



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **VERSÄUMNISURTEIL**

III ZR 170/12

Verkündet am:  
18. Juli 2013  
B o t t  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Juli 2013 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Dr. Herrmann, Hucke, Dr. Remmert und Reiter

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 11. Mai 2012 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

- 1 Die Klägerin macht gegen den Beklagten Vergütungsansprüche für Dienstleistungen geltend, die sie für ihn in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter in zahlreichen Insolvenzverfahren aufgrund eines zwischen den Parteien im Juni 2006 mündlich geschlossenen Vertrags erbracht hat. Der Beklagte kündigte den Vertrag mit Anwaltsschreiben vom 28. Oktober 2008. Im Dezember 2007 oder Januar 2008 zahlte er an die Klägerin 15.713,31 €.

- 2 Die Klägerin hat behauptet, die Parteien hätten als Vergütung für die von ihr zu erbringende Bearbeitung von Insolvenzverfahren einen Betrag in Höhe von 50 % der vom Beklagten in den betroffenen Verfahren vereinnahmten Gebühren vereinbart.
- 3 Der Beklagte hat behauptet, nur hinsichtlich der Neuverfahren sei eine hälftige Gebührenteilung vereinbart worden. Hinsichtlich der weiteren Aufträge sei die Vergütung abweichend geregelt worden.
- 4 Gegen die von ihm errechnete Restforderung der Klägerin hat der Beklagte mit verschiedenen Ansprüchen aus Kostenfestsetzungsbeschlüssen und wegen weiterer Kosten, die ihm in Folge der Vertragsbeendigung und der von ihm behaupteten Mangelhaftigkeit der von der Klägerin erbrachten Dienstleistungen entstanden seien, (teilweise hilfsweise) aufgerechnet.
- 5 Zu den von der Klägerin ausgeführten Leistungen, der vereinbarten Vergütungshöhe, den vom Beklagten in den jeweiligen Insolvenzverfahren vereinnahmten Gebühren und den vom Beklagten geltend gemachten Gegenforderungen haben die Parteien umfangreich streitig vorgetragen.
- 6 Das Landgericht hat unter Klageabweisung im Übrigen den Beklagten zur Zahlung von 40.293,85 € nebst Zinsen verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat es unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen den Kläger zur Zahlung eines weiteren Betrages von 15.383,28 € nebst Zinsen verurteilt.
- 7 Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter.

### Entscheidungsgründe

8 Die Revision des Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Über das Rechtsmittel ist antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Das Urteil beruht aber inhaltlich nicht auf der Säumnis der Klägerin, sondern auf der Berücksichtigung des gesamten Sach- und Streitstands (vgl. z.B. Senatsurteil vom 18. Januar 2007 - III ZR 44/06, NJW-RR 2007, 621 Rn. 6; BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81 ff).

9 1. Vergütung für die Bearbeitung von Neuverfahren

10 Soweit das Berufungsgericht der Klägerin Vergütungsansprüche für die Bearbeitung von Verbraucherinsolvenzverfahren und Regelinsolvenzverfahren natürlicher Personen mit Verfahrenskostenstundung, in denen der Beklagte nach Beginn der Zusammenarbeit mit der Klägerin zum Treuhänder beziehungsweise Verwalter bestellt worden ist (Neuverfahren), zuerkannt hat, ist dies - mit einer Ausnahme (Insolvenzverfahren M. ) - nicht zu beanstanden.

11 a) Hinsichtlich der unstreitigen Vergütungsforderung der Klägerin für das Insolvenzverfahren M. in Höhe von 966,88 € hat das Berufungsgericht den Beklagten als beweisfällig für die Zahlung der Vergütung angesehen.

12 Die Revision beanstandet zu Recht, das Berufungsgericht habe übersehen, dass der Beklagte mit Schriftsatz vom 26. Juli 2010 die Zahlung vom 25. Juli 2008 durch Vorlage einer Ablichtung des betreffenden Kontoauszugs belegt habe. Angesichts der Vorlage dieses Belegs und des darin liegenden

qualifizierten Vortrags des für die Erfüllung der unstreitigen Forderung darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten hätte die Klägerin, um die Erfüllung weiterhin hinreichend zu bestreiten, zumindest näher vortragen müssen, dass die Zahlung nicht bei ihr eingetroffen ist oder nicht auf das Verfahren M. entfiel. Entsprechender Vortrag der Klägerin ist indes weder festgestellt noch ersichtlich. Das Berufungsgericht hat daher unter Verstoß gegen § 286 ZPO den Beklagten verfahrensfehlerhaft als beweisfällig angesehen.

13            b) Zu Recht hat das Berufungsgericht der Klägerin für die Verfahren B. und K. Vergütungsansprüche in Höhe von 410,55 € und 513,19 € zugesprochen. Es hat die Auffassung vertreten, der Beklagte sei der ihm nach Rückerhalt der Akten obliegenden sekundären Darlegungs- und Substantiierungslast nicht nachgekommen.

14            Soweit die Revision beanstandet, das Berufungsgericht habe die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast verkannt und unzutreffende Anforderungen an die Darlegungslast des Beklagten gestellt, trifft dies nicht zu. Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 7. Februar 2011 die Auszahlungsanordnungen des Insolvenzgerichts an den Beklagten in den vorgenannten Insolvenzverfahren vorgelegt. Angesichts dieses konkreten Vortrags der für die Voraussetzungen ihres Vergütungsanspruchs darlegungspflichtigen Klägerin oblag es dem Beklagten, qualifiziert zur trotz der Auszahlungsanordnung dennoch nicht erfolgten Auszahlung der Vergütungen an ihn vorzutragen. Das Berufungsgericht hat zutreffend festgestellt, dass er dieser sekundären Darlegungs- und Substantiierungslast nicht nachgekommen ist.

15           c) Soweit das Berufungsgericht der Klägerin für das Verfahren Z. einen Vergütungsanspruch in Höhe von 4.575,92 € zuerkannt hat, ist dies ebenfalls nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, der Beklagte habe nicht bestritten, die Akten der Klägerin zur Bearbeitung überlassen zu haben. Er habe mithin anhand der zurückerhaltenen Akten die von ihm behauptete Nichtentstehung oder Nichtzahlung von Gebühren zu belegen. Die hiergegen gerichtete Rüge der Revision bleibt im Ergebnis erfolglos:

16           Die Klägerin trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sie in dem Verfahren, für dessen Bearbeitung sie eine Vergütung beansprucht, für den Beklagten tätig geworden ist. Die vom Insolvenzgericht festgesetzte, von der Klägerin zur Begründung ihres Anspruchs herangezogene Vergütung des Beklagten betrifft die Vergütung des Beklagten als vorläufiger Insolvenzverwalter im Eröffnungsverfahren. Die Klägerin hat daher zunächst darzulegen, dass sie bereits in diesem Verfahrensstadium für den Beklagten tätig geworden ist. Der Revision ist insoweit einzuräumen, dass letzteres - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht bereits aus dem Erhalt der Akten vom Beklagten geschlossen werden kann. Die Aktenübergabe lässt auf ein Tätigwerden der Klägerin bereits im Eröffnungsverfahren nur dann hinreichend schließen, wenn - wie nicht - festgestellt ist, dass die Klägerin die Akten schon während dieses Verfahrens erhalten hat.

17           Indes hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 13. Dezember 2010 detailliert unter Vorlage von sogenannten "Screenshots" vorgetragen, sie habe nach Stellung des Insolvenzantrags am 5. Januar 2007 und noch vor Insolvenzeröffnung am 9. November 2007 die Verfahrensdaten in ihr EDV-System eingepflegt und die Sache bearbeitet. Angesichts dieses konkreten Vortrags der Klägerin war das diesbezügliche Bestreiten des Beklagten nicht hinreichend, zumal der Be-

klagte nach Rückgabe der Akten in der Lage war, dort die Bearbeitungsbeiträge der Klägerin im Eröffnungsverfahren im Einzelnen nachzuvollziehen. Das Berufungsgericht ist somit im Ergebnis zu Recht von einer Tätigkeit der Klägerin bereits im Eröffnungsverfahren ausgegangen.

18 d) Das Berufungsgericht hat der Klägerin zu Recht auch eine (Rest-)Forderung für das Verfahren S. in Höhe von 97,39 € zugesprochen. Die Beanstandung der Revision, dem Beklagten stehe, soweit er die Forderung nicht anerkannt habe, ein Zurückbehaltungsrecht wegen seines Anspruchs auf Erteilung einer die Umsatzsteuer ausweisenden Rechnung zu, ist unbegründet. Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 26. November 2009 eine auf den Beklagten ausgestellte, die Mehrwertsteuer ausweisende Rechnung vom 25. Februar 2008 über 609,97 € vorgelegt (Anlage K 24), deren Erhalt der Beklagte nicht bestritten hat.

19 2. Vergütung für die Bearbeitung von Altverfahren

20 Soweit das Berufungsgericht der Klägerin Vergütungsansprüche für die Bearbeitung von Verfahren, in denen der Beklagte bei Beginn der Zusammenarbeit mit der Klägerin bereits zum Treuhänder beziehungsweise Verwalter bestellt worden war (Altverfahren), zuerkannt hat, bleiben die hiergegen gerichteten Rügen der Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

21 Das Berufungsgericht ist für alle von der Klägerin erbrachten Dienstleistungen, das heißt auch für die Altverfahren betreffenden Tätigkeiten von der Vereinbarung einer hälftigen Teilung der vom Beklagten vereinnahmten Gebühren ausgegangen. Es hat seine entsprechende, gemäß § 286 Abs. 1 ZPO gewonnene Auffassung auf mehrere von ihm ausführlich dargelegte Indizien ge-

stützt und in diesem Rahmen auch den Sachvortrag des Beklagten umfassend gewürdigt.

22 Die im Hinblick auf eine behauptete Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG von der Revision insofern erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat im Einzelnen geprüft und im Ergebnis für nicht durchgreifend erachtet. Dabei hat er auch berücksichtigt, dass der Beklagte unstreitig mehrere von der Klägerin in Bezug auf Tätigkeiten in Altverfahren gestellte und auf einer hälftigen Gebührenteilung beruhende Rechnungen beglichen hat. Im Übrigen wird von einer näheren Begründung gemäß § 564 ZPO abgesehen.

23 3. Vergütung für weitere Verfahren

24 Auch soweit das Berufungsgericht der Klägerin Vergütungsansprüche für die Bearbeitung der Insolvenzverfahren E. GmbH, G. GmbH und K. zuerkannt hat, bleiben die hiergegen gerichteten Rügen der Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

25 Das Berufungsgericht ist auch hier von der Vereinbarung einer hälftigen Teilung der vom Beklagten vereinnahmten Gebühren ausgegangen. Die im Hinblick auf eine behauptete Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG von der Revision insofern erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat im Einzelnen geprüft und im Ergebnis für nicht durchgreifend erachtet. Dies gilt auch, soweit die Revision hinsichtlich der Verfahren E. GmbH, G. GmbH und K. die mangelnde Berücksichtigung weiteren Vortrags des Beklagten durch das Berufungsgericht rügt. Von einer näheren Begründung wird gemäß § 564 ZPO abgesehen.



26 4. Forderungen der Klägerin aus ihrem Schreiben vom 24. Dezember 2007

27 Zu Recht beanstandet indes die Revision, dass das Berufungsgericht der  
Klägerin weitere Vergütungsansprüche in Höhe von 11.208,97 € gemäß der  
(korrigierten) Rechnungsaufstellung in ihrem Schreiben vom 24. Dezember  
2007 (Anlage K 10) zuerkannt hat.

28 Das Berufungsgericht hat den diesbezüglichen Sachvortrag der Klägerin  
als zugestanden angesehen, weil der Beklagte seiner sekundären Darlegungs-  
last nach Rückerhalt aller Akten nicht genügt habe. Die Revision rügt zu Recht,  
dies sei ohne tragfähige Grundlage. Das Berufungsgericht hat unter Verstoß  
gegen § 138 ZPO die Anforderungen an die Substantiierung des Beklagtenvor-  
trags in unzulässiger Weise überspannt.

29 Die Substantiierungslast des Bestreitenden hängt davon ab, wie einge-  
hend die darlegungspflichtige Gegenpartei vorgetragen hat (st. Rspr.; vgl. Se-  
nat, Urteil vom 13. Januar 2011 - III ZR 146/10, NJW 2011, 1509 Rn. 20 mwN).  
In der Regel genügt gegenüber einer Tatsachenbehauptung der darlegungs-  
pflichtigen Partei ein einfaches Bestreiten des Gegners. Eine darüber hinaus-  
gehende Substantiierungslast trifft die nicht darlegungsbelastete Partei im Re-  
gelfall nur dann, wenn der darlegungspflichtige Gegner außerhalb des von ihm  
darzulegenden Geschehensablaufs steht und die maßgeblichen Tatsachen  
nicht kennt, während sie der anderen Partei bekannt und ihr ergänzende Anga-  
ben zuzumuten sind (Senat aaO).

30 Unter Anwendung dieser Kriterien durfte sich der Beklagte auf ein einfa-  
ches Bestreiten beschränken. Die Klägerin hat erstmals im Berufungsverfahren  
ihre Klage auch auf die in dem Schreiben vom 24. Dezember 2007 aufgeführten

Beträge gestützt (Berufungsbegründung vom 6. Mai 2010, S. 7). Sie hat anschließend den sich daraus ergebenden Gesamtbetrag um vom Beklagten bereits geleistete Zahlungen bereinigt und eine korrigierte Rechnungsliste vorgelegt (Schriftsatz vom 1. April 2011 sowie Anlage BK 13). Der Beklagte hat hinsichtlich der von der Klägerin aufgeführten Rechnungen und der ihnen zugrunde liegenden Leistungen bestritten, dass die Klägerin in den genannten Verfahren für ihn tätig geworden sei, gerichtliche Vergütungsbeschlüsse vorlägen und Zahlungen an ihn geflossen seien (Schriftsätze vom 1. Juli 2010, Seite 3 und vom 8. Februar 2011, Seite 3). Die Klägerin hat darauf - insofern abweichend von ihrem Sachvortrag zu anderen von ihr geltend gemachten Forderungen - weder vorgetragen, welche Tätigkeiten sie in den einzelnen Verfahren für den Beklagten übernommen haben will, noch hat sie die in dem Schreiben vom 24. Dezember 2007 aufgeführten Rechnungen vorgelegt, aus denen sich zumindest schlagwortartig die übernommenen Tätigkeiten ergeben hätten (vgl. dagegen etwa die mit Schriftsatz vom 26. November 2009 in dem Anlagenkonvolut K 6 vorgelegten Rechnungen). Auch die Vergütungsbeschlüsse des Insolvenzgerichts hat sie jeweils - erneut abweichend von ihrem Sachvortrag zu anderen Forderungen - nicht vorgelegt. Angesichts dieses nur wenig konkreten Vortrags der darlegungspflichtigen Klägerin oblag dem Beklagten nach den vorstehenden Grundsätzen keine sekundäre Darlegungslast. Vielmehr war ein einfaches Bestreiten seinerseits ausreichend, um den Vortrag der Klägerin streitig zu stellen. Dies gilt umso mehr, als nicht ersichtlich ist, warum der Klägerin im Unterschied zum Beklagten näherer Vortrag zu ihren Tätigkeiten und den Vergütungsbeschlüssen der Insolvenzgerichte, die ihr auch sonst zugänglich waren, nicht möglich sein soll.

31 Nach alledem durfte das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin nicht  
als vom Beklagten zugestanden ansehen. Die Klägerin wird in dem weiteren  
Berufungsverfahren Gelegenheit haben, zu den Tätigkeiten, die sie mit den im  
Schreiben vom 24. Dezember 2007 aufgeführten Rechnungen abgerechnet hat,  
weiter vorzutragen.

32 5. Gegenforderungen des Beklagten

33 Teilweise zu Recht beanstandet die Revision des Weiteren, dass das  
Berufungsgericht von ihm im Wege der Aufrechnung geltend gemachte Gegen-  
forderungen unberücksichtigt gelassen hat.

34 a) Soweit das Berufungsgericht Gegenforderungen des Beklagten wegen  
Vollstreckungskosten in Höhe von 180,20 € sowie aus der Beauftragung der  
Firma G. GmbH in Höhe von  
14.897,98 € verneint hat, bleibt die Revision jedoch ohne Erfolg. Der Senat hat  
die im Hinblick auf eine behauptete Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG erhobe-  
nen Verfahrensrügen im Einzelnen geprüft und im Ergebnis für nicht durchgrei-  
fend erachtet. Von einer näheren Begründung wird gemäß § 564 ZPO abgese-  
hen.

35 b) Zu Recht beanstandet die Revision jedoch, dass das Berufungsgericht  
vom Landgericht zuerkannte Gegenforderungen des Beklagten in Höhe von  
4.134,60 € ohne jede Begründung unberücksichtigt gelassen hat.

36 Das Landgericht hat im Rahmen der Berechnung des der Klägerin zuer-  
kannten Betrags vom Beklagten im Wege der Aufrechnung geltend gemachte,  
im Wesentlichen unstreitige Forderungen aus zwei Kostenfestsetzungsbe-

schlüssen des Landgerichts Darmstadt vom 17. März 2009 und 9. Juli 2009 über 2.047,40 € und 1.325,60 € nebst Zinsen in Höhe von 104,44 € sowie wegen Vollstreckungskosten in Höhe von 542,30 € und 219,30 € in Abzug gebracht (Seite 11 der Entscheidungsgründe). Die Klägerin hat das Urteil des Landgerichts lediglich wegen der vorgenannten Zinsforderung in Höhe von 104,44 € angefochten. Das Berufungsgericht hat diesen Zinsanspruch verneint, sich im Übrigen jedoch mit den vom Landgericht zuerkannten Gegenforderungen von insgesamt 4.134,60 € nicht ausdrücklich befasst. Dennoch hat es sie - zu Unrecht - bei der Berechnung der klägerischen Forderung nicht berücksichtigt:

37 Das Berufungsgericht ist in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils (Seite 9 unten /10 oben) zunächst rechnerisch zutreffend vorgegangen, indem es zu der vom Landgericht zuerkannten Summe von 40.293,85 € die weiteren, im Schreiben der Klägerin vom 24. Dezember 2007 genannten und von ihm - wenn auch, wie ausgeführt, zu Unrecht (vergleiche vorstehend zu 4) - zuerkannten Beträge von (bereinigt) 11.208,97 € addieren wollte. Auf diesem Weg hätte es die vorgenannten Gegenforderungen des Beklagten von 4.134,60 € einbezogen, weil sie in dem Urteil des Landgerichts berücksichtigt worden waren.

38 Diesen Berechnungsweg hat das Berufungsgericht jedoch in seiner abschließenden Berechnung verlassen (Seite 11 der Entscheidungsgründe). Dort legt es nicht mehr den vom Landgericht zuerkannten Betrag zugrunde, sondern die Zusammenstellung der klägerischen Forderungen in dem Schriftsatz der Klägerin vom 7. Februar 2011 mit einem Gesamtbetrag von 60.181,47 €. Hier von bringt es sodann nur noch einen Betrag von 4.504,34 € in Abzug. Bei die-

ser Berechnung werden die dem Beklagten zustehenden Forderungen in Höhe von 4.134,60 € zu Unrecht nicht in Abzug gebracht.

39 c) Zu Recht beanstandet die Revision auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Aufrechnung des Beklagten mit einer Forderung in Höhe von 2.363,85 € aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts Darmstadt vom 11. März 2010 greife nicht durch, weil diese Forderung des Beklagten bereits durch eine vorherige Aufrechnung der Klägerin mit den Zinsen aus dem Urteil des Landgerichts im vorliegenden Rechtsstreit erloschen sei.

40 Der Beklagte hat mit Schriftsatz vom 23. Dezember 2009 die Aufrechnung mit seinem - unstreitigen - Anspruch auf Kostenerstattung aus dem Verfahren Landgericht Darmstadt (3 O 142/09) erklärt. Zu diesem Zeitpunkt war sein Erstattungsanspruch aufgrund der Kostengrundentscheidung in dem Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 5. November 2009 bereits entstanden, fällig und aufrechenbar (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 8. Januar 1976 - III ZR 146/73, WM 1976, 460, 461; BGH, Urteil vom 15. Januar 1990 - II ZR 14/89, ZIP 1990, 1200, 1202). Dementsprechend ging die erst anschließend erklärte Aufrechnung der Klägerin vom 15. Februar 2010 mit den Zinsen aus dem vorliegenden Verfahren gegen den - durch die vorherige Aufrechnung des Beklagten bereits erloschenen - Kostenerstattungsanspruch des Beklagten ins Leere. Die Aufrechnung des Beklagten war daher vom Berufungsgericht zu beachten und der entsprechende Betrag von der streitgegenständlichen Forderung der Klägerin in Abzug zu bringen.

41 6. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden, da die

Sache nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Insofern ist es dem Berufungsgericht als Tatgericht vorbehalten, den Parteien Gelegenheit zu weiterem Vortrag insbesondere zur Rechnungsstellung der Klägerin im Insolvenzverfahren Marangoz und zu ihren Tätigkeiten, die sie mit den im Schreiben vom 24. Dezember 2007 aufgeführten Rechnungen abgerechnet hat, zu geben.

Schlick

Herrmann

Hucke

Remmert

Reiter

Vorinstanzen:

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 29.01.2010 - 2-31 O 107/09 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 11.05.2012 - 3 U 43/10 -