
Datum: 13.10.2022
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 18 W 20/22
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2022:1013.18W20.22.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 6 O 161/18
Schlagworte: Höhe des Vorschusses für eine Ersatzvornahme
Normen: § 887 Abs. 2 ZPO
Leitsätze:

Bei der Ermessensentscheidung über die Höhe des Vorschusses für eine Ersatzvornahme gem. § 887 Abs. 2 ZPO ist im Hinblick auf die Regelung in §§ 788 Abs. 1 S. 1, 91 Abs. 1 S. 1 ZPO, wonach nur die notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung ersatzfähig sind, auch den Interessen des Schuldners an einer sparsamen Verfahrensweise Rechnung zu tragen (wie OLG Dresden, Beschl. v. 13.5.2020, Az. 8 W 277/20, BeckRS 2020, 12055).

Tenor:

Die sofortige Beschwerde des Schuldners gegen den Beschluss des Landgerichts Essen vom 22.6.2022 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt der Schuldner.

Gegenstandswert für das Vollstreckungsverfahren: Bis zu 100.000,00 €

Gründe:

1

A.

2

3

Mit Beschluss des Senats vom 25.11.2021 (Az. 18 W 10/21) ist der Gläubiger ermächtigt worden, den näher bezeichneten vom Schuldner vorgelegten Buchauszug auf dessen Kosten durch einen („...“) oder vereidigten („...“) um bestimmte Angaben ergänzen zu lassen.

Der Gläubiger beauftragte mit dieser Ergänzung die A AG B-gesellschaft (im Folgenden: A) mit Sitz in C. Es wurden nach Stellung bzw. Qualifikation der eingesetzten Mitarbeiter Stundensätze zwischen 350,00 € (für ein ...) und 60,00 € („...“) vereinbart (jeweils netto). Die A ging in ihrem Angebot vom 22.3.2022 von einem Zeitaufwand von rund 120 Stunden bei einem durchschnittlichen Stundensatz von 220,00 € aus, woraus sich ein Betrag von 26.400,00 € netto oder – einschließlich einer Auslagenpauschale von 4 % - (rund) 32.700,00 € brutto errechnet. Sie macht ihre Tätigkeit von der Zahlung eines Vorschusses in Höhe dieses Betrags abhängig. Der Gläubiger leitete dem Schuldner die Vereinbarung unter dem 24.3.2022 zu und verlangte von ihm – bislang erfolglos - die Zahlung eines Vorschusses in dieser Höhe. 4

Der Gläubiger vertritt die Auffassung, das vereinbarte Honorar sei marktüblich und der Vorschuss vom Schuldner zu tragen. 5

Er hat beantragt, 6

den Schuldner zu verpflichten, an ihn auf die voraussichtliche Vergütung des beauftragten („...“)s einen Vorschuss in Höhe von 32.700,00 € (brutto) zu zahlen. 7

Der Schuldner hat beantragt, 8

den Antrag zurückzuweisen. 9

Er hat die Auffassung vertreten, es gehe bei der Ergänzung des Buchauszugs um eine „äußert simple, aber extrem zeitaufwändige Arbeit“, die nicht die Befassung „einer der teuersten („...“) gesellschaften“ rechtfertige; vielmehr handele der Gläubiger damit ein weiteres Mal schikanös. Wie er bereits dem Gläubiger signalisiert habe, bestehe Bereitschaft, einen Stundensatz von bis zu 105,00 €, wie er sich aus § 9 JVEG ergebe, zu zahlen. Nicht erstattungsfähig seien ohnehin Kosten, die durch die Inanspruchnahme eines am Sitz des Schuldners bzw. am Erfüllungsort für den Buchauszug ansässigen („...“) vermeidbar wären. Ferner sei der von der A prognostizierte Arbeitsumfang unangemessen. Der seitens der A in ihrem Angebot beschriebene Leistungsumfang gehe über den Inhalt des Beschlusses vom 25.11.2021 hinaus, insoweit er auch die „Sichtung des von der D zur Verfügung gestellten Buchauszugs“ sowie die „Identifikation der gemäß Beschluss des OLG Hamm vom 25. November 2021 fehlenden Datenfelder“ umfasse. 10

Der Gläubiger hat ferner Erfüllung der im genannten Beschluss unter Spiegelstrich 3,5 und 6 genannten Angaben 11

- in Fällen sog. Firmeninkassos und in Fällen des Inkassos über Geschäftsbankkonten des Schuldners: Datum des Zahlungseingangs oder des den Zahlungseingang ausweisenden Kontoauszugs 12

- bezüglich der Verträge mit der E Automobile GmbH & Co. KG: sämtliche unter Ziff. I. – XIII. 2. des Tenors verlangten Angaben 13

- bzgl. der Verträge mit den Versicherungsnehmern F G und H I , VSNR 000000000000): Angaben gem. Ziff. IX. – XIII. 1. des Tenors 14

behauptet und dazu auf Anlagen „J 01 – 02 “ verwiesen.

Der Gläubiger hat den Vorwurf schikanösen bzw. rechtsmissbräuchlichen Verhaltens zurückgewiesen und auf eine Stellungnahme der A verwiesen, wonach ein Stundensatz von 105,00 € nicht auskömmlich sei. Er hat die Erforderlichkeit der von A erwähnten Leistungen verteidigt und die behauptete (teilweise) Erfüllung seines Anspruchs auf Ergänzung des Buchauszugs in Abrede gestellt, weil es mangels jeglicher Erläuterungen an der Verständlichkeit der Daten und auch an einer Implementierbarkeit in den erteilten Buchauszug fehle. 16

Das Landgericht hat dem Antrag des Gläubigers mit Beschluss vom 22.6.2022 stattgegeben. 17

Gegen den ihm am 28.6.2022 zugestellten Beschluss hat der Schuldner am 6.7.2022 sofortige Beschwerde eingelegt. Sie rügt erneut, die von der A („...“) K) verlangten Stundensätze (für („....“)) seien weder marktüblich noch angemessen, zumal es nicht um „schwierige Bewertungsfragen“ gehe, wie sie möglicherweise Honorarvereinbarungen der A mit anderen Mandanten in Fällen von Bewertungsfragen zugrunde lägen. Ohnehin sei es dem Gläubiger nach dem Beschluss vom 25.11.2021 lediglich gestattet, *einen* („...“) bzw. vereidigten („...“) zu engagieren. Es bleibe auch dabei, dass der prognostizierte Aufwand – auch angesichts der weiteren Erfüllung durch Überreichung der Anlagen „J 01 – 02 “ – völlig überzogen sei. Die vom Gläubiger vorgebrachten Einwendungen gegen die Erfüllungswirkung (dieser Unterlagen) seien unbegründet; namentlich könne er nicht verlangen, Daten in einem „einheitlichen Format“ zu erhalten. 18

Er beantragt, 19

den Beschluss des Landgerichts Essen vom 22.6.2022 aufzuheben und den Antrag des Gläubigers zurückzuweisen, ferner die vorläufige Aussetzung der Vollziehung des Beschlusses bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde. 20

Der Gläubiger beantragt, 21

die sofortige Beschwerde des Schuldners sowie den Aussetzungsantrag zurückzuweisen. 22

Er führt aus, die „Ermittlung der Daten und Ergänzungen im Buchauszug“ erforderten „eine extrem hohe Fachkompetenz des („...“)“, da „interne Zahlungsströme“ betroffen seien. Eine Erfahrung des einzuschaltenden („...“) als „(...)“ sei dazu erforderlich. Der Beschluss vom 25.11.2021 enthalte auch keine Beschränkung dahingehend, dass nur ein (einzelner) („...“) befasst werden dürfe. Die Marktüblichkeit und Angemessenheit der Honorierung der A sei dargelegt; die Einwendungen des Schuldners dagegen seien substanzlos, zumal er mit den (höheren) Stundensätzen anderer Wirtschaftsprüfungsgesellschaften vertraut sei. Die Ausführungen des Schuldners würden auch der „komplexen Unternehmensstruktur“ des Gläubigers, wie sie sich im Rahmen des außergewöhnlich umfangreichen und erfolgreichen (Handelsvertreter-)Geschäfts ergeben habe, nicht gerecht. 23

Der Gläubiger stellt erneut eine Erfüllungswirkung der mit Schriftsatz des Schuldners vom 10.5.2022 vorgelegten Unterlagen in Abrede. Dazu verweist er darauf, es handele sich bei diesen Unterlagen „um diverse Blätter ohne jegliche Erläuterungen“, so dass ein Bezug zu dem (zu ergänzenden) Buchauszug fehle. Bezüglich des Vertragsverhältnisses des Schuldners zum Kunden E lägen bislang keinerlei verwertbare Informationen vor; das gelte auch für die nunmehr vorgelegten, mangels jeglicher Erläuterungen unverständlichen Tabellen („J 03“). 24

Das Landgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat vorgelegt.	25
B.	26
Die gem. §§ 793, 569 ZPO zulässige sofortige Beschwerde des Schuldners hat in der Sache keinen Erfolg.	27
I.	28
Die Verpflichtung des Schuldners zur Vorschussleistung ergibt sich dem Grunde nach aus § 887 Abs. 2 ZPO.	29
Unschädlich ist, dass der Gläubiger den Vorschuss nicht bereits im Rahmen des Antrags vom 24.11.2020 auf Ermächtigung, den Buchauszug durch einen von ihm zu bestimmenden („...“) oder vereidigten („...“) erstellen zu lassen, verlangt hat. § 887 Abs. 2 ZPO sieht nur eine Befugnis des Gläubigers vor, zugleich mit dem Antrag gem. § 887 Abs. 1 ZPO auch einen Vorschuss zu verlangen, schließt ihn aber nicht mit einem diesbezüglichen späteren Antrag aus (Münchener Komm. ZPO/Gruber, 6. Aufl., § 887 Rn. 36; Zöller/Seibel, ZPO, 34. Aufl., § 887 Rn. 10).	30
II.	31
Der Schuldner ist zur Zahlung eines Vorschusses in der verlangten Höhe von 32.700,00 € (brutto) verpflichtet.	32
Das Gericht hat über die Höhe des Vorschusses nach billigem Ermessen zu entscheiden (BGH, Urt. vom 8.10.1992, Az. VII ZR 272/90, NJW 1993, 1394, 1395; Zöller/Seibel, a.a.O.).	33
Dabei folgt der Senat der Auffassung des OLG Dresden (Beschl. v. 13.5.2020, Az. 8 W 277/20, BeckRS 2020, 12055 Rn. 26-29 m.w.N.), wonach zwischen der Frage der Berechtigung des Gläubigers zur Beauftragung eines („...“) seines Vertrauens und der Frage, welche dadurch entstehenden Kosten der Schuldner zu tragen hat, zu unterscheiden ist. Letztere Frage ist auch für die Höhe eines Kostenvorschusses von Bedeutung. Denn aus § 788 Abs. 1 S. 1 ZPO ergibt sich, dass der Gläubiger den Ersatz von Kosten letztlich nur verlangen kann, soweit diese im Sinne des § 91 ZPO notwendig waren. Damit wäre es nicht vereinbar, dem Gläubiger einen Vorschuss zuzusprechen, soweit dieser – bereits jetzt erkennbar – über die notwendigen Kosten hinausgeht.	34
Aus diesem Grund muss schon bei der Ermessensentscheidung über die Höhe des Vorschusses neben dem Inhalt der im Wege der Ersatzvornahme zu vollstreckenden Handlung grundsätzlich auch den Interessen des Schuldners an einer sparsamen Verfahrensweise Rechnung getragen werden.	35
Ist der Gläubiger, wie auch der Schuldner letztlich nicht in Abrede stellt, zwar berechtigt, die A im Wege der Ersatzvornahme heranzuziehen, kann gleichwohl der Fall eintreten, dass er – im Rahmen der aufgrund des § 788 ZPO noch zu fällenden Entscheidung – mit denjenigen Kosten belastet bleibt, die im Fall der Beauftragung eines anderen, kostengünstiger arbeitenden („...“) erspart worden wären.	36
Gleichwohl führen diese Grundsätze - auch unter Berücksichtigung des Vortrags des Schuldners im Rahmen seiner Beschwerde – nicht zu einer Kürzung des verlangten Vorschusses:	37
	38

1.

Der Gläubiger hat plausibel dargelegt, dass aus derzeitiger Sicht für die vom Schuldner vorzunehmende Ergänzung des Buchauszugs Kosten in Höhe von (jedenfalls) 32.700,00 € entstehen werden. 39

Die A geht von einem Zeitaufwand von 120 Stunden bei einem durchschnittlichen Honorarsatz von 220,00 €/Stunde (netto) aus. Dieser Ansatz ist als Grundlage für die Ausübung billigen Ermessens bei der Bezifferung des verlangten Vorschusses ausreichend: 40

a) 41

Ein Zeitaufwand von 120 Stunden fällt bereits an, wenn auch nur eine Person (bei einer Wochenarbeitszeit von 40 Stunden) 3 Wochen lang tätig ist. 42

Dieser zeitliche Aufwand erscheint zur erforderlichen Ergänzung des erteilten Buchauszugs gem. dem Senatsbeschluss vom 25.11.2021 angesichts des Umfangs der relevanten Vertragsunterlagen und der zu ergänzenden Angaben durchaus erforderlich. 43

aa) 44

Die Auffassung des Schuldners, die Aufgabenbeschreibung seitens der A führe Tätigkeiten auf, die nicht erforderlich seien, ist nicht nachvollziehbar. Zur Vorbereitung der notwendigen Arbeiten bedarf es auch der „Sichtung des ... zur Verfügung gestellten Buchauszugs“ sowie einer „Identifikation der ... fehlenden Datenfelder“, weil sich nur so Ziel und Zweck der Tätigkeit erkennen lassen. 45

bb) 46

Der Zeitaufwand wird durch die Überreichung von Unterlagen („J 01 – 02“) in diesem Verfahren jedenfalls nicht wesentlich reduziert. 47

Allerdings ist es dem Schuldner möglich, die Verpflichtung gem. dem Beschluss vom 25.11.2021 auch noch im vorliegenden Stadium des Vollstreckungsverfahrens – ganz oder teilweise – zu bewirken. Soweit eine Erfüllung vorliegt, entfiele damit auch ein Vorschussanspruch. 48

Zwar mag es sein, dass durch die nunmehr vorgelegten Anlagen bestimmte Arbeitsschritte entfallen, etwa das Heraussuchen bzw. die Beschaffung der Kontoauszüge. Der Senat vermag aber nicht zu erkennen, dass sich der erforderliche Arbeitsaufwand zur Ergänzung des Buchauszugs dadurch insgesamt maßgeblich verringert, zumal noch eine Interpretation bzw. Zuordnung der Daten zu konkreten Kundenverbindungen erforderlich ist. Das gilt auch im Hinblick auf nachgereichte Daten betreffend die Kundenverbindungen E, G und J. 49

b) 50

Was die Höhe des Stundensatzes angeht, ist der von der A avisierte Durchschnittsbetrag von 220,00 € ebenfalls als ausreichende Grundlage für ein Ermessen der Höhe der voraussichtlichen Kosten anzusehen. Ihm liegt erkennbar eine „Mischkalkulation“ betreffend die Tätigkeit von Mitarbeitern unterschiedlicher „Kompetenz“ zugrunde (u.a. 350,00 € für einen „(...)“, 120,00 € für einen „(...)“ und 60,00 € für „(...)“). Es ist nachvollziehbar und vom Schuldner hinzunehmen, dass derzeit noch nicht feststellbar ist, in welchem Umfang welche dieser unterschiedlich qualifizierten Mitarbeiter heranzuziehen sind. 51

Die Einwendungen des Schuldners greifen nicht durch:	52
aa)	53
Er kann sich nicht darauf berufen, dem Vorschussanspruch lägen überhöhte Stundensätze zugrunde; es seien allenfalls Stundensätze zu erstatten bzw. zu bevorschussen, wie sie im JVEG (für die Tätigkeit von Sachverständigen der einschlägigen Fachgebiete) niedergelegt seien.	54
Das JVEG enthält keine verbindlichen Vorgaben für die Bemessung von Honoraren im Rahmen der privatrechtlichen Beauftragung von Sachverständigen dar. Der Gläubiger hat folglich auch keine Handhabe, einen von ihm ausgesuchten („...“) auf die Sätze des JVEG zu verpflichten, wenn dieser nicht bereit ist, dafür „zu arbeiten“.	55
Mit dem Argument, der Gläubiger habe überhöhte Stundensätze vereinbart, könnte der Schuldner vielmehr nur dann dem Vorschussbegehren erfolgreich entgegenreten, wenn sich der Gläubiger entweder missbräuchlich (oder in gleichsam kollusivem Zusammenwirken mit dem zu Beauftragenden) auf überhöhte Stundensätze eingelassen hätte, wofür nichts ersichtlich ist, oder wenn bereits jetzt zumindest erkennbar wäre, dass der Gläubiger einen anderen („...“)/vereidigten („...“) zu deutlich günstigeren Stundensätzen (bei gleichem zeitlichen Einsatz) hätte beauftragen können. Auch dafür bestehen keine Anhaltspunkte, denn der Gläubiger hat dargelegt, sich letztlich erst aufgrund „intensiver Anstrengungen“ unter Einschaltung der („...“) an die A gewandt zu haben. Der Senat hat an der Richtigkeit dieser Darstellung keine Zweifel. Es liegt nämlich auf der Hand, dass hochqualifizierte Berufsträger mit der Qualifikation eines („...“) für die durchaus nicht alltägliche Aufgabe der hier erforderlichen Ergänzung eines Buchauszugs nicht leicht zu finden sind, schon weil sie bekanntermaßen mit ihrem eigentlichen „Geschäft“ der Abschlussprüfung ausgelastet sind. Auch der Schuldner benennt keinen („...“), der willens und in der Lage gewesen wäre, zu geringeren Stundensätzen zu arbeiten.	56
bb)	57
Jedenfalls den hier in Rede stehenden Vorschussanspruch mindert es auch nicht, dass der Kläger nicht einen in L ansässigen („...“) beauftragt hat. Es ist nicht erkennbar, dass „Reisekosten“ Gegenstand der mit 32.700,00 € endenden Kalkulation der A sind. Die A behält sich vielmehr vor, Reisekosten (mit 50 % des jeweiligen Stundensatzes nach tatsächlichem Aufwand) – zusätzlich - in Rechnung zu stellen.	58
cc)	59
Der Einwand des Schuldners, der Gläubiger dürfe nach dem Inhalt des Beschlusses vom 25.11.2021 ohnehin nur <i>einen</i> („...“) bzw. vereidigten („...“) heranziehen, geht fehl. Dem Beschlusstenor lässt sich bei verständiger Auslegung keine Beschränkung dahingehend entnehmen, dass nur eine (einzige) individuelle Person mit der genannten Qualifikation beauftragt werden dürfe. Vielmehr ist – auch im Interesse des Schuldners - erkennbar gemeint, dass die Ergänzung des Buchauszugs (letztlich) von einem („...“) bzw. vereidigten („...“) verantwortet werden muss, unabhängig davon, ob die konkrete Ausarbeitung nun von diesem oder einem anderen („...“)/vereidigten („...“) oder von Hilfskräften geleistet worden ist.	60
2.	61
	62

Dass der Gläubiger nach dem Ausscheiden aus dem Vertragsverhältnis zum Schuldner weiterhin vorsteuerabzugsberechtigt ist, so dass er jegliche Vorschüsse nur „netto“ verlangen könnte (Zöller/Seibel, a.a.O.), ist nicht vorgetragen oder ersichtlich.

C. 63

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 891S. 3, 97 Abs. 1 ZPO. 64

Der Gegenstandswert für das Vollstreckungsverfahren ist bereits im Rahmen des Beschlusses vom 25.11.2021 festgesetzt worden; wie dort dargelegt bemisst er sich nicht nach der Höhe des verlangten Vorschusses, sondern nach dem Interesse des Klägers an der Erteilung des Buchauszugs. 65