

9

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

HGB § 25

Zum Haftungstatbestand

BGB § 249 A

Ein Schaden liegt auch dann vor, wenn eine zusätzliche Verbindlichkeit einen vermögenslosen Schuldner trifft.

BRAO § 51

Auch ein neues Mandat kann bei begründetem Anlaß den Anwalt verpflichten, seinen Auftraggeber über einen aus dem alten Mandat gegen ihn herzuleitenden Schadensersatzanspruch und dessen Verjährung zu belehren.

BGH, Urt. v. 10. Oktober 1985 - IX ZR 153/84 - OLG Karlsruhe
LG Konstanz

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 153/84

URTEIL

Verkündet am:
10. Oktober 1985
Thiesies
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Rechtsanwalts Wolfgang B[REDACTED], N[REDACTED] Straße [REDACTED],
V[REDACTED],
2. des Rechtsanwalts Dr. Wolfgang Be[REDACTED], N[REDACTED] Straße [REDACTED],
V[REDACTED],

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma Leo H[REDACTED] GmbH & Co. KG, vertreten durch die GmbH,
diese vertreten durch den alleinvertretungsberechtigten
Geschäftsführer Werner H[REDACTED], Zum Hu[REDACTED], K[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 1985 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Zorn, Fuchs, Gärtner und Dr. Zysk

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe in Freiburg vom 25. Oktober 1984 wird zurückgewiesen, soweit es der Klägerin 155 118,82 DM nebst Zinsen zuerkannt hat.

Im übrigen wird das angefochtene Urteil aufgehoben und der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin macht ihr von der E[REDACTED]-Sch[REDACTED] GmbH abgetretene Ansprüche geltend, die auf fehlerhafte Beratung durch die beklagten Rechtsanwälte gestützt sind.

Seit 1977 befand sich die Firma E[REDACTED]-Sch[REDACTED], Alfred Sch[REDACTED], ein Elektroinstallationsunternehmen in V[REDACTED], in finanziellen Schwierigkeiten. Die wesentliche Kreditgrundlage dieser Firma, ein Geschäftshaus,



wurde am 15. März 1978 für 1,02 Mio DM an die Hauptgläubigerin, die Sparkasse V [REDACTED], verkauft; diese sollte aus dem Kaufpreis Verbindlichkeiten ablösen. Am 11. April 1978 gab der Inhaber der Firma E [REDACTED]-Sch [REDACTED], Alfred Sch [REDACTED], die Erklärung nach § 807 ZPO ab. Seine Söhne Michael und Klemens errichteten, beraten durch den Erstbeklagten, am 17. April 1978 zu notarieller Urkunde eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Stammeinlagen: 20 000 DM) unter der Firma E [REDACTED]-Sch [REDACTED] GmbH. Diese Firma übernahm laut Eröffnungsbilanz zum 1. Mai 1978 die Lager, Werkstatt- und Büroeinrichtungen sowie den Fuhrpark der alten Firma; sie nutzte die bisherigen Geschäftsräume und trat in bestehende Verträge ein. Am 20. Juli 1978 wurden im Handelsregister die alte Firma E [REDACTED]-Sch [REDACTED], Alfred Sch [REDACTED], gelöscht und die Firma E [REDACTED]-Sch [REDACTED] GmbH eingetragen. Am 31. August 1978 übersandten die in einer Anwaltssozietät verbundenen Beklagten der E [REDACTED]-Sch [REDACTED] GmbH die Handelsregisterauszüge und ihre Kostenrechnung für die Beratung bei der Errichtung der GmbH.

Mit der am 6. April 1979 erhobenen Klage beantragte die Klägerin, die E [REDACTED]-Sch [REDACTED] GmbH zur Zahlung von 155 118,82 DM nebst Zinsen zu verurteilen, weil die GmbH für diese von der Firma E [REDACTED]-Sch [REDACTED] geschuldeten Beträge nach § 25 Abs. 1 HGB hafte. Das Landgericht gab der Klage durch Urteil vom 4. Oktober 1979 statt; die Berufung der GmbH wurde durch das am 21. Mai 1981 verkündete rechtskräftig gewordene Urteil (zugestellt am 23. Juli 1981) zurückgewiesen. Die Beklagten, seit Jahren Hausanwälte der Familie Sch [REDACTED], hatten die GmbH in beiden Instanzen vertreten.

Die E[REDACTED]-Sch[REDACTED] GmbH trat am 7. Dezember 1981 ihren Schadensersatzanspruch, den sie gegen die Beklagten aus unzutreffender Beratung anlässlich der Errichtung der GmbH herleitet, zur Begleichung der geschuldeten 155 118,82 DM nebst Zinsen an die Klägerin ab. Im Juli 1982 erkannte die E[REDACTED]-Sch[REDACTED] GmbH eine weitere im Geschäft des Alfred Sch[REDACTED] begründete Forderung der Klägerin von 100 000 DM nebst Zinsen an, auf die 60 000 DM von dritter Seite geleistet worden sind. Auch diese Haftung führt die GmbH auf die unrichtige Beratung durch die Beklagten zurück. Sie trat im Juli 1982 ihren darauf gegründeten Schadensersatzanspruch zur Begleichung der 40 000 DM nebst Zinsen ebenfalls an die Klägerin ab.

Die am 21. Mai 1982 eingereichte, am 1. Juni 1982 zugestellte Klage auf Zahlung von 155 118,82 DM nebst Zinsen aus dem abgetretenen Schadensersatzanspruch wies das Landgericht ab, weil die von den Beklagten erhobene Einrede der Verjährung durchgreife. Die Klägerin erweiterte mit ihrer Berufung den Klagantrag im Mai 1983 um 40 000 DM nebst Zinsen. Das Oberlandesgericht verurteilte die Beklagten, als Gesamtschuldner 195 118,82 DM nebst Zinsen in wechselnder Höhe zu zahlen. Mit der Revision erstreben die Beklagten die Zurückweisung der Berufung. Die Klägerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat nur Erfolg, soweit das Berufungsgericht der Klägerin mehr als 155 118,82 DM nebst Zinsen zuer-

kannt hat.

1. Nach § 25 Abs. 1 HGB haftet, wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt, auch für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Diese Voraussetzungen, unter denen eine Schadensersatzverpflichtung der Beklagten nur in Betracht kommt, sind hier gegeben, wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat:

a) Von der Revision unbeanstandet, stellt der Tatrichter fest, daß die am 17. April 1978 errichtete und am 20. Juli 1978 in das Handelsregister eingetragene E-Sch GmbH das von Alfred Sch bisher betriebene Installationsunternehmen, ein Handelsgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB, in seinem wesentlichen Bestand übernommen hat. Die Kontinuität des Unternehmens blieb nach außen gewahrt: Die Gesellschaft führte das Geschäft in den bisherigen Räumen, mit seinen Lager- und Büroeinrichtungen und mit seinem Fuhrpark fort und trat in bestehende Aufträge ein. Nach dem maßgebenden äußeren Erscheinungsbild wechselte lediglich der Unternehmensträger (vgl. BGH, Urt. v. 29. März 1982 - II ZR 166/81, NJW 1982, 1647). Ob überhaupt und gegebenenfalls welche Vereinbarungen der alte und der neue Inhaber zum Zwecke der Fortführung des Unternehmens getroffen haben, ist unerheblich; die tatsächliche Weiterführung des Handelsgeschäfts genügt. Denn § 25 Abs. 1 HGB knüpft an Tatsachen an, die im Rechtsverkehr nach außen in Erscheinung treten (BGH, Urt. v. 16. Januar 1984 - II ZR 114/83, NJW 1984, 1186; so auch schon BGHZ 18, 248, 250; 22, 234, 239).

b) Die danach maßgebenden Umstände ergeben hier nicht nur die Kontinuität des Unternehmens, sondern auch die Fortführung der Firma. Der kennzeichnende Teil der alten Firma, "E[REDACTED]-Sch[REDACTED]", ist in der neuen erhalten geblieben und weist darauf hin, daß das alte Unternehmen in seinem Bestand gewahrt bleibt. Daß der Vorname des Inhabers der ursprünglichen Firma, "Alfred", in der neuen Firma nicht mehr enthalten und "GmbH" als der das Gesellschaftsverhältnis andeutende Zusatz (§ 4 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) hinzugefügt ist, schadet nicht. Für die Frage, ob eine Firma fortgeführt wird, ist die Verkehrsauffassung maßgebend. Aus der Sicht der Öffentlichkeit kommt es nicht auf wort- und buchstabengetreue Übereinstimmung, sondern darauf an, daß der Kern der alten und neuen Firma sich gleichen (BGH, Urt. v. 16. September 1981 - VIII ZR 111/80, NJW 1982, 577, 578 m.w.N.). Hier sind der Familienname und auch die Bezeichnung des Geschäftszweigs beibehalten. Sie bildeten den Kern der alten und bilden den Kern der neuen Firma. Während der Wegfall des Vornamens des früheren Inhabers Alfred Sch[REDACTED] und die Beifügung eines die Gesellschaftsverhältnisse kennzeichnenden Zusatzes den Wechsel der Unternehmensträger erkennbar machen, wird durch die Übereinstimmung im Kern die Kontinuität des Unternehmens hervorgehoben (vgl. BGH, Urt. v. 29. März 1982 aaO m. Anm. von Karsten Schmidt). Deshalb ist es entgegen der Meinung der Revision unerheblich, daß die neue Firma einen für die Firma des Einzelkaufmanns Alfred Sch[REDACTED] nach § 18 Abs. 1 HGB notwendigen Bestandteil nicht, dagegen einen der bisherigen Firma gemäß § 18 Abs. 2 HGB verbotenen Zusatz enthält. Ob Zusätze notwendig oder nur zulässig sind, ist in diesem Zusammenhang ohne Be-

deutung (so schon BGH Urt. v. 4. November 1953 - VI ZR 112/52, LM HGB § 25 Nr. 1). Auch das Urteil vom 29. März 1982 (aaO) stellt für die Frage der Firmenfortführung nur auf die tatsächlich im Verkehr gebrauchte Firmenbezeichnung ab.

Auf die Grundsätze der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 26. Mai 1955 (JZ 1955, 641, 642) beruft sich die Revision zu Unrecht. Dort ist eine Firmenfortführung nach § 25 Abs. 1 HGB und damit eine Haftung für rückständige Lohnschulden des früheren Inhabers verneint worden, weil die Neuinhaberin, eine GmbH, weder den Vornamen noch den Familiennamen als wesentlichen Bestandteil der früheren Firma übernommen hatte.

2. Nach den unbeanstandeten Feststellungen des Tatrichters war der Erstbeklagte nicht nur mit dem Entwurf eines Gesellschaftsvertrags betraut, sondern allgemein zur rechtlichen Beratung bei der Gründung der GmbH herangezogen worden. Er hat die Gründungsgesellschafter in den anstehenden Fragen beraten, insbesondere zur Frage der Haftung der zu gründenden GmbH.

a) Danach hatten nur die Gründungsgesellschafter, nicht jedoch die erst noch zu gründende GmbH die Beklagten beauftragt. Obwohl ein solcher Beratungsvertrag auf dem Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandanten beruht, also seinem Inhalt nach in der Regel keine Außenwirkung hat, muß sie hier aus der Art der geschuldeten Beratung zugunsten der E[REDACTED]-Sch[REDACTED] GmbH angenommen werden. Die GmbH war

in den Schutzbereich des Anwaltsvertrags einbezogen. Denn gerade sie war Gegenstand der Beratung, die die Beklagten den Gründungsgesellschaftern schuldeten; das Ergebnis der Beratung hatte unmittelbaren Einfluß auf den Vermögensstand (Schuldenstand) der GmbH, wie den Beklagten bekannt war. Sie waren deshalb bei der Erfüllung ihrer Beratungspflichten der GmbH gegenüber verantwortlich. Das haben die Beklagten auch , erkannt, weil sie ihre Kostenrechnung an die GmbH adressierten. Dieser kann daher ein Anspruch auf Ersatz des Schadens, der durch eine fehlerhafte oder unzulängliche Beratung bei ihrer Gründung eingetreten ist, erwachsen sein. Das hat das Berufungsgericht in Anlehnung an BGH, Urt. v. 11. Januar 1977 - VI ZR 261/75, NJW 1977, 2073, 2074 (vgl. auch BGH, Urt. v. 6. Juli 1965 - VI ZR 47/64 = NJW 1965, 1955) zutreffend dargelegt.

b) Es stellt weiter aufgrund einer Würdigung unstreitiger Umstände, insoweit von der Revision unbeanstandet, fest: Die Mitglieder der Familie Sch[REDACTED] hielten es für aussichtslos, die nicht überschaubaren Verpflichtungen der bisherigen Einzelfirma mit dem Ziel einer Umschuldung zu ordnen. Dementsprechend war es unvertretbar, diese Verbindlichkeiten insgesamt auf die zu gründende GmbH zu übernehmen. Das ist vom Erstbeklagten nicht verkannt worden. Ihm waren auch die Umstände, die die Haftung der GmbH für die Altschulden begründeten, zur Zeit des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages bekannt. Zu diesem Zeitpunkt stand für ihn auch fest, daß die Firma E[REDACTED]-Sch[REDACTED] GmbH verwendet werden sollte.

Dann aber, so führt das Berufungsgericht aus, komme es nicht darauf an, ob der Erstbeklagte von der Verwendung der Firma abgeraten habe. Er hätte vielmehr die Gründungsgesellschaft-

ter mit aller Deutlichkeit darauf hinweisen müssen, daß die GmbH für die gesamten Verbindlichkeiten der bisherigen Einzelfirma in Anspruch genommen werden würde. Das habe der Erstbeklagte nach der Überzeugung des Senats nicht getan. Es sei nur von einem gewissen Haftungsrisiko die Rede gewesen, das jedoch für die Gründungsgesellschafter im Wege der beschränkten Haftung der Gesellschaft abgrenzbar sei. Weder der Erstbeklagte noch die sonstigen Beteiligten seien davon ausgegangen, daß die GmbH für die Altschulden der Einzelfirma eintreten müsse. Am nächsten liege die Annahme, daß der Erstbeklagte gemeint habe, ohne einen Übernahmevertrag zwischen dem Inhaber der bisherigen Einzelfirma und der GmbH komme eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB nicht in Betracht. So erkläre es sich, daß die Beklagten selbst vorgegetragen hätten, erst das fehlerhafte Verhalten der Geschäftsführer der GmbH habe zu einer solchen Haftung geführt und sei nicht voraussehbar gewesen, eine Übernahme der Altfirma sei nicht beabsichtigt gewesen, nach Abschluß des Gesellschaftsvertrags habe der Erstbeklagte die Geschäftsführer vor haftungsbegründenden Maßnahmen gewarnt. In Wirklichkeit hätten aber die haftungsbegründenden Umstände schon zur Zeit der Beurkundung des GmbH-Vertrags offen zutage gelegen. Wenn das rechtzeitig erkannt worden wäre, hätte eine Regelung gefunden werden können, bei der eine Haftung der GmbH für Altschulden vermieden worden wäre. Es hätte ein Übernahmevertrag und ein Haftungsausschluß nach § 25 Abs. 2 HGB vereinbart oder eine Firmenfortführung vermieden werden können.

Schließlich ist der Tatrichter davon überzeugt, daß die GmbH nicht in der Weise, wie geschehen, gegründet worden wäre, wenn der Erstbeklagte die Gründungsgesellschafter

deutlich darauf hingewiesen hätte, daß die GmbH, so wie sie vorgesehen war, in vollem Umfang für die Schulden der bisherigen Einzelhandelsfirma in Anspruch genommen werden könnte. Danach seien die Beklagten der GmbH zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der darin liege, daß die GmbH nach § 25 Abs. 1 HGB für die Verbindlichkeiten der früheren Firma Alfred Sch[REDACTED] hafte.

Demgegenüber macht die Revision geltend: Da der Erstbeklagte von der Verwendung der Firma E[REDACTED]-Sch[REDACTED] GmbH abgeraten habe, habe er auch gewußt, daß eine Haftung aus § 25 Abs. 1 HGB wegen Firmenfortführung ohne förmlichen Übernahmevertrag möglich gewesen sei. Desgleichen habe er erkannt, daß die Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB weiter die Fortführung des Handelsgeschäftes mit oder ohne Übernahmevertrag voraussetze. Diese Kenntnis ergebe sich aus dem Vortrag der Beklagten in den Tatsacheninstanzen, eine Übernahme des Geschäfts sei nicht beabsichtigt gewesen, nach Abschluß des Gesellschaftsvertrags habe der Erstbeklagte die Geschäftsführer vor haftungsbegründenden Maßnahmen gewarnt; so sei auch der Tatbestand der Fortführung des Handelsgeschäfts erst nach dem 17. April 1978 gesetzt worden. Sei, wie das Berufungsgericht annehme, der haftungsbegründende Umstand der Firmenfortführung bei Vertragsabschluß noch zu vermeiden gewesen, habe der Erstbeklagte durch die Warnung vor Verwendung der Firma E[REDACTED]-Sch[REDACTED] GmbH seine Hinweispflicht erfüllt. Er sei nicht verpflichtet gewesen, weitere haftungsbegründende Umstände, nämlich die Fortführung des Handelsgeschäfts, zu vermeiden oder auf die Möglichkeit des Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB hinzuweisen, weil nach dem Vortrag der Beklagten eine Übernahme des Ein-

zelhandelsgeschäfts nicht vorgesehen gewesen sei. Zudem habe der Erstbeklagte nach Abschluß des Gesellschaftsvertrags nochmals auf die Risiken einer Haftung der GmbH hingewiesen und empfohlen, jeden Anschein einer Geschäftsübernahme zu vermeiden.

Diesen Angriffen muß der Erfolg versagt bleiben.

aa) Auszugehen ist von der unstreitigen Tatsache, daß die Gründungsgesellschafter, wie der Erstbeklagte wußte, eine Haftung der GmbH für die Schulden der zu löschenden Firma E[REDACTED]-Sch[REDACTED], Alfred Sch[REDACTED], vermeiden wollten, aber am 17. April 1978 im Beisein des Erstbeklagten die Gesellschaft mit der Firma E[REDACTED]-Sch[REDACTED] GmbH errichtet werden sollte und auch errichtet wurde. Weiter ist festgestellt, daß dem Erstbeklagten am 17. April 1978 die Umstände bekannt waren, die neben der Firmenfortführung die Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB auslösten, nämlich daß das Geschäft der früheren Firma in seinem wesentlichen Bestand erhalten bleiben und zwar in den bisherigen Geschäftsräumen mit dem bisherigen Personal und Fuhrpark unter Eintritt der GmbH in bestehende Verträge fortgeführt werden sollte. Dennoch hat sich der Erstbeklagte nach seinem eigenen Vortrag darauf beschränkt, die Gründungsgesellschafter vor der Verwendung der Firma E[REDACTED]-Sch[REDACTED] GmbH zu warnen und später, nachdem die neu gegründete Gesellschaft die Geschäftsräume der alten Firma samt Einrichtung und Fuhrpark und damit das Handelsgeschäft in seinem wesentlichen Bestand bereits übernommen hatte, die Vermeidung jeden Anscheins einer Geschäftsübernahme zu empfehlen. Dafür, daß der Erstbeklagte bereits bei der Gründung der Gesellschaft vor kon-

9

kreten Tatbeständen, etwa vor der Übernahme der Geschäftsräume und des Fuhrparks oder der Büroeinrichtung gewarnt hätte, fehlt auch im Vortrag der Beklagten jeder Anhalt.

bb) Danach hat der Erstbeklagte die ihm aus dem Anwaltsvertrag obliegenden Pflichten nicht erfüllt. Er hätte umfassend und möglichst erschöpfend beraten, insbesondere die Auftraggeber vor möglichen Schädigungen bewahren müssen (BGHZ 89, 178, 181 m.w.N.). Dazu reichte die Warnung, die Firma E[REDACTED] - Sch[REDACTED] nicht zu verwenden, nicht aus, ebenso nicht ein etwaiger Hinweis auf das allgemeine Risiko einer Firmenfortführung. Der Erstbeklagte hätte angesichts der bekannten Absicht der Gründungsgesellschafter, die GmbH von Altschulden freizuhalten, mit aller Deutlichkeit darauf hinweisen müssen, daß nach dem ihm bekannten Stand der Dinge die Gesellschaft für die Verbindlichkeiten der zu löschenden Firma haften werde. Außerdem war der Erstbeklagte verpflichtet, den Gründungsgesellschaftern den sichersten und gefahrlosesten Weg aufzuzeigen (BGH, Urt. v. 25. Juni 1974 - VI ZR 18/73, VersR 1974, 1108; v. 14. Januar 1975 - VI ZR 102/74, LM BGB § 276 (Ci) Nr. 25; v. 23. Juni 1981 - VI ZR 42/80, LM BGB § 477 Nr. 34; v. 15. Januar 1985 - VI ZR 65/83 = NJW 1985, 1154), wie eine Haftung der zu gründenden GmbH für die Altschulden vermieden werden könnte. Er hätte danach auf der Eintragung einer Firma ohne den Namen Schneider bestehen oder gegebenenfalls den Haftungsausschluß nach § 25 Abs. 2 HGB samt Voraussetzungen eingehend darlegen und empfehlen müssen. Das ist unstreitig nicht geschehen. Der Erstbeklagte ist nicht dadurch entlastet, daß von einem Übernahmevertrag keine Rede war. Der Erstbeklagte hatte erkannt oder fahrlässig nicht erkannt, daß schon nach den

Grundsätzen der Entscheidungen BGHZ 18, 248; 22, 234 auch ohne Übernahmevertrag eine Haftung der GmbH für Altschulden in Betracht komme. Im Falle der Kenntnis wie auch der fahrlässigen Unkenntnis gereicht dem Erstbeklagten zum Verschulden, daß er entgegen seiner Verpflichtung aus dem Anwaltsvertrag die Errichtung einer GmbH mit einer im Kern fortbestehenden Firma durch eine eindeutige Belehrung über die Folgen nicht verhindert und nicht die Möglichkeit des Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB aufgezeigt hat.

Von der Erfüllung dieser Pflichten war der Erstbeklagte nicht deshalb entbunden, weil die Gründungsgesellschafter mit einer auf das Vermögen der Gesellschaft beschränkten Haftung gerechnet haben. Entscheidend ist, daß auch nach dem Vortrag der Beklagten die GmbH nicht für die Altschulden haften sollte. Dieses Ziel wäre nach der Überzeugung des Tatrichters bei pflichtgemäßer Beratung durch den Erstbeklagten auch erreicht worden. Danach ist die Belastung der GmbH mit den Schulden, die die gelöschte Firma gegenüber der Klägerin eingegangen war, auf die schuldhafte Verletzung der Pflichten aus dem Anwaltsvertrag zurückzuführen.

3. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der GmbH sei durch die Belastung mit Forderungen der Klägerin gegen die Einzelfirma E[REDACTED]-Sch[REDACTED] in Höhe von 195 118,82 DM nebst Zinsen ein Schaden entstanden, den der Erstbeklagte nach § 249 BGB durch Freistellung der GmbH von diesen Schulden zu ersetzen hatte.

a) Zwar ist die E[REDACTED]-Sch[REDACTED] GmbH unter Berück-

sichtigung der sie treffenden Altschulden nach dem Vortrag der Klägerin überschuldet und konkursreif. Das ist jedoch unerheblich. Ein Schaden liegt auch dann vor, wenn eine zusätzliche Verbindlichkeit einen vermögenslosen Schuldner trifft. Denn jede weitere Verbindlichkeit erhöht die Summe der Passiven und führt zu einer (negativen) Differenz zwischen den Vermögenslagen ohne oder mit dieser Belastung. Dieser rechnerische Schaden beschwert den Schuldner auch dann, wenn er keine Aussicht hat, aus eigener Kraft den Gläubiger zu befriedigen. Dem redlichen Schuldner kann nicht das Interesse abgesprochen werden, nicht noch einem weiteren Gläubiger etwas zu schulden. Ebenso wie der vermögende muß auch der vermögenslose Schuldner zur Erfüllung dieser Schuld von seinem Befreiungsanspruch Gebrauch machen können (BGH, Urt. v. 29. Juni 1972 - II ZR 123/71, NJW 1972, 1856).

Diese Auffassung wird entgegen der Meinung der Revision, die sich auf RGZ 146, 360 und 147, 248 stützt, der Interessenlage der Beteiligten gerecht. Der Klägerin als Gläubigerin der vermögenslosen GmbH erwächst kein ungerechtfertigter Vorteil daraus, daß sie sich zwar nicht bei ihrer Schuldnerin, jedoch bei einem zahlungsfähigen Dritten, dem beklagten Schuldner des Befreiungsanspruchs, erholen kann. Ohne Rücksicht auf eine günstige oder ungünstige Vermögenslage der GmbH, könnte die Klägerin in den Befreiungsanspruch der GmbH vollstrecken. In keinem Fall wäre sie daran durch § 851 Abs. 1 ZPO, § 399 BGB gehindert, weil die Beklagten den Befreiungsanspruch ohnehin durch Leistung an die Klägerin erfüllen müssen. Insofern unterscheidet sich die Zugriffsmöglichkeit der Klägerin nicht, ob nun die GmbH vermögenslos ist oder Vermögen hat. Umgekehrt wäre es unver-

ständig, daß die Beklagten als Schuldner des Befreiungsanspruchs nur haften würden, wenn die GmbH nicht überschuldet wäre, aber frei ausgingen, weil die Gesellschaft kein Vermögen mehr habe.

b) Die Revision meint weiter, um die ursächliche Verknüpfung zwischen der Pflichtverletzung des Erstbeklagten und dem Schaden darzutun, hätte das Berufungsgericht dem Vortrag der Beklagten, für die GmbH habe das Risiko einer Haftung nach § 419 BGB bestanden, das für den Fall der Übernahme des Geschäfts nicht vermeidbar gewesen sei, nachgehen müssen. Das trifft nicht zu. Es fehlt auch nach dem Vortrag der Beklagten schon an einem gemäß § 419 BGB erforderlichen Übernahmevertrag. Zudem ist kein Anhalt dafür ersichtlich, daß Alfred Sch[REDACTED] nahezu sein gesamtes Vermögen der GmbH überlassen habe. Dabei ist die unstreitige Tatsache zu berücksichtigen, daß er und seine Frau am 15. März 1978, ein ihnen gehörendes Grundstück für mehr als 1 Mio. DM verkauft haben.

4. Zu Recht hat das Berufungsgericht ein Mitverschulden der Gesellschafter und Geschäftsführer der E[REDACTED]-Sch[REDACTED] GmbH verneint. Die Frage, inwieweit deren festgestelltes Verhalten von Einfluß auf das Entstehen des Schadens gewesen ist, ist gemäß § 287 ZPO nach tatrichterlichem Ermessen zu entscheiden (BGH, Urt. v. 7. Februar 1968 - VIII ZR 139/66, NJW 1968, 985). Die Verteilung der Verantwortlichkeit für den Schaden im Rahmen des § 254 BGB gehört daher zur tatrichterlichen Würdigung (BGHZ 51, 275, 279). Nach dieser haftet die GmbH nicht deshalb, weil sich die Gründungsgesellschafter wenig darum gekümmert haben, welche Altschulden

aus dem Betrieb der Einzelfirma noch vorhanden seien, sondern weil es an einer Aufklärung über die rechtliche Lage gefehlt hat. Diese Aufklärung sei aber Sache des Erstbeklagten gewesen. Wenn aufgrund dieser Wertung der Tatrichter ein Mitverschulden der Gründungsgesellschafter für nicht gerechtfertigt erachtet, so ist das nicht zu beanstanden. Daß die Gründungsgesellschafter der GmbH ein (auf ihre Einlagen) begrenztes Risiko zu tragen bereit waren, konnte der Tatrichter als unerheblich gegenüber der festgestellten Pflichtwidrigkeit des Erstbeklagten unberücksichtigt lassen.

5. Das Berufungsgericht geht auch zutreffend davon aus, daß für den durch den Erstbeklagten schuldhaft verursachten Schaden sein Sozios, der Zweitbeklagte, haftet (st.Rspr. zuletzt BGH, Urt. v. 23. Mai 1985 - IX ZR 102/84, NJW 1985, 2250). Die Beklagten waren Gesamtschuldner des Befreiungsanspruchs der GmbH. Die Abtretung dieses Anspruchs an die Gläubigerin, von deren Forderung die Beklagten die GmbH zu befreien hatten, scheitert nicht an § 399 BGB. Denn die Beklagten schulden nach wie vor die Befriedigung der Klägerin, die diese nunmehr als Zessionarin zu Recht verlangt.

6. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war, weil die am 17. April 1978 gegründete Gesellschaft das bisherige Unternehmen mit dem Kern der alten Firma weitergeführt hat, der in der Belastung mit den Altschulden bestehende Schaden in der Person der E[REDACTED]-Sch[REDACTED] GmbH mit deren Eintragung im Handelsregister am 20. Juli 1978 erwachsen. Denn erst mit der Eintragung entsteht die GmbH als juristische Person (§§ 11, 13 GmbHG). Ihr Anspruch auf Befreiung gegen die Beklagten war mithin gemäß § 51 BRAO

seit 21. Juli 1981 verjährt.

a) Auf diese Verjährung dürfen sich die Beklagten jedenfalls nicht berufen, soweit sie der Klägerin die ihr im Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 21. Mai 1981 zuerkannten 155 118,82 DM nebst Zinsen schulden.

Die Gläubigerin eines aus Verletzung des Mandatsvertrags haftenden Anwalts erlangt gegen diesen einen sogenannten Sekundäranspruch darauf, daß die Einrede der Verjährung nach § 51 BRAO nicht erhoben werde, wenn der Anwalt ein während des Laufs der Verjährungsfrist des § 51 BRAO bestehendes Mandatsverhältnis erneut dadurch schuldhaft verletzt, daß er trotz gegebenen Anlasses seine Auftraggeberin nicht auf seine Verpflichtung, sie im Wege des Schadensersatzes von ihren Verbindlichkeiten zu befreien, hinweist und nicht über die Verjährung dieses gegen ihn gerichteten Anspruchs zutreffend belehrt (Senatsurteil v. 23. Mai 1985 - IX ZR 102/84, NJW 1985, 2250; v. 11. Juli 1985 - IX ZR 11/85, WM 1985, 1035). Auf dieser erneuten Pflichtverletzung muß der Eintritt der Verjährung nach § 51 BRAO beruhen; anderenfalls entsteht der Schadensersatzanspruch auf Unterlassung der Einrede nicht (BGH aaO; vgl. auch Urt. v. 26. Februar 1985 - VI ZR 144/83, NJW 1985, 1151). Die Beklagten waren mit der Rechtsverteidigung der Elektro-Schneider GmbH gegen den auf § 25 Abs. 1 HGB gestützten und am 6. April 1979 beim Landgericht erhobenen Anspruch der Klägerin auf Zahlung von 155 118,92 DM nebst Zinsen beauftragt. Spätestens das am 4. Oktober 1979 verkündete, dem Klagantrag gegen die GmbH in vollem Umfang stattgebende Urteil des Landgerichts, das insoweit vom Oberlandesgericht

in seinem Urteil vom 21. Mai 1981 bestätigt wurde, hätte die Beklagten veranlassen müssen, ihrer Hinweis- und Belehrungspflicht nachzukommen. Dies haben sie unstreitig nicht getan. Ob die Geschäftsführer der E-Sch GmbH die falsche Beratung durch den Erstbeklagten bei der Gründung der GmbH bis zum Ablauf der Verjährungsfrist am 20. Juli 1981 vermutet oder erkannt und den rechtlichen Schluß auf das Bestehen eines Befreiungsanspruchs gegen die Beklagten gezogen hatten, kann offen bleiben. Dadurch, daß die Beklagten nicht über die mit Ablauf des 20. Juli 1981 drohende Verjährung belehrten, verletzen sie schuldhaft die Pflichten aus dem seit April 1979 bestehenden neuen Anwaltsvertrag mit der GmbH. Daß der mit den Gründungsgesellschaftern der GmbH geschlossene Beratungsvertrag seit der Übersendung der Kostenrechnung vom 31. August 1978 und der Handelsregisterauszüge beendet war, ist unerheblich. Auf der Verletzung der Pflichten aus dem seit April 1979 bestehenden Mandat beruht jedenfalls die Verjährung des Anspruchs der GmbH gegen die Beklagten, die GmbH von der rechtskräftig zuerkannten Forderung der Klägerin auf Zahlung von 155 118,82 DM nebst Zinsen zu befreien. Denn im Falle einer zutreffenden Belehrung hätte die GmbH nach der Überzeugung des Tatrichters diesen Regreßanspruch rechtzeitig erhoben. Insoweit ist die sich nach § 51 BRAO richtende Verjährung des am 21. Juli 1981 entstandenen Sekundäranspruchs durch die Erhebung der vorliegenden Klage am 1. Juni 1982 unterbrochen worden. In der genannten Höhe ist mithin der abgetretene Schadensersatzanspruch begründet und die Revision unbegründet.

b) Die Belehrung, die die Beklagten der GmbH seit dem auf § 25 Abs. 1 HGB gestützten Urteil des Landgerichts vom

4. Oktober 1979 schuldeten, hätte sich darauf erstrecken müssen, daß die GmbH für die nicht anderweitig abgedeckten alten Schulden der früheren Firma einzustehen habe, die Beklagten die GmbH von diesen Verbindlichkeiten im Wege des Schadensersatzes befreien müssen, diese Schadensersatzansprüche aber nach § 51 BRAO mit Ablauf des 20. Juli 1981 verjähren. Ob auf der Unterlassung einer solchen Belehrung die Verjährung des Anspruchs der GmbH gegen die Beklagten auf Befreiung von der Forderung beruht, die die GmbH erst im Juli 1982 anerkannt hat, ist den Feststellungen des Tatrichters und dem Vortrag der Parteien nicht zu entnehmen; denn es ist nicht erörtert, wann die Geschäftsführer der GmbH von der Verpflichtung der gelöschten Firma und damit auch der GmbH, weitere 100 000 DM oder 40 000 DM an die Klägerin zu zahlen, erfahren haben. Das Fehlen einer Belehrung würde die Verjährung des Befreiungsanspruchs nicht verursacht haben, wenn die Klägerin mit ihrem Anspruch auf Zahlung von weiteren Altschulden der früheren Firma erst nach dem 20. Juli 1981 gegenüber der E[REDACTED]-Sch[REDACTED] GmbH hervorgetreten wäre, diese mithin trotz ausreichender Belehrung mangels Kenntnis eines Schadens insoweit auch keinen Befreiungsanspruch vor dessen Verjährung nach § 51 BRAO hätte erheben können. Daß der Geschädigte keine Kenntnis vom Schaden erlangt und deshalb nichts zur Unterbrechung der Verjährung unternommen hat, hindert deren Eintritt nach § 51 BRAO nicht (Senatsurteil v. 23. Mai 1985 aaO).

Soweit das Berufungsgericht die Beklagten verurteilt hat, weitere 40 000 DM nebst Zinsen zu leisten, kann das angefochtene Urteil mithin keinen Bestand haben. Eine

abschließende Entscheidung zum Nachteil der Klägerin ist insoweit dem Revisionsgericht verwehrt. Diese muß, weil der maßgebende rechtliche Gesichtspunkt erst im Revisionsverfahren erörtert worden ist, Gelegenheit haben darzulegen, daß auch die Verjährung des Anspruchs der GmbH auf Befreiung von der zweiten Verbindlichkeit über 40 000 DM nebst Zinsen auf der unterlassenen Belehrung über den Sekundäranspruch beruhe.

Merz

Zorn

Fuchs

Gärtner

Zysk