
Datum: 12.10.2021
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 24 U 265/20
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2021:1012.24U265.20.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, 16 O 44/18

Leitsätze:

Übernimmt ein Rechtsanwalt eine Rechtsauskunft über eine konkrete Frage oder erstellt er ein schriftliches Rechtsgutachten, kann ein Werkvertrag vorliegen. Wird die anwaltliche Leistung so spät erbracht, dass eine sinnvolle Verwertung für den Auftraggeber nicht mehr zumutbar erscheint, liegt keine ordnungsgemäße, abnahmefähige Leistung vor.

Ist nach der Interessenlage der Parteien und nach dem Sinn und Zweck des Vertrags der Leistungszeitpunkt so wesentlich, dass eine verspätete Leistung keine Erfüllung mehr darzustellen vermag, können die Grundsätze des absoluten Fixgeschäfts Anwendung finden. Kann der Leistungserfolg nicht mehr eintreten, liegt Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB vor, welche gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB zum Wegfall des Anspruchs auf die Gegenleistung führt.

Ist beim Anwaltsdienstvertrag aufgrund des Zeitablaufs das Interesse an der Dienstleistung weggefallen, besteht der Schaden des Dienstberechtigten darin, dass er mit einem Vergütungsanspruch belastet ist. Auch das Dienstvertragsrecht kennt „absolute Fixschulden“, deren Leistung allein durch erfolglosen Ablauf des letztmöglichen Leistungszeitpunkts objektiv unmöglich wird.

Tenor:

Der Senat beabsichtigt, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Der Klägerin wird Gelegenheit gegeben, hierzu binnen **zwei Wochen** ab Zustellung dieses Beschlusses Stellung zu nehmen.

Der auf den 16. November 2021 bestimmte Termin zur mündlichen Verhandlung wird aufgehoben.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf EUR 54.740,00 festgesetzt.

<u>Gründe:</u>	1
I.	2
Die Klägerin macht gegen die Beklagte, eine Rechtsanwältin und Fachanwältin für Strafrecht, Ansprüche auf Honorarzah lung geltend.	3
Im Sommer 2015 vermittelte ein Partner der Klägerin, Rechtsanwalt F (im Folgenden: F), der Beklagten einen Mandatsauftrag für die A GmbH (im Folgenden: A). Diese und die E mbH (im Folgenden: E) waren Parteien eines Schiedsgerichtsverfahrens. Die E hatte die A auf ca. EUR Mio. 65 verklagt. Im Zuge von Vergleichsverhandlungen handelten die Parteien jenes Verfahrens einen Vergleichsbetrag von EUR Mio. 11,8 aus. Der Vergleich bedurfte zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung des Aufsichtsrats der A. Dieser wünschte eine anwaltliche Bewertung etwaiger strafrechtlicher Risiken bei Zustimmung zu dem Vergleichsvorschlag. F, der für die Klägerin überwiegend im gesellschafts- und zivilrechtlichen Bereich tätig ist, schlug vor, nicht ihn, sondern eine Strafrechtlerin, die Beklagte, mit der Gutachtenerstellung zu betrauen. Hiermit war die A einverstanden.	4
F nahm daraufhin mit der sich im Urlaub befindlichen Beklagten Kontakt auf, welche mit der Mandatsübernahme einverstanden war. Daraufhin fertigte F Entwürfe einer zwischen der A und der Beklagten zu schließenden Vergütungs- und einer Haftungsbeschränkungsvereinbarung, welche mit diesen Inhalten geschlossen wurden (vgl. Anl. B1, Vergütungsvereinbarung vom 20./30. Juli 2015, Anlagenband II = All 2-3; Anl. B6, Haftungsbeschränkungsvereinbarung vom 20./30. Juli 2015, A II 27). Die Vergütungsvereinbarung belief sich auf einen Pauschalbetrag von EUR 46.000,00 zuzüglich Auslagen und Mehrwertsteuer.	5
F besorgte die zur Bearbeitung erforderlichen Akten und übergab sie der Beklagten nach deren Urlaubsrückkehr am 3. August 2015. Des Weiteren sollte er den von der Beklagten zu beurteilenden Sachverhalt in tatsächlicher und in zivilrechtlicher Hinsicht aufbereiten und dies der Beklagten als Grundlage für die Erstellung ihres Gutachtens zur Verfügung stellen. Einzelheiten hierzu sind zwischen den Parteien streitig. Hierfür sollte er eine Vergütung iHv EUR 23.000,00 zuzüglich Auslagen und Mehrwertsteuer erhalten.	6
Die Beklagte sorgte während ihres Urlaubs dafür, dass die Akten, welche u.a. mehrere Leitzordner und insgesamt ca. 2.000 Seiten enthalten, zu F gebracht werden. Eine schriftliche Ausarbeitung durch F lag am 3. August 2015 nicht vor. Die Beklagte ließ von der A die zum 10. August 2015 vereinbarte Frist zur Gutachtenerstellung verlängern. Auf den 20. August 2015 war eine Sitzung des Aufsichtsrats der A terminiert, zu dem die Beklagte das Gutachten - jedenfalls mündlich - erstatten sollte. Diese Sitzung wurde aus zwischen den Parteien	7

streitigen Gründen auf den 27. August 2015 verschoben. Am Wochenende des 15./16. August 2015 trafen sich F und die Beklagte zufällig auf der Straße. Hierbei teilte F der Beklagten mit, das Gutachten müsse nicht angefertigt werden, die Aufsichtsratssitzung fände nicht statt. Dies stellte sich nachfolgend jedoch als Falschinformation heraus, was F der Beklagten mit E-Mail vom 25. August 2015 (15:16 Uhr) mitteilte (Anl. B 12, All 68). Mit dieser E-Mail übersandte F ein Memo mit einem Umfang von 4 ½ Seiten, welches eine Sachverhaltsdarstellung (knapp 3 Seiten) und eine zivilrechtliche Bewertung (knapp 1 ½ Seiten) enthielt (Anl. K1, AI 1-5). Zwischen den Parteien steht im Streit, ob diese Ausführungen des F von der Beklagten verwendet wurden.

Die Beklagte arbeitete mehrere Tage und ungeachtet der Falschinformation des F über den vermeintlichen Ausfall der Aufsichtsratssitzung intensiv an dem Gutachten, welches sie im Rahmen der Aufsichtsratssitzung am 27. August 2015, die morgens um 9:00 Uhr begann, zunächst mündlich erstattete (Anl. B 11, All 32-67). Auf Grundlage der Beurteilung der Beklagten, dass eine Zustimmung zu dem Vergleichsvorschlag keine Straftatbestände verwirkliche, stimmte der Aufsichtsrat dem Vergleich am gleichen Tag zu. Die schriftliche Vorlage für das mündliche Gutachten der Beklagten erstreckt sich über 33 ½ Seiten. Die nachfolgend erstellte schriftliche Ausarbeitung zur Vorlage an die A datiert auf den 3. September 2015 und hat einen Umfang von 32 Seiten (Anl. B 16, All 82-116). Nach der Aufsichtsratssitzung kontaktierte die Beklagte F und teilte mit, „es sei alles gut gelaufen“.

Nachfolgend bezahlte die A an die Beklagte die vereinbarte Vergütung iHv EUR 46.000,00 zuzüglich Auslagen und Mehrwertsteuer. Unter dem 24. September 2015 stellte F für die Klägerin der Beklagten eine Kostenrechnung für die „*wissenschaftl. Mitarbeit bei der Erstellung des Gutachtens für die A...*“ über EUR 23.000,00 zuzüglich Umsatzsteuer, insgesamt EUR 27.370,00 (Anl. K2, AI 6). Mit Schreiben vom 7. Oktober 2015 nahm die Beklagte hierzu Stellung und verweigerte die Zahlung (Anl. K3, AI 7-10). Auch nach einer schriftlichen Zahlungsaufforderung der Klägerin vom 7. März 2016 unter Fristsetzung zum 14. März 2016 lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 14. März 2016 (Anl. K5, AI 19) eine Zahlung ab.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, zwischen ihr und der Beklagten sei ein Dienstvertrag über die von F vorzunehmende Sichtung und Analyse zivilrechtlicher Vorfälle für das strafrechtliche Gutachten zustande gekommen. F habe bereits bei Übergabe der Akten an die Beklagte am 3. August 2015 das komplizierte Firmenorganigramm der A erläutert. Bei dieser Gelegenheit habe er auch erklärt, die mit dem Vergleich zu erledigende Klageforderung der EGN sei unschlüssig, was indes einer genaueren Prüfung bedürfe. Bei dem Treffen auf der Straße am Wochenende des 15./16. August 2015 habe er weitere Erläuterungen zu dem zivilrechtlichen Sachverhalt abgegeben. In Vorbereitung der Erstellung des Memos, für welches F einen Zeitaufwand von 60 Wochenstunden benötigt habe, habe dieser weitere Auskünfte von anderen Rechtsanwälten, die die A vorangehend zivilrechtlich vertreten hatten, einholen müssen. Die geschuldete Dienstleistung sei mit der Übersendung des Memos am 25. August 2015 erbracht worden. Eine Verwertung sei der Beklagten jedenfalls möglich gewesen, denn die Aufsichtsratssitzung habe ja erst am 27. August 2015 stattgefunden und in dieser habe die Beklagte mündlich lediglich eine erste Vorabanschätzung abgeben müssen. Selbst wenn man einen Werkvertrag annehmen würde, wäre das von ihr berechnete Honorar verdient, denn die Beklagte habe die Leistung gebilligt, indem sie F nach dem Termin vor dem Aufsichtsrat über den guten Verlauf in Kenntnis gesetzt und im Übrigen zu keinem Zeitpunkt Beanstandungen erhoben habe.

Hilfsweise hat sich die Klägerin auf einen Anspruch nach dem RVG berufen und beziffert diesen auf EUR 59.212,97 (vgl. Schriftsatz vom 6. November 2019, GA 92ff.).

Die Klägerin hat beantragt, 12

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie EUR 27.370,00 nebst Zinsen iHv 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 8. August 2015 zu zahlen; 13

2. die Beklagte zu verurteilen, an sie EUR 1.358,86 nebst Zinsen iHv 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15. März 2016 zu zahlen. 14

Die Beklagte hat beantragt, 15

die Klage abzuweisen. 16

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Klägerin verlange die Gebühr für die Mandatsvermittlung, was gegen ein gesetzliches Verbot verstoße und deshalb nichtig sei. Ginge man gleichwohl von einem Werkvertrag aus, so habe dieser unter der Bedingung gestanden, dass der Sachverhalt durch F bis zum 3. August 2015 bereitgestellt würde. Das erst am 25. August 2015 zur Verfügung gestellte Memo sei wertlos. Aufgrund der zeitlichen Nähe zur Aufsichtsratssitzung am 27. August 2015 sei ihr eine Verwertung nicht zumutbar gewesen. Vielmehr habe sie selbst zuvor den Sachverhalt aus den Akten zusammengetragen, denn das Gutachten habe bis zur Aufsichtsratssitzung fertig gestellt sein müssen. Zu dieser Sitzung habe vom Aufsichtsrat eine Entscheidung getroffen werden müssen, weil bei Nichtabschluss des Vergleichs eine Klage und ein Verjährungseintritt gedroht habe. Die nachfolgend an die A übersandte Ausarbeitung basiere vollständig auf ihrem Entwurf und sei lediglich einer redaktionellen Bearbeitung im Hinblick auf Rechtschreibung und Formatierung unterzogen worden. Die von der Klägerin nunmehr in den Prozess eingeführte Abrechnung nach dem RVG stelle eine unzulässige alternative Klagehäufung dar. 17

Mit seinem am 29. Mai 2020 verkündeten Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Dies hat es damit begründet, dass zwischen den Parteien ein Werkvertrag geschlossen worden sei, die Werkleistung der Klägerin von der Beklagten jedoch noch nicht abgenommen worden und der Anspruch deshalb nicht fällig sei. Wegen der weiteren Begründung wird auf das Urteil Bezug genommen (GA 149-159). 18

Das Urteil wurde der Klägerin am 3. Juli 2020 zugestellt (GA 184). Hiergegen hat sie mit einem am 24. Juni 2020 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt (GA 176-177). Nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 3. September 2020 (GA 190) hat sie das Rechtsmittel mit einem am 2. September 2020 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz (GA 191) begründet. 19

Die Klägerin vertritt die Auffassung, das Landgericht sei fehlerhaft von einem Werkvertrag ausgegangen. Sie habe mit ihrer Tätigkeit keinen Erfolg geschuldet, vielmehr stelle der Mitwirkungsbeitrag des F an dem Gutachten einen Dienstvertrag dar. Ginge man gleichwohl von einem Werkvertrag aus, so habe die Beklagte jedenfalls konkludent die Werkleistung abgenommen. Sie habe F nach der Aufsichtsratssitzung angerufen und mitgeteilt, dass alles gut gelaufen sei. Hierzu hätte kein Anlass bestanden, wenn die Leistung nicht gebilligt worden wäre. Auch habe sich die Beklagte nach dem Memo nicht mehr gemeldet, weshalb sie, die Klägerin, von der Ordnungsgemäßheit der Leistung ausgehen durfte. Die Ausführungen des F sollte nicht Bestandteil des Gutachtens der Beklagten werden, vielmehr 20

sollten sie ihr die Gewissheit geben, dass keine zivilrechtlichen Bedenken gegen den Abschluss des Vergleichs bestünden. Da eine Abnahme aufgrund des Zeitablaufs nicht mehr in Betracht komme, habe sich das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt, weshalb die Fälligkeit ihrer Forderung eingetreten sei.

Die Klägerin beantragt, 21

das angefochtene Urteil abzuändern und 22

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie EUR 27.370,00 nebst Zinsen iHv 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 8. August 2015 zu zahlen; 23

2. die Beklagte zu verurteilen, an sie EUR 1.358,86 nebst Zinsen iHv 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15. März 2016 zu zahlen. 24

Die Beklagte beantragt, 25

die Berufung zurückzuweisen. 26

Sie hält den Ausführungen der Klägerin entgegen, dass eine zivilrechtliche Prüfung durch andere Rechtsanwälte bereits erfolgt und deshalb keine erneute durch die Klägerin erforderlich gewesen sei. Das Vertragsverhältnis zwischen ihr und der Klägerin enthalte einen Werkvertrag, denn es sei eine konkrete Rechtsfrage zu prüfen gewesen. Das Memo enthalte nicht das vereinbarte Werk. Es sei bereits viel zu spät vorgelegt worden und schon deshalb unbrauchbar gewesen. Erneut beruft sie sich auf die Unzulässigkeit der von der Klägerin erstinstanzlich vorgenommenen Abrechnung nach dem RVG. 27

Wegen aller Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf den gesamten Inhalt der Gerichtsakte verwiesen. 28

II. 29

Die Berufung der Klägerin hat nach einstimmiger Auffassung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Die Sache hat keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung; auch erfordert weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch Urteil des Berufungsgerichts. Schließlich ist nach den Umständen des Falls auch sonst keine mündliche Verhandlung geboten (§ 522 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 ZPO). 30

Die Berufung kann gemäß §§ 513 Abs. 1, 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht oder nach § 529 ZPO zu Grunde zulegende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Solche Umstände zeigt die Berufungsbegründung nicht in verfahrensrechtlich erheblicher Weise auf. Vielmehr hat das Landgericht die Klage zutreffend abgewiesen. 31

Der Klägerin steht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Vergütungsanspruch zu. 32

1. 33

Ginge man mit der Beklagten davon aus, dass das Honorar für die Mandatsvermittlung geschuldet würde, so wäre die Vereinbarung aufgrund des Verstoßes gegen § 49b Abs. 3 S. 1 BRAO gem. § 134 BGB nichtig. Danach ist es einem Rechtsanwalt grundsätzlich verboten, Mandate gegen einen Teil der Gebühren abzugeben oder anzunehmen. Ein Rechtsanwalt, 34

dem ein Mandat vermittelt wird, darf hierfür den Vermittler nicht belohnen (vgl. BGH, Senat für Anwaltssachen, Urteil vom 20. Juni 2016 – AnwZ (Brfg) 26/14, Rn. 18; OLG München, Beschluss vom 31. Oktober 2019 – 23 U 940/19, Rn. 33ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 5. April 2013 – 4 U 18/13, Rn. 4; Henssler/Prütting/Kilian, BRAO, 5. Auflage 2019, § 49b Rn. 161; Hartung/Scharmer/Peitscher, BORA/FAO, 7. Auflage 2020, § 49b Rn. 60). Es soll vermieden werden, dass Rechtsanwälte in einen Wettbewerb um den Ankauf von Mandaten treten. Die Anwaltschaft ist kein Gewerbe, in dem Mandate „gekauft“ und „verkauft“ werden (BT-Drucks. 12/4993; BVerfG, Beschluss vom 19. Februar 2008 – 1 BvR 1886/06, Rn. 24; BGH, Urteil vom 20. Juni 2016, aaO; OLG Karlsruhe, Urteil vom 5. April 2013, aaO, Rn. 5; Henssler/Prütting/Kilian, aaO, § 49b Rn. 159; Hartung/Scharmer/Peitscher, aaO, § 49b Rn. 60). Schon der Anschein einer derartigen Maklertätigkeit schadet dem Ansehen der Rechtsanwaltschaft (Hartung/Scharmer/Peitscher, aaO, § 49b Rn. 60).

Ein Mandat wird „vermittelt“, wenn sich die Gewährung oder die Entgegennahme des Vorteils und der beabsichtigte Abschluss eines Anwaltsvertrages wechselseitig bedingen. Ausreichend ist dabei, wenn ein Teil des Vorteils für die Vermittlung von Mandaten gewährt wird (Henssler/Prütting/Kilian, aaO, § 49b Rn. 166 mwN). Eine Vermittlung liegt vor, wenn neben den Parteien des Anwaltsvertrages ein Dritter in die Akquisition der Mandate involviert ist. Insoweit kommen auch sozietätsfremde Rechtsanwälte in Betracht (Henssler/Prütting/Kilian, aaO, § 49b Rn. 166f.). Diese Voraussetzungen lägen hier vor, wenn man – mit der Beklagten – davon ausginge, die Vergütung solle allein für die Vermittlung des von der A an die Klägerin herangetragenen Mandats dienen. 35

2. 36

Hiervon kann indes nicht ausgegangen werden, denn die Klägerin schuldete nach der Vereinbarung, deren Inhalt allerdings im Einzelnen streitig ist, jedenfalls nach ihrem eigenen Vorbringen die Beantwortung einer bestimmten, näher eingegrenzten Rechtsfrage, nämlich ob „nach der Aktenlage der Vergleich unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten vertretbar sei“ (vgl. Anspruchs begründung vom 21. Dezember 2018, S. 4, GA 14). Soweit sie nachfolgend angab, Gegenstand der Beauftragung sei die „Sichtung und Analyse des gesamten Zivilverfahrens“ gewesen (Schriftsatz vom 27. Mai 2019, S. 2, GA 44) bzw. sie habe den Sachverhalt „in zivilrechtlicher Hinsicht aufbereiten und der Beklagten als Grundlage für die Erstellung des Gutachtens zur Verfügung stellen“ sollen (Berufungsbegründung vom 2. September 2020 (S. 3, GA 201), ändert dies nichts und stellt, wie das Landgericht insoweit zutreffend ausführte, einen Werkvertrag gem. §§ 631ff. BGB dar. 37

a. 38

Ein anwaltlicher Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat, hat in der Regel die Beratung des Mandanten oder dessen Rechtsbeistand zum Gegenstand. Allerdings kann die anwaltliche Leistung einem Werkvertrag zugeordnet werden, wenn ein durch die anwaltliche Arbeit herbeizuführender Erfolg den Gegenstand der Verpflichtung des Rechtsanwalts bildet. Dies ist gewöhnlich dann der Fall, wenn der Anwalt es übernimmt, Rechtsauskunft über eine konkrete Frage zu erteilen oder ein schriftliches Rechtsgutachten zu erstellen (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2019 – IX ZR 221/18 Rn. 7 mwN, jetzt und im Folgenden zitiert nach Juris). Ein Werkvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter kann beispielsweise bei Einzelaufträgen vorliegen, die auf eine einmalige, in sich abgeschlossene Leistung gerichtet sind (zum Steuerberatervertrag BGH, Urteil vom 7. März 2002 – III ZR 12/01, Rn. 10). Hierunter können eine fehlerfreie Erfassung und Auswertung vorhandener Daten und ein daher auf bestimmte Arbeitsergebnisse und einen Erfolg im Sinne des Werkvertragsrechts (§ 631 Abs. 2 BGB) gerichtete Tätigkeit fallen (vgl. BGH, Urteil vom 7. 39

März 2002, aaO, Rn. 12). Für die Abgrenzung vom Dienst- und Werkvertrag ist der im Vertrag zum Ausdruck kommende Wille der Parteien maßgebend. Es kommt darauf an, ob eine Dienstleistung als solche oder ein Arbeitsergebnis als Erfolg geschuldet wird (vgl. BGH, Urteil vom 16. Juli 2002 – X ZR 27/01; Versäumnisurteil vom 6. Juni 2013 – VII ZR 355/12, Rn. 9 und 10). Es ist jedenfalls auch im Schrifttum anerkannt, dass anwaltliche Gutachtenverträge in der Regel Werkverträge sind (vgl. nur G.Fischer/Vill/D.Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch der Anwaltshaftung, 4. Auflage 2015, § 10 Rn. 31; Fahrendorf/Mennemeyer, Die Haftung des Rechtsanwalts, 9. Auflage 2017, Kap. 1 Rn. 11ff.).

Hier schuldete die Klägerin nicht die Beratung der Beklagten, sondern – das 40
Klägervorbringen zugrunde gelegt - eine Zusammenstellung des Sachverhalts (als Teil der Sichtung des Zivilverfahrens) sowie dessen zivilrechtliche Aufbereitung. Hierbei handelt es sich um konkrete, von vornherein umgrenzt festgelegte und einmalig zu erbringende Arbeitsergebnisse und nicht eine über einen längeren Zeitraum angelegte Beratungstätigkeit. Jedenfalls der Schwerpunkt der Tätigkeit der Klägerin ist dem Werkvertragsrecht zuzuordnen, weshalb das Landgericht zutreffend von einem solchen ausgegangen ist.

b. 41

Weiter zutreffend hat das Landgericht davon angenommen, dass eine Abnahme gem. § 640 42
BGB durch die Beklagte nicht erfolgt ist. Auf die dahingehenden Ausführungen kann Bezug genommen werden.

c. 43

Die geschuldete Leistung hat die Klägerin nicht jedoch ordnungsgemäß und damit nicht 44
abnahmereif erbracht. Sie kann diese auch nicht mehr erbringen, denn das Gutachten der Beklagten ist erstattet und es besteht somit bereits aufgrund des Zeitablaufs kein Bedarf mehr für die Arbeiten der Klägerin.

Es steht indes außer Frage, dass die von F bis zur schriftlichen Erstellung des Memos und 45
dessen Übersendung am 25. August 2015 mündlich geäußerten Einschätzungen der zivilrechtlichen Lage, die zudem wechselten und jedenfalls im Hinblick auf seine Aussage vom Wochenende des 15./16. August 2015, die Aufsichtsratssitzung fände nicht statt, auch fehlerhaft waren, keine ordnungsgemäße, abnahmefähige Leistung darstellen konnten. Dies gilt auch für die von der Klägerin behauptete, von der Beklagten bestrittene mündliche Unterrichtung über das Ergebnis vom 23. August 2015. Hiervon geht die Klägerin offenbar auch selbst nicht aus, denn sie stellt maßgeblich auf das am Nachmittag des 25. August 2015 per E-Mail übersandte Memo des F ab. Unabhängig von der Frage, ob die übersandten 4 ½ Seiten der Beklagten schon aufgrund ihrer Kürze der Beklagten eine Einschätzung und Überprüfung der Richtigkeit der dortigen Ausführungen ermöglicht hätte, stand der Annahme der Ordnungsgemäßheit der Werkleistung bereits die verspätete Leistungserbringung entgegen. Die Unzumutbarkeit einer so kurzfristigen Verwertung ergibt sich im Übrigen daraus, dass die Klägerin selbst eingeräumt hat, der ursprünglich für die Ablieferung des (schriftlichen) Gutachtens vorgesehene Termin (10. August 2015) sei nicht zu halten gewesen, weil die Beklagte erst am 3. August 2015 aus dem Urlaub zurückgekehrt war (Schriftsatz vom 27. Mai 2019, S. 4, GA 46). Damit konzediert sie, dass für die Ausarbeitung und Fertigstellung des Gutachtens mehr als eine Woche erforderlich war. Selbst wenn man also berücksichtigt, dass das Gutachten am 27. August 2015 noch nicht in schriftlicher Fassung vorliegen musste, bestätigt das jedenfalls, dass die von der Klägerin zu liefernden Beiträge für das Gutachten am Nachmittag des 25. August 2015 nicht mehr verwertet werden

konnten.

Die Klägerin hat zudem selbst mehrfach angegeben, dass ihre Leistungen **Vorfragen** zu dem von der Beklagten zu erstellenden Gutachten (Schriftsatz vom 27. Mai 2019, S. 8, GA 50) bzw. die bzw. eine „**Grundlage**“ für deren Gutachten darstellen sollten (Berufungsbegründung aaO, S. 3, GA 201). Solches setzt denknotwendig voraus, dass die Arbeitsergebnisse zu einem Zeitpunkt vorliegen, zu dem sie von der Beklagten noch verwendet werden konnten, indem sie ihre Überlegungen darauf aufbauen kann. Schon die Klärung des Sachverhalts (z.B. Verlauf des Schiedsgerichtsverfahrens, Organisationsstrukturen der AWA) stellt eine wesentliche Grundlage bzw. Vorfrage dar, welche die Beklagte zur Beantwortung der etwaig strafrechtlich relevanten Sachverhalte benötigte. Es liegt auf der Hand, dass die Beklagte mit der Bearbeitung ihres Gutachtens nicht erst nach Vorlage des Memos am Nachmittag des 25. August 2015 beginnen konnte, zumal auch nicht feststeht, wann genau sie die E-Mail der Klägerin von 15:16 Uhr überhaupt zur Kenntnis bekommen hat. Das Vorbringen der Beklagten, sie habe vom 21. bis zum 26. August 2015 ausschließlich und mit einem sehr hohen Druck an der Gutachtenerstellung gearbeitet, ist deshalb ohne weiteres nachvollziehbar und von der Klägerin auch im Ergebnis nicht in Abrede gestellt worden. Gleichfalls ist nachvollziehbar, wenn die Beklagte vorträgt, sie habe die von der Klägerin geschuldeten Arbeitsergebnisse selbst ermitteln müssen, denn aufgrund des späten Eingangs konnten die Ausführungen des Memos schwerlich Eingang in ihre Ausarbeitung finden. Der Beklagten war auch nicht zumutbar, die Inhalte des Memos noch zu berücksichtigen, denn zum einen ist davon auszugehen, dass sie sich die tatsächlichen Grundlagen zu diesem Zeitpunkt schon selbst erarbeitet haben musste und zum anderen war sie mit Hochdruck mit der Fertigstellung ihres eigenen Gutachtens befasst.

Soweit die Klägerin meint, die Beklagte habe in der Aufsichtsratssitzung am 27. August 2015 lediglich eine „erste Vorabeinschätzung“ abgeben müssen, verfängt dies nicht. Die Beklagte musste die von der A an sie gestellte Frage in der Aufsichtsratssitzung positiv oder negativ beantworten. Hierzu durfte sie nicht eine nur oberflächliche Prüfung anstellen, welche möglicherweise bei genauerer Ausarbeitung zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre. In diesem Sinne hat die Beklagte gemäß dem von ihr gefertigten Entwurf für die Aufsichtsratssitzung (Anl. B 11, All 32-67) das Gutachten vollständig erstellt. Ein Vergleich dieses Entwurfs mit der letztlich der A übermittelten Fassung vom 3. September 2015 zeigt im Übrigen, dass lediglich kleinere redaktionelle Änderungen erfolgt sind und bereits damit die Auffassung der Klägerin, die Beklagte habe am 27. August 2015 lediglich eine „erste Vorabeinschätzung“ abgeben müssen und abgegeben, nicht zutrifft. Im Übrigen zeigt auch die bereits in der Aufsichtsratssitzung erfolgte Beschlussfassung über die Zustimmung zum Vergleich, dass von der Beklagten eine zuverlässige und belastbare Einschätzung gefordert war, denn ansonsten hätte der Aufsichtsrat erneut zu diesem Thema tagen müssen, wenn die Beklagte eine solche erst später vorgelegt hätte. Ob tatsächlich eine Verjährungsproblematik drohte, kann deshalb dahingestellt bleiben.

Die so festgestellte Situation erforderte deshalb, dass die Klägerin ihre Ausarbeitung, ob in Form eines schriftlichen Memos oder als ausführlicheres, schriftliches Gutachten, zu einem deutlich früheren Zeitpunkt hätte vorlegen müssen. Der hierfür angemessene Zeitraum braucht nicht näher eingegrenzt zu werden, denn eine Vorlage am Nachmittag des 25. August 2015 war in jedem Fall verspätet. Die Aufsichtsratssitzung begann nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Beklagten am 27. August 2015 um 9:00 Uhr. Dies machte es erforderlich, dass die Beklagte ihre eigene Begutachtung jedenfalls am Abend des Vortags, dem 26. August 2015, fertig stellt, denn es war ihr nicht zuzumuten, übernachtigt und unkonzentriert vor dem Aufsichtsrat aufzutreten. Ebenfalls war für die

Beklagte unzumutbar, mit der Bearbeitung ihres eigenen Gutachtens bis zur Vorlage der von der Klägerin zu beantwortenden Vorfragen bzw. Grundlagen zuzuwarten. Denn die A, ihre Auftraggeberin, durfte eine sorgfältige Prüfung durch die Beklagte erwarten und eine solche wäre, auch aufgrund der Haftungsrisiken und der Bedeutung der Angelegenheit, mit einem kurzfristig angefertigten, cursorischen Gutachten nicht gewährleistet gewesen. Zudem hat die Beklagte zutreffend darauf hingewiesen, dass auch ihre Reputation beschädigt worden wäre, wenn sie oberflächlich und möglicherweise fehlerhaft gearbeitet hätte.

Der Klägerin waren sowohl die Aufgabenstellung der Beklagten als auch die einzuhaltenden Termine bekannt. F und die Beklagte hatten zwischenzeitlich unstreitig mehrfach auch telefonischen Kontakt. Insbesondere wusste die Klägerin um die Verpflichtung der Beklagten, dem Aufsichtsrat am Vormittag des 27. August 2015 das Ergebnis ihrer Begutachtung mitzuteilen. Wie bereits oben dargestellt, stellte die Übermittlung des Memos am Nachmittag des 24. August 2015 keine ordnungsgemäße Leistungserbringung dar. 49

Hinsichtlich der geschuldeten Leistungserbringung durch die Klägerin stellt sich ihre Verpflichtung als absolutes Fixgeschäft dar. Ein solches liegt vor, wenn der Leistungszeitpunkt nach Sinn und Zweck des Vertrags oder nach der Interessenlage der Parteien so wesentlich ist, dass eine verspätete Leistung keine Erfüllung mehr darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 28. Mai 2009 – Xa ZR 113/08, Rn. 12 mwN; Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Aufl. 2021, §§ 271 Rn. 17). Der gesetzliche oder vereinbarte Leistungszeitpunkt muss nach dem Sinn und Zweck des Vertrages so wesentlich sein, dass eine verspätete Leistung für den Gläubiger sinnlos ist (vgl. BGH, Urteil vom 20. Mai 2021 – VII ZR 38/20, Rn. 22; BeckOK/BGB/Lorenz, Stand: 1. August 2021, § 275 Rn. 36). Ob die Parteien der Leistungszeit eine so weitgehende Bedeutung beimessen wollten, dass der Leistungszweck durch ein Nachholen der Leistung nicht mehr erreicht werden kann, ist - wenn der Vertrag keine ausdrückliche Regelung enthält - unter Berücksichtigung aller Umstände durch Auslegung zu ermitteln, wobei sich jeder Zweifel gegen die Annahme eines absoluten Fixgeschäfts auswirkt (vgl. BGH, Urteil vom 20. Mai 2021, aaO; vom 25. Januar 2001 - I ZR 287/98, Rn. 11). 50

Hier ergeben sich jedoch aus den dargestellten Gründen keine Zweifel dahingehend, dass die am Nachmittag des 25. August 2015 erbrachte Leistung der Klägerin für die Beklagte wertlos war. Mit einer Lieferung des Memos zu den „Vorfragen“ bzw. „Grundlagen“ etwas mehr als einen Tag vor der erforderlichen Fertigstellung ihres Gutachtens konnte die Beklagte ersichtlich nichts anfangen, denn zu diesem Zeitpunkt musste die insoweit erforderliche Informations- und Beurteilungsgrundlage bereits vorhanden sein, damit sie darauf aufbauend ihre verbindliche rechtliche Einschätzung abgeben konnte. Dies alles war der Klägerin aufgrund ihrer Kenntnis der vertraglichen Verpflichtungen der Beklagten und der Termine des Aufsichtsrats und des Zeitpunkts, zu dem die Beklagte das Gutachten erstatten musste, bekannt bzw. hätte sich ihr aufdrängen müssen. 51

Kann aufgrund des Zeitablaufs der Leistungszweck nicht mehr erreicht werden, tritt mit ihm Unmöglichkeit ein (vgl. BGH, Urteile vom 20. Mai 2021, aaO, Rn. 11; vom 28. Mai 2009- X ZR 113/08, Rn. 12). Die Verfehlung des Leistungsziels machte die Erfüllung durch die Klägerin unmöglich, ohne dass es hierfür noch eines gesondert zu erklärenden Rücktritts der Beklagten bedurft hätte (vgl. BGH, Urteile vom 28. August 2012 – X ZR 128/11, Rn. 34; vom 30. November 1972 – VII ZR 239/71). Die Rechtsfolgen bestimmen sich nach § 275 BGB bzw. § 326 Abs. 1 BGB. Leistung im Sinne des § 275 BGB ist nicht die Leistungshandlung, sondern der Leistungserfolg. Unmöglichkeit liegt auch vor, wenn die Leistungshandlung weiterhin möglich ist, jedoch der Leistungserfolg nicht mehr herbeigeführt werden kann (vgl. 52

BeckOK/BGB/Lorenz, Stand: 1. August 2021, § 275 Rn. 44). Geht man also mit der Klägerin davon aus, dass ihre Tätigkeit „Grundlagen“ für das Gutachten der Beklagten schaffen bzw. „Vorfragen“ hierzu beantworten musste, dann konnte der Leistungserfolg bereits aufgrund der verspäteten Übersendung des Memos an die Beklagte nicht mehr eintreten. Es kann deshalb auch offenbleiben, ob die 4 ½ Seiten umfassende Ausarbeitung der Beklagten inhaltlich weitergeholfen hätte bzw. ob diese lediglich pro forma zur Vermeidung des Anscheins eines nichtigen Mandatsvermittlungsgeschäfts formuliert und übersandt wurde.

Folge der Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB ist, dass gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB der Anspruch auf die Gegenleistung entfällt (siehe hierzu auch OLG Nürnberg, Urteil vom 6. April 2021 – 3 U 2801/19, Rn. 194 mwN). Da hierfür allein die Klägerin verantwortlich ist, jedenfalls Verschuldens- bzw. Verursachungsanteile der Beklagten nicht ersichtlich sind, greift § 326 Abs. 2 BGB nicht ein. Infolgedessen steht der Klägerin kein Vergütungsanspruch zu. 53

3. 54

Selbst wenn man mit der Klägerin davon ausginge, dass ihr Tätigkeitsbeitrag kein Werkvertrag, sondern einen Anwaltsdienstvertrag gem. §§ 611ff. BGB darstellen würde, folgt auch daraus kein Zahlungsanspruch gegen die Beklagte. Zwar ist zutreffend, dass ein Dienstvertrag im Grundsatz keine Schlechtleistung kennt, welche zu einer Kürzung oder dem Wegfall der Vergütung führen könnte, denn dem Dienstvertragsrecht sind Gewährleistungsansprüche fremd (vgl. nur BGH, Urteile vom 8. Oktober 2015 - III ZR 93/15, Rn. 21; vom 15. Juli 2004 - IX ZR 256/03; vom 15. Januar 1981 – III ZR 19/80; vom 7. März 2002 – III ZR 12/01; vom 29. April 1963 – III ZR 211/61; Senat, Beschluss vom 18. Oktober 2010 – I-24 U 50/10). Selbst wenn die Dienstleistungen ihrer Qualität beeinträchtigt war, wird die vereinbarte Vergütung geschuldet (vgl. Senat, Beschluss vom 18. Oktober 2010 – I- 24 U 50/10, Rn. 7). 55

Allerdings geht es hier nicht um die Qualität der von der Klägerin erbrachten Leistungen, sondern um deren Rechtzeitigkeit. Dem Dienstberechtigten (hier: Beklagte) steht nämlich ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Dienstvertrages (§§ 280 Abs. 1, 283 BGB) zu, welchen er dem Vergütungsanspruch des Dienstverpflichteten (hier: Klägerin) einredeweise entgegenhalten kann und was infolgedessen zum Wegfall des Vergütungsanspruchs führt, wenn der Dienstverpflichtete nicht oder in unbrauchbarer Form geleistete (nicht nachholbare) Dienste leistet und die Unmöglichkeit der Dienstleistung zu vertreten hat (vgl. hierzu BGH, Urteile vom 23. Februar 2006 – III ZR 167/05, Rn. 18 mwN; vom 22. Mai 1990 – IX ZR 208/89). In diesem Fall braucht der Dienstberechtigte die Vergütung nicht zu zahlen. Ist aufgrund des Zeitablaufs das Interesse an der Dienstleistung weggefallen, besteht der Schaden des Dienstberechtigten darin, dass er mit einem Vergütungsanspruch belastet ist (vgl. BGH, Urteil vom – IX ZR 208/89, Rn. 12). Hierunter einzuordnen sind auch dienstvertragliche „absolute Fixschulden“, deren Leistung allein durch erfolglosen Ablauf des letztmöglichen Leistungszeitpunkts objektiv unmöglich wird (vgl. Staudinger/Latzel, Neubearbeitung 2020, § 611 Rn. 233). Insoweit gilt bei der Annahme eines Dienstvertrages nichts anderes als bei einem Werkvertrag, weshalb insoweit auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann. Die Klägerin hat die geschuldeten „Vorfragen“ nicht innerhalb einer für die Beklagte auskömmlichen Frist geleistet bzw. die „Grundlagen“ nicht innerhalb eines Zeitraums zur Verfügung gestellt, in welcher sie der Beklagten für die Erstellung ihres Gutachtens hätten dienlich sein können. Die Dienstleistung erfolgte somit verspätet und war aufgrund der Erstattung des Gutachtens der Beklagten im Rahmen der Aufsichtsratssitzung auch nicht nachholbar. 56

4. 57

Ein Anspruch auf Anwaltshonorar für die Erstellung der Honorarvereinbarung und der Haftungsbeschränkungsvereinbarung steht der Klägerin ebenfalls nicht zu, denn jedenfalls ist er verjährt. 58

Entgegen der Auffassung der Beklagten liegt indes mit der Forderung der Klägerin nach einer Vergütung für die Mitarbeit an dem Gutachten und die Unterstützungsleistungen bei der Mandatserteilung keine unzulässige alternative Klagehäufung vor. Zwar handelt es sich bei diesen Forderungen um verschiedene Angelegenheiten, denen auch unterschiedliche Aufträge zugrunde liegen. Da die Klägerin diese aber nicht alternativ zur Entscheidung stellt, sondern in Bezug auf die Mitwirkung beim Vertragsschluss von einer „Hilfsüberlegung“ (Schriftsätze vom 6. November 2019, S. 5, GA 96 und vom 20. April 2020, S. 2, GA 135) bzw. nachfolgend von einer „Hilfsbegründung“ (Schriftsatz vom 20. April 2020, S. 2, GA 135) ausgeht, stellt sie klar, dass hier ein Eventualverhältnis besteht. Dabei handelt es sich um einen Haupt- und einen (verdeckten) Hilfsantrag, was im Übrigen, da über ihn zu entscheiden ist, auch zu der Verdoppelung des Streitwerts führt (§ 45 Abs. 1 S. 2 GKG). 59

Die materielle Berechtigung des Anspruchs der Klägerin bedarf jedoch keiner abschließenden Entscheidung, denn jedenfalls ist Verjährung eingetreten. Der Anspruch wäre im Juli 2015 mit der Fertigung der Honorarvereinbarung und der Haftungsbeschränkung entstanden und mit Ablauf des Jahres 2018 verjährt. Anwaltshonorar unterliegt der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB von drei Jahren. Durch die erstmalige Geltendmachung im Schriftsatz vom 6. November 2019 (S. 4-6, GA 95-97) vermochte deshalb keine Hemmung gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB herbeigeführt werden. Da die Beklagte sich im Schriftsatz vom 29. Januar 2020 (S. 6, GA 122) auf die Einrede der Verjährung berufen hat, ist sie gem. § 214 Abs. 1 BGB zur Leistungsverweigerung bereits deshalb berechtigt. 60

III. 61

Der Senat weist darauf hin, dass die Rücknahme der Berufung vor Erlass einer Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO gemäß GKG KV 1222 S. 1 und 2 kostenrechtlich privilegiert ist; statt vier fallen nur zwei Gerichtsgebühren an (OLG Brandenburg, Beschluss vom 18. Juni 2009 – 6 W 88/09; Senat, Beschluss vom 6. März 2013 – I-24 U 204/12, Rz. 19 mwN; KG, Beschluss vom 21. April 2016 - 6 U 141/15, Rz. 18; siehe auch Zöller/Heßler, ZPO, 33. Auflage, § 522 Rn. 45 mwN). 62