



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 135/19

Verkündet am:
2. April 2020
Kluckow
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

ZPO §§ 263, 533, 596

- a) Die Sachdienlichkeit der Abstandnahme vom Urkundenprozess im Berufungsverfahren kann nicht mit der Begründung verneint werden, dass im in erster Instanz anhängigen Nachverfahren bereits ein Sachverständigengutachten über die Echtheit der Unterschriften unter der Urkunde eingeholt worden ist.
- b) Die Sachdienlichkeit der Abstandnahme vom Urkundenprozess im Berufungsverfahren kann nicht mit der Begründung verneint werden, dass die Beklagten für das Nachverfahren angekündigt haben, hilfsweise mit Schadensersatzansprüchen aufzurechnen, durch welche ein völlig neuer Streitstoff zur Beurteilung und Entscheidung gestellt wird.

BRAO § 45 Abs. 1 Nr. 4, § 45 Abs. 2 Nr. 2

Wird ein Rechtsanwalt für seinen Mandanten, welcher Alleinaktionär einer Schweizer Aktiengesellschaft ist, als Organ dieser Gesellschaft nur zu dem Zweck tätig, eine Vereinbarung mit einem Vertragspartner auszuhandeln, wird er allein in Ausübung seiner anwaltlichen Tätigkeit tätig.

ZPO § 717 Abs. 1

Wird ein Berufungsurteil aufgehoben, welches ein vorläufig vollstreckbares erstinstanzliches Urteil aufgehoben hat, lebt die vorläufige Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils wieder auf.

BGH, Urteil vom 2. April 2020 - IX ZR 135/19 - OLG Hamburg
LG Hamburg

ECLI:DE:BGH:2020:020420UIXZR135.19.0

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richterinnen Lohmann, Möhring, die Richter Röhl und Dr. Schultz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 6. Juni 2019 aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Anschlussrevision der Beklagten wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Rechtsanwalt. Die Beklagten sind die Erben des am 14. Juli 2015 verstorbenen H. B. (künftig: Erblasser). Der Erblasser war - von August 2007 bis Oktober/November 2014 - Alleingesellschafter der M. AG (künftig: M.), welche ihrerseits Gesellschafterin der S. war. Der Kläger war vom 22. Oktober 2007 bis 11. Mai 2010 Vorsitzender des Verwaltungsrats der M. .

2 Der Kläger und der Erblasser unterzeichneten am 8. Oktober 2009 eine Honorarvereinbarung, wonach sich der Erblasser verpflichtete, die M. zu veranlassen, dem Kläger für seine Tätigkeit in den Jahren 2009 und 2010 insgesamt 600.000 € zu zahlen. Zwischen den Vertragsparteien war vereinbart, dass ausschließlich der Kläger die Interessen der M. aus deren Beteiligungen an der S. wahrnahm, insbesondere als Sprecher für die M. und ihre Interessen handelte. Die erste Rate über 300.000 € sollte am 31. Dezember 2009 und die weitere Rate über 300.000 € sollte am 31. Dezember 2010 fällig werden. Sollte die vollständige Zahlung der für 2009 geschuldeten Vergütung nicht bis spätestens 31. Dezember 2011 erfolgt sein, sollte der Erblasser der M. die erforderliche Liquidität als Gesellschafterdarlehen bis zum 31. Januar 2012 zur Verfügung stellen und die sofortige Zahlung durch die M. bewirken. Sollte die vollständige Zahlung der für 2010 geschuldeten Vergütung nicht bis spätestens 31. Dezember 2012 erfolgt sein, sollte der Erblasser der M. die erforderliche Liquidität als Gesellschafterdarlehen bis zum 31. Januar 2013 zur Verfügung stellen und die sofortige Zahlung durch die M. bewirken. Der Erblasser stand dafür ein und garantierte, dass die M. an den Kläger die zwischen ihnen vereinbarten Zahlungen und Leistungen erbringen kann. Die vereinbarten Zahlungen wurden bei der M. weder angefordert noch von ihr erbracht.

3 Der Kläger hielt in einem Schreiben an den Erblasser vom 20. Januar 2012 fest, sie hätten mündlich vereinbart, die für das Jahr 2009 geschuldete Vergütung solle möglichst bald gezahlt und der offene Betrag ab 1. Januar 2012 mit 10 vom Hundert per annum verzinst werden, wobei der Erblasser die Zinszahlungen jeweils zum Ende eines Kalenderquartals vornehmen sollte. Die Zahlungen sollte der Erblasser auf ein Konto der Anwaltssozietät vornehmen, welcher der Kläger angehörte. Dieses Schreiben wurde nach dem Vortrag des

Klägers am 21. Januar 2012 vom Erblasser unterschrieben. In einem weiteren Schreiben vom 19. Januar 2013 an den Erblasser teilte der Kläger mit, sie hätten sich auch hinsichtlich der für das Jahr 2010 geschuldeten Vergütung geeinigt, dass die Zahlung möglichst bald erfolgen solle und der offenstehende Betrag ab 1. Januar 2013 mit 10 vom Hundert per annum zu verzinsen sei. Auch hier sollte der Erblasser die Zinszahlungen jeweils zum Ende eines Kalenderquartals erbringen und die Zahlungen auf das Konto der Sozietät vornehmen. Auch dieses Schreiben soll nach dem Vortrag des Klägers vom Erblasser unterschrieben worden sein, und zwar am 19. Januar 2013.

4 Der Kläger ist der Ansicht, aufgrund der vorgenannten Vereinbarungen sei ein Anspruch gegen den Erblasser persönlich begründet worden. Die Beklagten haben die Ansicht vertreten, aus den vom Kläger vorgelegten Urkunden ergebe sich allenfalls ein Zahlungsanspruch des Klägers gegen die M. . Die Forderungen seien nicht fällig, weil der Kläger sie gegenüber der M. nie abgerechnet habe. Im Übrigen seien die Vereinbarungen nichtig und die Forderungen verjährt. Auch stünden ihnen gegen den Kläger Schadensersatzansprüche wegen falscher Beratung zu, mit welchen sie hilfsweise aufrechneten.

5 Der Kläger hat seine Ansprüche im Urkundenprozess geltend gemacht. Das Landgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 600.000 € nebst 10 vom Hundert per annum aus jeweils 300.000 € seit dem 1. Januar 2012 und 1. Januar 2013 zu zahlen. Den Beklagten hat es die Ausführung ihrer Rechte im Nachverfahren vorbehalten. Auf deren Berufung hat das Berufungsgericht, nachdem der Kläger im Berufungsverfahren vom Urkundenprozess Abstand genommen hat, die Abstandnahme für unzulässig gehalten und das landgerichtliche Urteil geändert und die Klage als im Urkundenprozess unstatthaft abgewiesen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen

Revision möchte der Kläger in erster Linie die Durchführung des Berufungsverfahrens im ordentlichen Verfahren, hilfsweise die Wiederherstellung des landgerichtlichen Vorbehaltsurteils erreichen; weiter beantragt er, das erstinstanzliche Vorbehaltsurteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Mit der Anschlussrevision erstreben die Beklagten die Aufhebung des Berufungsurteils, die Abänderung des landgerichtlichen Urteils und gemäß § 597 Abs. 1 ZPO die Abweisung der Klage als unbegründet.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat Erfolg, die Anschlussrevision ist unbegründet.

I.

7 Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Zahlungsanspruch des Klägers gegen den Erblasser sei schlüssig dargetan. Der Erblasser hafte dem Kläger aus der Honorarvereinbarung, wenn die M. bis 31. Dezember 2011 beziehungsweise 31. Dezember 2012 die versprochenen Honorare nicht an den Kläger gezahlt hätte. Die im Grundsatz zunächst erforderliche Geltendmachung der Ansprüche gegen die M. wäre nach dem klägerischen Vortrag eine reine Förmerei gewesen, weil die M. zur Zahlung nicht in der Lage gewesen sei, auch wenn berücksichtigt werde, dass der Erblasser verpflichtet gewesen sei, der M. entsprechende finanzielle Mittel zur Verfügung zu stellen. Im Übrigen ergebe sich der Zahlungsanspruch des Klägers gegen den Erblasser aus den Schreiben vom 20. Januar 2012 (Anlage K1) und vom 19. Januar 2013 (Anlage K2), in welchen der Erblasser die Ansprüche, einschließlich des Umstandes, dass der Kläger die geschuldeten Beratungsleistungen erbracht habe,

deklaratorisch anerkannt habe. Die Honorarvereinbarung sei weder wegen Verstoßes gegen die Tätigkeitsverbote gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 Nr. 2 BRAO noch wegen Verstoßes gegen das Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen gemäß § 43a Abs. 4 BRAO nichtig. Ebenso wenig seien die Ansprüche nach klägerischem Vortrag verjährt.

8 Doch habe der Kläger die streitigen Ansprüche nicht mit den im Urkundenprozess zulässigen Beweismitteln unter Beweis gestellt. Die Beklagten hätten die Echtheit der Unterschrift des Erblassers unter den Schreiben Anlagen K1 und K2 wirksam bestritten. Deswegen hätte die Echtheit dieser Urkunden nach § 595 Abs. 2 ZPO - wie nicht geschehen - nur durch andere Urkunden oder durch die Parteivernehmung der Gegenseite bewiesen werden können. Auf die Honorarvereinbarung könne der Anspruch alleine aus entsprechenden Gründen nicht gestützt werden. Auch habe der Kläger nicht mit Mitteln des Urkundenbeweises unter Beweis gestellt, dass die Vereinbarung vom 20. Januar 2012 eine (unbefristete) Stundungsvereinbarung enthalte und die Parteien sich seit Ende 2015 in Verhandlungen gemäß § 203 BGB befunden hätten. Deswegen lasse sich mit Mitteln des Urkundenbeweises nicht beweisen, dass die Honorarforderung für die Leistungen im Jahr 2009 nicht verjährt sei.

9 Soweit der Kläger in der Berufungsinstanz die Abstandnahme vom Urkundenprozess erklärt habe, sei sie zwar auch noch in der Berufungsinstanz möglich, setze aber wie die Klageänderung nach § 533 ZPO voraus, dass die Beklagten einwilligten oder das Berufungsgericht sie für sachdienlich ansehe. Die Beklagten hätten der Abstandnahme vom Urkundenprozess nicht zugestimmt. Sie sei auch nicht sachdienlich.

II.

10 Die Revision ist zulässig und begründet. Sie führt zur Aufhebung der
Entscheidung des Berufungsgerichts und zur Zurückverweisung (§ 562 Abs. 1,
§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

11 1. Die Revision ist uneingeschränkt zulässig. Der Entscheidungssatz des
Berufungsurteils enthält keine Beschränkung der Revisionszulassung; die bloße
Angabe des Grundes für die Zulassung der Revision reicht nicht, um von einer
nur beschränkten Zulassung des Rechtsmittels auszugehen (BGH, Urteil vom
14. Juni 2018 - IX ZR 232/17, NJW 2018, 2494 Rn. 9 mwN, insoweit in BGHZ
219, 98 nicht abgedruckt). Im Übrigen wäre eine Beschränkung der Zulassung
auf die Frage, unter welchen konkreten Voraussetzungen Sachdienlichkeit für
eine Abstandnahme vom Urkundenprozess in der Berufungsinstanz anzuneh-
men ist, nicht möglich. Es handelte sich um eine Rechtsfrage, die für den ge-
samten Rechtsstreit entscheidungserheblich ist. Bei einer unzulässigen Be-
schränkung der Revisionszulassung müsste das angefochtene Urteil in vollem
Umfang überprüft werden (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2011 - XII ZR 110/09,
BGHZ 189, 182 Rn. 15).

12 2. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten rechtlicher Nachprü-
fung nicht stand. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht die von dem Kläger im
Berufungsverfahren erklärte Abstandnahme vom Urkundenprozess als nicht
sachdienlich und daher unzulässig angesehen.

- 13 a) Gemäß § 596 ZPO kann der Kläger, ohne dass es der Einwilligung des Beklagten bedarf, bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung von dem Urkundenprozess in der Weise abstehe, dass der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt (BGH, Urteil vom 4. Juli 2012 - VIII ZR 109/11, NJW 2012, 2662 Rn. 12). Ein Abstehe vom Urkundenprozess ist auch noch im Berufungsverfahren in entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung zulässig, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich hält, und zwar mit der Wirkung, dass der Rechtsstreit im zweiten Rechtszug nunmehr im ordentlichen Verfahren anhängig ist (BGH, Urteil vom 4. Juli 2012, aaO Rn. 13 f). Das Revisionsgericht kann die Verneinung der Sachdienlichkeit allerdings nur darauf überprüfen, ob das Berufungsgericht diesen Begriff verkannt oder die Grenzen seines Ermessens überschritten hat (BGH, Urteil vom 4. Juli 2012, aaO Rn. 19 mwN). Das ist vorliegend jedoch der Fall.
- 14 b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfordert die Beurteilung der Sachdienlichkeit eine Berücksichtigung, Bewertung und Abwägung der beiderseitigen Interessen. Dabei ist entscheidend, ob und inwieweit die Zulassung der geänderten Klage den Streit im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits ausräumt, so dass sich ein weiterer Prozess vermeiden lässt. Eine Klageänderung ist danach nicht sachdienlich, wenn ein völlig neuer Streitstoff zur Beurteilung und Entscheidung gestellt wird, ohne dass dafür das Ergebnis der bisherigen Prozessführung verwertet werden kann (BGH, Urteil vom 13. April 2011 - XII ZR 110/09, BGHZ 189, 182 Rn. 41; vom 4. Juli 2012, aaO Rn. 20). Der Sachdienlichkeit steht grundsätzlich nicht entgegen, dass aufgrund der Klageänderung neue Parteierklärungen und gegebenenfalls Beweiserhebungen notwendig werden und die Erledigung des Prozesses verzögert wird (BGH, Urteil vom 13. April 2011 aaO; vom 4. Juli 2012, aaO). Deshalb kann die Sach-

dienlichkeit nicht mit der Begründung verneint werden, dass umfänglicher streitiger Prozessstoff, der einer umfassenden aufwändigen Beweisaufnahme bedürfe, vom Erstgericht im Hinblick auf §§ 598, 600 ZPO aus formellen Gründen nicht habe geprüft werden können und dürfen (BGH, Urteil vom 13. April 2011, aaO Rn. 42 f). Daraus, dass nach § 533 Nr. 1 ZPO eine Klageänderung im zweiten Rechtszuge als sachdienlich zugelassen werden kann, folgt, dass das Gesetz im Interesse der Prozesswirtschaftlichkeit den Verlust einer Tatsacheninstanz in Kauf nimmt. Die Sachdienlichkeit kann deshalb in der Regel auch nicht mit der Begründung verneint werden, dass der Beklagte durch die Zulassung einer Klageänderung oder -erweiterung eine Tatsacheninstanz verlöre (BGH, Urteil vom 13. April 2011, aaO Rn. 26; vom 24. Januar 2014 - V ZR 36/13, nv Rn. 12).

15 c) Die Annahme des Berufungsgerichts, das Abstehen von dem Urkundenprozess sei nicht sachdienlich, ist nach diesen Grundsätzen von Rechtsfehlern beeinflusst.

16 aa) Das Berufungsgericht hat die Ablehnung der Sachdienlichkeit auf zwei Erwägungen gestützt. Zum einen hat es darauf verwiesen, das Landgericht habe nach dem Vorbehaltsurteil den Prozess weiterbetrieben und Beweis erhoben. Es wäre prozessunökonomisch, wenn das Berufungsgericht nach im Nachverfahren in erster Instanz durchgeführter Beweisaufnahme das Verfahren an sich ziehen könnte und die Beweisaufnahme wiederholen müsste, weil die erstinstanzliche Beweisaufnahme obsolet geworden sei. Zum anderen sei das Abstehen vom Urkundenprozess im Berufungsverfahren nicht sachdienlich, weil in Bezug auf die im Urkundenprozess von den Beklagten nur angekündigten Schadensersatzansprüche ein völlig neuer Streitstoff zur Entscheidung gestellt werde. Den Beklagten müsste insoweit Gelegenheit gegeben werden, hierzu

konkret vorzutragen, der Kläger müsse auf diesen neuen Vortrag erwidern. Mit diesen Erwägungen hat das Berufungsgericht den Begriff der Sachdienlichkeit verkannt und die Grenzen seines Ermessens überschritten.

17 bb) Die Sachdienlichkeit eines Abstehens vom Urkundenprozess im Berufungsverfahren kann nicht mit der Begründung verneint werden, es sei nicht prozessökonomisch, wenn im Rahmen des Nachverfahrens bereits erstinstanzlich Beweise erhoben worden seien, vor der Berufungsinstanz das ordentliche Verfahren durchzuführen, weil es so zu einer doppelten Beweisaufnahme komme. Allerdings trifft die Annahme des Berufungsgerichts zu, dass der Rechtsstreit nach zulässigem Abstehen insgesamt in der Berufungsinstanz weitergeführt wird; das noch in der ersten Instanz anhängige Nachverfahren wird gegenstandslos (BGH, Urteil vom 25. Februar 1959 - V ZR 139/57, BGHZ 29, 337, 339; vom 31. Mai 1965 - VII ZR 114/63, NJW 1965, 1599; vom 13. April 2011 - XII ZR 110/09, BGHZ 189, 182 Rn. 33; Stein/Jonas/Berger, ZPO, 23. Aufl., § 596 Rn. 10; Wieczorek/Schütze/Olzen, ZPO, 4. Aufl., § 596 Rn. 9 aE).

18 (1) Das Berufungsgericht hätte die doppelte Beweisaufnahme nach Zulassung der Abstandnahme im Berufungsverfahren nicht dadurch verhindern können, dass es die Sache auf Antrag einer Partei analog § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 ZPO an das Landgericht zurückverwiesen hätte. Für eine solche Vorgehensweise ist kein Raum (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 1959, aaO S. 339 f; Stein/Jonas/Althammer, ZPO, 23. Aufl., § 538 Rn. 41; MünchKomm-ZPO/Rimmelspacher, 5. Aufl., § 538 Rn. 67; Wieczorek/Schütz/Gerken, ZPO, 4. Aufl., § 538 Rn. 64; Musielak/Voit/Ball, ZPO, 16. Aufl., § 538 Rn. 31; BeckOK-ZPO/Wulf, 2020, § 538 Rn. 26; Saenger/Wöstmann, ZPO, 8. Aufl., § 538 Rn. 17; Henke, JurBüro 2008, 343, 346). Das Berufungsgericht hätte die

notwendigen Beweise vielmehr selbst erheben müssen (§ 538 Abs. 1 ZPO). Dabei kann dahinstehen, ob eine Zurückverweisung trotz der Besonderheiten des Urkundenprozesses allein deshalb ausgeschlossen ist, weil die Abstandnahme sachlich einer Klageänderung gleichsteht und für die eigentliche Klageänderung im Berufungsverfahren entschieden ist, dass bei Sachdienlichkeit der Klageänderung eine Zurückverweisung an die erste Instanz nicht in Betracht kommt (BGH, Urteil vom 30. März 1983 - VIII ZR 3/82, NJW 1984, 1552, 1555 unter VI). In jedem Fall ist die Zurückverweisung unzulässig, weil der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz in das ordentliche Verfahren übergeht und ein noch in erster Instanz anhängiges Nachverfahren gegenstandslos wird. Ein noch offenes Nachverfahren ist aber der alleinige Grund für eine Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 ZPO (vgl. Wieczorek/Schütze/Olzen, ZPO, 4. Aufl., § 596 Rn. 10).

- 19 (2) Doch können die im vor dem Landgericht anhängigen Nachverfahren erhobenen Beweise vom Berufungsgericht nach zulässiger Abstandnahme vom Urkundenprozess im Grundsatz im ordentlichen Verfahren verwertet werden. Das erstinstanzlich im Nachverfahren eingeholte Sachverständigengutachten kann nach § 411a ZPO, protokollierte Zeugenaussagen können nach § 415 Abs. 1 ZPO verwertet werden, auch wenn die Parteien die Vernehmung des Zeugen oder die Anhörung des Sachverständigen beantragen können (vgl. BGH, Urteil vom 30. November 1999 - VI ZR 207/98, NJW 2000, 1420, 1421; vom 12. November 2003 - XII ZR 109/01, NJW 2004, 1324, 1325). Im Streitfall hätte das im Nachverfahren eingeholte Sachverständigengutachten über die Echtheit der Unterschriften als Urkunde in den Prozess eingeführt werden können. Wenn die Beklagten die Feststellungen in Zweifel ziehen, müsste im Nachverfahren das Landgericht entweder ein schriftliches Ergänzungsgutachten einholen oder den Sachverständigen im Termin um mündliche Ergänzung

seines Gutachtens bitten; das Berufungsgericht müsste im ordentlichen Verfahren die Einholung eines schriftlichen oder mündlichen Gutachtens anordnen, welches sich nur dadurch von dem erstinstanzlichen Gutachten unterscheidet, dass es kein Ergänzungsgutachten wäre.

20 cc) Auch die weitere Erwägung begründet das Fehlen der Sachdienlichkeit nicht. Mit dem Abstehen vom Urkundenprozess wurde nicht ein völlig neuer Streitstoff zur Beurteilung und Entscheidung gestellt, ohne dass dafür das Ergebnis der bisherigen Prozessführung verwertet werden konnte.

21 (1) Das Berufungsgericht verkennt, dass es sich zum Zeitpunkt seiner Entscheidung über die Sachdienlichkeit der Abstandnahme im Urkundenprozess befunden hat. Denn das Abstehen vom Urkundenprozess in der Berufungsinstanz wird erst zulässig, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht es für sachdienlich erachtet (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 1959 – V ZR 139/57, BGHZ 29, 337, 339; vom 4. Juli 2012 - VIII ZR 109/11, NJW 2012, 2662 Rn. 13 f). Erst nach zulässiger Abstandnahme wird der Rechtsstreit insgesamt in der Berufungsinstanz im ordentlichen Verfahren weitergeführt (Stein/Jonas/Berger, ZPO, 23. Aufl., § 596 Rn. 10; Wieczorek/Schütze/Olzen, ZPO, 4. Aufl., § 596 Rn. 15). Lässt das Berufungsgericht die Abstandnahme nicht zu, bleibt der Prozess dort im Urkundenprozess anhängig, weil die Abstandnahme infolge der fehlenden Einwilligung durch den Beklagten und der fehlenden Annahme der Sachdienlichkeit durch das Berufungsgericht wirkungslos ist (RG, JW 1926, 579; OLG Frankfurt, MDR 1988, 326, 327; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 40. Aufl., § 596 Rn. 2; vgl. auch für den Fall der unzulässigen bedingten Abstandnahme vom Urkundenprozess: Wieczorek/Schütze/Olzen, ZPO, 4. Aufl., § 596 Rn. 2; Stein/Jonas/Berger, ZPO, 23. Aufl., § 596 Rn. 3; für den Fall der hilfsweisen Abstandnahme vom Wech-

selprozess: BGH, Urteil vom 7. Dezember 1981 – II ZR 187/81, BGHZ 82, 200, 208; vgl. auch Stein/Jonas/Althammer, ZPO, 23. Aufl., § 533 Rn. 16). Die Erklärung des Klägers, den Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren weiterzuführen, ist auch regelmäßig nicht so zu verstehen, dass er für alle Fälle auf eine im Urkundenprozess ergehende sachliche Entscheidung verzichte, so dass aus diesem Grunde die Klage, selbst wenn sie begründet sein sollte, abzuweisen wäre (RG, aaO). Dies gilt auch für den vorliegenden Fall, der sich dadurch auszeichnet, dass der Kläger über alle Instanzen hinweg die Ansicht vertreten hat, seine Klage sei im Urkundenprozess statthaft, und nur im Berufungsverfahren vom Urkundenprozess Abstand genommen hat, nachdem das Berufungsgericht ihn darauf hingewiesen hatte, es gehe davon aus, dass die Klage im Urkundenprozess unstatthaft sei.

22

(2) Die von den Beklagten für das Nachverfahren angekündigten Schadensersatzansprüche, mit welchen hilfsweise die Aufrechnung erklärt werden soll und welchen gegebenenfalls ein völlig neuer Streitstoff zugrunde liegt, durfte das Berufungsgericht - weil vom Kläger bestritten und durch die Beklagten nicht mit im Urkundenprozess nach § 595 Abs. 2 ZPO zulässigen Beweismitteln unter Beweis gestellt - bei der Prüfung der Sachdienlichkeit der Abstandnahme nicht berücksichtigen. Denn die Entscheidung über die Zulassung der Abstandnahme vom Urkundenprozess ist noch Teil des Urkundenprozesses; der Übergang ins ordentliche Verfahren setzt bei fehlender Einwilligung des Beklagten die Zulassung durch das Berufungsgericht voraus (vgl. oben). Solange in der Berufungsinstanz der Rechtsstreit aber noch im Urkundenprozess anhängig ist, ist eine Aufrechnung des Beklagten mit streitigen, nicht mit liquiden Beweismitteln unter Beweis gestellten Gegenforderungen ausgeschlossen (vgl. Vollkommer, NJW 2000, 1682, 1685). Das Berufungsgericht kann deswegen auch nicht

über die Sachdienlichkeit von Abstehen und Hilfsaufrechnung übergreifend in einer "gemeinsamen" Zulassungsentscheidung befinden (Vollkommer, aaO).

23 Erst nach Zulassung des Abstehens stellt sich die Frage, ob die dann im Berufungsverfahren erklärte Hilfsaufrechnung der Beklagten nach § 533 ZPO sachdienlich ist. Dies kann, wenn überhaupt, nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen verneint werden (BGH, Urteil vom 25. Februar 1959 - V ZR 139/57, BGHZ 29, 337, 542 f; vom 19. Oktober 1999 - XI ZR 308/98, NJW 2000, 143, 144).

24 (3) Mit dem Abstehen selbst hat der Kläger jedenfalls keinen neuen Streitstoff zur Beurteilung und Entscheidung gestellt. Sein Honoraranspruch - ob nun im Urkundenverfahren oder im ordentlichen Verfahren geltend gemacht - betrifft ein- und denselben Streitgegenstand. Der Streitstoff ist der Nämliche.

25 dd) Der Senat kann die Frage der Sachdienlichkeit des Abstehens vom Urkundenprozess selbst entscheiden, weil die hierbei zu berücksichtigenden Gesichtspunkte feststehen und zusätzliche Erkenntnisse nicht zu erwarten sind. Er bejaht die Sachdienlichkeit. Das Abstehen vom Urkundenprozess erlaubt es, die bisher nur urkundsbeweislich verwerteten Verträge umfassend zu würdigen und damit den Streit der Parteien im laufenden Rechtsstreit zu einem endgültigen Abschluss zu bringen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2014 - V ZR 36/13, nv Rn. 15).

26 Ob für ein Abstehen vom Urkundenprozess im Berufungsverfahren zusätzlich die Voraussetzungen des § 533 Nr. 2 ZPO erfüllt sein müssen, hat der Bundesgerichtshof bislang dahinstehen lassen können, weil diese Vorausset-

zungen jeweils vorlagen. Die Frage muss auch hier nicht entschieden werden. Zu den nach § 533 Nr. 2, § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zu berücksichtigenden Tatsachen gehören auch solche, die in dem Urteil des erstinstanzlichen Gerichts trotz entsprechenden Parteivortrags nicht festgestellt sind, auf die es aber aus der maßgeblichen Sicht des Berufungsgerichts auf Grund einer Klageänderung oder - wie hier - eines Abstehens vom Urkundenprozess für die Entscheidung ankommt. Um die Berücksichtigung solcher Tatsachen geht es hier. Der Kläger hat im Urkundenprozess umfassend auch zu den nichturkundlichen Voraussetzungen seines Anspruchs vorgetragen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2014, aaO Rn. 16 f).

27 3. Durch die wirksame Abstandnahme ist der Rechtsstreit vom Urkundenprozess in das ordentliche Verfahren überführt worden, so dass es auf die vom Berufungsgericht und der Revision des Weiteren behandelte Frage der Statthaftigkeit der Klage im Urkundenprozess nicht ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 2012 - VIII ZR 109/11, NJW 2012, 2662 Rn. 23). Das Berufungsgericht hätte die Klage deswegen nicht als im Urkundenprozess unstatthaft abweisen dürfen.

III.

28 Die Anschlussrevision ist zulässig, aber unbegründet.

29 1. Die Anschlussrevision der Beklagten ist statthaft und auch im Übrigen zulässig. Der für die Statthaftigkeit der Anschlussrevision erforderliche rechtliche oder wirtschaftliche Zusammenhang mit der Hauptrevision ist gegeben. Die

Anschlussrevision betrifft einen Lebenssachverhalt, der mit dem von der Revision des Klägers erfassten Streitgegenstand in einem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang steht (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 2019 - IV ZR 8/19, WM 2020, 219 Rn. 36 mwN). Die Beklagten machen mit der Anschlussrevision geltend, die Honoraransprüche des Klägers bestünden nicht, weil der diesen Ansprüchen zugrundeliegende Vertrag nichtig sei. Die Anschlussrevision wahrt die Frist des § 554 Abs. 2 Satz 2 ZPO und genügt den formellen Anforderungen des § 554 Abs. 3 ZPO.

30 2. Die Anschlussrevision ist jedoch unbegründet. Weder die Honorarvereinbarung vom 8. Oktober 2009 noch die - vom Berufungsgericht so gesehene - deklaratorischen Anerkenntnisse vom 20. Januar 2012 und vom 19. Januar 2013 verstießen gegen ein gesetzliches Verbot und waren nach § 134 BGB nichtig.

31 a) Zwar stellen § 43a Abs. 4 BRAO (BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 - IX ZR 241/14, NJW 2016, 2561 Rn. 7 ff), § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO (BGH, Beschluss vom 18. Dezember 1996 - IV ZB 9/96, BGHZ 134, 230, 234; Urteil vom 12. Mai 2016, aaO Rn. 30) und § 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO (OLGR Köln 2008, 654; OLG Karlsruhe, BRAK-Mitt 2016, 297 Rn. 31; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. August 2018 - 14 U 120/17, juris Rn. 46) gesetzliche Verbote im Sinne des § 134 BGB dar, so dass ein Verstoß hiergegen grundsätzlich die Nichtigkeit des geschlossenen Vertrages und auch der nach Ansicht des Berufungsgerichts deklaratorischen Anerkenntnisse in den Anlagen K1 und K2 zur Folge hat (vgl. BGH, Urteil vom 16. März 1988 - VIII ZR 12/87, BGHZ 104, 18, 23 ff). Die Voraussetzungen dieser Verbotsnormen sind jedoch nicht erfüllt.

32

b) Der Kläger hat nicht gegen die Tätigkeitsverbote des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO und des § 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO verstoßen.

33 aa) Nach § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO darf ein Rechtsanwalt nicht tätig werden, wenn er in derselben Angelegenheit außerhalb seiner Anwaltstätigkeit bereits beruflich tätig war. Nach § 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO ist es dem Rechtsanwalt untersagt, in Angelegenheiten, mit denen er bereits als Rechtsanwalt befasst war, außerhalb seiner Anwaltstätigkeit beruflich tätig zu werden. Die Regelung des § 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO bildet das ergänzende Gegenstück zur Regelung des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO und wiederholt dessen Tätigkeitsverbot in umgekehrter Reihenfolge. Mit der Neufassung des § 45 BRAO mit Gesetz vom 2. September 1994 (BGBl. I S. 2278) wurde der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 87, 287) zum anwaltlichen Zweitberuf Rechnung getragen, um mit verfassungsrechtlich verhältnismäßigeren Mitteln als der Nichtzulassung oder dem Widerruf der Zulassung zur Anwaltschaft durch Berufsausübungsregelungen der Gefahr von Interessenkollisionen zu begegnen (BT-Drucks. 12/4993 S. 29 f).

34 Die Regelung bezweckt den Schutz des Vertrauens in eine Unabhängigkeit der anwaltlichen Berufsausübung (AnwG Köln, AnwBl 2018, 419). Hintergrund dieser Tätigkeitsverbote ist die Vermeidung der Gefahr, anwaltliche Berufspflichten zu verletzen oder in die Situation einer möglichen Verletzung zu gelangen, indem der Rechtsanwalt im Rahmen seines Zweitberufes Bindungen und Weisungen unterliegt, die auf dieselbe Angelegenheit, die er als Rechtsanwalt bearbeitet, durchschlagen können und seine Unabhängigkeit gefährden (AnwG Köln, AnwBl 2018, 419; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. August 2018 - 14 U 120/17, juris Rn. 58; vgl. Bormann/Strauß in Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 3. Aufl., § 45 BRAO Rn. 3, 34, 38; Henssler/Prütting/Kilian, BRAO, 5. Aufl., § 45 Rn. 8).

35 bb) Soweit die Anschlussrevision sich darauf beruft, aus § 1 der Honorarvereinbarung ergebe sich, dass der Erblasser den Kläger als Rechtsanwalt auch beauftragt habe, mit dem Verkäufer der Aktien an der M. den Kaufvertrag nachzuverhandeln, um das auf G. entfallende Aktienpaket für den Erblasser zu sichern und die Zahlung des Kaufpreises - nunmehr mit Endfälligkeit 30. Juni 2009 - neu festzulegen, woraus sich eine anwaltliche Vorbefassung im Hinblick auf die Tätigkeit als Organ der M. ergebe, greift die Rüge nicht durch. Das sich aus der beruflichen oder anwaltlichen Vorbefassung ergebende Tätigkeitsverbot beschränkt sich auf eine Vorbefassung in derselben Angelegenheit. Maßgeblich für diesen Begriff ist der sachlich-rechtliche Inhalt der anvertrauten Interessen (BGH, Urteil vom 23. April 2012 - AnwZ (Brfg) 35/11, NJW 2012, 3039 Rn. 7), also das anvertraute materielle Rechtsverhältnis, das bei natürlicher Betrachtungsweise auf ein innerlich zusammengehöriges, einheitliches Lebensverhältnis zurückzuführen ist (AnwG Köln, BRAK-Mitt 2012, 85; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. August 2018 - 14 U 120/17, juris Rn. 52). Es kommt darauf an, ob die neue Sache noch zu dem ursprünglich dem Rechtsanwalt anvertrauten materiellen Rechtsverhältnis gehört (vgl. Weyland/Träger, BRAO, 10. Aufl., § 43a Rn. 61). Es muss eine Identität des Streitstoffes bestehen (BGH, Urteil vom 24. Juni 1960 - 2 StR 621/59, BGHSt 15, 332, 338). Dieselbe Angelegenheit ist nicht nur gegeben, wenn es sich um ein und dasselbe Verfahren handelt; sie liegt auch vor, wenn in Verfahren verschiedener Art und verschiedener Zielrichtung ein und derselbe Sachverhalt von rechtlicher Bedeutung sein kann (BGH, Urteil vom 16. November 1962 - 4 StR 344/62, BGHSt 18, 192).

36 Der Kauf der Aktien durch den Kläger sowie das Nachverhandeln des Kaufvertrages und die Übernahme auch des an G. verkauften Aktienpakets stellt eine andere Angelegenheit dar als die Auseinandersetzung des

Erblässers und der von ihm beherrschten Schweizer Gesellschaften mit den Mitgesellschaftern der S. . Denn diese Angelegenheiten sind bei natürlicher Betrachtungsweise nicht auf ein innerlich zusammengehöriges, einheitliches Lebensverhältnis zurückzuführen, sondern beruhen auf unterschiedlichen Sach- und Rechtsfragen. In der einen Angelegenheit ging es um den Erwerb von Aktien an einer Schweizer Gesellschaft und das Nachverhandeln eines Aktienkaufvertrages, nachdem einer der beiden Käufer den Kaufpreis für die von ihm erworbenen Aktien nicht aufbringen konnte und der andere, nämlich der Erblasser, die Aktien nunmehr unter Vereinbarung auskömmlicher Zahlungsziele insgesamt alleine erstehen wollte. In der anderen Angelegenheit ging es um einen Streit der Gesellschafter der S. , auch wenn der Streit seinen Grund in dem Verkauf der Aktien an der M. gehabt haben mag.

37 cc) Aber auch im Hinblick darauf, dass der Kläger ausweislich der Honorarvereinbarung durch den Erblasser im Dezember 2006/Januar 2007 beauftragt worden ist, sowohl ihm als auch der M. als Vertrauensmann bei der Bereinigung des Gesellschafterstreits behilflich zu sein, und er seit 2007 Organ der M. und der Sch. AG gewesen ist, liegen die Voraussetzungen der Tätigkeitsverbote nicht vor.

38 (1) Zwar ist anerkannt, dass die Geschäftsführung einer GmbH und die nebenberufliche Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied berufliche Tätigkeiten im Sinne des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO sind (OLGR Köln 2008, 654, 655; Weyland/Träger, BRAO, 10. Aufl., § 45 Rn. 29; Henssler/Prütting/Kilian, BRAO, 5. Aufl., § 45 Rn. 34, 45a; zur Stellung eines Rechtsanwalts als Aufsichtsrat einer deutschen Aktiengesellschaft: Müller, NZG 2002, 797, 799 f; Ziemons, ZGR 2016, 839, 856 f). So ist es einem Anwalt, welcher Geschäftsführer einer GmbH ist,

die für einen Dritten Buchhaltungsarbeiten durchgeführt hat, untersagt, für diesen Auftraggeber zeitgleich die Einkommensteuer-, Gewerbesteuer- und Umsatzsteuererklärung zu fertigen (AnwGH München, BRAK-Mitt 2003, 182, 183 f). Dennoch war der Kläger nicht außerhalb seiner Anwaltstätigkeit beruflich tätig.

39 Die Beantwortung der Frage, ob ein Rechtsanwalt außerhalb seiner Anwaltstätigkeit beruflich tätig war, ist insbesondere deshalb von entscheidender Bedeutung, weil eine anwaltliche Vorbefassung das Verbot, widerstreitende Interessen zu vertreten (§ 43a Abs. 4 BRAO), auslöst, welches allerdings einen konkreten Interessenskonflikt verlangt, während in den Fällen des § 45 BRAO ein abstrakt-typisierter Interessenskonflikt ausreicht; zudem muss bei § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO die Nebentätigkeit noch andauern (Bormann/Strauß in Gai-er/Wolf/
Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 3. Aufl., § 45 BRAO Rn. 37; aA Kleine-Cosack, BRAO, 8. Aufl., § 45 Rn. 25, nach welchem diese Regelung verfas- sungskonform auf die Verhinderung echter Interessenkonflikte zu beschränken ist). So hat der Bundesgerichtshof (Urteil vom 16. Februar 1977 - IV ZR 55/75, WM 1977, 551, 552) entschieden, dass dem rechtswirksamen Abschluss eines einzelnen Maklervertrages die Anwaltseigenschaft desjenigen, der die Maklertä- tigkeit ausübe, nicht entgegenstehe, dass aber dann, wenn er seinem Auftrag- geber in nicht ganz unwesentlichem Umfang bei seiner Tätigkeit auch rechtli- chen Beistand leiste, er insgesamt selbst dann als Anwalt tätig werde, wenn im Vordergrund seiner Bemühungen eine typische Maklertätigkeit stehe (vgl. auch BGH, Urteil vom 10. Juni 1985 - III ZR 73/84, NJW 1985, 2642; OLG Branden- burg, BRAK-Mitt 2007, 272, 273). Ist der Inhalt der dem Anwalt übertragenen Aufgabe in nicht unwesentlichem Umfang rechtsberatender Natur, liegt eine anwaltliche Vorbefassung vor, welche die Vermittlungstätigkeit einschließt. Et-

was Anderes gilt lediglich dann, wenn die rechtsberatende Tätigkeit völlig in den Hintergrund tritt und keinerlei Relevanz besitzt (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1955 - VI ZR 145/54, BGHZ 18, 340, 346; vom 5. April 1976 - III ZR 79/74, WM 1976, 1135, 1136; Bormann/Strauß in Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 3. Aufl., § 45 BRAO Rn. 37). Im Zweifel ist anzunehmen, dass derjenige, der die Dienste eines Rechtsanwalts in Anspruch nimmt, ihn auch in dieser Eigenschaft beauftragen will (BGH, Urteil vom 17. April 1980 - III ZR 73/19, NJW 1980, 1855, 1856 unter 1.d).

40 (2) Mit seiner Tätigkeit als Organ der Schweizer Gesellschaften ist der Kläger in Ausübung seiner anwaltlichen Beratung des Erblassers tätig geworden. Nach dem klägerischen Vortrag, auf welchen das Berufungsgericht Bezug genommen hat, hat der Kläger zunächst ohne schriftliche Grundlage ein Mandat vom Erblasser erhalten, ihn in den sich anbahnenden beziehungsweise bereits ausgebrochenen Streitigkeiten gegenüber den Mitgesellschaftern der S.

zu vertreten. Dabei seien er und der Erblasser übereingekommen, die Tätigkeit des Klägers setze voraus, dass er eine Organfunktion innerhalb der M. übernehme, um als Vertreter der Gesellschafterin M. mit den anderen Gesellschaftern auf Augenhöhe verhandeln zu können. Dazu habe Anlass bestanden, weil der Erblasser nach seiner eigenen Einschätzung "persona non grata" bei den übrigen S. -Gesellschaftern gewesen sei, so dass es besser gewesen sei, wenn nicht der Erblasser, sondern der Kläger in den Gesellschafterversammlungen der S. mit den anderen Gesellschaftern verhandelt hätte. Damit habe der Kläger den wirtschaftlichen Eigentümer der S. -Beteiligungen - den Erblasser - und auch dessen wirtschaftliches Alter Ego, die M. , vertreten. Das Berufungsgericht hat insoweit festgestellt, der Kläger sei in der Angelegenheit „Auseinandersetzung der Ge-

sellschafter der S. „ einheitlich tätig geworden und nicht einmal in anwaltlicher Tätigkeit und einmal als Verwaltungsratsvorsitzender. Danach ist der Kläger als Ausfluss der anwaltlichen Beratung des Erblassers in der Gesellschafterauseinandersetzung Organ der M. geworden und hat die Interessen des Erblassers, aber auch der M. , in der Auseinandersetzung mit den Mitgesellschaftern vertreten. Mithin war die Tätigkeit des Klägers - auch als Organ der M. - im Wesentlichen rechtsberatender Natur, welche die Organtätigkeit einschloss.

41 c) Infolge der gleichzeitigen Rechtsberatung des Erblassers und der M. und der Organtätigkeit für die M. bleibt allein der Vorwurf, der Kläger habe widerstreitende Interessen vertreten und dadurch gegen § 43a Abs. 4 BRAO und gegen § 3 BORA verstoßen. Aber auch dieser Vorwurf ist unbegründet.

42 aa) Gemäß § 43a Abs. 4 BRAO ist es einem Rechtsanwalt verboten, widerstreitende Interessen zu vertreten. Auf der Grundlage der Ermächtigung des § 59b Abs. 2 Nr. 1 Buchst. e BRAO konkretisiert § 3 der Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA) dieses Verbot dahingehend, dass der Rechtsanwalt nicht tätig werden darf, wenn er eine andere Partei in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse bereits beraten oder vertreten hat oder mit dieser Rechtssache in sonstiger Weise im Sinne der §§ 45, 46 BRAO beruflich befasst war. Grundlage der Regelung des § 43a Abs. 4 BRAO sind das Vertrauensverhältnis zum Mandanten, die Wahrung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts und die im Interesse der Rechtspflege gebotene Gradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung (BT-Drucks. 12/4993 S. 27). Die Wahrnehmung anwaltlicher Aufgaben setzt den unabhängigen, verschwiegenen und nur den Interessen des eigenen Mandanten verpflichteten Rechtsanwalt voraus. Ein Anwalt, der sich zum Diener gegenläufiger Interessen macht, verliert jegliche unabhängige

Sachwalterstellung im Dienste des Rechtsuchenden. Über das individuelle Mandatsverhältnis hinaus ist die Rechtspflege allgemein auf die Gradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung angewiesen (BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 - IX ZR 241/14, NJW 2016, 2561 Rn. 6). Dabei sind die Interessen, welche der Anwalt im Rahmen des ihm erteilten Auftrags zu vertreten hat, objektiv zu bestimmen (BGH, Urteil vom 23. April 2012 - AnwZ (Brfg) 35/11, NJW 2012, 3039 Rn. 10). Ob widerstreitende Interessen bestehen und vertreten werden, kann indessen nicht ohne Blick auf die konkreten Umstände des Falles beurteilt werden. Maßgeblich ist, ob der in den anzuwendenden Rechtsvorschriften typisierte Interessenkonflikt im konkreten Fall tatsächlich auftritt. Was den Interessen des Mandanten und damit zugleich der Rechtspflege dient, kann nicht ohne Rücksicht auf die konkrete Einschätzung der hiervon betroffenen Mandanten abstrakt und verbindlich von Rechtsanwaltskammern oder Gerichten festgelegt werden. Die Vorschrift des § 43a Abs. 4 BRAO schränkt das Grundrecht der freien Berufsausübung der Rechtsanwälte nach Art. 12 Abs. 1 GG ein. Ihre Auslegung hat sich daran zu orientieren, dass jeder Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sein muss und nicht weitergehen darf, als die rechtfertigenden Gemeinwohlbelange es erfordern. Eingriffszweck und Eingriffsintensität müssen zudem in einem angemessenen Verhältnis stehen; denn die Gerichte sind, wenn sie Einschränkungen der grundsätzlich freien Berufsausübung für geboten erachten, an dieselben Maßstäbe gebunden, die nach Art. 12 Abs. 1 GG den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers einschränken. Im Interesse der Rechtspflege sowie eindeutiger und gradliniger Rechtsbesorgung verlangt § 43a Abs. 4 BRAO lediglich, dass im konkreten Fall die Vertretung widerstreitender Interessen vermieden wird. Das Anknüpfen an einen möglichen, tatsächlich aber nicht bestehenden (latenten) Interessenkonflikt verstößt gegen das Übermaßverbot und ist verfassungsrechtlich unzulässig (BGH, Urteil vom 23. April 2012, aaO Rn. 14).

45 1. Allerdings ist es in Rechtsprechung und Literatur streitig, ob nach Aufhebung eines vorläufig vollstreckbaren erstinstanzlichen Urteils durch das Berufungsgericht und Aufhebung des Berufungsurteils durch den Bundesgerichtshof und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht die (vorläufige) Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils wiederauflebt. Einerseits wird vertreten, dass die Vollstreckbarkeit in einem solchen Fall nicht wiederauflebt (KG, NJW 1989, 3025; LG Bamberg, Beschluss vom 17. Juni 2019 - 3 T 76/19, juris; Zöller/Herget, ZPO, 33. Aufl., § 717 Rn. 1; MünchKomm-ZPO/Götz, 5. Aufl., § 717 Rn. 6; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 16. Aufl., § 717 Rn. 3; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 717 Rn. 3; Giers in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 3. Aufl., § 717 Rn. 4; BeckOK-ZPO/Ulrici, 2012 § 717 Rn. 6; Saenger/Kindl, ZPO, 8. Aufl., § 717 Rn. 2 a.E.; Prütting/Gehrlein/Kroppenberger, ZPO, 11. Aufl., § 717 Rn. 3; Boemke-Albrecht, NJW 1991, 1333, 1335). Durch die Aufhebung der Zweitentscheidung und Zurückverweisung an die zweite Instanz durch das Revisionsgericht finde die erstinstanzliche Erstentscheidung keine Bestätigung, sondern bleibe deren Bestand offen, sofern die Entscheidung erster Instanz durch das Revisionsgericht nicht wiederhergestellt werde. Die die vorläufige Vollstreckbarkeit rechtfertigende Richtigkeitsvermutung der Erstentscheidung sei durch die - wenn auch ihrerseits aufgehobene - abweichende Zweitentscheidung weiterhin erschüttert.

46 Andererseits wird vertreten, mit der Aufhebung der Berufungsentscheidung fielen deren Wirkungen insgesamt weg (§ 562 Abs. 1 ZPO), damit entfielen zugleich die Tatbestandsvoraussetzungen des § 717 Abs. 1 ZPO. Nach dem Wegfall des Berufungsurteils komme die Richtigkeitsgewähr des erstinstanzlichen Urteils wieder voll zum Tragen. Die verbesserte Entscheidungskompetenz des Berufungsgerichts habe sich aufgrund der Revisionsentscheidung als unzutreffend erwiesen. Es bestehe daher kein Anlass, von einem

Wegfall der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Ersturteils auszugehen (OLG Frankfurt, NJW 1990, 721; Wieczorek/Schütze/Hess, ZPO, 4. Aufl., § 717 Rn. 9; vgl. auch OLG Naumburg, Beschluss vom 1. Mai 1906, in Mugdan/Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts, Band 13, S. 180 f).

47

2. Der Bundesgerichtshof hat bislang nur den umgekehrten Fall entschieden, dass das Berufungsgericht die Berufung gegen das für vorläufig vollstreckbar erklärte erstinstanzliche Urteil zurückgewiesen hat und dieses Urteil durch den Bundesgerichtshof aufgehoben worden ist: Danach hat ein Beklagter, der zur Abwendung der Vollstreckung aus dem gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärten landgerichtlichen Urteil nach Leistung der Sicherheit durch den Kläger Zahlungen geleistet und nach Erlass des seine Berufung zurückweisenden oberlandesgerichtlichen Urteils die Sicherheit freigegeben hat, wenn ein ohne Sicherheitsleistung vollstreckbares Berufungsurteil aus verfahrensrechtlichen Gründen aufgehoben wird, nur Anspruch darauf, dass ihm in der vom Landgericht bestimmten Höhe und Form wieder Sicherheit geleistet wird (BGH, Urteil vom 28. Oktober 1958 - VIII ZR 431/56, WM 1958, 1507). Auch hat der Bundesgerichtshof für den Sonderfall einer Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) gegen eine vollstreckbare notarielle Urkunde angenommen, dass mit Aufhebung des Berufungsurteils das landgerichtliche Urteil, welches die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde für unzulässig erklärt habe, zunächst wieder wirksam geworden sei. Dieses Urteil sei jedoch nur gegen Sicherheitsleistung der Kläger vorläufig vollstreckbar. Da diese Sicherheit nicht geleistet worden sei, habe das Urteil auch keine vorläufige Vollstreckbarkeitswirkung erlangt (BGH, Beschluss vom 14. Oktober 1981 - V ZR 113/80, NJW 1982, 1397). Diese Entscheidungen legen aber nahe, dass mit

der Aufhebung des Berufungsurteils das erstinstanzliche Urteil in vollem Umfang wieder wirksam wird.

48

3. Die Ansicht trifft zu, dass mit Aufhebung des Berufungsurteils, welches ein der Klage stattgebendes erstinstanzliches Urteil aufgehoben hat, durch das Revisionsgericht die vorläufige Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils wiederauflebt. Infolge der Aufhebung des Berufungsurteils durch das Revisionsgericht ist der Rechtsstreit in dieselbe Lage versetzt worden, in welcher er sich nach Erlass des Landgerichtsurteils befunden hat. Damit ist das landgerichtliche Urteil vorläufig - bis zur ausstehenden Entscheidung des Oberlandesgerichts - in allen seinen Teilen wiederhergestellt und als zu Recht bestehend zu erachten (RG, zitiert in Mugdan/Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts, Band 13, S. 181 Fßn. 1).

Kayser

Lohmann

Möhring

Röhl

Schultz

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 29.08.2017 - 310 O 276/16 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 06.06.2019 - 6 U 160/17 -