III ZR 160/61

2162 023

Verkündet am 4. Juni 1962
Fieser, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Bankkaufmanns Josef S[redacted], B[redacted], H[redacted]
[redacted]straße [redacted],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

g e g e n

den Freistaat Bayern, vertreten durch die Staatsministerien der Finanzen und der Justiz in M[redacted],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 21. Mai 1962 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Beyer, Dr. Hußla, Gähtgens und Dr. Reinhardt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 18. Mai 1961 aufgehoben, soweit nicht der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung und die Zwischenfeststellungsklage abgewiesen worden sind.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an den 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat im Jahre 1958 gegen den Freistaat Bayern Klage erhoben, mit der er Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzungen von Beamten und Richtern im Zusammenhang mit der Gründung der Volksbank B[redacted] fordert. Er hat mit der Klage einen Teilbetrag von 2.715,- DM geltend gemacht, der sich zusammensetzt aus 2.500,- DM ihm entgangener Gehaltsbezüge und 215,- DM Kosten eines Vorprozesses. Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben die Klage für nicht begründet befunden. Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 28. April 1960 - III ZR 176/59 -, auf dessen Tatbestand bezug genommen wird, die Revision des Klägers hinsichtlich des Betrages von 2.500,- DM zurückgewiesen, im übrigen aber das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers hinsichtlich des noch rechtshängigen Betrages von 215,- DM nach Beweisaufnahme wiederum zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag, den beklagten Freistaat zur Zahlung von 215,- DM nebst Zinsen zu verurteilen, weiter. Der Beklagte bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1) Zur Frage der Prozeßfähigkeit des Klägers wird auf die Entscheidungsgründe des Urteils des Senats vom 4. Juni 1962 - III ZR 194/61 - Bezug genommen.

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

2) Hinsichtlich des Anspruchs auf Ersatz von 215,- DM Kosten des Rechtsstreits 1 O 115/57 des Landgerichts Bamberg, der Gegenstand der vorliegenden Revision ist, hat der Senat in seinem Urteil vom 28. April 1960 - III ZR 176/59 - ausgeführt:

Die Beamten des Staatsministeriums für Wirtschaft und Verkehr hätten Amtspflichten, die ihnen auch dem Kläger gegenüber oblagen, dadurch verletzt, daß sie - dem Gebot der Klarheit und Bestimmtheit von Verwaltungsakten zuwider - eine Bankerlaubnis erteilten, die in ihrer Fassung nicht dem Willen der Behörde entsprach, äußerlich vielmehr bei unbefangener Betrachtung den Anschein erweckte, daß der Antrag der Ersatgründung vom 31. Oktober 1955 vollinhaltlich gebilligt sei. Wenn das Staatsministerium von dem Antrage abweichen wollte, habe es, um erkennbar schwerwiegende Folgen zu vermeiden, solche Abweichungen deutlich machen müssen, was unschwer habe geschehen können. Die Beamten des Ministeriums hätten erkennen können und müssen, daß die unzulängliche, geradezu irreführende Fassung des Erlaubnisbescheides geeignet gewesen sei, einen Anschein zu schaffen, der in Widerspruch mit dem Gewollten stand. Wenn der Kläger, wovon mangels gegenteiliger Feststellungen auszugehen sei, die vorangegangenen Erörterungen des Staatsministeriums mit dem B[redacted] G[redacted] und dessen Schreiben vom 3. Juni 1957 nicht gekannt habe, habe er den Erlaubnisbescheid nur so verstehen können, wie er abgefaßt war, und habe darauf vertrauen dürfen, daß der Bescheid die Entscheidung richtig wiedergebe. Im Vertrauen auf die Richtigkeit des Erlaubnisbescheides habe der Kläger eine Klage erhoben, die bei

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

richtiger Fassung wahrscheinlich vermieden worden wäre, im Ergebnis erfolglos bleiben mußte und ihn mit Kosten belastete. Der Kläger habe eine solche Klage aber nur erheben dürfen, wenn er dadurch die von ihm vertretene Sache fördern oder unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt ein berechtigtes Interesse an der Herausgabeklage haben konnte.

Um dem Berufungsgericht die Möglichkeit zu den hiernach erforderlichen tatsächlichen Feststellungen zu geben, hat der Senat die Sache insoweit unter Aufhebung des ersten Berufungsurteils an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

3) Das Berufungsgericht hat nach Beweisaufnahme die neuerliche Zurückweisung der Berufung wie folgt begründet:

Die unklare Fassung der Bankerlaubnis vom 12. Juli 1957 sei nicht ursächlich dafür gewesen, daß der Kläger mit Theophil M[redacted] die Klage vom 19. August 1957 (1 O 115/57) auf Herausgabe der Bankerlaubnis gegen die Genossen der Zweitgründung erhoben habe. Denn der Kläger habe bei der Einreichung dieser Klage gewußt, daß die Bankengründung nicht mit ihm, sondern mit Heinz K[redacted] als geschäftsführendem Vorstandsmitglied genehmigt war, daß die Gründergenossen ihre Zustimmung zur Errichtung der Erstgründung zurückgezogen und eine Zweitgründung mit anderem Vorstand beschlossen hatten, also auch nicht mehr sieben Gründergenossen hinter dem Eintragungsantrage für die Erstgründung standen. Der Kläger selbst habe der Zweitgründung mit K[redacted] als geschäftsführendem Vorstandsmitglied in der Sitzung am

12. Juli 1957 zugestimmt. Wenn aber gleichwohl die unklare Fassung der Bankerlaubnis für die Klageerhebung ursächlich gewesen sein sollte, sei der Schaden durch das ganz überwiegende Mitverschulden des Klägers verursacht, weil dieser die Aussichtslosigkeit der Klage schon bei Einreichung der Klageschrift gekannt habe.

Im einzelnen schließt das Berufungsgericht dies aus folgenden Umständen und Feststellungen:

a.) Der Kläger selbst habe in seinem Schriftsatz vom 27. September 1960 die Notwendigkeit zur Erhebung der Herausgabeklage aus dem Erlaß des Ministeriums an den G[redacted] vom 9. August 1957 hergeleitet. Er müsse den Erlaß also bei der Klageerhebung bereits gekannt und gewußt haben, daß das Ministerium die Bankengründung nur mit Heinz K[redacted] als geschäftsführendem Vorstand genehmigt habe.

b.) Das gleiche folge aus dem Vortrag der Berufungsbegründung, der Kläger sei kurz nach dem 12. Juli 1957 durch einen anonymen Anruf davon unterrichtet worden, daß der Sachbearbeiter der Bankenaufsicht mit dem Bayerischen G[redacted] darüber verhandele, dessen "Protektionskind" K[redacted] als Bankenleiter vorzusehen, und Direktor Dr. D[redacted] vom G[redacted] habe ihm, dem Kläger, geraten, sich nach einem anderen Arbeitsplatz umzusehen.

c.) In Würdigung der Aussage von K[redacted], K[redacted] sowie der Protokolle über die Sitzung der Gründungsmitglieder am 12. Juli 1957 stellt das Berufungsgericht fest: Der Kläger, der an dieser Sitzung teilgenommen habe, sei durch den Vortrag von K[redacted], der als Vertreter des G[redacted] anwesend

war, klar und eindeutig unter Angabe der Gründe davon unterrichtet worden, daß das Wirtschaftsministerium eine Volksbank unter der Leitung des Klägers nicht, sondern nur dann genehmige, wenn der G[redacted] eine neue Besetzung des Vorstandes melden könne.

d.) Nach der Unterrichtung durch K[redacted] hätten die Mitglieder der Erstgründung ihre Unterschriften zu dem Antrage auf Eintragung der Erstgründung zurückgezogen und die Auflösung der Erstgründung beschlossen. Ob dies einstimmig oder gegen die Stimmen des Klägers und von Theophil M[redacted] geschehen sei, sei unerheblich. Die Neugründung sei einstimmig beschlossen worden. Danach habe nicht mehr die gesetzliche Mindestzahl von sieben Gründergenossen hinter dem Eintragungsantrage der Erstgründung gestanden und diese nicht mehr in das Genossenschaftsregister eingetragen werden können. Die Erstgründung habe die Rechte einer eingetragenen Genossenschaft nie erlangt (§ 13 GenG), zu ihrer Auflösung habe es eines Generalversammlungsbeschlusses (§ 78 GenG) nicht bedurft.

II.

1) Entsprechend dem ersten Urteil des Senats ist für die gegenwärtige Entscheidung davon auszugehen, daß das Staatsministerium mit seiner Entschließung vom 12. Juli 1957 eine Volksbank B[redacted] nicht unter der Leitung des Klägers, sondern nur unter der Leitung von Heinz K[redacted] genehmigen wollte und daß der gegen diese Annahme sprechende Anschein bereits durch den Erlaß vom 9. August 1957, der am 13. August 1957 dem Registergericht vorlag, objektiv beseitigt war. Dies legt das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde und dem beugt sich auch die Revision. Welchen Einfluß es auf

die Entscheidung der vorliegenden Streitsache haben würde, wenn die Restitutionsklage gegen das Urteil des Senats vom 28. April 1960 Erfolg haben sollte, bedarf gegenwärtig der Erörterung nicht.

Damit erledigt sich die Rüge der Revision, der Kläger habe - angesichts der uneingeschränkten Bankerlaubnis vom 12. Juli 1957 - nur durch eine neue förmliche Entscheidung als Bankleiter abgelehnt werden können; diese Frage ist schon im ersten Urteil des Senats geprüft und zu Ungunsten des Klägers verneint worden. Aus den feststehenden Tatsachen ergibt sich ferner, daß die vom Kläger und Theophil M[redacted] vertretene Gründung aus keinem denkbaren Rechtsgrund einen Anspruch auf Herausgabe der Genehmigungsurkunde gegen die Genossen der Zweitgründung hatte. Die am 20. August 1957 bei dem Landgericht Bamberg eingereichte Klage 1 O 115/57 war unbegründet und hätte zur Kostenlast der damaligen Kläger (Volksbank, M[redacted], Kläger) abgewiesen werden müssen, wenn sie nicht zurückgenommen worden wäre.

Mangels ausreichender tatsächlicher Feststellungen in dem ersten Berufungsurteil hat jedoch der Senat bei seiner ersten Entscheidung zu Gunsten des Klägers unterstellt, daß dieser die unbegründete Klage im Vertrauen auf die Richtigkeit der Fassung der Bankerlaubnis vom 12. Juli 1957 erhoben habe. Dies und damit die Kausalität der Amtspflichtverletzung für den eingetretenen Schaden hat das Berufungsgericht nunmehr auf Grund seiner Feststellungen verneint.

2) Die Revision rügt in mehrfacher Hinsicht eine Verletzung des § 139 ZPO, jedoch zu Unrecht. Die Nicht-

ausübung des Fragerechts kann von der Revision nur dann mit Erfolg gerügt werden, wenn das Berufungsgericht hätte erkennen müssen, daß die Parteien Beweismittel und etwaige noch nötige Behauptungen hätten beibringen können und wollen, daß das Nichtvorbringen daher offenbar auf einem Versehen oder darauf beruht, daß die Partei die Rechtslage erkennbar falsch beurteilt hat (LM zu ZPO § 139 Nr. 3). Nachdem der anwaltlich beratene Kläger durch das erste Urteil des Senats eingehend darauf hingewiesen worden war, auf welche Fragen es für die Entscheidung ankommen werde, durfte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß er sich vollständig erklärt habe und einer weiteren Belehrung nicht bedürfe.

3) Jedoch fehlt der Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe schon bei der Einreichung der Herausgabeklage den klarstellenden Erlaß des Staatsministeriums vom 9. August 1957 gekannt, eine hinreichende Grundlage. Das Berufungsgericht stützt diese Feststellung allein auf den Schriftsatz des Klägers vom 27. September 1960, in dem allerdings die Notwendigkeit der Herausgabeklage damit begründet worden ist, daß dem Kläger durch den Erlaß vom 9. August 1957 der Weg zum Verfassungsgericht versperrt worden sei. Nicht ohne Grund weist jedoch die Revision darauf hin, daß diese schriftsätzliche Erklärung mehrdeutig ist und sowohl als eine rückschauende Betrachtung der Zweckmäßigkeit der Klageerhebung - wie sie der Kläger gemeint habe - als auch als tatsächliche Angabe des Motivs der Klageerhebung - wie sie das Berufungsgericht verstanden hat - gewertet werden kann. Die Deutung des Berufungsgerichts liegt in der Tat - angesichts des übrigen Tatsachenvortrages des Klägers - fern, insbesondere wenn berücksichtigt wird, daß der Kläger teils behauptet, der Erlaß vom

9. August 1957 sei erst für den vorliegenden Rechtsstreit angefertigt worden, teils aber auch, er habe Sätze daraus durch den Beschluß des Registerrichters vom 25. September 1957 kennengelernt und sich dann sofort mit der Bitte um Aufklärung an das Staatsministerium gewandt. Diese Unklarheiten und Widersprüche hätten es dem Berufungsgericht verbieten sollen, aus einer ersichtlich unklaren Prozeßäußerung eine so wichtige Folgerung zu ziehen. Weitere Grundlagen für seine Feststellung, der Kläger habe den Erlaß am 19. oder 20. August 1957 bereits gekannt, gibt das Berufungsgericht nicht an.

Das Revisionsgericht ist durch die Auslegung, die der Tatsachenrichter einer prozessualen Erklärung gibt, nicht gebunden (BGHZ 4, 328, 334). Der erkennende Senat hält dafür, daß der Auslegung des Berufungsgerichts - angesichts der Widersprüche im Vorbringen des Klägers - eine hinreichende Grundlage fehlt; er hat auch bei der persönlichen Anhörung des Klägers keine ausreichenden Anhaltspunkte gefunden, die schon im gegenwärtigen Erörterungsstand eine Bestätigung der Auslegung des Berufungsgerichts zuließen.

Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung am 21. Mai 1962 angegeben: Vor der Anfertigung der Herausgabeklage (1 O 115/57) habe ein "Assistent" des Rechtsanwalts Dr. B[redacted] - wie die Erörterung ergab: der damalige Assessor oder Anwaltsassessor Be[redacted] - die Registerakten eingesehen. Be[redacted] habe eine Abschrift der Genehmigungsurkunde vom 12. Juli 1957 mitgebracht und im übrigen aus den Registerakten einen Auszug gefertigt, den er am 18. oder 19. August 1957 mit den Mandanten, dem Kläger und Theophil M[redacted], besprochen habe. Daraus habe sich ergeben, daß das Staatsministerium Bedenken gegen den Kläger als Bankleiter gehabt habe.

Aus diesen Angaben läßt sich allerdings schließen, daß der Erlaß vom 9. August 1957 sich bereits bei den Registerakten befand, als Assessor Be[redacted] sie einsah. Das leugnet auch der Kläger nicht, der als Tag der Akteneinsicht etwa den 18. oder vielleicht auch 19. August 1957 angegeben hat. Nicht belegt wird dadurch jedoch, daß der Kläger den Wortlaut des Erlasses vom 9. August 1957 oder auch nur dessen genauen Inhalt gekannt oder daß er und Assessor Be[redacted] dessen Bedeutung für die Auslegung der Genehmigungsurkunde vom 12. Juli 1957 erkannt hätten oder auch nur hätten erkennen können. Das bedarf erneuter tatsächlicher Erörterung. Denn solange diese Punkte nicht geklärt sind, läßt sich der Standpunkt des Klägers nicht widerlegen, man sei bei der Vorbesprechung der Klage davon ausgegangen, daß das Staatsministerium sich doch wohl über etwaige Bedenken hinweggesetzt haben müsse, wenn es die Genehmigung "zum Schreiben vom 31. Oktober 1955" erteilte.

Läßt sich hiernach die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe den Erlaß vom 9. August 1957 zur Zeit der Klageerhebung gekannt, nach dem gegenwärtigen Erörterungsstand nicht halten, so entfällt damit eine wesentliche Grundlage für die das Berufungsurteil tragende Feststellung, der Kläger habe bei der Einreichung der Herausgabeklage gewußt, daß die Bankgründung nicht mit ihm, sondern mit Heinz K[redacted] als geschäftsführendem Vorstandsmitglied genehmigt war.

III.

Die übrigen Feststellungen des Berufungsgerichts tragen für sich allein das Berufungsurteil nicht.

1) Die Revision greift sie im Einzelnen nicht an; sie meint jedoch, das Berufungsgericht habe sie rechtlich falsch gewürdigt. Denn wenn der Kläger auch von "inkompetenten Personen" gehört habe, daß das Ministerium ihn ablehne, habe er doch erst durch den Erlaß vom 27. November 1957 und durch die Mitteilung des vollen Wortlauts des Erlasses vom 9. August 1957 im Tatbestand des ersten Revisionsurteils sichere Kenntnis davon erhalten. Solange er aber keine gewisse Kenntnis von der Auffassung des Ministeriums gehabt habe, habe er - angesichts des uneingeschränkten Wortlautes der Bankerlaubnis vom 12. Juli 1957 - davon ausgehen müssen, daß die Bankgründung unter seiner Leitung genehmigt sei, und die Herausgabeklage erheben können und müssen; denn auch andere hätten den gleichen Standpunkt wie er vertreten und die notwendige Zahl von sieben Gründergenossen habe noch hinter seinem Eintragungsantrage gestanden.

Die Revision rügt damit, das Berufungsgericht habe den Begriff der adäquaten Kausalität verkannt. Dazu ist zu sagen: Schon im ersten Urteil ist ausgeführt worden, der Schaden (Prozeßkosten der Herausgabeklage) sei durch die irreführende Fassung der Bankerlaubnis verursacht worden, wenn der Kläger die Herausgabeklage im Vertrauen auf den durch die Fassung der Bankerlaubnis erweckten Anschein erhoben habe. Das beruht auf der Erwägung, daß die durch eine unerlaubte Handlung (hier: die irreführende Fassung der Genehmigungsurkunde), die die Gefahr von Fehlhandlungen herbeiführt, in Lauf ge-

setzte Kausalkette durch einen eigenen, selbständigen - auch falschen - Entschluß nicht unterbrochen wird, es sei denn, daß der Entschluß ganz ungewöhnlich ist und außerhalb jeden Erfahrungsbereiches liegt (vgl. BGB -RG RK 11. Aufl. vor § 823 Anm. 55 mit Nachweisen). Um die Dinge richtig beurteilen zu können, bedarf es daher einer Betrachtung der Lage, in der sich der Kläger vor der Erhebung der Herausgabeklage befand, wobei wesentlich auf die von ihm erkannten oder ihm erkennbaren Umstände abzustellen ist.

2) Dem Berufungsgericht kann darin zugestimmt werden, daß Heinz K[redacted], der die Versammlung am 12. Juli 1957 richtig über die Auffassung des Staatsministeriums unterrichtete, und Dr. D[redacted], mit dem der Kläger wenig später sprach, objektiv nicht "inkompetente Personen" waren. Der Kläger aber konnte in K[redacted] den Bewerber um eine Stellung, die er durch eigene Arbeit für sich geschaffen zu haben glaubte, und in Dr.D[redacted] denjenigen sehen, der diese Bewerbung förderte und deckte. Beide hatten jedenfalls, als der Kläger mit ihnen sprach, die Genehmigungsurkunde, die unstreitig erst einige Tage später herausgegeben wurde, nicht in der Hand, sodaß der Kläger aus ihren Erklärungen und Äußerungen nur auf Auffassungen und Absichten, nicht auf eine geschehene Tatsache schließen konnte. Den gleichen Eindruck konnte ihm der anonyme Anruf - ebenfalls kurz nach dem 12. Juli 1957 - geben. Wenn der Kläger und Theophil M[redacted] der Auflösung der Erstgründung und der Zweitgründung zugestimmt haben sollten - das Berufungsurteil enthält hierzu keine klare Feststellung -, so mag hierfür einmal die Überraschung, zum anderen die taktische Erwägung maßgebend gewesen sein, daß eine

Volksbank jedenfalls gegründet werden müsse, um auch ihre Ziele weiter verfolgen zu können.

Dem Kläger kann gegenwärtig nicht widerlegt werden, daß er vor einer neuen Lage gestanden habe, als er - erstmals am 18. oder 19. August 1957 - Einsicht in die Urkunde vom 12. Juli 1957 nehmen konnte. Hier las der Kläger, daß die Gründung der Volksbank B[redacted] auf den Antrag vom 31. Oktober 1955, den er (neben K[redacted]) unterschrieben hatte und in dem er als Bankleiter vorgeschlagen worden war, genehmigt wurde. Es ist verständlich, daß der Kläger - wenn er damals den, die Zusammenhänge klärenden, Erlaß vom 9. August 1957 noch nicht kannte - die bisherigen Informationen für falsch, das Vorgehen der Initiatoren der Zweitgründung für ein abgekartetes Spiel halten und annehmen konnte, die Neugründung habe sich unbefugt in den Besitz der für ihn bestimmten Genehmigungsurkunde gesetzt; denn deren Fassung sprach zu seinen Gunsten. Objektiv hätte der Kläger allerdings besser daran getan, die Legitimation durch Erörterung mit dem Staatsministerium zu klären, wo er authentische Auskunft hätte erhalten können. Erwägt man aber, daß der Registerrichter unter dem 31. Juli 1957 dem Kläger und Theophil M[redacted] aufgegeben hatte, die Genehmigung der Bankaufsichtsbehörde vorzulegen oder nachzuweisen, daß Klage auf Herausgabe der Urkunde erhoben sei, so erscheint der Entschluß zur Klageerhebung nicht als ganz ungewöhnlich und außerhalb des Erfahrungsbereichs liegend; er kann durchaus eine Folge der durch die irreführende Fassung der Genehmigungsurkunde entstandenen, Fehlhandlungen begünstigenden Lage sein. Dieser Möglichkeit, die nicht

durch sichere Feststellungen des Berufungsgerichts ausgeräumt ist, muß das Revisionsgericht Rechnung tragen.

3) Die Notwendigkeit einer anderweiten tatsächlichen Erörterung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß - wie das Berufungsgericht festgestellt hat - nicht mehr die gesetzliche Mindestzahl von sieben Gründergenossen hinter dem Eintragungsantrage der Erstgründung gestanden habe. Auf die auch in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Revision aus § 139 ZPO kommt es nicht an. Der Senat hat in seinem ersten Urteil hierzu ausgeführt: Wenn der Kläger nach den Vorgängen am 12. Juli 1957 hätte erkennen müssen, daß nicht mehr die erforderliche Zahl von Gründergenossen (§§ 4, 11 GenG) hinter dem Eintragungsantrage der Erstgründung stand, wäre es auch im Hinblick auf diesen Antrag sachlich nicht zu verantworten gewesen, die Kosten eines Prozesses aufzuwenden. Damit ist in erster Linie nicht auf die objektive Rechtslage, sondern auf die Erkenntnismöglichkeiten und die durch die Umstände hervorgerufenen Vorstellungen des Klägers abgestellt.

Objektiv allerdings stand dem Eintragungsantrage der Erstgründung vom 8. September 1955 das Bedenken entgegen, daß das Vorstandsmitglied K[redacted] am 26.Juli 1957 den Eintragungsantrag für sich zurückgenommen hatte und daß von den acht Genossen der Erstgründung, die in der dem Gericht eingereichten Liste aufgeführt waren und das Statut unterschrieben hatten (§ 11 Abs. 2 GenG), fünf nicht mehr hinter dem Eintragungsantrage standen und dies dem Registergericht durch den Antrag der Zweitgründung erklärt hatten. Für den Eintragungsantrag kam es gerade auf die Genossen an, die das Statut unterschrieben hatten. Neue Genossen mußten dem Register-

gericht zur Eintragung in die Liste der Genossen mitgeteilt werden (§ 15 GenG), was offenbar nicht geschehen war.

Jedoch erhalten die Dinge ein anderes Gesicht, wenn man sie unter Berücksichtigung der nicht widerlegten Behauptung des Klägers betrachtet, er habe bis zum Sommer 1957 zahlreiche Genossen geworben, die Beitrittserklärungen unterschrieben hätten und gewillt gewesen seien, weiterhin mit ihm zu gehen und seinen Antrag zu unterstützen. Geht man hiervon aus, dann konnte und mußte es allerdings dem Kläger als vordringlich erscheinen, zunächst die Frage der Berechtigung an der Genehmigungsurkunde zu klären. Der Kläger konnte davon ausgehen, daß er - sobald sein Recht an der Urkunde festgestellt sei - die ausgeschiedenen Genossen durch andere,die noch hinter ihm standen, werde ersetzen können, und konnte die Frage, wie das im Einzelnen zu geschehen habe, von seinem Standpunkt aus als zweitrangig vorerst zurückstellen. War aber dieser Standpunkt vertretbar, dann läßt sich nach dem gegenwärtigen Erörterungsstand nicht sagen, daß der Übertritt der Mehrzahl der Gründergenossen zur Zweitgründung dem Kläger jede Veranlassung zur Klageerhebung habe nehmen müssen.

4) Schließlich läßt sich die angefochtene Entscheidung mit der Hilfserwägung des Berufungsgerichts, der Kläger habe durch eigenes Verschulden die Entstehung der Prozeßkosten ganz überwiegend verursacht, nicht halten. Der Begründung des Berufungsgerichts, der Kläger habe die Aussichtslosigkeit der Klage schon bei deren Einreichung gekannt, fehlt - wie aus den bisherigen Ausführungen hervorgeht - die tatsächliche Grund-

lage. Zuzugeben ist allerdings, daß der Kläger bei Berücksichtigung der ihm bekannten und erkennbaren Umstände davon ausgehen mußte, die Rechtslage sei klärungsbedürftig, möglicherweise auch der Erfolg seines Klagebegehrens zweifelhaft. Er handelte dann aber mit der gebotenen Sorgfalt, indem er den Rat eines Rechtsanwalts einholte, diesen beauftragte, die Registerakten einzusehen, und seinem Rat folgte. Daß der Kläger seinen Rechtsanwalt unrichtig oder unvollständig unterrichtet oder entgegen dessen Rat auf Klageerhebung bestanden hätte, hat der insoweit behauptungspflichtige Beklagte nicht vorgetragen.

Hiernach muß das Berufungsurteil, soweit es mit der Revision angefochten ist, aufgehoben und die Sache, weil sie anderweiter tatsächlicher Verhandlung bedarf, an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Angesichts der besonderen Umstände des Rechtsstreits hat der Senat es als angebracht erachtet, die Zurückverweisung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts auszusprechen (§ 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Die Entscheidung

über die Kosten des Revisionsrechtszuges ist dem Berufungsgericht zu überlassen.

Dr. Pagendarm Dr. Beyer Dr. Hußla

Gähtgens Dr. Reinhardt