
Datum: 15.12.2004
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 27. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 27 U 31/03
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2004:1215.27U31.03.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 20 O 650/02

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels - das am 29.10.2003 verkündete Urteil der 20. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 20 O 650/02 - teilweise abgeändert und wie folgt gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 19.510,27 EUR nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 28.11.2002 zu zahlen. Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen tragen die Klägerin 89 % und die Beklagte 11 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch die Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 26.000 EUR abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch die Beklagte durch Sicherheitsleistung von 9.000 EUR abwenden, wenn die Klägerin nicht zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

G r ü n d e

I. Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Schadensersatz wegen der Verletzung anwaltlicher Pflichten in einem Zugewinnausgleichsverfahren in Anspruch.

1

2

3

In dem vor dem Amtsgericht Siegburg unter dem Aktenzeichen 33a F 244/98 von Herrn Notar A B als Antragsteller geführten Scheidungsverfahren wurde der Scheidungsantrag der damaligen Antragsgegnerin und Klägerin des hiesigen Verfahrens (im folgenden nur noch Klägerin) am 27.3.1997 zugestellt; die am 28.12.1990 geschlossene Ehe ist inzwischen rechtskräftig geschieden. Im Scheidungsverbund machte die Klägerin Zugewinnausgleichsansprüche im Wege der Stufenklage geltend, die sie in der Zahlungsstufe mit 400.000 DM bezifferte. Mit nach Abtrennung von der Scheidungssache ergangenen Urteil vom 24.8.2001 verurteilte das Amtsgericht - unter Abweisung der weitergehenden Klage - Herrn B zur Zahlung eines Zugewinnausgleichs von 76.241,22 DM.

Durch Schreiben ihres erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten vom 19.9.2001 beauftragte die Klägerin die Beklagte mit der Durchführung der Berufung. Auftragsgemäß legte die Beklagte am 21.9.2001 Berufung zum OLG Köln (27 UF 230/01) ein. Die bis zum 3.12.2001 verlängerte Berufungsbegründungsfrist versäumte die Beklagte. Sie stellte mit Schriftsatz vom 18.12.2002 Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, was sie der Klägerin mit Schreiben vom 9.1.2002 mitteilte. Mit Schreiben vom 11.1.2002 entzog die Klägerin der Beklagten das Mandat und ließ sich von ihren jetzigen Prozessbevollmächtigten vertreten. Die Beklagte legte durch Schriftsatz vom 22.2.2002 gegenüber dem Senat das Mandat nieder. 4

Am 24.4.2002 verhandelte der Senat über die Berufung der Klägerin und die rechtzeitig eingelegte Berufung von Herrn B, der mit seinem Rechtsmittel die Abweisung der Klage erstrebte. Nach Hinweisen des Senats, wonach der Wiedereinsetzungsantrag unbegründet sein dürfte, die Berufung der Antragstellerin nur als unselbständige Anschlussberufung durchgeführt werden könne und die Berufung des Antragsgegners keinen Erfolg haben dürfte, weil der vom Amtsgericht zuerkannte Betrag der Mindestbetrag sein dürfte, der als Zugewinnausgleich geschuldet werde, nahm Herr B seine Berufung zurück. 5

Durch am 15.5.2002 verkündetes Urteil wies der Senat den Wiedereinsetzungsantrag der Klägerin zurück, weil die Ursächlichkeit der organisatorischen Mängel im Bereich der Beklagten für die Fristversäumung nicht ausgeschlossen werden könne, und verwarf die Berufung der Klägerin als unzulässig. 6

Den ihr nach ihrer Ansicht durch das fehlerhafte Verhalten der Beklagten entstandenen Schaden macht die Klägerin nunmehr geltend. Sie hat behauptet, durch die von der Beklagten zu vertretende Fristversäumung sei ihr ein Schaden von 181.854,46 EUR entstanden. In Höhe von 165.525,24 EUR hätte ihre Berufung Erfolg gehabt. Zu ihren Gunsten hätten drei weitere Positionen berücksichtigt werden müssen, auf die sie sich im Rahmen des Regressverfahrens stütze. Bei Herrn B sei zwar eine Einkommensteuerschuld von 208.172,53 DM berücksichtigt worden, nicht aber die zumindest in doppelter Höhe von 416.345,06 DM erzielten Einkünfte. Die Einkünfte, die ursächlich für die Einkommensteuerschuld gewesen seien, hätten berücksichtigt werden müssen. Es sei ein Nettoeinkommen nach Steuern von jedenfalls 360.000 DM zugrunde zu legen. Ein Verbrauch des Einkommens sei nie vorgetragen worden, zumal er im Unterhaltsprozess geltend gemacht habe, immer sparsam gelebt zu haben. Für den Zeitraum 1.1. - 27.3.1997 sei bei fortzuschreibenden Umsatzerlösen von sicher 400.000 DM, vor Steuern 250.000 DM und nach Steuern und Verbrauch für die Lebensführung eine weitere Position von 104.000 DM einzubeziehen. Schließlich sei zum Stichtag ein Honorarforderungsbestand von 255.000 DM anstelle der vom Amtsgericht berücksichtigten 91.533,32 DM in Ansatz zu bringen. Der Rückgang des Forderungsbestands sei nicht plausibel. Auszugehen sei davon, dass ein Überhang von Honorarforderungen mindestens in Höhe eines Drei-Monats-Umsatzes netto 7

bestehe; dieser sei mit monatlich 100.000 DM anzusetzen. Aus der Summe der drei Beträge von 682.811,74 DM hätten ihr die hälftigen 341.405,87 DM zugestanden. Sie beschränke sich auf 255.000 DM. Nur für den Ausfall gegenüber der ursprünglichen Klageforderung werde die Beklagte in Regress genommen. Außerdem hat die Klägerin die Kosten der anwaltlichen Vertretung II. Instanz von 5.878,18 EUR, die Herrn B zu erstattenden Kosten von 3.918,55 EUR, die Gerichtskosten von 5.195,69 EUR und den an die Beklagte gezahlten Honorarvorschuss von 1.326,80 EUR als Schadensersatz verlangt.

Die Klägerin hat beantragt, 8

die Beklagte zu verurteilen, an sie 181.854,46 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 13.7.2002 zu zahlen. 9

Die Beklagte hat beantragt, 10

die Klage abzuweisen. 11

Sie hat sich darauf berufen, die Klägerin habe die Darlegungs- und Beweislast, dass die angebotene Erläuterung der Angaben zum Wiedereinsetzungsbesuch nicht zu einer anderen Entscheidung des Senats geführt hätte. In der Sache hat sie geltend gemacht, es sei im Regressprozess unzulässig, drei Positionen herauszugreifen; es müsse vorgetragen werden, wie der Zugewinnausgleich bei richtiger Berechnung ausgesehen hätte. Die Klägerin habe hierbei die Darlegungs- und Beweislast, in welcher Weise und wofür der andere Ehegatte verbrauchtes Vermögen verwendet habe. Die Klägerin müsse ein Guthaben am Stichtag oder den Fall des § 1375 Abs. 2 BGB beweisen. Zu Unrecht habe das Amtsgericht die Guthabenposition von 462.110,26 DM vom 1.1.1996 auch für den 27.3.1997 als vorhanden unterstellt. Der Ehemann habe Auskunft erteilt. Dass weiteres Vermögen vorhanden gewesen sei, sei unzutreffend und von der Klägerin weder konkret dargelegt noch bewiesen. Der tatsächlich vorhandene Betrag von 362.164,62 DM sei zur Begleichung einer Steuerschuld in gleicher Höhe ausgegeben worden. Entsprechendes gelte für den behaupteten Betrag für die Zeit vom 1.1. bis 27.3.1997. Zu den offenen Honorarforderungen wäre eine weitere Beweisaufnahme nicht gerechtfertigt gewesen. Etwaige Forderungen seien zudem noch mit Steuern belastet. Unrichtigerweise sei vom Amtsgericht ein Betrag von 30.000 DM als Außenstand hinzugerechnet worden, wobei es sich um die Gegenbuchung einer Privateinlage von Herrn B gehandelt habe. Zu Unrecht sei bei Herrn B auch der Unterhaltsrückstand von 13.225 DM nicht berücksichtigt worden. Die Außenstände von Herrn B seien um weitere 14.453,46 DM zu reduzieren. Herr B habe nämlich im Gegenteil an den Konkursverwalter C ein überzahltes Honorar von 20.125 DM zurückzahlen müssen. Der PKW D sei nur mit 4.200 anzusetzen gewesen. 12

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und der gestellten Anträge wird gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils einschließlich seiner Verweisungen Bezug genommen. 13

Das Landgericht hat die Klage im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, die Klägerin habe den kausalen Schaden nicht schlüssig dargelegt. Sie habe substantiiert vortragen und unter Beweis stellen müssen, welche Positionen dem Endvermögen zum Stichtag zuzurechnen gewesen seien. Sie habe sich nicht darauf beschränken können, lediglich drei Positionen geltend zu machen und den bisher zugesprochenen Betrag als bindend zu unterstellen. 14

Darüber hinaus seien die geltend gemachten drei Positionen unschlüssig. Die Einkommensteuerschuld für 1996 von 209.172,53 DM sei zu Recht als Negativposten berücksichtigt. Das Einkommen von Herrn B könne nicht geschätzt und in gleicher Höhe angesetzt werden wie die Steuerschuld. Der Vortrag der Klägerin, Herr B habe 416.345,06 DM erzielt, führe nicht zu einer Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast. Unschlüssig sei die von der Klägerin berechnete Erhöhung ihres Zugewinnausgleichsanspruchs in dem Zeitraum 1.1.-27.3.1997 um 53.134,76 EUR. Die Hochrechnung für 1997 auf Grund der Einkommensentwicklung der Vorjahre sei unzulässig. Zu den (rückständigen) Honorarforderungen fehle ein substantzierter Vortrag. Es obliege der Klägerin, die Honoraraußenstände zu beweisen. Unsubstanziert und ins Blaue hinein sei der Vortrag, es bestünden Honorarforderungen aus abgerechneten, aber auch noch nicht bezahlten Urkunden in Höhe von mindestens einem Drei-Monats-Umsatz.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auch insoweit auf das angefochtene Urteil des Landgerichts Bezug genommen. 16

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihren erstinstanzlichen Antrag weiter. 17

Sie macht geltend, das Urteil des Landgerichts beruhe auf einem Verstoß gegen die Prozessleitungspflicht nach § 139 ZPO. Der Verpflichtung zu Hinweisen sei das Landgericht nicht gerecht geworden. Solche hätten spätestens nach der Vertagung des Termins vom 30.4.2003 gegeben werden müssen. In der Replik vom 4.4.2003 (GA 212) sei die Bitte um Hinweis geäußert worden, sofern die Kammer der Auffassung sein sollte, die Klägerin müsse zusätzlich die Berufungsbegründung aus dem Rechtsstreit der Klägerin gegen Herrn B vortragen. 18

Sie macht geltend, sie habe einen Anspruch auf Rückzahlung des an die Beklagte auf erste Anforderung bezahlten Betrags von umgerechnet 1.326,80 EUR. Ihr Schaden beruhe darauf, dass sie nach Anwaltswechsel ihren neuen Prozessbevollmächtigten die Prozessgebühr geschuldet und entrichtet habe; die Kündigung des Mandatsverhältnisses sei durch das vertragswidrige und vertrauenszerstörende Verhalten der Beklagten veranlasst. 19

Abzustellen sei darauf, wie der frühere Prozess richtigerweise hätte entschieden werden müssen. Hingewiesen habe der Senat darauf, dass er mit dem Amtsgericht von einem Guthaben von 462.107,26 DM ausgehen werde, dass der Steuerschuld für 1996 die Einkünfte entgegenzusetzen seien und dass der Senat die Berufung des Notars auf seine Verschwiegenheitsverpflichtung bezüglich der Honorarrückstände nicht tolerieren werde. Hieraus ergebe sich, dass das OLG Köln die Erfolgsaussichten der Berufung positiv beurteilt habe. 20

Bei entsprechenden Hinweisen des Landgerichts hätte sie, die Klägerin, den Zugewinnanspruch im Einzelnen dargelegt. Notar B habe ein indiziertes Anfangsvermögen von 9.983 DM gehabt. Neben Büroeinrichtung, Lebensversicherungen, Fahrzeugen etc. zum Stichtag 27.3.1997 von 132.200 DM habe Herr B am 1.1.1996 über Guthaben von insgesamt 462.110,26 DM unter 4 Konten verfügt. Das Vorbringen von Herrn B, er habe das Guthaben von 194.157,57 DM bei der E in Höhe von 140.000 DM zum Lebensunterhalt verwendet, sei unglaublich. 140.000 DM habe er angelegt (Zeugnis B, F von der G). Von dem Konto XXXXXXXX69, das am 1.1.1996 131.063,19 DM aufgewiesen habe, habe Herr B am 9.4.1996 250.000 DM als Festgeld überwiesen. Sie habe jetzt ausfindig gemacht, dass die Überweisung auf Kto xxxxxxxx40 erfolgt sei, wovon Herr B Festerträge bekommen habe. Das Festgeldkonto habe zum 29.3.1997 bestanden (Zeugnis B, F). Zu der Umbuchung Festgeld vom 60.000 DM bei der H am 4.3.1996 - das Konto xxxxxxxx18 habe am 4.1.1996 55.573,56 21

DM aufgewiesen - habe sich Herr B nicht erklärt. Bis 30.6.1996 habe Herr B seine Bankguthaben bis auf 617.493,55 DM gesteigert (213 GA; Zeugnis B). Die Einkünfte nach dem 1.1.1996 müssten zu entsprechendem Vermögenszuwachs geführt haben. Aus den Einkommensteuern von 320.270 DM sei ein Einkommen von 655.146 DM hochzurechnen, so dass unter Berücksichtigung einer Einkommensteuervorauszahlung und durchschnittlicher Lebenshaltungskosten von 120.000 DM - 10.000 DM monatlich - ein Nettozuwachs von 428.891 DM verbleibe (Zeugnis B, Sachverständigengutachten). Für das 1. Vierteljahr 1997 sei ein Vermögenszuwachs von 110.000 DM anzusetzen. Die Sparquote habe 68 % der verfügbaren Liquidität betragen. Das Bank- und Barguthaben stelle sich zumindest auf 1.001.001,26 DM. Der Forderungsbestand sei vom Sachverständigen zu niedrig angesetzt gewesen; er habe per 31.12.1995 155.406 DM betragen. Eine Reduzierung um 2/3 sei nicht nachvollziehbar. Das Gutachten I sei unvollständig und unbrauchbar gewesen. Soweit sich Notar B im Hinblick auf die ihm aufgegebene Vorlage der Offene-Posten-Liste und der Urkundenliste vom 1.9.1996 - 27.3.1997 auf seine Verschwiegenheitsverpflichtung berufen habe, hätte er sich um eine Entbindung bemühen müssen, um sich nicht dem Vorwurf der Beweisvereitelung auszusetzen. Die Klägerin beantragt ein Gutachten der Notarkammer zur Rechtmäßigkeit der Einsichtnahme durch einen Sachverständigen in die Urkundenrolle und das Computersystem Tri-Notar. Die Aktiva des Endvermögens hätten mithin betragen 1.419,767,26 DM. Unterstelle man die Passiva von 555.944,15 DM, ergebe sich ein Endvermögen von 863.823,11 DM, von dem nach Abzug des Anfangsvermögens 853.840,11 DM bleibe, wovon ihr 426.920,05 DM zustünden, mithin nach Abzug der zugesprochenen 350.678,83 DM noch 350.678,83 DM, wovon sie nur 323.758,78 DM geltend mache. Mit den erstinstanzlichen geltend gemachten Gerichts- und Anwaltskosten ergebe sich der verlangte Schadensersatz.

In dem nachgelassenen Schriftsatz vom 10.11.2004 trägt sie vor, bei dem erklärten steuerlichen Praxisgewinn von 644.938 EUR für 1996 seien in Bezug auf die aus 1995 bekannten Altinvestitionen 53.175 EUR hinzuzurechnen, die die Liquidität von Notar B auf 698.113 EUR erhöht habe. Im Ergebnis müsse - dies legt die Klägerin im Einzelnen weiter dar - auch bei Zubilligung eines monatlichen Betrags von 20.000 DM für Steuerzahlungen und Verbrauch von einem Liquiditätsüberschuss von 397.807 DM für ungeklärte Vermögensbildung ausgegangen werden. Für die Zeit vom 1.1.1997 bis 27.3.1997 müsse - wegen unvermeidbarer kontinuierlicher Praxisverbesserung - mit weiteren 99.451 DM gerechnet werden. Die Umsatzentwicklung sei zu orientieren an derjenigen des 1. Quartals 1996. Im Einzelnen errechnet die Klägerin für die Zeit vom 1.1.1996 bis 27.3.1997 - nach Abzug von Kosten für den Lebensunterhalt von monatlich 5.000 DM - für Vermögensbildung aus Liquiditätsüberschüssen einen Betrag von 479.913 DM. Bei einer früheren - bis 31.12.1995 - Sparquote von 70 % errechnet die Klägerin bei einem Liquiditätszuwachs von insgesamt 539.159 DM einen Vermögenszuwachs von 372.000 DM. Im Übrigen wiederholt und vertieft sie ihr Vorbringen. Insbesondere macht sie geltend, dass das Gutachten I unbrauchbar gewesen sei. Sie beruft sich darauf, hinsichtlich der Ausgaben von Herrn B fehle eine plausible Erklärung, zumal er bis zum 30.6.1996 von der sparsamen Lebensführung nicht abgerückt sei. Eine unterstellte Verschwendungssucht könne jedenfalls - so die Ansicht der Klägerin - rechtlich nicht akzeptiert werden.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 29.10.2003 - 20 O 650/02 - zu verurteilen, an sie 181.854,45 EUR nebst Jahreszinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 13.7.2003 zu zahlen, und

22

23

24

25

weiterhin,

die Sache unter Aufhebung der angefochtenen Urteils und des Verfahrens an das Gericht des ersten Rechtszugs zurückzuverweisen. 26

Die Beklagte beantragt, 27

die Berufung zurückzuweisen, 28

hilfsweise, 29

die Sache unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und des ihm zugrunde liegenden Verfahrens an das Landgericht Köln zurückzuverweisen. 30

Sie verteidigt das Urteil. Sie meint, Verfahrensfehler des Landgerichts lägen nicht vor, 31
Hinweise seien nicht erforderlich gewesen, weil sie auf die mangelnde Schlüssigkeit hingewiesen habe, insbesondere darauf, dass es unzulässig sei, drei Positionen herauszugreifen. Auf den Hinweis des Landgerichts im Termin vom 17.9.2003 sei von der Klägerin weder durch Anträge auf Vertagung noch Gewährung einer Schriftsatzfrist reagiert worden. Mit neuem Vorbringen sei die Klägerin im Berufungsrechtszug ausgeschlossen. Weder sei ein vom Landgericht übersehener Gesichtspunkt ersichtlich, noch ein Verfahrensmangel; die Klägerin hätte alles vortragen können und müssen. Ein Schaden komme nur bei einer Verschlechterung der Vermögenslage der Klägerin gegenüber derjenigen bei Durchführung des Prozesses in Betracht. Hierbei müssten die Kosten des Erstprozesses berücksichtigt werden. Nur wenn die Berufung der Klägerin zu mindestens weiteren 13.751,33 DM, später korrigiert auf 31.927 DM, geführt hätte, hätte sie etwas von der Berufung gehabt bzw. hätte ihr damit aus der Nichtdurchführung ein Schaden entstehen können. Das Vorbringen im Berufungsrechtszug des Vorprozesses sei verspätet gewesen. Nicht mehr berücksichtigungsfähig nach altem Prozessrecht sei das Vorbringen im Schriftsatz vom 20.3.2002 gewesen, weil nach § 296 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Es sei lediglich das zu berücksichtigen, was vom Familiengericht hätte beurteilt werden müssen.

Ein höherer Zugewinnausgleichsanspruch als vom Amtsgericht Siegburg zuerkannt habe 32
nicht bestanden. Das Aktiv-Endvermögen habe nur 569.810,48 DM betragen, nämlich u.a. in Form von Kapitalvermögen von 362.164,62 DM (Beweis Notar B), Vermögen in Form von PKW von 128.000 DM, wobei der PKW D statt mit 14.200 DM nur mit 10.000 DM zu bewerten sei (Zeugnis J, Sachverständigengutachten), Honoraraußenstände in Höhe von nur 48.079,86 DM, weil der Betrag von 30.000 DM eine Einlage von Herrn B gewesen sei (Zeugnis B, Steuerberater K) und weil der vom Amtsgericht angenommen Anspruch von 14.453,46 DM aus der Sache L nicht bestanden habe (Zeugnis B). Dem habe das Passivendmögen mit insgesamt 635.477,52 DM gegenüber gestanden; zu berücksichtigen seien zusätzlich die Belastung der Außenstände mit Einkommensteuer, der Honorarrückzahlungsverpflichtung gegenüber dem Konkursverwalter C in Sachen L mit 20.125 DM und der Unterhaltsrückstand gegenüber der Klägerin mit 13.125 DM (Zeugnis B) sowie weitere Bankverbindlichkeiten von 18.889,87 DM. Bei den Honorarzahungen müsse die Mehrwertsteuer herausgerechnet werden. Ein Zugewinnausgleichsanspruch der Klägerin sei nicht entstanden, vielmehr habe sie einen Zugewinn von 25.125 DM erzielt. Die Pflichtverletzung der Beklagten habe sich daher schadensverhindernd ausgewirkt. Der Honorarvorschuss wäre ihr bei Durchführung der Berufung in jedem Fall verblieben. Der Anwaltswechsel sei nicht angezeigt gewesen. Ihr, der Beklagten, hätte Gelegenheit zur Schadensbeseitigung gegeben werden müssen. Da die Klägerin ihrem Rat nicht gefolgt sei, gingen die Kosten zu ihren Lasten. Die an den Gegner gezahlten Kosten und die

Gerichtskosten wären sowieso entstanden, weil die Klägerin unterlagen wäre. Selbst bei einem unterstellten Teilerfolg müssten die Gerichts- und Anwaltskosten gequotelt werden.

Im nachgelassenen Schriftsatz vom 8.11.2004 macht die Beklagte zum Rechtlichen geltend, das Vorbringen der Klägerin im Berufungsverfahren sei verspätet und eine Anwendung des § 287 ZPO im Regressprozess ausgeschlossen. Gegenbeweislich benennt sie Herrn B dazu, dass das Kapitalvermögen von 462.110,26 DM bis zum Stichtag 27.3.1997 bis auf 362.164,62 DM aufgezehrt gewesen sei. Die Ausgaben für Lebensführung dürften bei 16.833 DM monatlich zu gering angesetzt sein angesichts der Ausgaben und der aufwendigen Kosten für den Fuhrpark des Ehemanns. Die Sonderausgaben für 1996 dürften mit 25.067 DM - in Anbetracht des Betrags der Autoversicherungen mit 11.427,90 DM - zu niedrig angesetzt sein. Die Kosten des Ausgangsberufungsverfahrens seien nicht dadurch entstanden, dass die Berufungsbegründungsfrist versäumt worden sei, weil sie ohnehin angefallen wären. 33

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den vorgetragenen Inhalt der zweitinstanzlich gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind. 34

II. 35

1. Die zulässige Berufung ist teilweise erfolgreich. 36

In der Berufungsinstanz ist nicht mehr streitig, dass die Berufungsbegründungsfrist auf Grund eines von der Beklagten zu vertretenden Umstands nicht eingehalten worden ist (Bl. 366 GA). Die Beklagte hat daher der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der der Klägerin aus dieser Pflichtverletzung entstanden ist. Im Ergebnis ist hierbei die Klägerin so zu stellen, als ob der Ausgangsprozess durchgeführt worden wäre. 37

Wegen der schuldhaften Verletzung des Anwaltsvertrags hat die Beklagte unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung nach den §§ 280, 286, 325, 326 BGB a.F. analog - das frühere Recht ist gemäß Art 229 § 5 EGBGB auf den vor dem 1.12.2002 zwischen den Parteien abgeschlossenen Anwaltsvertrag anzuwenden - der Klägerin den dieser aus der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist und dem hieraus resultierenden negativen Ausgang des Vorprozesses entstandenen Schaden zu ersetzen. 38

2. Der Anwalt, der wegen der Verletzung vertraglicher Pflichten Schadensersatz schuldet, hat den Auftraggeber nach § 249 BGB so zu stellen, wie er bei Beachtung der anwaltlichen Sorgfalt stünde. Im Falle eines Prozessverlusts ist für diese Differenzhypothese maßgeblich, wie der Vorprozess nach Auffassung des Gerichts, das mit dem Schadensersatzanspruchs gegen den Prozessbevollmächtigten befasst ist, richtigerweise hätte entschieden werden müssen. Grundsätzlich ist dabei von dem Sachverhalt auszugehen, der dem Gericht des Vorprozesses bei pflichtgemäßem Verhalten des Prozessbevollmächtigten unterbreitet und von diesem Gericht aufgeklärt worden wäre. Die dazu notwendige Feststellungen sind nach § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu treffen (vgl. BGH NJW 1987, 3255). Nicht maßgeblich ist demgegenüber, wie seinerzeit bei pflichtgemäßem Anwaltsverhalten mutmaßlich entschieden worden wäre (vgl. BGH NJW 2002, 1417, 1418 m.w.N.). Das ist nicht anders, wenn derselbe Spruchkörper auch über den Vorprozess zu befinden hatte (vgl. BGH a.a.O.). Die für den Vorprozess geltenden Regeln über die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast sind - mit den oben erwähnten Beweiserleichterungen (§ 287 ZPO) für den Geschädigten - auch für den Anwaltshaftungsprozess zu beachten (so ausdrücklich BGH NJW 1987, 3255 m.w.N.). 39

Es kommt daher nicht darauf an, wie der Senat die Erfolgsaussicht des Zugewinnausgleichsprozesses beurteilt hat; es kommt ebensowenig darauf an, dass durch die Rücknahme der Berufung von Herrn B das damalige erstinstanzliche Urteil zu seinen Lasten rechtskräftig geworden ist. Denn das ist ersichtlich nach den Hinweisen des Senats nur deswegen geschehen, um der Berufung der Klägerin, die wegen der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist nur noch als Anschlussberufung möglich war, die Grundlage zu entziehen. Die unter Beweis gestellten Äußerungen über die Erläuterungen im damaligen Termin durch den Vorsitzenden sind demgemäß unerheblich. Maßgeblich bleibt allein, wie der Prozess richtigerweise hätte entschieden werden müssen.	40
3. Der Vorprozess hätte für die Klägerin zu einem Teilerfolg geführt.	41
Ihr erstmals in der Berufungsinstanz des hier zur Entscheidung stehenden Prozesses geltend gemachtes neues Vorbringen ist zu berücksichtigen. In erster Instanz hatte die Klägerin lediglich drei Positionen aus dem Zugewinnausgleichanspruch herausgegriffen und hiermit begründen wollen, dass im Ausgangsrechtsstreit ihre Zugewinnausgleichsklage insgesamt erfolgreich gewesen wäre. Das hat das Landgericht mit Recht als unsubstanziert angesehen. Die Klägerin trägt zum Zugewinnausgleichsanspruch erstmals in der Berufungsinstanz nachvollziehbar vor, was im Ausgangsverfahren zur Berechtigung ihres Zugewinnausgleichsanspruchs geltend gemacht worden war, und zwar trägt sie sowohl zu der Berechnung des Zugewinnausgleichsanspruchs insgesamt als auch zu den einzelnen Positionen vor, so dass der Senat zur Sachprüfung in die Lage versetzt wird, ob die Berufung im Ausgangsverfahren Erfolg gehabt hätte.	42
Das hierin liegende Vorbringen neuer Tatsachen i.S.v. § 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO ist nach § 531 Abs. 2 ZPO zulässig.	43
Eine Zulässigkeit ergibt sich allerdings nicht nach § 531 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Nach dieser Vorschrift sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur zuzulassen, wenn sie infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht wurden. Zulässig ist damit neuer Vortrag, wenn er aufgrund eines Verfahrensfehlers in erster Instanz unterblieb, der Grund für den unterbliebenen Vortrag in der Sphäre des Gerichts, nicht der Parteien lag (vgl. Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, 24. Aufl., § 530 Rn. 1). Einen solchen Verfahrensfehler der Kammer vermag der Senat nicht zu erkennen. Es ist bereits außerordentlich zweifelhaft, ob in Bezug auf den Umstand, dass sich die Klägerin im Regressprozess lediglich drei Positionen zur Begründung ihres Vorbringens, der Zugewinnausgleichsprozess wäre zu ihren Gunsten zu entscheiden gewesen, herausgegriffen hat, Hinweise veranlasst gewesen wären. Eine gerichtliche Hinweispflicht besteht auch nach neuem Recht dann nicht, wenn die Parteien den Streitpunkt bereits schriftsätzlich behandelt haben (Zöller/Gummer/Heßler, a.a.O., § 538, Rn. 20 unter Hinweis auf BGH WM 1986, 657, 659). Im Streitfall hatte die Beklagte mehrfach das unzureichende Vorbringen gerügt, ohne dass die Klägerin dies zum Anlass genommen hätte, dem durch eine Ergänzung Rechnung zu tragen. Stattdessen hat sie ohne eine ernsthafte Auseinandersetzung mit der gegnerischen Auffassung an dem Herausgreifen dreier Positionen beharrlich festgehalten.	44
Es kann im Ergebnis offen bleiben, ob die Bitte der Klägerin an die Kammer um einen Hinweis für diese Veranlassung hätte geben müssen, darauf hinzuweisen, dass die bloße Bezugnahme auf drei Positionen zur Begründung der Regressforderung nicht ausreichen könne, oder ob die pauschale vorsorgliche Bezugnahme der Klägerin „auf den Inhalt der diesseits gefertigten Berufungsbegründung“ als ergänzender Sachvortrag in erster Instanz ausreichen konnte (Bl. 212 GA). Denn der neue, erstmals in der Berufungsinstanz gebrachte Vortrag ist nach § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zuzulassen. Er betrifft nämlich einen Gesichtspunkt,	45

den das Landgericht für unerheblich gehalten hat. Denn dessen Entscheidung ist nur einerseits mit der fehlenden vollständigen Darlegung des Zugewinnausgleichsanspruchs, zum anderen aber auch mit der mangelnden Substanziierung der drei allein geltend gemachten Positionen begründet worden. Eines Hinweises darauf, dass der Anspruch auf lediglich drei Positionen nicht gestützt werden konnte, mithin die Berechtigung des Zugewinnausgleichsanspruchs insgesamt hätte dargestellt werden müssen, bedurfte es aus Sicht des Landgerichts schon deswegen nicht, weil nach seiner Meinung auch die drei Positionen, die nach Auffassung der Klägerin eine andere Beurteilung ihres Zugewinnausgleichsanspruchs gerechtfertigt hätten, unsubstanziert waren und damit der Klage nicht zum Erfolg verhelfen konnten. Das hat das Landgericht auch mit seinem zumindest auf die drei Positionen zu beziehenden Hinweis, die Kammer teile die Bedenken der Beklagten zu Höhe der Forderung, hinreichend zu erkennen gegeben, ohne dass die Klägerin hierauf in irgendeiner Weise reagiert hätte. Es ist auch nichts dafür ersichtlich, dass die Klägerin hierauf hätte reagieren können, zumal sie auch jetzt im Berufungsverfahren hierzu kaum ergänzend vorgetragen hat. Da es für die Kammer - weil sie schon die drei Positionen für unsubstanziert dargelegt hielt, die die Klägerin ausschließlich zur Begründung des Erfolgs ihrer Zugewinnausgleichsklage im Ausgangsverfahren heranziehen wollte, - auf die vollständige Darlegung des Zugewinnausgleichsanspruchs nicht mehr ankam, handelt es sich hierbei um einen vom erstinstanzlichen Gericht für unerheblich gehaltenen Gesichtspunkt, bezüglich dessen ein Hinweis entbehrlich war und bezüglich dessen in zweiter Instanz nach § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO noch vorgetragen werden kann.

Da eine Verletzung von Hinweispflichten durch das Landgericht nicht ersichtlich ist, muss schon aus diesem Grund eine Zurückverweisung (§ 538 ZPO) ausscheiden.

46

4. Entgegen der Ansicht der Beklagten (Bl. 370 GA) wäre die Berufung im Ausgangsverfahren nicht schon deswegen erfolglos geblieben, weil das damalige Vorbringen wegen Verspätung nach § 296 Abs. 2 ZPO (a.F.) hätte zurückgewiesen werden müssen. Diese Ansicht der Beklagten bezieht sich offenbar auf das die Berufungsbegründung ergänzende Vorbringen der Klägerin im Schriftsatz vom 20.3.2002 (Akten AG Siegburg 33a F 244/98 = OLG Köln 27 UF 230/01 Hauptaktenband, im folgenden jeweils HA, Bl. 362-384). Soweit hierin neues Vorbringen in Bezug auf die Konten von Herrn B enthalten gewesen ist, hatte sich die Klägerin jeweils auf „neuerliche Erkenntnisse“ auf Grund von neuen Recherchen berufen (HA 362, 366), ohne dass dem - in Bezug auf den Neuigkeitswert der Erkenntnisse - von Seiten von Herrn B entgegengetreten worden wäre. Dieser hat vielmehr in der Sache Stellung genommen; eine Verspätungsrüge ist nicht erhoben worden. Für eine grobe Nachlässigkeit, die nach § 296 Abs. 2 ZPO hätte vorliegen müssen und wozu der Klägerin auch noch Gelegenheit zur Stellungnahme vor einer Anwendung der Verspätungsvorschriften zu ihren Lasten hätte gegeben werden müssen, fehlen hinreichende Anhaltspunkte. Im Übrigen ist auch nichts dafür ersichtlich, dass durch Berücksichtigung des Vorbringens eine Verzögerung des früheren Rechtsstreits eingetreten wäre. Das wäre nur denkbar, wenn eine im damals bevorstehenden Termin nicht durchführbare Beweisaufnahme notwendig geworden wäre. Es ist ohnehin zweifelhaft, ob eine Beweisaufnahme in Betracht gekommen wäre, nachdem Herr B im Ausgangsverfahren bereits angekündigt hatte, über die Auflösung der Konten Endziffern 940 und 632 Bestätigungen der G noch vorzulegen (HA 396), wobei es nahegelegen hätte, dass der Senat ihm entsprechend seinem Anerbieten die Vorlage aufgegeben hätte, falls es aus seiner Sicht hierauf angekommen wäre. Eine Beweisaufnahme zu den damals neu vorgetragenen Umständen ist jedoch - wie im folgenden noch auszuführen sein wird - weder im Ausgangsverfahren noch im Regressprozess erforderlich.

47

5. Im Ausgangsverfahren war Herrn B ein höheres Endvermögen als vom Amtsgericht festgestellt zuzurechnen. Bei der Würdigung der gesamten Umstände ist im Regressprozess als sicher davon auszugehen, dass Herr B zum Stichtag 27.3.1997 zumindest über ein positives Endvermögen von fast 234.000 DM verfügt hat. Ausgangspunkt für diese Feststellung ist das letztlich nicht streitige Vermögen zum 1.1.1996. Auf der Grundlage der sich aus dem Steuerbescheid für 1996 und der Bestätigung des Steuerberaters K für das erste Quartal 1997 ergebenden bereinigten, exorbitant hohen Einkünfte aus dem Notariat verbietet sich unter Einbeziehung der ebenfalls feststehenden Steuerverbindlichkeiten jede andere Bewertung als diejenige, dass sich das Vermögen von Herrn B auch unter Berücksichtigung hoher Ausgaben für die Lebensführung seither beträchtlich, zumindest bis auf ein Endvermögen von fast 234.000 DM erhöht hat.

Zwar hat Herr B im Ausgangsverfahren, nachdem ein entsprechendes Auskunftsurteil gegen ihn ergangen ist, zu dem Verbleib der auf den Konten zum 1.1.1996 befindlichen Beträge von 462.110,62 DM Stellung genommen. Die im Laufe des damaligen Prozesses erteilten wechselnden Auskünfte vermögen den Verbleib der Gelder - wie es das Amtsgericht bereits mit Recht gesehen hatte – keinesfalls vollständig, sondern allenfalls ansatzweise plausibel zu erklären. Zunächst hat Herr B in bei seiner vorprozessualen Auskunft in Bezug auf die zum Stichtag 27.3.1997 bestehenden Konten lediglich neben Konten mit geringen Tagesgeldern zwei Girokonten mit Passiva von 2.756,23 DM und 16.133,64 DM erwähnt (vgl. Akten AG Siegburg 33 a F 244/98 -FS-GÜ, im folgenden jeweils GÜ, Bl. 253-255). Zu dem Verbleib der zum 1.1.1996 bestehenden Konten hat er unter dem 5.3.1999 (GÜ 204 ff) angegeben, vom E Konto 140.000 DM und vom H Konto 81.275,94 DM zum Lebensunterhalt verwendet zu haben. Die diesbezügliche Verwendung hat der im Schreiben vom 19.7.1999 bestätigt (GÜ 295). Abweichend hiervon hat er mit Schreiben seiner früheren Bevollmächtigten vom 10.6.1999 später ausführen lassen, die Zahlung der Steuerschuld von 362.164,62 DM sei kurz nach dem Stichtag beglichen worden, so das „ein Teil des Vermögens in Höhe von 362.000 DM“ noch vorhanden gewesen sei (GÜ 292, 293), ohne dass angegeben worden wäre, wo sich das Vermögen befunden hat. Mit Schreiben vom 1.9.1999 ist erneut der Verbrauch der 140.000 DM und der 81.275,94 DM unter Aufführung bestimmter Lebenshaltungskosten, die allerdings im einzelnen aufgegliedert worden sind, behauptet worden. Mit weiterem Schreiben vom 6.9.1999 hat Herr B dann erklärt, aus den 140.000 DM seien noch 67.363 DM als nicht ausgegeben vorhanden gewesen; diese und das H Guthaben von 81.725,94 DM als Bargeld als Teil der angegebenen 362.163,62 DM „seit Herbst 1996“ vorhanden gewesen. Im Ausgangsverfahren hat er (HA 395) schließlich bekräftigt, er habe am Stichtag 362.000 DM Bargeld gehabt; die Konten bei der G seien im Oktober 1996 aufgelöst worden (HA 395). Dass die Behauptung des Vorhandenseins eines Bargeldbetrags von 362.000 DM über Monate hinweg jeder vernünftigen Lebenserfahrung widerspricht und deswegen kaum glaubhaft ist, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Die nachgeschobene Behauptung mag ihre Erklärung darin finden, dass die Steuerforderung erst nach dem Stichtag fällig und beglichen worden ist, Herr B aber nach seiner ursprünglichen Erklärung zum Endvermögen auf den Girokonten weit überwiegend Debetstände hätte, so dass es der Erklärung bedurfte, woher die zur Begleichung der Steuerschuld herangezogenen Gelder gestammt haben sollen. Mit dem widersprüchlichen und insoweit unbeachtlichen Vorbringen ist der Verbleib der am 1.1.1996 vorhandenen Kontenstände durch Herrn B nicht hinreichend erklärt. Vor allem fehlt jede nachvollziehbare Erklärung dafür, wo - was im Folgenden noch zu erörtern sein wird - der hohe Gewinn aus dem Notariat in der Zeit ab dem 1.1.1996 verblieben ist. Insoweit ist der Klägerin ohne Weiteres zuzugestehen, dass das ursprüngliche Urteil des Amtsgerichts für diesen Zeitraum zwar die Steuerverbindlichkeiten berücksichtigt, die - aktenkundigen - Gewinne jedoch nicht einbezieht.

In Anbetracht dieser Umstände wäre Herrn B bei Durchführung des Zugewinnausgleichsverfahrens ein Zugewinn von fast 234.000 DM zuzurechnen gewesen. Grundsätzlich hat zwar im Zugewinnausgleichsprozess der Anspruchsteller nicht nur die Darlegungs- und Beweislast für sein Vermögen, sondern auch für das Endvermögen des Anspruchsgegners als eines weiteren anspruchsbegründenden Tatsachenkomplexes im Rahmen des Zugewinnausgleichs (vgl. BGH FamRZ 1986, 1196, 1197; Johannsen/Henrich, Eherecht, 4. Aufl., § 1375 Rn. 26). Die Darlegungs- und Beweislast bezieht sich auch auf die Abwesenheit von endvermögensmindernden Verbindlichkeiten. Allerdings braucht der Anspruchsteller insoweit nur konkreten Sachvortrag zum Bestehen von Verbindlichkeiten zu widerlegen. Entsprechendes gilt für den Verbrauch vorhandenen Vermögens (vgl. auch Völlings FuR 2003, 9, 11); gegebenenfalls muss substantiiertes Vorbringen des Antragsgegners zur Verwendung der Kapitalmittel widerlegt werden (vgl. BGH NJW 2000, 2347, 2348).

Konkreter Vortrag von Herrn B findet sich in indessen im Ausgangsverfahren nur zu einigen Ausgabepositionen (GÜ 281 ff, 297, 298). Diese Aufstellungen sind jedoch nicht geeignet, den Verbrauch des vorhandenen Vermögens und der ab dem 1.1.1996 hinzugekommenen außergewöhnlich hohen Gewinne aus dem Notariat plausibel zu machen, die nach dem Steuerbescheid für 1996 und der Bestätigung von Herrn K für das 1. Quartal 1997 größenordnungsmäßig feststehen. Bei einer solchen Situation hätte es Herrn B als Anspruchsgegner oblegen, zunächst nachvollziehbar darzutun, in welcher Weise er die zur Verfügung stehenden ungewöhnlich hohen Geldmittel verbraucht haben will. Die - zudem wechselnden und bis zur Beendigung des Ausgangsverfahren in keinem Fall belegten - Darstellungen über Ausgaben in der ursprünglichen Aufstellung (GÜ 281) und in seinen Schreiben vom 19.7., 1.9. und 6.9.1999 vermögen nur in Ansätzen hierzu Erklärungen zu geben. 51

Bei dieser Sachlage kann das Endvermögen im Grundsatz in der Weise ermittelt werden, dass - ausgehend von dem Vermögensstand vom 1.1.1996 - den seither erzielten Einkünften vor Steuern diese sowie ein unter Berücksichtigung der behaupteten Ausgaben entsprechend großzügiger Verbrauch für Lebensführung entgegengesetzt wird, um damit den Betrag zu ermitteln, der am Stichtag in jedem Fall verblieben ist. Hierbei kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass der hier zugunsten von Herrn B angenommene Verbrauch für Lebensführung und Ausgaben weit oberhalb der Beträge liegt, die der Anspruchsgegner in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall verbraucht haben wollte (BGH NJW 2002 a.a.O.), zumal der entsprechende Vortrag in dem dortigen Verfahren substantiiert worden und unbestritten geblieben war. 52

Im Einzelnen ergibt sich das Endvermögen aus Folgendem: 53

a) Für 1996 ist davon auszugehen, dass Herr B einen Vermögenszuwachs von zumindest 138.000 DM erzielt hat. 54

Nach dem Steuerbescheid für 1996 hat er Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit von 644.938 DM und ein zu versteuerndes Einkommen von 607.573 DM gehabt. Dieser Steuerbescheid war bereits Gegenstand des Vorprozesses; er war in der Verhandlung vom 28.3.2000 überreicht worden (vgl. GÜ 452), befand sich allerdings lediglich nicht eingeleget hinten in den Akten; auf das zu versteuernde Einkommen von 644.938 DM hatte sich die Klägerin in der Berufungsbegründung des Vorprozesses ausdrücklich berufen (HA 321, auch GÜ 452, allerdings mit dem „Zahlendreher“ 644.398 DM). 55

Ihr entsprechendes Vorbringen ist im Vorprozess nicht streitig gewesen. Denn den Vortrag zur Höhe seiner Einkünfte hat Herr B im Vorprozess nicht bestritten; er hat im Vorprozess nur bezogen auf die zum 1.1.1996 vorhandenen Guthaben - wie erwähnt widersprüchlich, kaum glaubhaft und substanzlos - vorgetragen, was damit gemacht haben will. Behauptet hat er im Ausgangsverfahren lediglich, dass anstelle der zum 1.1.1996 vorhandenen rund 462.000 DM zum Stichtag noch bar rd. 362.000 DM vorhanden gewesen sein sollen. Zu dem Verbleib des Gewinns aus dem Notariat nach dem 1.1.1996 fehlt demgegenüber bereits ein nachvollziehbarer Vortrag.

Aus diesen Einkünften, wie sie sich aus dem Steuerbescheid für 1996 ergeben, ist Herrn B 57 ein Vermögenszuwachs entstanden. Um den Vermögenszuwachs zu ermitteln, sind zunächst von den im Jahr 1996 erzielten Einkünften die aktenkundigen in jenem Jahr bedienten steuerlichen Verbindlichkeiten (Steuervorauszahlungen 1996; Nachzahlungen für 1995 und vorhergehende Jahre) in Abzug bringen. Entrichtet hat Herr B unstreitig die Einkommensteuervorauszahlungen 1996 mit 112.098 DM (einschließlich Solidaritätszuschlag Bl. 332, vgl. Vorauszahlungsbescheid GÜ 306), zusätzlich die Einkommensteuerveranlagung 1994 und die Anpassung der Vorauszahlung für das Jahr 1995 entsprechende der Bescheinigung des Steuerberaters K vom 1.6.1999 (GÜ 305). Unerheblich für die hier maßgebliche Betrachtung ist, ob hierin Säumniszuschläge enthalten gewesen sind.

Insgesamt sind das nach der Bestätigung von Herrn K (GÜ 305) 214.570 DM. 58

Zieht man diesen Betrag ab, verbleiben aus dem Einkommen 430.368 DM. 59

Im Abzug zu bringen sind hiervon noch die sich aus dem Steuerbescheid als 60 Sonderausgaben berücksichtigten Versicherungsbeiträge mit 25.067 DM. Es gibt - entgegen der Mutmaßung der Beklagten - allerdings keinen Anhaltspunkt dafür, dass weitere Versicherungsbeträge aufgewendet worden sind; entsprechendes war auch im Vorprozess nicht konkret vorgebracht.

Hinzuzurechnen die Zinserträge/Einkünfte aus Kapitalvermögen 61 mit 4.211 DM.

Es verbleibt dann ein Betrag von 62 409.512 DM.

Für Tilgung des Darlehens bei der Notarkammer ist ein Betrag abzusetzen 63

entsprechend der Bescheinigung der Kammer vom 6.1.1997 von 64 12.000 DM.

Es verbleiben 65 397.512 DM.

Soweit 1996 von Herrn B ein Schaden an der PC-Anlage mit 12.792 DM (GÜ 280) 66 ausgeglichen worden ist, kann angenommen werden, dass es sich - in Anbetracht des Umfangs des Schadensbetrags - um die betrieblich genutzte Anlage gehandelt hat. Dann kann indessen auch davon ausgegangen werden, dass dieser Betrag beim Betriebsergebnis, wie es bei den Einkünften aus selbständiger Arbeit eingeflossen ist, bereits in Abzug gebracht ist.

Die nach Darstellung der Klägerin geltend gemachten Beträge für Abschreibungen sind dem 67 zur Verfügung stehenden Vermögen nicht hinzuzusetzen. Dieser erstmals in hier zu

entscheidenden Verfahren gebrachte Vortrag ist schon deswegen nicht berücksichtigungsfähig, weil er über die Umstände hinaus geht, zu denen im Regressverfahren Schriftsatznachlass gewährt worden ist, und zudem, weil nichts dafür spricht, dass dieser Umstand im zum Zeitpunkt der damaligen Senatsentscheidung weitgehend ausgeschriebenen Ausgangsverfahren vorgetragen worden wäre. Ob der Vortrag in Bezug auf die auf frühere Jahre zurückgehenden Abschreibungen zutreffend ist, braucht daher nicht geprüft zu werden. Eine Zurechnung der Abschreibungen ist zudem auch deswegen nicht gerechtfertigt, weil nicht ausgeschlossen werden kann - das ist vielmehr sogar wahrscheinlich -, dass auch im Jahr 1996 abnutzbare Wirtschaftsgüter beschafft worden sind, die erstmals mit der Jahres-AfA für die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer abgeschrieben worden sind. In diesem Fall sind tatsächlich wesentlich höhere Beträge abgeflossen, als sie sich - bezogen auf diese Wirtschaftsgüter - aus der geltend gemachten Abschreibung für 1996 ergeben. In aller Regel ist davon auszugehen, dass sich die tatsächlich im Steuerjahr verauslagten Geldbeträge und die Abschreibungsbeträge über Jahre verteilt im Ergebnis ausgleichen. Dementsprechend werden lineare Abschreibungen entsprechend den üblichen Tabellen unterhaltsrechtlich in den meisten Fällen zu akzeptieren sein (vgl. BGH NJW 2003, 1734, 1736). Nicht anderes gilt im Streitfall. Ohne weitere konkrete Darlegung über die 1996 beschafften Wirtschaftsgüter kann jedenfalls nicht - was von der Klägerin darzulegen und zu beweisen gewesen wäre - davon ausgegangen werden, dass aus der restlichen, aus früheren Jahren resultierenden Abschreibung ein nennenswerter Liquiditätszuwachs resultiert.

Der Senat hat keine Bedenken, bei Herrn B für das Jahr 1996 im Rahmen der hier vorzunehmenden Plausibilitätsrechnung von einem Betrag von monatlich 20.000 DM für allgemeine Lebensführung einschließlich der Unterhaltsleistungen für die Klägerin in der Zeit nach April 1996 - 2.500 DM nebst einigen Abhebungen und ab November 1996 monatlich 3.313,50 DM - auszugehen. Einen höheren als diesen Betrag als durchschnittliche monatliche Ausgaben hat Herr B selbst im Ausgangsverfahren nicht geltend gemacht (GÜ 318). Soweit er ursprünglich für den Monat November 1996 bereits eine einzelne Ausgabe für einen Herrenausstatter von 29.350 DM geltend gemacht hatte (GÜ 297), ist dass später auf 4.350 DM korrigiert worden. Die verbleibend geltend gemachten Beträge sind – unter Berücksichtigung der noch zu erörternden Sondersituation Weihnachten – nicht geeignet, den von ihm selbst genannten Durchschnittswert in Frage zu stellen, zumal die ursprüngliche Aufstellung (GÜ 281) insbesondere für die ersten Monate 1996 keine signifikant hohen Ausgaben wie die spätere Aufstellung (GÜ 297, 298) enthält.

68

Auch die Klägerin hat Herrn B bereits - unter Ausschluss ihres Unterhalts einen Betrag von netto 10.000 DM für die Lebenshaltung „zugebilligt“. Entgegen der Ansicht der Klägerin kann die Sparquote zu Ehezeiten nicht maßgeblich herangezogen werden. Sie lässt keinen zuverlässigen Schluss auf das Ausgabeverhalten von Herrn B nach der Trennung zu. Zudem vermögen die Angaben der Klägerin zu der besonderen Sparsamkeit von Herrn B im Zugewinnausgleichsverfahren nicht zu überzeugen. Mit einer besonders sparsamen Lebensführung ist bereits die aufwendige Anschaffung des PKW M wie auch des Fiat N innerhalb einer kurzen Zeitspanne kaum zu vereinbaren. Entscheidend gegen die Darstellung der Klägerin im Zugewinnausgleichsprozess spricht aber ihr Vorbringen im Unterhaltsprozess vor dem Amtsgericht Siegburg - 30 F 169/97 - (GÜ 338), in dem sie unter Berufung auf den aufwendigen Lebensstil der Parteien von ihrem Ehemann neben einem Vorsorgeunterhalt von 3.313,50 DM einen laufenden monatlichen Unterhalt von 7.000 DM verlangt hatte. Dies hatte sie allein mit eheprägenden monatlichen Kosten für Wohnung von 2.730 DM, von Kleidung von 3.000 DM, für Restaurant- und Theaterbesuche mit 1.500 DM, für Reisen u.ä. mit 5.000 DM und für die PKW-Unterhaltung mit 3.500 DM begründet. Unter

69

Hinzurechnung weiterer allgemeiner Lebenshaltungskosten sowie eines trennungsbedingten Mehrbedarfs einschließlich anfallender Kosten im Rahmen der Trennung und Scheidung ist - bei Berücksichtigung der Aufstellung von Herrn B über die Ausgaben im Zeitraum 1996/Anfang 1997 (GÜ 297/298) - ein monatlicher Gesamtaufwand von Herrn B für die Lebensführung der Eheleute B nach der Trennung in einem Bereich von bis zu 20.000 DM hinreichend plausibel gemacht. In Anbetracht dieser Umstände, insbesondere ihres eigenen, eine äußerst großzügige Lebensführung beschreibenden Vorbringens im Unterhaltsprozess hätte es der Klägerin im Zugewinnausgleichsprozess obliegen, im einzelnen dazutun und unter Beweis zu stellen, dass Ausgaben in der von Herrn B angegebenen Höhe tatsächlich nicht vorgenommen worden sind. Daran fehlt es. Insbesondere die Angaben über die Sparquote, die in diametralem Gegensatz zu ihrer Darstellung im Unterhaltsprozess stehen, vermögen einen substanziierten Vortrag zu den allgemeinen Verbrauchskosten nicht zu ersetzen.

Ein monatlicher Verbrauch für die Lebensführung von 20.000 DM durch Herrn B wäre auch nicht als Verschwendung i.S.v. § 1375 Abs. 2 Nr. 2 BGB einzuordnen. Für die Annahme der Voraussetzungen des § 1375 Abs. 2 Nr. 2 BGB reicht ein großzügiger Lebensstil oder auch ein Leben über die Verhältnisse nicht aus (vgl. BGH NJW 2000, 2347, 2348). 70

Verschwendung im Sinn der genannten Vorschrift bedeutet vielmehr, dass der andere Ehegatte unnütz und ziellos Geldbeträge verausgabt oder über Vermögensgegenstände verfügt hat in einem Maße, das in keiner Relation zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen steht (vgl. Johannsen/Henrich/Jäger, Eherecht, 4. Aufl., § 1375 Rn. 22 m.w.N.). Hier hat aber Herr B hervorragend und weit mehr als die monatlich in Ansatz gebrachten 20.000 DM verdient. Die Annahme von Verschwendung muss zudem schon wegen des Lebensstils ausscheiden, wie er von der Klägerin im Unterhaltsprozess geschildert worden ist und wie er auch in Bezug auf die Kraftfahrzeuge unstreitig ist.

Für das Jahr 1996 können daher als Abzugsbetrag in Ansatz gebracht werden 12 x 20.000 DM, insgesamt also 240.000 DM. 71

Für besondere Ausgaben anlässlich des Weihnachtsfestes und des Jahreswechsels kann noch ein zusätzlicher Betrag von nochmals 20.000 DM als in Anbetracht des Ausgabeverhaltens plausibel dargetan berücksichtigt werden. Zusammen können daher als Ausgaben in Abzug gebracht werden für das Jahr 1996 260.000 DM. 72

Nach Abzug dieser Beträge verbleiben gerundet 138.000 DM. 73

b) 1997 74

Für 1997 können dem Vermögen von Herrn B zusätzliche Beträge nicht zugerechnet werden. 75

In Bezug auf die Einkünfte von Herr B im ersten Quartal 1997 kann auf der Grundlage der Bescheinigung des Steuerberaters K, der die Klägerin substanziiert nicht entgegengetreten ist, bei Nettoerlösen von 203.947,83 DM von einem zu versteuernden Einkommen von 117.489,32 DM ausgegangen werden (vgl. Hauptakten AG Siegburg 33a 244/98 - im folgenden jeweils HA, dort Bl. 44). 76

Soweit die Klägerin „wegen unvermeidbarer kontinuierlicher Praxisverbesserung“ einen Betrag von 159.451 DM ansetzen möchte, handelt es sich um eine im Bereich des Spekultativen angesiedelte Schätzung, für die es an einer nachvollziehbaren Grundlage fehlt. So ist bereits nicht ersichtlich, woraus sich zwingend eine weitere Verbesserung des 77

Praxisergebnisses ergeben sollte; auch dafür, dass Vorjahresergebnisse 1996 wieder erreicht werden - wie die Klägerin meint - , gibt es keinen verwertbaren Erfahrungssatz. Das gilt insbesondere, wenn man die Möglichkeit einbezieht, dass es wegen der vielfachen Beurkundungen aus Anlass der seinerzeit bevorstehenden Neubewertung von Grundstücken zum Jahresende 1995 in erbschafts- bzw. schenkungssteuerrechtlicher Hinsicht auch Anfang 1996 zu vergleichsweise hohen Zahlungseingängen im Notariat gekommen ist, und dass, wie im Ausgangsverfahren ebenfalls unwidersprochen geblieben war, auch im Jahr 1996 wegen der Erhöhung der Grunderwerbssteuer zum 1.1.1997 ein erhöhtes Aufkommen an Jahresendbeurkundungen gegeben hat. Hiervon ausgehend erscheint ein Absinken im Jahr 1997, wie es durch die Bescheinigung des Steuerberaters K dokumentiert wird, durchaus naheliegend.

Nach Abzug von anteiligen Versicherungsbeträgen sowie der anteiligen Sonderausgaben hat der Steuerberater K Herrn B für die Monate Januar bis März 1997 ein zu versteuerndes Einkommen bestätigt (H 44) von 114.983,57 DM. 78

Die Steuervorauszahlungen haben bis zum Stichtag (GÜ 305) betragen 28.043 DM. 79

Das entspricht zunächst einem verbleibenden Nettozufluss von 86.940,57 DM. 80

Es kann nicht festgestellt werden, dass hiervon Beträge im Endvermögen noch vorhanden gewesen sind. Für das Jahr 1997 bis März hatte Herr B im Ausgangsverfahren unter Darlegung insbesondere einer Reihe von Reisen besonders hohe Aufwendungen behauptet. Neben den allgemeinen Lebenshaltungskosten handelt es sich um Aufwendungen von mehr als 71.000 DM. Angesichts des von der Klägerin selbst im Unterhaltsverfahren geschilderten Ausgabeverhaltens hätte es der für das Endvermögen beweispflichtigen Klägerin oblegen, das Vorbringen zur Verwendung der Kapitalmittel zu widerlegen (vgl. BGH NJW 2000, 2348). Daran fehlt es. Dass das Verhalten des Beklagten angesichts seiner Einkommensverhältnisse keine Verschwendung ist, wurde bereits dargestellt. 81

Damit ergibt sich als Vermögenszuwachs für die Zeit 1996 bis einschließlich März 1997 ein Betrag von 138.000 DM. 82

c) Der vorgenannte Betrag ist dem Sparvermögen von Herrn B, wie es unstreitig am 1.1.1996 mit 462.110,26 DM vorhanden gewesen ist, zum Stichtag hinzuzurechnen. Insoweit hat Herr B zwar im Ausgangsverfahren auf Grund des von der Klägerin erstrittenen Auskunftsurteils - wie erwähnt - Darlegungen dazu gemacht, in welcher Weise sich das unstreitig vorhandene Vermögen von 462,110,26 DM, bis zum 27.3.1997 auf einen Betrag von rund 362.000 DM reduziert haben soll, den er für Steuerzahlungen verbraucht haben will. Ein höherer Verbrauch als oben angesetzt ergibt sich daraus nicht. Es fehlt über die erwähnten Angaben eine auch nur ansatzweise nachvollziehbare Darlegung dazu, was darüber hinaus mit den Einkünften, insbesondere den Gewinnen aus der Notartätigkeit im Jahr 1996 geschehen ist. Da in der vorangegangenen Berechnung des Vermögenszuwachses von den Einkünften aus 1996 und aus dem ersten Quartal 1997 die als noch plausibel erscheinenden Ausgaben von Herrn B, die er von den am 1.1.1996 vorhandenen Geldern abziehen möchte, bereits in Abzug gebracht sind, kommt eine weitere Abzugsrechnung von dem zum 1.1.1996 unstreitig vorhandenen Betrag nicht mehr in Betracht; vielmehr ist der errechnete Mindestvermögenszuwachs dem bereits am 1.1.1996 vorhandenen Vermögen hinzuzurechnen, so dass sich zum Stichtag ein Betrag von 600.110,26 DM ergibt. 83

aa) Die Klägerin hat im Vorprozess vorgetragen, der Beklagte habe ein Konto xxxxxxxx32 bei der G unterhalten, das am 27.3.1997 ein Guthaben von mehr als 140.000 DM gehabt habe; es gebe ein weiteres, nicht (mehr) auf den Beklagten lautendes Festgeldkonto bei der G mit der Kontonummer xxxxxxxx40, auf dem 250.000 DM Festgeld angelegt worden seien und das von einer/m Strohmann/Strofrau geführt werde; zudem sei eine Umbuchung von Festgeld i.H.v. 60.000 DM vom Konto H xxxxxxxx18 nicht erklärt. Dem war Herr B im Ausgangsverfahren mit dem Vorbringen entgegengetreten, beide Konten bei der G seien im Oktober 1996 aufgelöst worden; auf das Konto mit der Endziffer x32 sei zuvor das Festgeld überwiesen worden. 84

Den für die beiden Konten bei der G gegebenen Beweisangeboten der Klägerin braucht nicht nachgegangen zu werden. Denn selbst wenn die Richtigkeit ihres Vorbringens unterstellt wird, ergibt sich kein höherer Betrag als derjenige, den der Senat bereits auf der Grundlage des Vermögens zum 1.1.1996 und der Zuerwerbe bis zum 27.3.1997 als vorhanden annimmt. Ob der Betrag von mehr als 600.000 DM als Bargeld, auf einem Konto von Herrn B oder einem Konto eines Strohmanns vorhanden gewesen sind, ist für die zu treffende Entscheidung ohne Bedeutung. Dass Beträge auf den von der Klägerin benannten Konten vorhanden gewesen sind, die den als sicher anzunehmenden Betrag von 600.110,26 DM überschreiten, ist von ihr nicht substantiiert dargetan; insoweit ist dem unter Beweis gestellten Vorbringen zu einem 140.000 DM weit übersteigenden Betrag auf dem Konto xxxxxxxx32 bei der G als auf unzulässige Ausforschung gerichtet nicht weiter nachzugehen. Es bedarf demzufolge auch keiner Auseinandersetzung mehr mit der Frage, ob - wie die Berufungserwiderung offenbar meint - das Vorbringen des damaligen Beklagten im Ausgangsverfahren wegen Verspätung nicht berücksichtigungsfähig gewesen wäre. Ob eine Zurückweisung wegen Verspätung nach § 296 ZPO a.F. in Anbetracht des damaligen Vorbringens, die Klägerin habe den entsprechenden Umstände „soeben ermittelt“ (HA 366), in Betracht gekommen wäre, erscheint allerdings zumindest zweifelhaft. 85

Ebensowenig kommt eine Beweisaufnahme zu der von der Klägerin behaupteten Steigerung von Bankguthaben bis zum 30.6.1996 in Betracht, weil hieraus hinreichend sichere Schlüsse auf die Situation zum Stichtag 27.3.1997 nicht gezogen werden können. 86

Soweit die Klägerin im Regressverfahren die Richtigkeit ihrer Berechnung eines „Nettozuwachses“ von 428.891,00 DM durch Herr B als Zeugen unter Beweis stellt, handelt es sich um ein Rechenwerk („unter Abzug der üblichen durchschnittlichen Lebenshaltungskosten ..“, HA 332), dessen Ergebnis einem Beweis nicht zugänglich ist. Das gilt in gleicher Weise für die weiteren - hypothetischen, auf Tabellen über einen Liquiditätsgewinn beruhenden - Berechnungen eines möglichen Zugewinnausgleichs in dem nachgelassenen Schriftsatz. Ungeachtet dessen, dass die neuen Berechnungen mit dem früheren Rechenwerk nicht in Übereinstimmung zu bringen sind, handelt es sich insgesamt nicht um konkrete Tatsachen, die einer Beweiserhebung zugänglich sein könnten. Dass sich die Klägerin letztlich eine „fachkundige“ Bewertung ihres Rechenwerks erhofft und dass es nicht um den Beweis konkreter Lebensumstände geht, verdeutlichen die weiteren Beweisangebote „Sachverständigengutachten“ und „Zeugnis des Steuerberaters O P“, wobei letzterer jedenfalls im überwiegenden Teil des maßgeblichen Zeitraums Herrn B nicht mehr steuerlich betreut hat. Hinzu kommt, dass im Ausgangsverfahren wiederum ein anderes Ansparvolumen für die Zeit von 1996 bis zum 27.3.1997, nämlich ein solches von 350.000 DM, geltend gemacht worden war (HA 320/GÜ 243-249, insbesondere 247), welches ausschließlich durch Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt worden war (HA 320). Dass der neue Vortrag weit über die Umstände hinausging, zu denen Schriftsatznachlass gewährt worden war – nämlich einerseits zu den offenbar im Regressverfahren „in 87

Vergessenheit“ geratenen Steuerbescheide für 1995 und 1996, andererseits zu den vom Senat geäußerten Rechtsauffassungen - , kommt hinzu; auch das steht einer Berücksichtigung entgegen.

Nicht zuletzt spricht nichts dafür, dass dieser Vortrag im Ausgangsberufungsverfahren 88
gebracht worden wäre, wenn die Berufungsbegründungsfrist nicht von der Beklagten versäumt worden wäre. Denn die Parteien hatten im Ausgangsverfahren umfänglich vorgetragen, weil einerseits offen war, wie die Frage der Wiedereinsetzung beurteilt werden würde und weil zum anderen auch der damalige Antragsteller Herr B Berufung eingelegt hatte, wobei die Behandlung der Berufung der Klägerin ungeachtet von der Unzulässigkeit als selbständige Berufung als Anschlussberufung möglich erscheinen musste.

bb) Allerdings ist Herr B nicht nur von der Klägerin als Zeuge benannt, sondern auch 89
von der Beklagten, und zwar u.a. dazu, dass am Stichtag nur ein aktives Kapitalvermögen von 362.164,62 DM vorhanden war (GA 372). Auch wenn er als Partei des Vorprozess damals nur im Wege der Parteivernehmung Beweismittel sein konnte, steht die frühere Partei nunmehr im Regressprozess für die Frage, ob der Klägerin wirklich ein Schaden entstanden ist, d.h. ob nach materiellem Recht die Klägerin zu Recht obsiegt hätte, als Zeuge zur Verfügung (vgl. BGH NJW 87, 3255, 3256). Auch insofern braucht dem Beweisangebot jedoch nicht nachgegangen zu werden. Denn sowohl im Ausgangsverfahren als auch im Regressverfahren fehlt in Anbetracht der außergewöhnlichen Einkünfte in der Zeit vom 1.1.1996 bis 27.3.1997 – über die erwähnten, bereits berücksichtigten Ausgaben hinaus - ein plausibler und damit hinreichend substantzierter Vortrag des damaligen Antragsgegners wie der jetzigen Beklagten, der - ausgehend von 462.110,26 DM zum 1.1.1996 - ein geschrumpftes bares Restvermögen von 362.164,62 DM erklären könnte. Der bloße substanzlose Vortrag über das Endergebnis zum Stichtag ist einem Beweis nicht zugänglich.

Unter Beweis durch Vernehmung von Herrn B gestellt ist auch „eine weitere 90
Bankverbindlichkeit von 18.889,87 DM“ (GA 374). Diese Verbindlichkeit bestreitet die Klägerin im Regressverfahren zwar mit Nichtwissen. Ersichtlich handelt es sich jedoch bei diesem Soll-Betrag von 18.889,77 DM um die Zusammenfassung der Sollstände auf den Konten G Nr. xxxxxxxx69 über 16.133,64 DM und R Konto Nr. xxxxxxxx18 über 2.756,23 DM (vgl. HA 336); diese Kontenstände waren nicht streitig und bereits in der Klageschrift vom 4.12.1997 (GÜ 9) von der Klägerin aufgeführt. Einer Vernehmung von Herrn B hierzu bedarf es daher - ungeachtet der unterschiedlichen Bewertung seines Vermögens im Übrigen - nicht. Allerdings sind diese Sollstände angesichts des ohnehin anzunehmenden, oben im Einzelnen erörterten Vermögenszuwachses im Ergebnis nicht zu berücksichtigen.

c) Höhere Außenstände als vom dem Sachverständigen I im Zugewinnausgleichsverfahren 91
ermittelt können im Streitfall entgegen der Auffassung der Klägerin nicht angesetzt werden. Insbesondere reichen Erfahrungswerte, auf die sich die Klägerin berufen möchte, in keiner Weise aus, um zu einem gesicherten Umfang von Honoraraußenständen in der von ihr angenommenen Größenordnung zu gelangen. Die Werte für Honorarrückstände zum Stichtag 27.3.1997 können nicht ohne Weiteres an diejenigen von Ende 1995 orientiert werden. Wegen der zu erwartenden steuerlichen relevanten Änderungen für die Bewertung von Grundstücken gab es Ende 1995 - wie Herr B nachvollziehbar geltend gemacht hat - eine besonders hohe Zahl von Beurkundungen. Soweit hieraus resultierende Beträge 1996 (in Rechnung gestellt) und eingegangen sind, hat das naturgemäß auch noch zu erhöhten Einnahmen in diesem Zeitraum geführt. Zuverlässige Rückschlüsse auf Umsätze und Honorarrückstände für das erste Quartal 1997 können demzufolge weder aus den Zahlen für das Jahresende 1995 von über 155.000 DM noch für das erste Quartal 1996 gezogen

werden. Wie bereits ausgeführt, bewegen sich bereits die von der Klägerin angenommenen Umsätze und Gewinne im ersten Quartal 1997 in einem rein spekulativen, in keiner Weise mit der Bestätigung des Steuerberaters K in Einklang zu bringenden Höhe. Auch in Bezug auf die Honoraraußenstände, die sicherlich auch zu einem Teil auf die Zeit ab dem 1.1.1997 zurückzuführen sind, bewegt sich die Klägerin - insbesondere mit ihrem Ansatz von 255.000 DM - im Bereich einer durch tatsächliche Umstände nicht gestützten Spekulation. Für die Annahme, bei einem Notariat sei von durchschnittlichen Außenständen in Höhe von drei Monatsumsätzen auszugehen, fehlt jeder greifbare Anhaltspunkt. Insgesamt ist daher entgegen der Ansicht der Klägerin für eine „Hochrechnung“ von Honoraraußenständen kein Raum.

Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass im Ausgangsprozess höhere Außenstände als von dem Sachverständigen I ermittelt hätten festgestellt werden können. Der Sachverständige I hat - bei übersichtlicher und geordneter Kontenführung des Notariats (GÜ 487) - die Bankkonten vollständig vorgelegt bekommen und die Aufzeichnungen über den Barverkehr geprüft (a.a.O.). Soweit die Offene-Posten-Liste mit dem Stand zum 27.3.1997 dem Sachverständigen nicht (mehr) vorgelegt werden konnte, beruhte das - nachvollziehbar - darauf, dass abgerechnete Urkunden in dieser Liste nach Erledigung gelöscht werden. Unwidersprochen war im Ausgangsprozess die durch ein Muster belegte (GÜ 572) Darstellung, auf jeder Kostenrechnung sei auch das Beurkundungsdatum angegeben. Damit war aber für den Sachverständigen erkennbar, welche Vorgänge aus der Zeit vor dem Stichtag stammten und nicht abgerechnet waren, so dass die Durchsicht der Rechnungen für den Sachverständigen eine ausreichende Beurteilungsgrundlage ergab.

92

Es kann im Rahmen des Regressverfahrens auch nicht angenommen werden, dass im Ausgangsprozess zusätzliche Honorarrückstände festgestellt worden wären. Es ist bereits zweifelhaft, ob eine Einsicht in die Urkundenrolle überhaupt zur Klärung der Beweisfrage notwendig gewesen wäre. Der Sachverständige hatte von sich auch nicht gebeten, entsprechende Einsicht nehmen zu können. Er hatte das betriebliche Belegwesen eingesehen und die offene-Posten-Liste zum 27.11.2000, was ihm - allerdings unter der Voraussetzung, dass nicht manipuliert worden war - als ausreichend erschien. Das Amtsgericht hatte allerdings Herrn B zunächst die Vorlage seiner Urkundenrolle aufgegeben (GÜ 561), was vom diesem unter Berufung auf die notarielle Verschwiegenheitsverpflichtung nach § 18 BNotO und eine entsprechende Auskunft der Notarkammer abgelehnt worden war. Darauf hatte das Amtsgericht von einer weiteren Sachaufklärung abgesehen. Grundsätzlich ist zwar ein Notar ausnahmsweise berechtigt, der Verschwiegenheitspflicht unterliegende Tatsachen zu offenbaren, soweit dies zur eigenen Interessenwahrung erforderlich ist (vgl. Schippel, BNotO, § 18 Rn. 59, Rn. 61). Es ist indessen bereits zweifelhaft, ob hier überhaupt zur Klärung der Außenstände eine Einsichtnahme in die Urkundenrolle notwendig gewesen ist und ob damit eine Offenbarung durch den Notar in Betracht kam. Der Gesichtspunkt der Beweisvereitelung hätte zudem zu Lasten von Herrn B nur durchgreifen können, wenn einerseits die Auskunft der Notarkammer ergeben hätte, dass eine Einsichtnahme zulässig gewesen wäre - was offen bleiben kann - , und wenn man zusätzlich davon ausgehen könnte, dass Herr B auch bei einer die Einsichtnahme für zulässig erachtenden Stellungnahme der Notarkammer diese verweigert hätte, wofür indessen - im Regressprozess - ein Anhaltspunkt fehlt. Es fehlt weiterhin ein zureichender Anhalt für die Annahme, dass eine - wahrheitsgemäße Offenbarung durch Herrn B tatsächlich zu höheren Außenständen geführt hätte.

93

Auch soweit eine Auskunft der Notarkammer zum dem Ergebnis führen würde, dass im Ausgangsverfahren Herr Notar B eine Einsichtnahme in die Urkundenrolle durch den

94

Sachverständigen hätte zulassen dürfen, folgt hieraus jedoch nicht, dass eine Einsichtnahme durch einen Sachverständigen im Regressprozess möglich wäre. Im Regressprozess geht es nämlich nicht mehr um die Interessenwahrnehmung durch den Notar selbst, die allein eine Ausnahme von der Verschwiegenheitsverpflichtung des § 18 BNotO begründen kann. Denn verfahrensbeteiligte Partei ist im Regressprozess nicht der Notar, der zur Wahrung der eigenen Interessen zur Offenbarung berechtigt sein kann, sondern die frühere Prozessbevollmächtigte seiner ehemaligen Prozessgegnerin und diese selbst. In einem solchen Fall ist für eine Durchbrechung der notariellen Verschwiegenheitsverpflichtung aus § 18 BNotO kein Raum. Eine entsprechende Beweisaufnahme kommt demzufolge im hier zur Entscheidung stehenden Verfahren nicht in Betracht. Da für das Ausgangsverfahren weder unterstellt werden kann, dass Notar B bei einer bejahenden Auskunft der Notarkammer die Einsichtnahme verweigert hätte, so dass der Gesichtspunkt der Beweisvereitelung zum Tragen gekommen wäre, noch in Anbetracht der Feststellungen des Sachverständigen I hinreichend zuverlässig angenommen werden kann, dass bei einer Einsichtnahme tatsächliche zusätzliche Außenstände ermittelt worden wären, kann für das Regressverfahren auch unter Berücksichtigung der Grundsätze aus § 287 ZPO nicht zugunsten der Klägerin von höheren Honoraraußenständen ausgegangen werden.

Den von dem Sachverständigen ermittelten Außenständen kann abweichend von der Auffassung der Beklagten nicht die hierauf entfallende steuerliche Belastung mit 53 % Einkommensteuer und 7,5 % Solidaritätszuschlag entgegengesetzt werden. Diese fiktive Steuerquote ist nicht zu berücksichtigen, weil den einzelnen Honorareinnahmen keine bestimmte Steuerlast zugeordnet werden kann (vgl. BGH NJW 1991, 1547, 1549). Die Forderungen sind daher mit dem Nennwert anzusetzen. Zu berücksichtigen sein können allenfalls Steuervorauszahlungen (BGH a.a.O.). Diese sind bereits einbezogen. 95

Danach ergibt sich folgende Berechnung des Aktivvermögens von Herrn B: 96

S/Lebensversicherungen 97
15.305 DM

Büroeinrichtung 98
16.261 DM

Der - streitige - Wert des PKW D kann angesetzt werden mit 99
12.500 DM.

Der Sachverständige J hatte bei einem Alter des Kraftfahrzeugs von 2 Jahren 1 Monat und einer Laufleistung 45.500 km den Wert geschätzt mit 100
14.200 DM.

Es steht allerdings fest, dass das Alter des PKW richtigerweise 3 Jahre und 1 Monat betrug. 101
Angesetzt werden kann ausgehend von einer durchschnittlichen Gebrauchsdauer von 10 Jahren 7/8 des vom Sachverständigen ermittelten Wertes, mithin
12.500 DM.

Das ergibt für die Kraftfahrzeuge insgesamt 102
130.500 DM

Kapitalvermögen Stand 1.1.1996 103
462.110,26 DM

104

zusätzliches Vermögen bis 27.3.1997	138.000 DM	
Honoraraußenstände laut SV	48.079,86 DM	105
gesamt DM.		810.256,12
Nicht zu berücksichtigen als Honoraraußenstände des Notariats B sind die am 17.4.1997 eingezahlten	30.000 DM.	107
Hierzu trägt die Beklagte unter Beweisantritt (Bl. 373 GA; Vorprozess HA 334) vor, es habe sich um eine Einlage des Ehemanns gehandelt. Der Sachverständige I hat festgestellt, dass 30.000 DM eingezahlt wurden und gegen Konto xx80 verbucht worden sind. Es kann offen bleiben, ob das Schreiben des Steuerberaters K vom 14.12.2001, in dem die Buchung „gegen das Konto xx80 Privateinlagen“ bestätigt wird (HA 339) und dem die Klägerin konkret nicht entgegengetreten ist, ausreicht, um zu der Überzeugung zu gelangen, dass es sich tatsächlich entsprechend dem Vortrag der Beklagten um eine private Einlage von Herrn B gehandelt hat. Die insoweit nachweispflichtige Klägerin hat aber jedenfalls nicht den ihr obliegenden Beweis erbracht, dass in dieser Höhe am Stichtag 27.3.1997 eine offene Verbindlichkeit bestanden hat, auf die eine Zahlung von 30.000 DM erbracht worden ist. Soweit es sich aber um eine Einlage gehandelt hat, konnte diese ohne Weiteres aus den Vermögensteilen aufgebracht werden, von dessen Vorhandensein der Senat für den 27.3.1997 ohnehin ausgeht.		108
Nicht zu berücksichtigen ist als offenstehende Forderung von Herrn B die am 16.4.1997 gefloßenen Summe von 20.000 DM betreffend das Objekt L. Unstreitig lautete die zugrundeliegende Rechnung von Notar B auf 54.703,46 DM, so dass mit den bereits gezahlten 40.250 DM und den weiteren 20.000 DM bei einer Gesamtzahlung von 60.250 DM bereits eine teilweise Überzahlung des Notars, nämlich eine solche von 5.546,54 DM, gegeben war, auf die ein Anspruch von Herrn B nicht bestanden hatte. Insgesamt sind aufgrund des Vergleichs vom 7.10.1998, dessen Text der Sachverständige gesehen hat GÜ 581), 32.898,27 DM zurückgezahlt worden (H 334). Hierin war auch der vorerwähnte Betrag von 5.546,54 DM enthalten wie auch der hälftige Betrag aus der Rechnung über 54.703,46 DM (27.351,73 DM). Ausgehend von der Annahme, dass der Vergleich der Rechtslage entsprach, ergibt sich hieraus nicht nur, dass abweichend von der ursprünglichen Entscheidung des Familiengerichts - dieses hatte 14.703,46 DM als offene Honorarforderung einbezogen - nicht nur die 20.000 DM als restliche Honorarforderung nicht zu berücksichtigen sind, sondern als Verbindlichkeit noch ein zusätzlicher Rückzahlungsanspruch gegen Herrn B von 7.351,73 DM (27.351,73 DM - 20.000 DM).		109
Das ergibt Aktiva von 810.256,12 DM.		110
Als Steuerverbindlichkeiten bestanden (vgl. u.a. GÜ 305)		111
Rückständige Einkommensteuer 1995 181.771,62 DM		112
		113

Steuernachzahlungen 1996 208.172,53 DM		
Kreditverbindlichkeiten (GÜ 227) 166.000,00 DM		114
zusammen 555.944,15 DM		115
Hinzu kommt der Rückzahlungsanspruch L (s.o.) mit 7.351,73 DM.		116
Auch Unterhaltsrückstände sind grundsätzlich als Forderungen zu berücksichtigen (etwa OLG Celle FamRZ 1991, 944, 945).		117
Der offenstehende Unterhalt gegenüber der Klägerin ist einzustellen mit 13.125 DM.		118
Da nach dem Vergleich in dem Unterhaltsverfahren wegen der Vereinbarung einer pauschalen Summe nicht klar ersichtlich ist, welche Teilbeträge auf welche Monate entfallen, folgt der Senat der von Herrn B im Ausgangsverfahren vorgenommenen anteiligen Verrechnung auf die Gesamtzahl der Monate (GÜ 321).		119
Auf die behaupteten Debetsalden 2.756,23 DM (H); 16.133,64 DM (KSK) kommt es - wie oben bereits ausgeführt - wegen des Vermögens nicht an.		120
Das ergibt bei Herrn B insgesamt Passiva von 576.420,88 DM.		121
Die Aktiva betragen 810.256,12 DM.		122
Die Differenz und damit des Endvermögen ist 233.835,24 DM.		123
Abzüglich des Anfangsvermögens von 9.983 DM		124
bleibt als Zugewinn von Herrn B ein Betrag von 223.852,24 DM.		125
Bei der Klägerin wäre in Bezug auf das Endvermögen von folgendem auszugehen gewesen:		126
Als Aktivvermögen einzustellen ist der Anspruch auf rückständigen Unterhalt mit		127
13.125 DM.		128
Im Endvermögen der Klägerin befanden sich zudem 14 Bilder, die im Herausgabeprozess zwischen der Klägerin und Herrn B bewertet worden waren mit		129
12.000 DM.		
		130

Nach dem Vorbringen im Zugewinnausgleichsverfahren waren hiervon allerdings 5 Bilder bereits zu Ehebeginn vorhanden. Damit können im Endvermögen lediglich berücksichtigt werden gerundet

8.000 DM.

Bei den Passiva ist das Darlehen der Eltern zu berücksichtigen (GÜ 392, 393-395) mit 131

15.000 DM.

Damit bleibt bei der Klägerin ein Zugewinn von 132
6.125 DM.

Die Differenz beträgt 133
217.727,24 DM.

½ hiervon 134
sind 108.863,62 DM

Dieser Betrag wäre der Klägerin bei Durchführung des Zugewinnausgleichsverfahrens 135
zuerkannt worden. Das sind gegenüber der rechtskräftig gewordenen Entscheidung des
Amtsgerichts zusätzlich 32.622,40 DM (16.679,57 EUR).

In Bezug auf die Kosten des Berufungsverfahrens hätte sich eine Kostenquote von 27 % zu 136
Lasten von Herrn B und 73 % zu Lasten der jetzigen Klägerin ergeben; in Bezug auf die erste
Instanz wäre es gemäß § 93 a Abs. 1 ZPO bei der Kostenaufhebung verblieben.

Von den außergerichtlichen Kosten der zweiten Instanz - insoweit kann nicht davon 137
ausgegangen werden, dass Beweisgebühren angefallen wären, so dass von den
angemeldeten außergerichtlichen Kosten ausgegangen werden kann von insgesamt
11.558,30 EUR - hätte die Klägerin bei eine Kostentragungsquote von 73 % dem
Antragsteller Herrn B erstatten müssen lediglich 2.647,14 EUR anstelle der durch
Kostenfestsetzungsbeschluss vom 4.7.2002 festgesetzten 3.918,55 EUR, so dass sich aus
der Pflichtverletzung der Beklagten diesbezüglich ein Schaden von 1.271,41 EUR ergeben
hat.

In Bezug auf die Gerichtskosten ist die Klägerin belastet worden mit 5.195,69 EUR. Bei 138
streitiger Durchführung wären jeweils die Gebühren Kostenverzeichnis Nr. 1220 und auch
1226 nach einem Wert des Gegenstands von 204.516,75 angefallen, insgesamt also
(umgerechnet) 6.798,90 EUR, wovon die Klägerin hätte tragen müssen bei einer Quote von
73 % 4.963,20 EUR. Daraus ergibt sich ein Schaden von 232,49 EUR.

Zusammen ergibt das einen Betrag von 139
1.503,90 EUR.

Der abweichenden Schadensberechnung der Beklagten vermag der Senat - wie bereits in der 140
Verhandlung erörtert - nicht zu folgen. Maßgeblich ist nicht, ab welchen zuerkannten Betrag
die Klägerin im Ergebnis unter Berücksichtigung der Prozesskosten einen tatsächlichen
Vermögenszuwachs aus der Durchführung des Berufungsverfahrens erzielt hätte; zu
vergleichen ist für die Bestimmung ihres Schadens ausschließlich die Kostenbelastung, wie
sie sich aus der Prozessführung der Beklagten tatsächlich für die Klägerin ergeben hat, mit
der Kostenbelastung, die sie getroffen hätte, wenn der Prozess wie vorgesehen in der Sache
durchgeführt worden wäre. Die Vergleichsrechnung ergibt, wie oben ausgeführt, dass die

Durchführung des Verfahrens die Kostenbelastung der Klägerin verringert hätte.

Einen Schaden hat die Klägerin auch in Höhe des an die Beklagte gezahlten Vorschusses für die Prozessgebühr (2.595 DM entspr. 1.326,80 EUR) erlitten. Richtig ist zwar, dass grundsätzlich auch eine anwaltliche Schlechtleistung zu bezahlen ist. Das schuldhafte Verhalten der Beklagten, das zu einem Schaden bei der Klägerin geführt hat, liegt jedoch nicht allein darin, dass die Beklagte die Berufungsbegründungsfrist versäumt hat. Ein Verschulden ist vielmehr darin zu sehen, dass die Beklagte die Klägerin nicht über die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist unterrichtete, sondern der Klägerin - deren entsprechender Vortrag ist unbestritten geblieben - ohne Hinweis hierauf mit der Behauptung, die Begründungsfrist laufe am nachfolgenden Tag (18.12.2001) ab, am 17.12.2001 telefonisch mitteilte, die Berufung habe keine Erfolgsaussicht und sie solle die Berufung zurücknehmen. Erst nachdem die Klägerin sie nach Rücksprache mit den erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten angewiesen hatte, die Berufung durchzuführen und den Ablauf der Berufungsbegründungsfrist für einen möglichen Mandatswechsel mitzuteilen, ist die Berufung begründet und später - unter dem 9.1.2002 - die Versäumung der Begründungsfrist mitgeteilt worden, ohne darauf hinzuweisen, dass diese auch schon am Tag des Telefongesprächs vom 17.12.2001 längst abgelaufen war. Dem Schreiben vom 9.1.2002 war die Berufungsbegründungsschrift, nicht aber das Wiedereinsetzungsgesuch beigelegt, so dass sich die Klägerin auch kein Bild darüber machen konnte, wann die Frist abgelaufen war und ob die Wiedereinsetzung gewährt würde - wie es die Beklagte lapidar angekündigt hatte. Auch auf mehrere Anforderungen der jetzigen Prozessbevollmächtigten wurde das Wiedereinsetzungsgesuch von der Beklagten nicht vorgelegt, so dass sich die Klägerin letztlich durch Einsichtnahme ihrer jetzigen Prozessbevollmächtigten in die Akten Kenntnis hiervon verschaffen musste. Durch ihr Verhalten hat die Beklagte - namentlich nachdem nach Vorliegen des Schreibens der Beklagten vom 9.1.2002 feststand, dass die Berufungsbegründungsfrist versäumt war, - begründeten Anlass zu der Annahme gegeben, dass sie telefonisch zur Berufungsrücknahme geraten hat, weil ihr die entsprechende Fristversäumnis unterlaufen war. Diese Annahme musste noch verstärkt werden durch den Umstand, dass eine Kopie des Wiedereinsetzungsgesuchs dem Schriftsatz vom 9.1.2002 nicht beigelegt war. Nachdem die Beklagte auf das Anschreiben der Klägerin vom 11.1.2002 mit der Nachfrage zum Stand des Verfahrens nicht reagiert hatte, durfte die Klägerin das Vertrauensverhältnis zu der Beklagten mit gutem Grund als tiefgreifend gestört empfinden und war sie ohne Weiteres berechtigt, zur Wahrnehmung ihrer Interessen einen anderen Anwalt einzuschalten, zumal sie annehmen musste, dass die Beklagte ihre Interessen nicht mit dem nötigen Nachdruck verfolgen würde. Hierdurch sind die bereits zugunsten der Beklagten entstandenen Kosten der Klägerin nochmals entstanden. Den durch die doppelten Anwaltsgebühren entstandenen Schaden 2.595 DM (1.326,80 EUR) kann die Klägerin von der Beklagten ersetzt verlangen.

Insgesamt ergibt sich ein Betrag von (16.679,57 EUR + 1503,90 EUR + 1326,80 EUR=) 19.510,27 EUR. Dieser ist ab Rechtshängigkeit - für einen früheren Zinsbeginn ist nichts dargetan - in der gesetzlichen Höhe zu verzinsen. 142

Die beiderseits eingereichten nicht nachgelassenen Schriftsätze geben keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. 143

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92, 97 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 144

III. Streitwert für das Berufungsverfahren: 181.854,45 EUR 145
