



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 44/20

vom

10. Februar 2021

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. Februar 2021 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, die Richter Halfmeier und Prof. Dr. Jurgeleit sowie die Richterinnen Graßnack und Dr. Brenneisen

beschlossen:

Der Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision wird teilweise stattgegeben.

Das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 24. Februar 2020 wird gemäß § 544 Abs. 9 ZPO aufgehoben, soweit darin zum Nachteil der Klägerin der Klageantrag zu 2. abgewiesen und die Zug-um-Zug-Verurteilung ausgesprochen worden ist. In diesem Umfang wird der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Verfahren über die Beschwerden gegen die Nichtzulassung der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Die weitergehende Beschwerde der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 24. Februar 2020 wird zurückgewiesen.

Gegenstandswert: Beschwerde der Klägerin 93.634,37 €; stattgebender Teil 93.634,37 €,
Beschwerde der Beklagten 91.179,16 €,
Insgesamt: 93.634,37 €.

Gründe:

I.

1 Die Klägerin nimmt aus abgetretenem Recht der M. GmbH (im Folgenden: M.) die Beklagte auf Schadensersatz in Anspruch.

2 Die M. initiierte die M. GmbH & Co. KG, deren Gründungskommanditistin die M. T. GmbH war. Die M. GmbH & Co. KG sollte sich an einem Hotelprojekt in Südafrika beteiligen. Zur Bereitstellung des dafür notwendigen Kapitals sollten Anleger mittels eines Anlageprospektes gewonnen werden.

3 Die M. war Herausgeberin des Anlageprospekts. Sie beauftragte die Beklagte, eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, mit der Prüfung des Anlageprospekts.

4 Eine Anlegerin beteiligte sich an dem Projekt in Höhe von 82.677,17 €. Unter anderem diese Mittel wurden abredewidrig verwendet, sodass das Beteiligungskonzept nicht umgesetzt werden konnte. Vor diesem Hintergrund hat die Klägerin zunächst aus abgetretenem Recht der Anlegerin Ansprüche gegen die M. und die M. T. GmbH als Gesamtschuldner geltend gemacht. In diesem Verfahren verkündeten die M. und die M. T. GmbH der Beklagten den Streit, die aufseiten der M. und der M. T. GmbH dem Rechtsstreit beiträt. Die M. und die M. T. GmbH wurden rechtskräftig als Gesamtschuldner verurteilt, den Einlagebetrag an die Klägerin zurückzuzahlen, Zug um Zug gegen Übertragung der Kommanditanteile an der M. GmbH & Co. KG.

5 Aufgrund Beschlusses ihrer Gesellschafterversammlung von Januar 2012 wurde die M. liquidiert, bei der 2016 Vermögenslosigkeit eintrat. Eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens wurde mangels Masse abgelehnt. Der Liquidator der M. trat die der M. gegenüber der Beklagten bestehenden Ansprüche auf Schadensersatz wegen der Verletzung der Pflichten aus dem Auftrag, den Anlageprospekt zu prüfen, an die Klägerin im Juni 2016 ab.

6 Im vorliegenden Verfahren klagt die Klägerin aus abgetretenem Recht der M. und hat zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen,

1. an sie 82.677,17 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 4. August 2010 zu zahlen (zugespochene Hauptforderung nebst Zinsen im Vorprozess),
2. sie von der Zahlungspflicht aus der Rechnung von deren Prozessbevollmächtigten vom 29. März 2011 in Höhe von 2.455,21 € freizustellen (Kosten der vorprozessualen Rechtsverfolgung der Klägerin gegenüber M.),
3. an sie weitere 4.848,18 € nebst Zinsen in Höhe von "5 %" Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 16. Mai 2018 zu zahlen (von der M. gegenüber der Klägerin zu tragende Prozesskosten des Berufungsverfahrens laut Kostenfestsetzungsbeschluss),
4. an sie weitere 3.653,81 € nebst Zinsen in Höhe von "5 %" Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 12. Mai 2016 zu zahlen (von der M. gegenüber der Klägerin zu tragende Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens laut Kostenfestsetzungsbeschluss),

5. ... (zurückgenommen)
6. sie von der Zahlungspflicht aus der Rechnung ihrer Prozessbevollmächtigten vom 19. September 2008 in Höhe von 2.480,44 € freizustellen (Kosten der vorgerichtlichen Rechtsverfolgung in diesem Prozess).

7 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil teilweise abgeändert und die Klage abgewiesen, soweit die Klägerin Freistellung von Zahlungspflichten in Höhe von 2.455,21 € (Klageantrag zu 2.) und 2.480,44 € (Klageantrag zu 6.) beantragt hat. Darüber hinaus hat das Berufungsgericht wie folgt tenoriert:

"Die Klage wird weiter abgewiesen, soweit die Klägerin beantragt hat, die Beklagte unbeding und nicht nur Zug um Zug gegen Abtretung ihres Regressanspruchs aus § 426 Abs. 2 BGB gegen die M. T. GmbH zu verurteilen."

8 Die Revision hat das Berufungsgericht nicht zugelassen, dagegen richten sich die Beschwerden der Klägerin und der Beklagten. Die Klägerin begehrt mit der beabsichtigten Revision die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagte verfolgt ihren Klageabweisungsantrag weiter.

II.

9 Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision führt gemäß § 544 Abs. 9 ZPO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit hierin zum Nachteil der Klägerin der Klageantrag zu 2. abgewiesen und die

Zug-um-Zug-Verurteilung ausgesprochen worden ist, und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

10 1. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin ist zulässig. Entgegen der Auffassung der Beklagten übersteigt der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer 20.000 € (§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).

11 a) Mit der Nichtzulassungsbeschwerde wendet sich die Klägerin vollumfänglich insoweit gegen das Berufungsurteil, als dieses zu ihren Lasten das landgerichtliche Urteil abgeändert hat. Die Abweisung des Klageantrags zu 2. beschwert die Klägerin in Höhe von 2.455,21 €. Die Abweisung des Klageantrags zu 6. bleibt nach §§ 2, 4 Abs. 1, 2. Halbsatz ZPO bei der Festsetzung der Beschwer unberücksichtigt. Entscheidend für die Überschreitung der Wertgrenze von 20.000 € ist deshalb die Beschwer der Klägerin aufgrund der durch das Berufungsurteil erfolgten Beschränkung der Zahlungspflicht durch die Zug-um-Zug-Verurteilung. Der Senat bewertet diese mit der beabsichtigten Revision der Klägerin geltend zu machende Beschwer gemäß §§ 2, 3 ZPO mit 45.589,58 € (die Hälfte von 91.179,16 €).

12 b) Der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer bemisst sich nach dem Interesse des Rechtsmittelklägers an der Abänderung der Entscheidung des Berufungsgerichts. Maßgebend für die Bewertung der Beschwer bei der Nichtzulassungsbeschwerde ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht, und zwar nach Maßgabe der dem Parteivorbringen zu diesem Zeitpunkt zugrundeliegenden tatsächlichen Angaben zum Wert (BGH, Beschluss vom 21. Juni 2017 - VII ZR 41/17 Rn. 11, NJW 2017, 3164).

13 Maßgebend für den Umfang der Beschwer der Klägerin im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ist ihr Interesse an

der Beseitigung der im angefochtenen Urteil ausgesprochenen Zug-um-Zug-Verurteilung. Dieses Interesse ist nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bemessen (BGH, Beschluss vom 16. Dezember 1998 - XII ZB 105/97, NJW 1999, 723 juris Rn. 7).

14 c) Im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ging dieses mangels entgegenstehender Angaben davon aus, dass die M. häftigen Ausgleich in Höhe von 45.589,58 € von der M. T. GmbH verlangen könne. Zu diesem Zeitpunkt war dem Parteivorbringen, wie es sich aus den tatbestandlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils ergibt (§§ 314, 525 ZPO), nichts dafür zu entnehmen, dass der Ausgleichsanspruch wirtschaftlich nicht oder nicht vollständig werthaltig sein könnte. Das wirtschaftliche Interesse der Klägerin an der Beseitigung der Zug-um-Zug-Verurteilung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ist deshalb mit dem Wert der Ausgleichsforderung in Höhe von 45.589,58 € zu bemessen.

15 2. Das Berufungsgericht hat, soweit für die Begründetheit der Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin wesentlich, ausgeführt:

16 Der Schadensersatzanspruch der Klägerin bestehe nicht unbedingt. Die M. und M. T. GmbH seien als Gesamtschuldner aus bürgerlich-rechtlicher Prospekthaftung verurteilt worden, den Einlagebetrag zurückzahlen. Mangels anderweitiger Umstände bestehe diese Verpflichtung im Innenverhältnis der M. und M. T. GmbH zu gleichen Teilen. Das schadensrechtliche Bereicherungsverbot, d.h. die Verhinderung, dass die M. sowohl die Beklagte als auch die M. T. GmbH aus § 426 Abs. 2 BGB in Anspruch nehme, werde nicht durch § 255 BGB kompensiert. Stattdessen sei der Vorteil, weil er nicht gleichartig zum Ersatzanspruch sei, durch Abtretung Zug um Zug

gegen Erfüllung des Ersatzanspruchs herauszugeben, ohne dass es der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts durch den Schädiger bedürfe.

17 Die Klägerin habe aus abgetretenem Recht der M. keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Freistellung von den ihr entstandenen Kosten der Rechtsverfolgung gegenüber der M. in Höhe von 2.455,21 € (Klageantrag zu 2.). Die Klägerin habe nicht dargelegt, dass sie seinerzeit ihre Prozessbevollmächtigten zunächst nur mit der vorgerichtlichen Rechtsverfolgung gegenüber der M. beauftragt habe und dass dies aus Sicht einer wirtschaftlich denkenden Partei geboten gewesen sei. Vorgerichtliche Aufforderungsschreiben seien jedoch mit den durch das gerichtliche Verfahren veranlassten Gebühren dann grundsätzlich abgegolten.

18 3. Das Berufungsgericht hat mit diesen Ausführungen, wie die Beschwerde zu Recht rügt, den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt, indem es seine Beurteilung einer Zug-um-Zug-Verurteilung und der Abweisung des Klageantrages zu 2. überraschend auf Umstände gestützt hat, ohne der Klägerin zuvor einen Hinweis gemäß § 139 Abs. 2, 4 ZPO zu erteilen und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

19 a) Nach Art. 103 Abs. 1 GG darf ein Gericht ohne vorherigen Hinweis nicht auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellen, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte. Es hat in einem solchen Fall auf seine Rechtsauffassung hinzuweisen und den Prozessbeteiligten eine Möglichkeit zur Stellungnahme zu eröffnen (BGH, Beschluss vom 16. Mai 2013 - VII ZR 63/11 Rn. 8, BauR 2013, 1439 = NZBau 2013, 491).

20 So liegt der Fall hier.

- 21 aa) Die Parteien haben sowohl im erstinstanzlichen Verfahren als auch vor dem Berufungsgericht die Frage, wie sich ein möglicher gesamtschuldnerischer Innenausgleichsanspruch der M. gegen die M. T. GmbH auf die Klageforderungen auswirken könnte, nicht angesprochen. Das landgerichtliche Urteil enthält dazu keine Ausführungen. Einen rechtlichen Hinweis hat das Berufungsgericht den Parteien nicht erteilt. Bei dieser Sachlage stellte es eine gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßende Überraschungsentscheidung dar, wenn das Berufungsgericht die Verurteilung der Beklagten zum Schadensersatz davon abhängig macht, dass die Klägerin den ihr zustehenden Regressanspruch aus § 426 Abs. 2 BGB gegen die M. T. GmbH abtritt.
- 22 bb) Entsprechendes gilt für die Abweisung des Klageantrags zu 2. durch das Berufungsgericht. Dieser Klageantrag beruht darauf, dass die M. im ersten Prozess, den die Klägerin aus abgetretenem Recht der Anlegerin führte, verurteilt wurde, die Klägerin von außergerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 2.455,21 € freizustellen. Nunmehr macht die Klägerin aus abgetretenem Recht der M. diesen Anspruch als Schadensposition der M. gegen die Beklagte geltend, die im ersten Prozess auf Seiten der M. dem Rechtsstreit beigetreten ist. Auf dieser Grundlage hat das Landgericht dem Klageantrag zu 2. stattgegeben und in den Entscheidungsgründen ausschließlich angesprochen, ob die M. gehalten gewesen wäre, sich im Erstprozess nicht zu verteidigen und damit den Umfang der Kosten zu reduzieren. Den vom Berufungsgericht für entscheidungserheblich gehaltenen Gesichtspunkt des Umfangs der Mandatierung hat die Beklagte in der Berufungsinstanz nicht angesprochen und einen Hinweis hat das Berufungsgericht nicht erteilt, weshalb auch hinsichtlich des Klageantrags zu 2. eine gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßende Überraschungsentscheidung vorliegt.

23 c) Die Verstöße des Berufungsgerichts gegen Art. 103 Abs. 1 GG sind entscheidungserheblich. Es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht von einer Zug-um-Zug-Verurteilung und einer Abweisung des Klageantrags zu 2. abgesehen hätte, wenn die Klägerin Gelegenheit zur ergänzenden Stellungnahme erhalten hätte.

24 aa) Bereits im auf das Berufungsurteil folgenden Tatbestandsberichtigungsverfahren hat die Klägerin unter Bezugnahme auf Urkunden vorgetragen, dass die M. T. GmbH liquidiert und im Handelsregister gelöscht sei, über keine Vermögenswerte verfüge und deshalb nicht mehr existiere.

25 Sollte dieser Vortrag zutreffen, wäre die M. T. GmbH mit ihrer Löschung nach § 74 Abs. 1 Satz 2 GmbHG vollbeendet und als Rechtssubjekt untergegangen. Damit wären auch die Schulden der M. T. GmbH untergegangen, da es ein Schuldverhältnis ohne einen Schuldner nicht gibt (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 2003 - XI ZR 243/02, BGHZ 153, 337, juris Rn. 12; MünchKommGmbHG/Müller, 3. Aufl., § 74 Rn. 34 m.w.N.). Ist aber eine Forderung untergegangen, ist eine Abtretung unmöglich und kann eine solche deshalb der Klägerin im Rahmen einer Zug-um-Zug-Verurteilung nicht aufgegeben werden.

26 bb) Auf einen Hinweis zum Klageantrag zu 2. hätte die Klägerin nach ihrem Vorbringen in der Beschwerdebegründung darauf hingewiesen, dass aufgrund von § 68 ZPO der Umfang des mit dem Klageantrag zu 2. geltend gemachten Schadens mit Bindungswirkung feststehe. Es ist anzunehmen, dass sich das Berufungsgericht diesem Argument nicht verschlossen hätte.

27 4. Im Übrigen ist die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision im angefochtenen Urteil unbegründet. Insoweit wird von einer Be-

gründung abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist (§ 544 Abs. 6 Satz 2, 2. Halbsatz ZPO).

III.

28 Die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision ist unbegründet. Von einer Begründung wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist (§ 544 Abs. 6 Satz 2, 2. Halbsatz ZPO).

IV.

29 In Abweichung von der Bemessung der Beschwer wird der Gegenstandswert für die Beschwerde der Klägerin auf 93.634,37 € festgesetzt (§ 62 Satz 1, § 47 Abs. 1 Satz 1, § 40 GKG).

30 Im Unterschied zur Beschwer ist für die Festsetzung des Gegenstandswerts im Verfahren über die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision die Antragstellung maßgebend, die den Rechtszug einleitet. In diesem Zeitpunkt hatte die Klägerin bereits glaubhaft gemacht, dass die M. T. GmbH liquidiert, gelöscht und deshalb nicht existent sei. Daraus folgt, wie bereits ausgeführt, dass es der Klägerin unmöglich war, einen Regressanspruch aus § 426 Abs. 2 BGB gegen die M. T. GmbH abzutreten. Nach der Formulierung der Zug-um-Zug-Verurteilung war es daher der Klägerin unmöglich, die zu ihren Gunsten titulierten Forderungen zu vollstrecken. Im Zeitpunkt der das Nichtzu-

lassungsbeschwerdeverfahren einleitenden Antragsstellung ist deshalb das wirtschaftliche Interesse der Klägerin an der Beseitigung der Zug-um-Zug-Verurteilung mit dem vollen Betrag der zu ihren Gunsten titulierten Forderungen anzusetzen.

Pamp

Halfmeier

Jurgeleit

Graßnack

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG Stade, Entscheidung vom 24.04.2019 - 6 O 57/19 -

OLG Celle, Entscheidung vom 24.02.2020 - 18 U 6/19 -