte um Mitteilung des Aktenzeichens vorsorglich auch ein Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist gestellt worden. Die mit der Versendung beider Schriftsätze mittels Telefax betraute Kanzleimitarbeiterin habe lediglich das Gesuch um Übermittlung des Aktenzeichens gefaxt, nicht aber den Fristverlängerungsantrag. Gleichwohl habe sie dem Prozessbevollmächtigten, der das Büro am Mittag bereits verlassen gehabt

habe, die Erledigung der Aufträge telefonisch bestätigt, die verlängerte Berufungsbegründungsfrist eingetragen und die - ursprüngliche - Berufungsbegründungsfrist gestrichen. Der Prozessbevollmächtigte hat beantragt, Wiedereinsetzung zu gewähren und die Berufungsbegründungsfrist bis zum 15. August 2020 zu verlängern. "Vorsorglich" hat er Ausführungen zur Begründung der Berufung gemacht und eine weitere Begründung nach Verlängerung der Frist angekündigt. Der dem Schriftsatz vom 27. Juli 2020 in Kopie beigefügte Fristverlängerungsantrag vom 10. Juli 2020 nennt im Rubrum die Parteien mit dem Zusatz "-Berufung-" und umfasst lediglich den Satz:

"wird vorsorglich um Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 15.08.2020 gebeten."

[5] Das Berufungsgericht hat den Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist abgelehnt, das Wiedereinsetzungsgesuch zurückgewiesen und die Berufung der Beklagten als unzulässig verworfen. Zur Begründung seiner Entscheidung hat es - soweit im Rechtsbeschwerdeverfahren von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:

[6] Die Beklagte habe die Berufung nicht fristgemäß begründet; die mit Telefax vom 27. Juli 2020 übersandte Berufungsbegründung sei erst nach Ablauf der Begründungsfrist eingegangen. Raum für eine Fristverlängerung bestehe nicht. Der Verlängerungsantrag sei mittels Telefax am 14. Juli 2020 und damit erst nach Fristablauf eingegangen; er müsse jedoch vor Fristablauf gestellt werden.

[7] Der Antrag auf Wiedereinsetzung sei zwar zulässig, aber unbegründet. Die Beklagte habe die Berufungsbegründungsfrist schuldhaft versäumt, wobei ihr das anwaltliche Verschulden nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen sei. Das Vorbringen aus dem Schriftsatz vom 27. Juli 2020 rechtfertige eine Wiedereinsetzung nicht. Zwar sei noch ausreichend dargelegt und glaubhaft gemacht, dass der Prozessbevollmächtigte die gut geschulte, zuverlässige und entsprechend überwachte Kanzleimitarbeiterin mit der Übersendung des Schreibens vom 10. Juli 2020 betraut habe. Gleichwohl sei der Antrag unbegründet. Zu einem begründeten Wiedereinsetzungsantrag habe auch die Darlegung gehört, dass die versäumte Handlung für die Beklagte den gewünschten und beantragten Erfolg gehabt hätte, vorliegend also die Berufungsbegründungsfrist auf das Schreiben vom 10. Juli 2020 antragsgemäß verlängert worden wäre. Hieran fehle es. Erhebliche Gründe seien nicht dargelegt, da der Fristverlängerungsantrag keinerlei Begründung enthalte. Dass die Fristverlängerung wegen eines Urlaubs beantragt worden sei, ergebe sich erst aus dem außerhalb der Frist eingegangenen Schriftsatz vom 14. Juli 2020. Auch hätte die Fristverlängerung den Rechtsstreit um mindestens einen Monat verzögert. Da der Antrag keine Begründung enthalte, habe

der Prozessbevollmächtigte nicht darauf vertrauen dürfen, dass der Vorsitzende eine Verzögerung des Rechtsstreits nicht annehmen werde.

[8] Dagegen wendet sich die Beklagte mit der Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen:

[9] Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 238 Abs. 2 Satz 1, § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthafte und auch den Form- und Fristanforderungen genügende Rechtsbeschwerde der Beklagten ist unzulässig. Denn die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO, die auch bei der Rechtsbeschwerde gegen einen die Wiedereinsetzung ablehnenden und die Berufung als unzulässig verwerfenden Beschluss gewahrt sein müssen (vgl. Senatsbeschlüsse vom 20. März 2018 - VIII ZB 31/17, juris Rn. 1 [zur Wiedereinsetzung]; vom 14. April 2020 - VIII ZB 27/19, juris Rn. 1 [zur Berufung]; jeweils mwN; vom 11. Mai 2021 - VIII ZB 9/20, NJW 2021, 2201 Rn. 15), sind nicht erfüllt. Die Rechtssache wirft weder entscheidungserhebliche Fragen von grundsätzlicher Bedeutung auf noch erfordert sie eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung.

[10] 1. Insbesondere verletzt der Beschluss des Berufungsgerichts entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht die Beklagte in ihren Ansprüchen auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG iVm dem Rechtsstaatsprinzip) und auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG).

[11] a) Die Verfahrensgrundrechte auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) und auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG iVm dem Rechtsstaatsprinzip) verbieten es den Gerichten, einer Partei die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aufgrund von Anforderungen an die Sorgfaltspflichten ihres Prozessbevollmächtigten zu versagen, die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht verlangt werden beziehungsweise die den Parteien den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren (st. Rspr.; vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 25. August 2015 - 1 BvR 1528/14, juris Rn. 9 ff.; Senatsbeschlüsse vom 16. Januar 2018 - VIII ZB 61/17, NJW 2018, 1022 Rn. 10 f.; vom 4. September 2018 - VIII ZB 70/17, NJW-RR 2018, 1325 Rn. 9; vom 22. Juni 2021 - VIII ZB 56/20, juris Rn. 13; jeweils mwN).

[12] b) Gemessen hieran verletzen die Versagung einer Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsbegründungsfrist und die Verwerfung der Berufung als unzulässig die Beklagte in ihren vorgenannten Verfahrensgrundrechten nicht. Das Berufungsgericht ist im Einklang mit der Rechtsprechung des

Bundesgerichtshofs davon ausgegangen, dass die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist auf einem der Beklagten gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnenden Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten beruht und deshalb die Gewährung einer Wiedereinsetzung nach § 233 Satz 1 ZPO ausscheidet. Die von der Beklagten mit ihrem Wiedereinsetzungsgesuch vorgebrachten Umstände rechtfertigen die Annahme einer unverschuldeten Fristversäumnis nicht.

[13] aa) Soweit die Beklagte den Wiedereinsetzungsantrag vom 14. Juli 2020 zunächst darauf gestützt hat, dass ihrem Prozessbevollmächtigten trotz entsprechender Bitten bis zu dessen Urlaubsantritt am 13. Juli 2020 - dem letzten Tag der ursprünglichen Berufungsbegründungsfrist - das Aktenzeichen des Berufungsgerichts nicht mitgeteilt worden sei, wird die eine Wiedereinsetzung ablehnende Entscheidung des Berufungsgerichts von der Rechtsbeschwerde nicht angefochten. Im Übrigen steht die diesbezügliche Beurteilung des Berufungsgerichts in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Beschluss vom 10. März 2020 - AnwZ (Brfg) 67/19, juris Rn. 6 mwN).

[14] bb) Die Rechtsbeschwerde wendet sich lediglich dagegen, dass das Berufungsgericht das mit Schriftsatz vom 27. Juli 2020 geltend gemachte Wiedereinsetzungsgesuch der Beklagten wegen einer versehentlich unterbliebenen Absendung des Fristverlängerungsantrags ihres Prozessbevollmächtigten vom 10. Juli 2020 zurückgewiesen und die Berufung der Beklagten als unzulässig verworfen hat. Das Berufungsgericht ist insoweit ohne Verletzung von Verfahrensgrundrechten der Beklagten zu der Annahme gelangt, dass die unterbliebene Begründung dieses Verlängerungsantrags der Gewährung einer Wiedereinsetzung in die am 13. Juli 2020 abgelaufene Berufungsbegründungsfrist entgegensteht. Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten konnte sich unter den im Streitfall gegebenen Umständen im Wiedereinsetzungsverfahren nicht auf ein Vertrauen in die Gewährung der Fristverlängerung und damit auf eine unverschuldete Versäumung der Berufungsbegründungsfrist berufen.

[15] (1) Wenn ein Rechtsanwalt erkennt, dass er eine Frist zur Rechtsmittelbegründung nicht einhalten kann, muss er durch einen rechtzeitig gestellten Antrag auf Fristverlängerung dafür Sorge tragen, dass ein Wiedereinsetzungsgesuch gar nicht erst notwendig wird. Die Verlängerung der Rechtsmittelbegründungsfrist und die Wiedereinsetzung in eine solche Frist sind nicht zwei gleichrangige Möglichkeiten, zwischen denen ein Rechtsanwalt im Verhinderungsfall wählen könnte (vgl. BGH, Beschlüsse vom 31. März 2010 - XII ZB 166/09, FamRZ 2010, 879 Rn. 15; vom 1. Juli 2013 - VI ZB 18/12, NJW 2013, 3181 Rn. 9; vom 27. Mai 2021 - III ZB 64/20, NJW-RR 2021, 1143 Rn. 10; jeweils mwN).

[16] Nach § 520 Abs. 2 Satz 3 ZPO kann die Frist zur Berufungsbegründung ohne Einwilligung des Gegners - auf diese hat sich die Beklagte im Streitfall nicht berufen - auf Antrag um bis zu einem Monat verlängert werden, wenn nach freier Überzeugung des Vorsitzenden der Rechtsstreit durch die Verlängerung nicht verzögert wird oder wenn der Berufungskläger erhebliche Gründe darlegt. Zwar muss ein Berufungsführer grundsätzlich damit rechnen, dass der Vorsitzende des Berufungsgerichts in Ausübung seines pflichtgemäßen Ermessens eine beantragte Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist versagt. **Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf er jedoch im Allgemeinen darauf vertrauen, dass einem ersten Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist entsprochen wird, wenn dieser auf erhebliche Gründe im Sinne des § 520 Abs. 2 Satz 3 ZPO gestützt wird** (st. Rspr.; siehe nur BGH, Beschlüsse vom 26. Januar 2017 - IX ZB 34/16, NJW-RR 2017, 564 Rn. 10; vom 22. Juni 2021 - VIII ZB 56/20, juris Rn. 23). Das setzt zunächst die Zulässigkeit und weiter die Vollständigkeit des Fristverlängerungsantrags voraus (vgl. § 520 Abs. 2 Satz 2 ZPO BGH, Beschlüsse vom 26. Juli 2012 - III ZB 57/11, NJW-RR 2012, 1462 Rn. 14; vom 1. Juli 2013 - VI ZB 18/12, NJW 2013, 3181 Rn. 25; siehe auch Senatsbeschluss vom 16. Januar 2018 - VIII ZB 61/17, NJW 2018, 1022 Rn. 14 f. [zur Dauer der Fristverlängerung]). **Hierzu gehört auch die Darlegung eines erheblichen Grunds für die Notwendigkeit der Fristverlängerung, an die bei einem ersten Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist keine hohen Anforderungen gestellt werden dürfen** (Senatsbeschluss vom 9. Mai 2017 - VIII ZB 69/16, NJW 2017, 2041 Rn. 12 mwN). **Insoweit reicht der bloße Hinweis auf einen als erheblichen anerkannten Grund aus, ohne dass es einer weiteren Substantiierung bedarf** (vgl. Senatsbeschlüsse vom 9. Mai 2017 - VIII ZB 69/16, aaO Rn. 13 und 17 f.; vom 22. Juni 2021 - VIII ZB 56/20, aaO).

[17] Sind diese Voraussetzungen gegeben, kann sich der Berufungsführer im Wiedereinsetzungsverfahren mit Erfolg auf sein Vertrauen in die Fristverlängerung berufen, da er deren Bewilligung mit großer Wahrscheinlichkeit erwarten konnte (vgl. Senatsbeschluss vom 9. Mai 2017 - VIII ZB 69/16, aaO Rn. 11 f.). Hierfür ist nicht erforderlich, dass er sich innerhalb der noch laufenden (nicht verlängerten) Berufungsbegründungsfrist durch Nachfrage beim Berufungsgericht über eine Verlängerung der Frist erkundigt hat (Senatsbeschlüsse vom 11. November 1998 - VIII ZB 24/98, NJW 1999, 430 unter II 1 c; vom 9. Mai 2017 - VIII ZB 69/16, aaO Rn. 19 mwN; vom 22. Juni 2021 - VIII ZB 56/20, aaO Rn. 32 ff. mwN).

[18] (2) Nach diesem Maßstab konnte der Prozessbevollmächtigte der Beklagten nicht damit rechnen, dass seinem - vermeintlich eingereichten - Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist stattgegeben werde. Denn er hat, wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat, in seinem An-

trag einen erheblichen Grund für die Gewährung einer Fristverlängerung nicht dargelegt. Vielmehr entbehrt der mit dem Wiedereinsetzungsantrag eingereichte Schriftsatz vom 10. Juli 2020, mit dem der Prozessbevollmächtigte der Beklagten eine Fristverlängerung hat erreichen wollen, jeglicher Begründung zur Notwendigkeit einer Fristverlängerung und genügt selbst der niedrigen Schwelle der Anforderungen nicht, welche die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an die Darlegung eines erheblichen Grundes im Sinne von § 520 Abs. 2 Satz 3 ZPO stellt. Somit musste der Prozessbevollmächtigte der Beklagten damit rechnen, dass der Senatsvorsitzende in einem nicht mit erheblichen Gesichtspunkten begründeten Antrag auf Verlängerung der Frist eine Verzögerung des Rechtsstreits sehen und das Gesuch deshalb ablehnen werde (vgl. BGH, Beschlüsse vom 20. August 2019 - X ZB 13/18, NJW-RR 2019, 1392 Rn. 12; vom 18. Juli 2007 - IV ZR 132/06, juris Rn. 7; siehe auch Senatsbeschluss vom 7. Oktober 1992 - VIII ZB 28/92, NJW 1993, 134 unter [III] 2 a).

[19] Darauf, ob der - nach dem Vorbringen im Wiedereinsetzungsverfahren versehentlich nicht eingereichte - Fristverlängerungsantrag vom 10. Juli 2020 tatsächlich wegen einer Arbeitsüberlastung des Prozessbevollmächtigten oder wegen seiner Urlaubsabwesenheit gerechtfertigt gewesen wäre, kommt es nicht an (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Juli 2007 - IV ZR 132/06, aaO). Beide Umstände zählen zwar zu den als erheblich im Sinne von § 520 Abs. 2 Satz 3 ZPO anerkannten Gründen (Senatsbeschlüsse vom 10. März 2009 - VIII ZB 55/06, NJW-RR 2009, 933 Rn. 12; vom 9. Mai 2017 - VIII ZB 69/16, NJW 2017, 2041 Rn. 12; jeweils mwN). Indes war weder der Fristverlängerungsantrag hierauf gestützt (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Dezember 1997 - V ZB 26/97, NJW-RR 1998, 573 unter II 2) noch hatte der Prozessbevollmächtigte eine der Erstellung und Einreichung der Berufungsbegründung entgegenstehende Urlaubsabwesenheit oder Arbeitsüberlastung dem Berufungsgericht bis zum Ablauf der am 13. Juli 2020 endenden ursprünglichen Berufungsbegründungsfrist anderweitig bekannt gegeben. Das Berufungsgericht musste auch nicht etwa eine Arbeitsüberlastung des Prozessbevollmächtigten, der einen solchen Verlängerungsantrag stellt, ohne weiteres als Grund des Antrags vermuten (vgl. Senatsbeschluss vom 9. Mai 2017 - VIII ZB 69/16, aaO Rn. 15; siehe auch BGH, Beschluss vom 18. Juli 2007 - IV ZR 132/06, aaO).

[20] Dass in dem nach Fristablauf, aber noch vor Erlass der angegriffenen Entscheidung des Berufungsgerichts eingegangenen Schriftsatz vom 14. Juli 2020 zur Begründung des dort gestellten Wiedereinsetzungs- und Fristverlängerungsantrags nachträglich ein Urlaub des Prozessbevollmächtigten der Beklagten in dem Zeitraum vom 13. bis zum 27. Juli 2020 erwähnt ist, führt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde zu keiner anderen Bewertung. Im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat das Berufungsgericht eine

Wiedereinsetzung der Beklagten in die versäumte Berufungsbegründungsfrist deshalb versagt, weil sich ihr Prozessbevollmächtigter mangels Angabe eines Grundes für die Notwendigkeit einer Fristverlängerung in seinem Verlängerungsantrag vom 10. Juli 2020 nicht bis zum Ablauf der Berufungsbegründungsfrist darauf verlassen konnte und durfte, der Vorsitzende werde bei pflichtgemäßer Ausübung seines Ermessens die Fristverlängerung gewähren.

[21] Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf ein Berufungskläger die innerhalb der Berufungsbegründungsfrist beantragte Verlängerung dieser Frist nur dann mit großer Wahrscheinlichkeit erwarten, wenn es sich um einen ersten Verlängerungsantrag handelt und er darin gemäß § 520 Abs. 2 Satz 3 ZPO erhebliche Gründe für die beantragte Verlängerung darlegt (BGH, Beschlüsse vom 20. August 2019 - X ZB 13/18, NJW-RR 2019, 1392 Rn. 12; vom 9. Mai 2017 - VIII ZB 69/16, NJW 2017, 2041 Rn. 12 ff.; vom 14. September 2021 - VI ZB 58/19, juris Rn. 12; jeweils mwN). Eine erst danach erfolgende Darlegung erheblicher Gründe vermag die erforderliche Vertrauensgrundlage nicht nachträglich zu schaffen. Vielmehr muss der Rechtsmittelführer bei einem nicht begründeten Antrag auf Fristverlängerung mit einer Ablehnung seines Antrags rechnen (BGH, Beschluss vom 20. August 2019 - X ZB 13/18, aaO mwN).

[22] Anders als die Rechtsbeschwerde meint, wirft die Sache damit nicht die angeblich klärungsbedürftigen Rechtsfragen auf, ob es für den Erfolg eines Wiedereinsetzungsgesuchs lediglich auf den Grund für den nicht rechtzeitigen Eingang des Fristverlängerungsantrags ankommt oder zusätzlich auf die Einhaltung der formalen Anforderungen eines Fristverlängerungsgesuchs beziehungsweise ob nachträglich nach Fristablauf vorgebrachte erhebliche Gründe für eine Fristverlängerung zu berücksichtigen wären.

[23] (...)

Wiedereinsetzung

- Ausgangskontrolle
- Abgleich der Telefax-Nummer
(BGH, Beschl. v. 21.12.2021 – VI ZB 2/21)

Leitsätze

1. Ein Rechtsanwalt genügt seiner Pflicht zur wirksamen Ausgangskontrolle fristwahrender Schriftsätze nur dann, wenn er seine Angestellten anweist, nach einer Übermittlung per Telefax anhand des Sendeprotokolls zu überprüfen, ob der Schriftsatz vollständig und an das richtige Gericht übermittelt worden ist. Dabei darf sich die Kontrolle des Sendeberichts grundsätzlich nicht darauf beschränken, die auf diesem ausgedruckte Faxnummer mit der zuvor aufgeschriebenen, etwa in den Schriftsatz eingefügten Faxnummer zu vergleichen. Vielmehr muss der Abgleich anhand einer zuverlässigen Quelle, etwa anhand eines geeigneten Verzeichnisses, vorgenommen werden, aus der die Faxnummer des Gerichts hervorgeht, für das die Sendung bestimmt ist.
2. Dem Erfordernis, durch organisatorische Anweisungen sicherzustellen, dass Fehler bei der Ermittlung der Faxnummer erfasst werden, kann allerdings auch durch die Anweisung genügt werden, die im Sendebericht ausgedruckte Faxnummer mit der schriftlich niedergelegten zu vergleichen, wenn sichergestellt ist, dass diese ihrerseits zuvor aus einer zuverlässigen Quelle ermittelt worden ist. Dies setzt aber voraus, dass zusätzlich die generelle Anweisung besteht, die ermittelte Faxnummer vor der Versendung auf eine Zuordnung zu dem vom Rechtsanwalt bezeichneten Empfangsgericht zu überprüfen.

Zum Sachverhalt:

[1] Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt. Der Prozessbevollmächtigte des Beklagten hat gegen das ihm am 27. August 2020 zugestellte Urteil am 28. September 2020 (Montag) Berufung eingelegt. Mit einem im Adressfeld an das Oberlandesgericht gerichteten Schriftsatz hat der Prozessbevollmächtigte des Beklagten beantragt, die Frist zur Begründung der Berufung zu verlängern. Der Schriftsatz ist am 27. Oktober 2020 um 17.37/17.45 Uhr entsprechend der im Adressfeld des Schriftsatzes angegebenen Telefaxnummer nicht an das Oberlandesgericht, sondern an das Landgericht gesendet worden. Das Landgericht hat den Schriftsatz am folgenden Tag an das Oberlandesgericht übermittelt.

[2] Der Prozessbevollmächtigte des Beklagten hat beantragt, gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Zur Begründung hat er ausgeführt, dass einer der Partner der Kanzlei die

konkrete Vorgehensweise über das Fristenmanagement einschließlich der Erledigung der Fristen mit der sachbearbeitenden Rechtsanwaltsfachangestellten intensiv besprochen und sich dabei ihrer fundierten Kenntnis und ihrer umfassenden Verständnisweise versichert habe. Die Telefaxnummer werde von der Kanzleisoftware nicht automatisch in den generierten Schriftsatz aufgenommen, da die jeweilige Versendungsweise von der Anordnung des anwaltlichen Sachbearbeiters abhängige. Daher habe die Rechtsanwaltsfachangestellte die gerichtliche Telefaxnummer in der üblichen Weise händisch eingetragen und dabei der jüngsten Gerichtskorrespondenz der Akte entnommen. Dabei habe sie jedoch übersehen, dass die zu diesem Zeitpunkt jüngste, im Gerichtsteil der Akte entsprechend chronologisch abgeheftete Gerichtskorrespondenz die Verfügung des Rechtspflegers des Landgerichts über das Kostenfestsetzungsverfahren der ersten Instanz gewesen sei. Mit dieser Telefaxnummer habe sie dann den Schriftsatz ausgefertigt, dem Prozessbevollmächtigten zur Unterschrift vorgelegt und nach dessen Unterschrift das Telefax übersendet.

[3] Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Oberlandesgericht die Berufung als unzulässig verworfen und den Antrag auf Gewährung von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zurückgewiesen. Der Antrag auf Verlängerung der Frist zur Begründung der Berufung sei verspätet übermittelt worden. Der Beklagte habe keine Tatsachen vorgetragen, nach denen er ohne sein Verschulden an der Wahrung der Frist gehindert gewesen wäre. Nach seinem Vorbringen beruhe die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist auf einem dem Beklagten zuzurechnenden Organisationsverschulden seines Prozessbevollmächtigten. Dem Vortrag sei nicht zu entnehmen, dass die Rechtsanwaltsfachangestellte oder der Prozessbevollmächtigte selbst den Sendebericht nochmals selbständig dahingehend überprüft habe, ob es sich bei der aus dem Sendebericht ersichtlichen Faxnummer um diejenige des Oberlandesgerichts handle. Der Beklagte habe nicht vorgetragen, dass eine allgemeine Büroanweisung bestehe, die gewährleiste, dass die Übermittlung an die richtige Faxnummer des Empfängers erfolge. Es hätte zumindest der Versicherung der Rechtsanwaltsfachangestellten bedurft, dass sie die von ihr in den Schriftsatz eingesetzte Telefaxnummer noch einmal abgeglichen habe.

Aus den Gründen:

[4] Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist unzulässig, da eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts nicht zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist (§ 574 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. ZPO). Der angefochtene Beschluss verletzt den Anspruch des Klägers auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) nicht. Das Berufungsgericht hat dem Beklagten die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu Recht versagt. Der Beklagte hat nicht dargelegt, dass sein Prozessbevollmächtigter

durch eine ordnungsgemäße Organisation der Ausgangskontrolle seiner Kanzlei dafür Sorge getragen hat, dass Fristen nicht versäumt werden (§ 233 Satz 1, § 236 Abs. 2 Satz 1, § 85 Abs. 2 ZPO).

[5] 1. Ein Rechtsanwalt genügt seiner Pflicht zur wirksamen Ausgangskontrolle fristwahrender Schriftsätze nur dann, wenn er seine Angestellten anweist, **nach einer Übermittlung per Telefax anhand des Sendeprotokolls zu überprüfen, ob der Schriftsatz vollständig und an das richtige Gericht übermittelt worden ist.** Erst danach darf die Frist im Fristenkalender gestrichen werden. Dabei darf sich die Kontrolle des Sendeberichts grundsätzlich nicht darauf beschränken, die auf diesem ausgedruckte Faxnummer mit der zuvor aufgeschriebenen, etwa in den Schriftsatz eingefügten Faxnummer zu vergleichen. **Vielmehr muss der Abgleich anhand einer zuverlässigen Quelle, etwa anhand eines geeigneten Verzeichnisses, vorgenommen werden, aus der die Faxnummer des Gerichts hervorgeht, für das die Sendung bestimmt ist.** Denn diese Art der Ausgangskontrolle soll nicht nur **Fehler bei der Eingabe**, sondern auch **bei der Ermittlung der Faxnummer und ihrer Übertragung** in den Schriftsatz ausschließen (vgl. Senat, Beschluss vom 27. Juni 2017 - VI ZB 32/16, NJW-RR 2017, 1139 Rn. 6; BGH, Beschlüsse vom 19. Dezember 2017 - XI ZB 16/17, FamRZ 2018, 610 Rn. 7; vom 15. Januar 2019 - XI ZB 20/18, juris Rn. 7; vom 30. März 2021 - VIII ZB 37/19, MDR 2021, 830 Rn. 26; jew. mwN).

[6] Dem Erfordernis, durch **organisatorische Anweisungen** sicherzustellen, dass Fehler bei der Ermittlung der Faxnummer erfasst werden, kann allerdings auch durch die Anweisung genügt werden, **die im Sendebericht ausgedruckte Faxnummer mit der schriftlich niedergelegten zu vergleichen, wenn sichergestellt ist, dass diese ihrerseits zuvor aus einer zuverlässigen Quelle ermittelt worden ist.** Dies setzt aber voraus, dass zusätzlich die generelle Anweisung besteht, die ermittelte Faxnummer vor der Versendung auf eine Zuordnung zu dem vom Rechtsanwalt bezeichneten Empfangsgericht zu überprüfen. Der Sendebericht muss dann nicht mehr zusätzlich mit der zuverlässigen Ausgangsquelle verglichen werden. Infolge des vorangegangenen Abgleichs der auf den Schriftsatz übertragenen Faxnummer mit der zuverlässigen Ausgangsquelle ist die Nummer auf dem Schriftsatz nach diesem Abgleich selbst als ausreichend zuverlässige Quelle anzusehen (vgl. Senat, Beschluss vom 27. Juni 2017 - VI ZB 32/16, NJW-RR 2017, 1139 Rn. 7; BGH, Beschlüsse vom 19. Dezember 2017 - XI ZB 16/17, FamRZ 2018, 610 Rn. 8; vom 15. Januar 2019 - XI ZB 20/18, juris Rn. 8; vom 30. März 2021 - VIII ZB 37/19, MDR 2021, 830 Rn. 27; jew. mwN).

[7] 2. Der Beklagte hat nicht dargelegt, dass sein Prozessbevollmächtigter die danach erforderlichen Sorgfaltspflichten erfüllt hat. Aus der Begründung des Wiedereinsetzungsantrags

ergibt sich nur, dass die Rechtsanwaltsfachangestellte die gerichtliche Telefaxnummer in der üblichen Weise händisch eingetragen und dabei der jüngsten Gerichtskorrespondenz der Akte entnommen habe. Ob und welche organisatorische Vorgaben zu diesem Vorgehen existierten und beachtet worden sind, bleibt demgegenüber offen. Insbesondere darf nicht die "jüngste Gerichtskorrespondenz", sondern muss die jüngste Korrespondenz mit dem "richtigen" Gericht herangezogen werden (vgl. dazu etwa Senat, Beschlüsse vom 27. Juni 2017 - VI ZB 32/16, juris Rn. 1 f., 8 f.; vom 26. Juli 2016 - VI ZB 58/14, juris Rn. 1 f., 8 ff.; BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2013 - V ZB 154/12, juris Rn. 2 f., 8 f., 12; siehe weiter BGH, Beschluss vom 21. September 2021 - XI ZB 4/21, juris).

[8] Abweichendes ergibt sich nicht aus dem von der Rechtsbeschwerde als übergangen gerügten Vortrag. Insbesondere lassen sich allein aus dem Hinweis, dass in der Kanzlei ein Qualitätsmanagementsystem mit Zertifizierung eingeführt sei und für das Fristenmanagement ein Zertifikat mit aktueller Gültigkeit erteilt sei, keine tragfähigen Schlüsse ziehen.

[9] Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hätte dem Beklagten kein Hinweis erteilt und Gelegenheit zur Ergänzung seines Vortrags gegeben werden müssen. Denn eine Hinweispflicht (§ 139 ZPO) besteht nur bezogen auf erkennbar unklare oder ergänzungsbedürftige Angaben (vgl. Senat, Beschluss vom 23. Juni 2020 - VI ZB 63/19, NJW 2020, 2641 Rn. 8; BGH, Beschluss vom 15. Juli 2020 - V ZB 138/19, NJW 2020, 3041 Rn. 9 mwN). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

GI Literatur-Ecke

Beyme: Steuerberaterhaftung trotz Meldung nach § 28a Abs. 3 SGB IV und fehlender sozialversicherungsrechtlicher Beratungsbefugnis, Stbg 2022, 435-437

Brügge: Einbeziehung Dritter in den Mandatsvertrag, NJW-aktuell 51/2022, S. 15

Chab: Anwaltshaftung: Wenn der Schaden kein Schaden ist, AnwBl 2023, 104-105

Cornelius-Winkler: Führung eines aussichtslosen Rechtsstreits, BGH v. 29.09.2022 - IX ZR 204/21, jurisPR-VersR 12/2022 Anm. 2

Deckenbrock: Die Entwicklung des anwaltlichen Berufsrechts, NJW 2022, 3688

Dötsch: Auftragserteilung unter der Bedingung Deckung durch den Rechtsschutzversicherer?, ZfSch 2023, 3

Gerauer: Haftungsquellen bei Beschlussklagen (WEG), AnwBl 2022, 616

Gräfe: Versicherungsschutz des Rechtsanwalts für dessen Treuhandtätigkeiten?, r+s 2022, 669

Jungk: Die Rechtsprechung des BGH zum Anwaltshaftungsrecht, NJW 2022, 3551

Karadag: Darf der Anwalt plötzlich krank werden?, NJW-aktuell 4/2023, S. 17

Karwatzki: Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers keine öffentliche Kapitalmarktinformation i.S.d. KapMuG, DB 2022, 2853

Kilian: Interprofessionelle Konzepte für anwaltliche Dienstleistungen, AnwBl 2022, 612

Kilian: Berufsrecht, AnwBl 2023, 40-41

Kirchner: Steuerberaterhaftung bei sozialversicherungsrechtlichen Sachverhalten und die konsolidierte Schadensbetrachtung, Anmerkungen zum Urteil des OLG Hamm vom 8.4.2022, StuB Nr. 19 vom 14.10.2022, Seite 741

Kolb: Datenschutzrechtliche Auskunftsansprüche Mandant gegen Anwalt, BRAK-Mitt. 2022, 64

Meyer-Abich: Fallstricke des Mietprozesses: Die unschlüssige Räumungsklage, NJW 2022, 3200

Rein: Schadensersatz wegen verspäteter Anwaltsauskunft, Anmerkung zu OLG Köln, Urt. v. 14.7.2022 – 15 U 137/21, DStRE 2022, 2519

Riechert: Der Anwalt als Berufsbetreuer, AnwBl 2023, 42

Schnauder: Anwaltshaftung bei unzulässiger Feststellungsklage nach Widerruf eines Verbraucherdarlehens, OLG Hamm v. 26.07.2022 - 28 U 132/21, jurisPR-BKR 12/2022 Anm. 4

Schulz: Rechtsschutzversichert im Arbeitsrecht – sicher ist sicher?, AnwBl 2023, 35

Schwenker: Anwaltsregress auch bei Klageauftrag unter der Bedingung einer Kostenzusage, BGH v. 29.09.2022 - IX ZR 204/21, jurisPR-BGHZivilR 1/2023 Anm. 2

Weitze-Scholl: Ausschluss des Versicherungsschutzes für Tätigkeiten „im Bereich eines unternehmerischen Risikos“ in der Berufshaftpflichtversicherung, Anmerkung zu OLG Köln, Urt. v. 5.7.2022 – 9 U 93/21, DStR 2023, 62

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

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

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