
Datum: 20.05.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 190/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0520.8U190.07.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 18 O 18/07

Tenor:

1.

Auf die Berufung des Klägers zu 1) wird das am 05.07.2008 verkündete Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Essen teilweise – unter Zurückweisung seines weitergehenden Rechtsmittels betreffend die Klageanträge zu 1. und 3.3. – abgeändert:

a.

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger zu 1) 9.350,31 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.04.2007 zu zahlen.

b.

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger zu 1) 2.372,20 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.04.2007 zu zahlen.

c.

Der Beklagten wird verurteilt, die Abtretung seiner Gebührenansprüche gegen die Staatskasse aus der Beiordnung im Prozesskostenhilfverfahren C gegen U, Amtsgericht Essen,

Aktenzeichen 31 M 212/06, an den Kläger zu 1) zu erklären, soweit diese Gebührenansprüche vor dem 30.09.2006 entstanden sind.

d.

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger zu 1) 7.408,75 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28.11.2008 zu zahlen.

2.

Hinsichtlich der Klageanträge zu 5. und 6. wird das angefochtene Urteil auf die Berufung des Klägers zu 1) aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

3.

Die Berufungen der Kläger zu 2) und 3) werden zurückgewiesen.

4.

Die den Klägern zu 2) und 3) entstandenen außergerichtlichen Kosten des Rechtsstreits tragen diese selbst.

Im übrigen bleibt die Kostenentscheidung dem Schlussurteil des Landgerichts vorbehalten.

5.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte darf die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger zu 1) vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

6.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 48.175,76 € festgesetzt.

Gründe:

- A. 2
- Der Kläger zu 1) und der Beklagte waren befreundet und bis Ende 1993 in einer 3
Anwaltssozietät miteinander verbunden. Nach der Insolvenz des Bauunternehmens, in dem
der Beklagte als Geschäftsführer tätig war, trat dieser im Jahre 2002 in die dann aus den
Parteien bestehende Außensozietät ein. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Kläger zu
1) und der Beklagte sich dabei zu einer GbR zusammenschlossen oder letzterer, ebenso wie
(unstreitig) die Kläger zu 2) und 3), im Innenverhältnis freier Mitarbeiter mit einer festen
Vergütung war. Im Jahre 2006 (nach dem Vorbringen der Kläger zum 30.09.2006, nach dem
Vorbringen des Beklagten "faktisch" bereits zum 31.08.2006) schied der Beklagte aus der
Kanzlei aus.
- Mit der Klage verlangen die Kläger von dem Beklagten die Zahlung erwirtschafteter Honorare 4
aus finanzgerichtlichen Verfahren (Antrag zu 1.) und aus einer Beratung des D (Antrag zu 2.)
sowie – nachdem zunächst erstinstanzlich die Abtretung von PKH-Gebührenansprüchen
geltend gemacht worden ist (Antrag zu 3.) – zuletzt in zweiter Instanz die Abtretung eines
PKH-Honoraranspruchs, die Zahlung von 7.408,75 € - PKH-Honoraren - nebst Zinsen und die
Feststellung der Pflicht zum weiterer Ersatz von PKH-Honoraren (Anträge zu 3.1. bis 3.3).
Die weiterhin erhobene Stufenklage (erstinstanzliche Anträge zu 4.-6.) hat der Kläger bereits
in erster Instanz in einem nachgelassenen Schriftsatz hinsichtlich der ersten Stufe (Antrag zu
4.) einseitig für erledigt erklärt, nachdem der Beklagte die Auskunft mit der Klageerwiderung
erteilt hatte; in zweiter Instanz hat sich der Beklagte der Teilerledigungserklärung
angeschlossen.
- Wegen der weiteren Einzelheiten der Feststellungen, der in erster Instanz gestellten Anträge 5
und der Gründe, die das Landgericht zur Abweisung der Klage veranlasst haben, wird auf
das von den Klägern mit ihren form- und fristgerechten Berufungen angefochtene Urteil
Bezug genommen.
- Mit ihren Rechtsmitteln verfolgen die Kläger die Ansprüche im oben genannten Umfang 6
weiter. Zur Begründung tragen sie unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen
Vorbringens vor:
- Der Beklagter sei freier Mitarbeiter gewesen, für das Vorliegen einer GbR sei er 7
beweispflichtig.
- Entgegen der Ansicht des Landgerichts lasse die nach außen bestehende Scheinsozietät 8
keinen Schluss auf das Bestehen einer GbR im Innenverhältnis zu. Darüber sei auch aus den
Regelungen über die Zusammenarbeit in § 59 a BRAO nichts herzuleiten.
- Bereits im erstinstanzlichen Verhandlungstermin und im - zu Unrecht vom Landgericht als 9
verspätete zurückgewiesenen - Schriftsatz vom 8.6.2007 seien die Umstände genannt
worden, die für die Stellung des Beklagten als freien Mitarbeiter sprächen; er habe sich in den
Schreiben vom 09.09.2006 an die Gerichtskasse Düsseldorf und vom 06.01.2003 an den
Kläger zu 1) selbst so bezeichnet und abgerechnet; zudem sei er insbesondere gegenüber
dem Finanzamt so aufgetreten, beispielsweise mit Schreiben vom 31.07.2002.
- Die Parteien haben den erstinstanzlich gestellten Antrag zu 4. (Auskunft) übereinstimmend 10
für erledigt erklärt.

Die Kläger beantragen,	
das angefochtene Urteil abzuändern und	12
nach den erstinstanzlichen Anträgen – mit Ausnahmen von Ziffer 4. – zu entscheiden,	13
wobei der Antrag zu 3. nunmehr wie folgt gefasst wird:	14
3.1.) den Beklagten zu verurteilen, die Abtretung seiner Gebührenansprüche gegen die Staatskasse aus der Beiordnung im Prozesskostenhilfverfahren C gegen U, Amtsgericht Essen, 31 M 212/06, an sie - die Kläger - zu erklären, soweit die Gebührenansprüche vor dem 30.09.2006 entstanden sind,	15
3.2.) den Beklagten zu verurteilen, an sie - die Kläger - 7.408,75 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (28.11.2008) zu zahlen,	16
3.3.) festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, die weitergehenden Gebühren herauszugeben, soweit sie den unter 3.2. genannten Betrag übersteigen.	17
Der Beklagte beantragt,	18
die Berufung zurückzuweisen,	19
hilfsweise die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen.	20
Er verteidigt das angefochtene Urteil und wiederholt und vertieft seinen erstinstanzlichen Sachvortrag.	21
Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird Bezug genommen auf ihre in zweiter Instanz zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen.	22
Der Senat hat die Parteien angehört und Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung des Zeugen X.	23
Wegen des Ergebnisses der Anhörung und der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf die Berichterstattevermerke zu den Terminen vom 18.08.2008 und 22.04.2009.	24
B.	25
Die zulässigen Berufungen der Kläger zu 2. und 3. sind unbegründet, insoweit hat das Landgericht im Ergebnis zutreffend die Klage abgewiesen. Das Rechtsmittel des Klägers zu 1. ist teilweise begründet und führt zur Verurteilung des Beklagten in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang sowie zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht, soweit es die Entscheidung über die Klageanträge zu 5. und 6. betrifft.	26
<u>I. Berufungen der Kläger zu 2. und 3.</u>	27
Die Berufungen der Kläger zu 2. und 3. sind schon nach ihrem eigenen Sachvortrag unbegründet.	28
Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Kläger zu 2. und 3. zwar Außensozien sind, in dem hier maßgeblichen Innenverhältnis der Parteien aber nur freie Mitarbeiter. Die hier geltend gemachten Ansprüche können deshalb in ihrer Person nicht entstanden sein, weil es - entgegen der Ansicht der Kläger - nicht um solche geht, die das Außenverhältnis betreffen;	29

das unstreitige Ausscheiden des Beklagten ändert daran nichts.

<u>II. Berufung des Klägers zu 1.</u>	30
<u>1. Klageantrag zu 1.</u>	31
<i>(Zahlung von 12.806,93 € aus finanzgerichtlichen Verfahren des Beklagten und seines Bruders)</i>	32
Der mit dem Klageantrag zu 1. vom Kläger zu 1. (nachfolgende Kläger) geltend gemachte Zahlungsanspruch ist nur teilweise (i. H. v. 9.350,31 €) begründet.	33
Er folgt im zuerkannten Umfang aus § 667 BGB als Nebenpflicht aus dem Dienstverhältnis (Vereinnahmung von Gebühren im Außenverhältnis, die der Beklagte als freier Mitarbeiter und Beauftragter im Innenverhältnis an den Kläger weiterzuleiten hatte), wäre aber auch aus einem Abwicklungsverhältnis nach der Beendigung der Anstellung als freier Mitarbeiter des Beklagten (zu einem Fixgehalt) gerechtfertigt.	34
a.	35
Der Beklagte trat nach den Feststellungen des Senats als freier Mitarbeiter für die Außensozietät, bestehend aus den Parteien, auf. Er hat in diesem Verhältnis auf der Basis der Vorschrift des § 91 II 4 ZPO von Dritten Gebührenerstattungen erlangt und die Beträge im Innenverhältnis - als Nebenpflicht aus dem Dienstverhältnis - gem. § 667 BGB abzuführen, also dasjenige herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat (vgl. nur Palandt/Weidenkaff, 68. Auflage, § 611 BGB, Rn. 44).	36
Demgegenüber ist der Einwand des Beklagten unerheblich, es sei zwischen den Parteien vereinbart gewesen, dass in eigenen Sachen keine Gebühren berechnet werden. Es geht hier nicht um einen Anspruch der Sozietät auf Zahlung von Gebühren aus einem Anwaltsvertrag, sondern um die Erstattung von für die Sozietät erlangten Beträgen; dass diese Beträge der jeweilige Berater behalten sollte, ist nicht dargelegt, vielmehr entsteht in eigenen Sachen kein (wirtschaftlicher) Nachteil, aber auch keine Bereicherung für den Sachbearbeiter.	37
b.	38
Dem Kläger steht der Zahlungsanspruch gegen den Beklagten, der im Innenverhältnis freier Mitarbeiter der Außengesellschaft gewesen ist, im oben genannten Umfang zu.	39
aa.	40
Für das Vorliegen der anspruchsbegründenden Voraussetzungen ist der Kläger beweisbelastet. Ihm ist der Nachweis gelungen, dass der Beklagte im Innenverhältnis der Parteien nur freier Mitarbeiter und nicht Gesellschafter war.	41
bb.	42
Unstreitig existiert kein schriftlicher Vertrag zwischen den Parteien.	43
Zwar sind die mündlichen Vereinbarungen im Zusammenhang mit dem Eintritt des Beklagten in die Anwaltskanzlei sowohl schriftsätzlich als auch mündlich von den Parteien unterschiedlich dargelegt. Allerdings ist der Senat bereits aufgrund der vorgetragenen	44

Umständen davon überzeugt, dass die Behauptung des Klägers zutrifft, der Beklagte sei freier Mitarbeiter und nicht Gesellschafter gewesen.

(1) 45

Darauf hat der Kläger im wesentlichen zutreffend bereits erstinstanzlich in seinem vom Senat zu berücksichtigenden Schriftsatz vom 08.06.2007 hingewiesen (Bl. 76, 79 ff.), den das Landgericht mit nicht überzeugender Begründung unberücksichtigt gelassen hat. Es hat im Termin vom 14.05.2007 in Abwesenheit der zuvor Erschienenen auf die erteilten Hinweise nach § 283 S. 1 ZPO Schriftsatznachlass von 3 Wochen - also bis 04.06.2007 - gewährt (Bl. 61) und diese Frist trotz der begründeten Anträge des Klägers (Bl. 62, 66, 73) nicht verlängert (Bl. 62/R, 69); der Schriftsatz vom 08.06.2007 ist am 11.06.2007 im Original beim Landgericht eingegangen (Bl. 76; das übersandte Fax befindet sich nicht bei der Akte). 46

Die unterlassene Verlängerung der Frist gemäß § 224 II ZPO ist schon deshalb 47
ermessensfehlerhaft, weil sie unberücksichtigt lässt, dass der Verlängerungsantrag jedenfalls auch darauf gestützt ist, dass eine Besprechung mit dem Kläger nicht rechtzeitig – innerhalb der gesetzten Frist - möglich war; darauf geht das Landgericht zunächst überhaupt nicht ein und in den Entscheidungsgründen des Urteils nur unzureichend. Es besteht entgegen der Ansicht des Landgerichts keine Pflicht des Prozessbevollmächtigten, unmittelbar nach dem Verlassen der mündlichen Verhandlung die Hinweise der Kammer mit dem Mandanten zu erörtern, dies kann vielmehr in Ruhe in einem mit dem Mandanten vereinbarten Termin geschehen. Schließlich fehlt auch eine Begründung für die Nichtberücksichtigung des Schriftsatzes nach § 283 S. 2 ZPO, so dass der Senat nicht beurteilen kann, ob dies ermessensfehlerfrei erfolgte. Wegen der zu bejahenden Verletzung des rechtlichen Gehörs wird im Übrigen auf die zutreffenden Ausführungen des Klägers in der Berufungsbegründung Bezug genommen (Bl. 122-124).

(2) 48

Zutreffend hat der Kläger bereits im Schriftsatz vom 08.06.2007 und in der 49
Berufungsbegründung darauf hingewiesen, dass keine Vermutung für das Zustandekommen einer GbR zwischen den Parteien besteht und von einer bestehenden Außensozietät nicht auf die Ausgestaltung des Innenverhältnisses geschlossen werden kann; zur Vermeidung von Wiederholungen verweist der Senat auch auf diese Ausführungen (Bl. 76 ff., 116 f.). Das Spektrum der BGB-Gesellschaften bei Anwaltssozietäten ist in Bezug auf die Unterschiedlichkeit der Zusammenschlüsse groß; die Skala reicht von der Gesellschaft mit gleichberechtigten Gesellschaftern über alle denkbaren Zwischenstufen bis hin zu einem Vertrag, der die berufliche Zusammenarbeit auf eine haftungsrechtliche Scheinsozietät beschränkt, in der alle Gesellschafter bis auf einen im Innenverhältnis freie Mitarbeiter sind (vgl. dazu Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts, 7. Auflage, Rn. 134 und 166 m. w. N.; Kamps/Alvermann, NJW 2001, 2121), wie es der Kläger hier behauptet. Deshalb trägt die Begründung des Landgerichts die angefochtene Entscheidung nicht.

(3) 50

Auch die frühere Zusammenarbeit des Klägers und des Beklagten im Rahmen einer Anwalts- 51
GbR und deren ehemals freundschaftliche Beziehung ist kein Indiz dafür, dass letzterer im Jahre 2002 wieder Mitgesellschafter im Innenverhältnis werden sollte.

(4) 52

53

Ein entscheidendes Indiz für die Stellung des Beklagten als freier Mitarbeiter und gegen seine Eigenschaft als GbR-Gesellschafter sind seine eigenen (unstreitigen) Schreiben an die Gerichtskasse Düsseldorf vom 09.09.2006 (Bl. 92), an den Kläger vom 06.01.2003 (Bl. 160) und an das Finanzamt vom 31.07.2002 (Bl. 318). Dort hat er selbst gegenüber der Gerichtskasse und dem Kläger seine Tätigkeit als die eines "freien Mitarbeiters" bzw. als "freiberuflich" bezeichnet und auf entsprechende Bezüge - wie sie unstreitig sind, vom Beklagten allerdings als Vorschuss auf eine angeblich mit 35 % vereinbarten Honorarumsatzbeteiligung behauptet werden - hingewiesen bzw. diese abgerechnet. Bei einem bloßen Gewinnvorab, wie ihn der Beklagte behauptet, ist aber die Berechnung von MWSt nicht plausibel.

Demgegenüber hat der Beklagte seine Behauptung, diese Bezeichnung sei unrichtig gewesen und habe dem Wunsch des Klägers entsprochen, so nach außen aufzutreten, unter Beweis gestellt (Zeuge X, dazu nachfolgend), allerdings keine indizielle Umstände vorgetragen, die dem Senat zu Zweifeln i. S. v. § 286 I ZPO Anlass geben, dass diese Bezeichnung auch den tatsächlichen Vereinbarungen der Parteien entsprach. 54

Die Schreiben des Klägers vom 13.05.2002 (Bl. 201) und vom 04.11.2003 (Bl. 202), in denen vom "Eintritt" des Beklagten in die Kanzlei die Rede ist, besagt nicht zwingend etwas über das Innenverhältnis der Parteien, sind also kein Gegenindiz. Zudem weist der Kläger zu Recht darauf hin, dass auch vom Eintritt der Klägerin zu 3. gesprochen wird, die unstreitig nur freie Mitarbeiterin ist und lediglich im Außenverhältnis "Scheinsozia" (Bl. 226). 55

Die vorherige Stellung des Rechtsanwalts E als Gesellschafter auch im Innenverhältnis hat keine indizielle Bedeutung für die spätere Vereinbarungen der Parteien, nachdem dieser zuvor aus der Gesellschaft ausgeschieden war. 56

(5) 57

Die vom Beklagten vorgetragenen Umstände zur Zusammenarbeit der Parteien in der Klageerwiderung ("?" Bl. 22 unten bis Bl. 23 oben und Bl. 24 sowie Bl. 190 ff., 198, Bl. 273 ff.; insbesondere Informationen, Kontovollmacht, Mitsprache bei wichtigen Entscheidungen, gesamte Arbeitskraft für die Kanzlei) lassen weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit den Schluss auf die Ausgestaltung des Innenverhältnisses zu; sie passen sowohl zu einer vertrauensvollen freien Mitarbeiterschaft des Beklagten, der zudem mit dem Kläger befreundet war, als auch zu einer (Außen-) GbR mit dem Kläger; eine GbR auch im Innenverhältnis ist daraus aber nicht zwingend herzuleiten. Gleiches gilt für die Übernahme der Kosten für die Berufshaftpflichtversicherung des Beklagten und einen Fachanwaltslehrgang durch die Kanzlei. Im übrigen kann auch der Rechtsanwalt als freier Mitarbeiter über die Länge und Aufteilung seiner Arbeitszeit sowie über die Annahme von Mandaten frei bestimmen. Auch ein freier Mitarbeiter ist nach Art, Ort und Zeit nicht weisungsunterworfen, anders der abhängige Arbeitnehmer; der Beklagte grenzt bei seinen Ausführungen diesen und den freien Mitarbeiter sowie den Gesellschafter nicht korrekt voneinander ab. 58

Auch die (von den Klägern bestrittene) 35 %-Beteiligung an Honorarumsätzen (vgl. Abrechnungen des Beklagten an den Kläger vom 20.04.2004, 01.08.2005 und 28.8.2005, Bl. 56-58) oder sogar eine Gewinnbeteiligung spricht nicht dagegen, dass der Beklagte freier Mitarbeiter gewesen ist (vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 1.8.2007, III ZR 56/07, S. 6 (Bl. 185), m. w. N.). Zudem ist eine derartige Beteiligung des Beklagten nach der Aussage des Zeugen X nicht bewiesen; dieser hat sie nicht bestätigt. Ferner trägt der Beklagte selbst vor, dass der Kläger die Bezahlung verweigert hat (Bl. 38) und widerspricht auch nicht dem Vorbringen, 59

dass der vorgelegte Scheck (Bl. 94) für die Begleichung der erstgenannten Rechnung vom 20.4.2004 vom Beklagten selbst ausgestellt und unterzeichnet worden ist.

Die Unterlagen betreffend das "Sachkonto 4105" sind nicht vorlegt worden. Bereits das Amtsgericht Essen hat sie dahingehend gewertet, dass der Beklagte kein Fixum erhalten hat (vgl. Ur. v. 28.05.2008, 14 C 16/08, Bl. 209). Der Beklagte trägt hier selbst vor, dass er wie ein freier Mitarbeiter geführt wurde (Bl. 195), so dass der Senat diese Bewertung teilt.

Der Beklagte weist in diesem Zusammenhang zwar darauf hin, dass eine Vergütung von 2.700 € / 3.000 € pro Monat zzgl. USt sehr gering sei, dies spricht jedoch nicht für seine Stellung als Gesellschafter im Innenverhältnis und gegen seine freie Mitarbeiterschaft. Im übrigen passt in diesen Zusammenhang die Erklärung des Klägers, der der Beklagte schriftsätzlich nicht widerspricht und die er im Senatstermin am 18.08.2008 sogar ausdrücklich bestätigt hat (vgl. Berichterstattevermerk, Bl 243), dass dieses Honorar als pfändungsfreier Betrag mit der Sparkasse, einem Gläubiger des Beklagten, ausgehandelt war, weshalb seine Argumentation nicht überzeugt.

(6)

Der Kläger weist ferner zu Recht darauf hin, dass die steuerliche Handhabung ein starkes Indiz für die Ausgestaltung des Innenverhältnisses der Parteien ist. Zwar hat der Beklagte die Behauptung des Klägers erstinstanzlich zunächst bestritten, er habe wie ein freier Mitarbeiter eine eigene persönliche Umsatzsteuererklärung abgegeben und Vorsteuer geltend gemacht, es habe nie eine einheitliche und gesonderte Steuerfeststellung wie bei einer GbR gegeben. Er hätte weitergehend im Einzelnen darlegen müssen, wie er seine Einnahmen konkret steuerlich (insbesondere gegenüber dem Finanzamt) verarbeitet hat, daran fehlt es. Die Notwendigkeit weiterer Substantiierung im Einzelnen hängt insbesondere davon ab, ob sich die Geschehnisse im Wahrnehmungsbereich der Partei abgespielt haben – dann gesteigerte Darlegungslast (BGH, NJW 1999, 714; NJW 1996, 1826, 1827) – und inwieweit der Vortrag der Gegenpartei Anlass zu ihrer Aufgliederung, Ergänzung und zum Vortrag konkreter Einzeltatsachen gibt (BGH, NJW 1996, 1826, 1827; NJW 2000, 3286; Thomas/Putzo/Reichold, Vorbem. § 253 ZPO, Rn. 40 und Vorbem. § 284 ZPO, Rn. 18). Dieser Anlass bestand hier hinsichtlich der angesprochenen steuerlichen Handhabung.

Hinzu kommt, dass der Beklagte später – bereits in erster Instanz und nochmals im Senatstermin vom 18.08.2008 - selbst darlegt, er habe mit dem Kläger nicht nur keine schriftliche Vereinbarung über eine GbR geschlossen, sondern in steuerlicher Hinsicht – für das Außenverhältnis gegenüber Dritten, insbesondere seinen Gläubigern - keine GbR praktiziert und somit auch keine Gewinnbeteiligung am Praxisumsatz gewollt. Der Beklagte hat vielmehr wie ein freier Mitarbeiter Umsatzsteuererklärungen abgegeben. Auch dies spricht eher gegen eine GbR (auch) im Innenverhältnis. Um die entsprechende steuerrechtliche Wirkung (auch gegenüber den Gläubigern des Beklagten) zu erzielen, musste die zivilrechtliche Gestaltung der Zusammenarbeit dieser entsprechen. Das vom Beklagten vorgetragene Ziel, Pfändungen durch seine Gläubiger zu vermeiden, erforderte gerade, dass keine GbR gegründet wurde.

(7)

Aufgrund der vorgenannten Umstände ist der Senat davon überzeugt, dass der Beklagte freier Mitarbeiter in der Außensozietät gewesen ist.

Unter Berücksichtigung des erstinstanzlichen Vorbringens des Beklagten (Bl. 192, 195) und seiner Anhörung im Senatstermin hat er - gegenbeweislich - für seine Behauptung, es habe eine Innen-GbR bestanden, mit dem Kläger und dem Steuerberater X sei abgesprochen gewesen, dass er (der Beklagte) Rechnungen als freier Mitarbeiter schreibt und die Umsatzsteuer ausweist, nur in steuerlicher Hinsicht - zur Täuschung der Gläubiger – sei keine GbR praktiziert worden, den gemeinsamen Steuerberater als Zeugen benannt. Diesen haben die Parteien von der Schweigepflicht entbunden.

Dieses neue Beweisangebot in 2. Instanz ist zwar nach § 531 II 1 Nr. 3 ZPO zuzulassen; der Beklagte hat im Senatstermin am 18.08.2008 auch glaubhaft gemacht, dass dies nicht auf seiner Nachlässigkeit beruht (vgl. Berichterstattevermerk Bl. 244, 2. Absatz). 68

Allerdings hat der Zeuge X die Behauptungen des Beklagten nicht bestätigt, dessen Aussage stützt eher die vom Senat aufgrund der vorgetragenen Umstände gewonnene Überzeugung. Der Zeuge hat bekundet, ihm sei eine Vereinbarung, wie sie der Beklagte behauptet, nicht in Erinnerung. Er wisse auch nichts davon, dass dieser mit 35 % am Umsatz der Kanzlei beteiligt sein sollte. Dagegen sprächen auch die Rechnungen, die der Beklagte nach dem Wissen des Zeugen – wie die Kläger zu 2. und 3. als freier Mitarbeiter - unter Ausweis der Umsatzsteuer gestellt habe. 69

(8) 70

Entgegen der Meinung des Beklagten begründet der fehlende schriftliche Anstellungsvertrag unter Berücksichtigung der Vorschriften des NachweisG keine Beweiserleichterung zu seinen Gunsten oder gar eine Beweislastumkehr. Es kann dahinstehen, ob die vom Beklagten dargestellte Rechtsfolge im Anwendungsbereich des NachwG überhaupt in Betracht kommt. Jedenfalls ist es hier nicht anwendbar. 71

Das NachwG gilt nach § 1 für alle Arbeitnehmer, also Arbeiter, Angestellte und leitende Angestellte. Es findet auf alle abhängig Beschäftigten der Privatwirtschaft und des öffentlichen Dienstes Anwendung (vgl. Preis in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Auflage, § 1 NachwG, Rn. 1). Für den Begriff des Arbeitnehmers gelten die allgemeinen Grundsätze (Erfurter Kommentar/Preis, a.a.O. und § 611 BGB, Rn. 34 ff. und Rn. 110 ff.). Auf freie Mitarbeiter sind diese Vorschriften nicht anwendbar, weil diese keine Arbeitnehmer sind (zur Abgrenzung vgl. Erfurter Kommentar, § 611 BGB, Rn. 34 ff.). Nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten entsprach seine Stellung auch nicht der eines Arbeitnehmers oder einer arbeitnehmerähnlichen Person (vgl. dazu ferner Palandt/Weidenkaff, vor § 611 BGB, Rn. 7-10 m. w. N.). 72

d. 73

Der somit gegebene Erstattungsanspruch hinsichtlich der Kosten aus den drei Kostenfestsetzungsbeschlüssen besteht nur in Höhe von 9.350,31 €. Von dem festgesetzten Gesamtbetrag sind Gutachterkosten in Höhe von 3.456,62 € abzuziehen, bei denen es sich um Auslagen des Beklagten handelt. 74

aa. 75

Zutreffend weist der Kläger bereits in erster Instanz zwar darauf hin (Bl. 86), dass in dem Kostenfestsetzungsbeschluss vom 25.08.2006 über 3.426,11 € (Bl. 48 ff.) gerade keine Gutachterkosten enthalten sind. 76

77

Allerdings betrifft der Kostenfestsetzungsbeschluss vom 18.12.2006 (Bl. 51 f.) vom Beklagten selbst aufgewendete Gutachterkosten, daher besteht jedenfalls kein Anspruch des Klägers in Höhe von 3.456,62 €, die Klage war in dieser Höhe abzuweisen.

bb. 78

Gegenüber dieser Forderung ist der Einwand des Beklagten nicht relevant, er habe mit dem Kläger vereinbart, dieser sei an seinen Honorarumsätzen zu 65 % beteiligt, er - der Beklagte - erhalte davon 35 %. Der Zeuge X hat eine derartige Vereinbarung nicht bestätigt, dies geht zu Lasten des beweisbelasteten Beklagten. 79

cc. 80

Entgegen der Meinung des Beklagten besteht hinsichtlich des Kostenfestsetzungsbeschlusses vom 25.08.2006 (Bl. 48 ff.) nicht nur ein hälftiger Herausgabeanspruch, weil dieser auch dessen Bruder betrifft. Zutreffend weisen die Kläger darauf hin, dass der Beklagte und sein Bruder Gesamtschuldner hinsichtlich der Steuerschuld waren und der Beklagte deshalb in vollem Umfang zur Herausgabe verpflichtet ist. Zudem ist nicht plausibel und von dem Beklagten auch nicht behauptet, dass sein Bruder zur Hälfte an Kostenerstattungen beteiligt sein sollte, denen keine entsprechenden Aufwendungen des Bruders zugrunde lagen und die allein auf der anwaltlichen Tätigkeit des Beklagten beruhten. 81

e. 82

Der Beklagte hat auch mit seiner Hilfsaufrechnung mit angeblichen Ansprüchen auf Umsatzbeteiligung nach einer Quote von 35 % Beklagter zu 65 % Kläger für das Jahr 2004 in Höhe von 19.247,89 € und für das Jahr 2005 in Höhe von 13.831,36 € keinen Erfolg. Der Zeuge X hat eine derartige Vereinbarung nicht bestätigt. 83

2. Klageantrag zu 2. 84

(Zahlung von 2.372,20 € aus Mandat D) 85

a. 86

Der Beklagte hat auch die aus dem Mandat des D erlangten Gebühren an den Kläger herauszugeben. Die Ausführungen oben zu 1. a. bis c. und e. – betreffend die Anspruchsgrundlage, die Aktiv- und Passivlegitimation und die Hilfsaufrechnung - gelten hier entsprechend. 87

b. 88

Der Beklagte verteidigt sich ohne Erfolg mit dem Vorbringen, das Mandat sei ihm persönlich durch Kuratoriumsbeschluss vom 16.8.2006 (Bl. 55) übertragen worden. Diesem Vorbringen hat der Kläger widersprochen und darlegt, der Beklagte habe versucht, nach dem Ende der Sozietät das Mandat auch für die Zeit davor an sich zu ziehen, obwohl der Kläger zu 2. ihn im Sommer 2006 gebeten habe, im Rahmen seiner Tätigkeit als freier Mitarbeiter Beratungsleistungen zu erbringen. 89

Maßgebend dafür, mit wem der Anwaltsvertrag zustande gekommen ist, ist eine Gesamtwürdigung aller für den Vertragsschluss maßgebenden Umstände (Rinsche/Fahrendorf/Terbille, a.a.O., Rn. 29 f.). Ist der für den Vertragsschluss angesprochene Anwalt Mitglied einer Sozietät, ist im Zweifel davon auszugehen, dass die 90

Anwaltssozietät beauftragt wird; das gilt auch, wenn zwischen den Anwälten nur eine Scheinsozietät besteht (st. Rspr. des BGH; vgl. BGHZ 124, 47, 48 f. = NJW 1994, 257; BGH NJW 1995, 1841; BGH NJW-RR 2003, 490; Rinsche/Fahrendorf/Terbille, a.a.O., Rn. 112 f.).

Zwar spricht der Wortlaut des Beschlusses des Kuratoriums von einer Beauftragung des Beklagten. Aber auch der Mandant, der einen Anwalt wegen seiner Spezialkenntnisse mit einer bestimmten Aufgabe betraut, wird regelmäßig den Anwaltsvertrag mit der Sozietät schließen wollen, in der dieser Anwalt tätig ist (Rinsche/Fahrendorf/Terbille, a.a.O., Rn. 115 f. m. w. N.). Davon ist auch hier auszugehen. Wenn aber der Vertrag mit der Scheinsozietät der Parteien zustande gekommen ist, so steht dieser und im Innenverhältnis dem Kläger das Honorar zu, sofern keine anderweitige Vereinbarung zwischen ihm und dem Beklagten getroffen worden ist, die der Beklagte mit dem Vorbringen zur Äußerung des Klägers "Mach doch was Du willst!" und der Weigerung, Literatur über die Kanzlei zu bezahlen, nicht schlüssig dargelegt, jedenfalls aber nicht unter Beweis gestellt hat. 91

c. 92

Der Zahlungsanspruch des Klägers ist nicht erloschen durch die (vorrangig ggü. dem Klageantrag zu 2. und nachrangig ggü. dem Klageantrag zu 1. erklärte) Hilfsaufrechnung des Beklagten mit Vorabvergütung für September 2006 (3.000 € plus 19 % MWSt = 3.570 €). 93

aa. 94

Die Hilfsaufrechnung ist nach § 533 ZPO zwar zulässig. Die Kläger haben ihr nicht zugestimmt, allerdings ist sie sachdienlich und wird auf nach § 529 ZPO zu berücksichtigende Tatsachen gestützt. 95

bb. 96

Dem Beklagten steht als freier Mitarbeiter für den Monat September 2006 gleichwohl die geltend gemachte Vorab-Vergütung, die der Höhe nach unstreitig ist, nach seinem eigenen Vorbringen nicht zu. 97

Der Anspruch darauf setzt voraus, dass eine abzurechnende Beteiligung am Umsatz vereinbart wurde, was der Beklagte nicht beweisen konnte. 98

Sofern die Forderung hilfsweise auch auf Zahlung einer monatlichen Pauschalvergütung gerichtet sein sollte, wäre sie ebenfalls unbegründet. Der Beklagte hat seine Tätigkeit für die Kanzlei nach eigenem Vorbringen bereits zum 31.08.2006 beendet, so dass der Vergütungsforderung für September 2006 die Grundlage fehlt. Die Voraussetzungen des § 615 BGB sind nicht dargelegt. 99

d. 100

Der Beklagte kann dem Zahlungsanspruch auch kein Zurückbehaltungsrecht mit dem titulierten Auskunftsanspruch gegen den Kläger aus dem rechtskräftigen Urteil des Amtsgerichts Essen vom 28.05.2008 (14 C 16/08) entgegen setzen. Der Beklagte als mit der Geschäftsbesorgung der Sozietät beauftragter Mitarbeiter darf nicht das durch die Geschäftsbesorgung Erlangte (§ 667 BGB) zurückbehalten, dessen alsbaldige Ablieferung der Auftraggeber (hier der Kläger) erwarten durfte (vgl. Seiler in Münchener Kommentar, 5. Auflage, § 667 BGB, Rn. 24 mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung in Fußnote 75; Czub in Beck'scher Online-Kommentar, Stand Oktober 2007, § 667 BGB, Rn. 19; Palandt/Heinrichs, § 273 BGB, Rn. 16); letzteres ist gerade bei Gebührenansprüchen, 101

nachdem diese vom Beklagten für die Sozietät vereinnahmt wurden, der Fall.

<u>3. Klageanträge zu 3.1. bis 3.3.</u>	102
<i>(Abtretung eines Pkh-Honoraranspruchs, Zahlung von 7.408,75 €, Feststellung der Pflicht zum weitergehenden Ersatz)</i>	103
a.	104
Die Ausführungen oben zu 1. a. bis c. und e. – betreffend die Anspruchsgrundlage, die Aktiv- und Passivlegitimation und die Hilfsaufrechnung - gelten hier entsprechend.	105
b.	106
Der Abtretungsanspruch hinsichtlich der Gebühren aus dem Verfahren C gegen U (AG Essen, 31 M 212/06) (Antrag zu 3.1.) ist begründet.	107
aa.	108
Zur Bestimmtheit des Antrages genügt es entgegen der Ansicht des Beklagten, dass der Kläger die Parteien des Verfahrens sowie das Gericht und das Aktenzeichen konkret bezeichnet hat. Die Darlegung des Entstehungszeitpunktes, der Gebührentatbestände und der Forderungshöhe ist nicht erforderlich.	109
bb.	110
Der Kläger hat die Abtretungsforderung auch dahingehend eingeschränkt, dass es nur um Gebührenansprüche geht, die vor dem 30.09.2006, dem Ende der Zusammenarbeit der Parteien, entstanden sind.	111
Es kommt nicht darauf an, was mit den Mandaten nach Beendigung des freien Mitarbeiterverhältnisses des Beklagten geschehen ist, insbesondere ob sie der Beklagte weiterführt; die bis zu dem vorgenannten Zeitpunkt bereits entstandenen Gebührenforderungen stehen dem Kläger zu.	112
Der Beklagte hat auch nicht nachvollziehbar dargelegt und bestritten, dass das Mandat nach dem 30.09.2006 erteilt worden ist.	113
c.	114
Auch der Zahlungsanspruch in Höhe von 7.408,75 € (Antrag zu 3.2.) ist aus § 667 BGB begründet.	115
aa.	116
Der Kläger hat mit dem Schriftsatz vom 21.11.2008 (Bl. 258 ff.) ursprünglich mit dem Klageantrag zu 3. geltend gemachte Abtretungsbegehren - wegen der unstreitigen Einziehung der Pkh-Gebühren durch den Beklagten - in ein Zahlungsbegehren umgestellt. Dies ist keine Klageänderung, sondern ein Fall des § 264 Nr. 2, 3 ZPO, auf die Voraussetzungen nach § 533 ZPO kommt es demnach nicht an.	117
bb.	118
Die Klageforderung besteht auch der Höhe nach und ist korrekt berechnet (Bl. 258 ff.):	119

a. 434,88 €	120
b. 1.023,70 €	121
d. 790,54 €	122
e. 725,00 €	123
f. 675,70 €	124
g. 404,36 €	125
h. 312,21 €	126
i. 223,76 €	127
j. 673,90 €	128
k. 317,26 €	129
l. 701,80 €	130
m. 155,30 €	131
97,44 €	132
n. 872,90 €	133
Summe: 7.408,75 €	134
Der Beklagte hat nicht konkret bestritten, diese Gebühren vereinnahmt zu haben. Soweit er im Senatstermin vom 22.04.2009 behauptet hat, einen geringeren Betrag erzielt zu haben, ist dieses Vorbringen unsubstantiiert; da es um Geschehnisse aus seinem eigenen unmittelbaren Wahrnehmungsbereich geht, hätte es ihm obliegen, unter Darlegung konkreter Einzelheiten (insbesondere zur Höhe der einzelnen Gebührenzahlungen) ergänzend vorzutragen.	135
Es ist davon auszugehen, dass alle Prozesskostenhilfe-Bewilligungen vor dem 30.09.2006 erfolgt sind.	136
Der Beklagte hat nicht nachvollziehbar vorgetragen / bestritten, dass er die hier in Rede stehenden Mandate erst nach dem 30.09.2006 übernommen hat. Den in der Klageerwiderung (Bl. 33) mitgeteilten Daten kann das nicht oder jedenfalls nicht mit der erforderlichen Klarheit entnommen werden. Auch dort wird der Zeitpunkt der Bevollmächtigung zum Teil überhaupt nicht, teilweise wird sie nicht nachvollziehbar nach der Pkh-Bewilligung dargestellt (unter a) oder ohne Zuordnung zur Pkh-Bewilligung behauptet. Angesichts des Gesamtzusammenhanges des bisherigen Vorbringens des Beklagten ist für den Senat nicht erkennbar, dass der Beklagte überhaupt erstinstanzlich substantiiert bestritten hat, dass die aufgeführten Mandate vor dem 30.9.2006 von ihm angenommen worden sind.	137
Der Beklagte hat im übrigen bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung zu dem seinem Prozessbevollmächtigten zugestellten Schriftsatz des Klägers vom 21.11.2008 (Bl. 258 ff.) nicht Stellung genommen.	138

d.	139
Der zuerkannte Zinsanspruch auf den mit dem Klageantrag zu 3.2. geltend gemachten Zahlungsanspruch ergibt sich aus §§ 288, 291 BGB.	140
e.	141
Der Feststellungsantrag zu 3.3. ist auch in der aus der im Termin am 22.04.2009 gestellten Fassung unzulässig.	142
Zwar hat der Kläger klargestellt, dass es nicht um einen Schadensersatzanspruch geht, sondern um einen Herausgabeanspruch, der etwaige vom Beklagten vereinnahmte Honorare betrifft, soweit sie über den mit dem Antrag zu 3.2. geltend gemachten Betrag hinausgehen; entsprechend ist der Antrag gefasst worden (vgl. oben Gliederungspunkt A.). Allerdings ist nicht ansatzweise die Möglichkeit eines weiteren Herausgabeanspruchs vorgetragen worden; dies wäre aber Voraussetzung für die Zulässigkeit des Feststellungsantrages nach § 256 I ZPO.	143
<u>4. Klageantrag zu 4.</u>	144
<i>(Auskunft / übereinstimmende Erledigungserklärung)</i>	145
Die Parteien haben den mit dem Klageantrag zu 4. geltend gemachten Auskunftsanspruch übereinstimmend für erledigt erklärt, nachdem der Beklagte die Auskunft ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erteilt hat; insoweit endete die Rechtshängigkeit, es ist nur noch über die Kosten nach § 91 a ZPO zu entscheiden.	146
Dabei wird das Landgericht im Schlussurteil davon auszugehen haben, dass das mit diesem zulässigen Antrag verfolgte Auskunftsbegehren Erfolg gehabt hätte. Angesichts der oben genannten Ausführungen zu 3. bestand ein Anspruch des Klägers auf die vom Beklagten vereinnahmten Honorare bis zum Ende der gemeinsamen Zusammenarbeit. Er konnte deshalb aus dem Vertragsverhältnis i. V. m. § 242 BGB die begehrte Auskunft verlangen, weil er entschuldbar im Ungewissen über die vom Beklagten abgerechneten und vereinnahmten Gebühren war.	147
<u>5. Klageanträge zu 5. und 6.</u>	148
<i>(eidesstattliche Versicherung und Zahlung)</i>	149
Diese Klageanträge der Stufenklage sind noch nicht zur Entscheidung reif. Hinsichtlich dieser Anträge zu 5. und 6. ist die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen (§ 538 I 1 Nr. 4 ZPO analog, vgl. Zöller/Gummer/Heßler, § 538 BGB, Rn. 48 m. w. N.). Jedenfalls der Beklagte hat den erforderlichen Antrag im Senatstermin vom 18.08.2008 gestellt (vgl. Protokoll Bl. 234).	150
II.	151
Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 I, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	152
Der Streitwertfestsetzung liegen folgende Einzelwerte zugrunde:	153
Klageantrag zu	154

1.	12.806,93 €	155
2.	2.372,20 €	
3.1.	500,00 €	
3.2.	7.408,75 €	
3.3.	500,00 €	
4. bis 6.	2.000,00 € (§ 44 GKG)	
insgesamt	25.587,88 €	

Wegen der Hilfsaufrechnungen des Beklagten war der Streitwert nach § 45 III ZPO um 22.587,88 € (9.350,31 € + 2.372,20 € + 7.408,75 €) zu erhöhen. Der Gesamtstreitwert beträgt daher 48.175,76 €. 156

III. 157

Die Voraussetzungen der Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. 158
Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Das Urteil stellt eine Einzelfallentscheidung dar, die der Senat auf der Grundlage vertretener und anerkannter Auffassung in der Rechtsprechung, insbesondere des Bundesgerichtshofs, und der Literatur getroffen hat.