

# BUNDESGERICHTSHOF

22

## IM NAMEN DES VOLKES

Versäumnis-

IX ZR 194/87

### URTEIL

Verkündet am:  
10. März 1988  
Schnurr  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Rechtsanwalt Ulrich H. L.,  
G Allee , D ,
2. Rechtsanwalt Michael Gr.,  
G Allee , D ,
3. ...

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

g e g e n

1. ...
2. Friedrich-Wilhelm W.,  
Walter-F -Straße , R -Lü ,

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Carl, Dr. ,  
II. Instanz: Dr. , , Dr. und  
in D

WII

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. März 1988 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Henkel, Fuchs, Gärtner und Dr. Schmitz

für Recht erkannt:

Auf die Revision wird das Teilurteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 31. Juli 1987 aufgehoben, soweit zum Nachteil der Kläger zu 1) und 2) erkannt ist.

Die Berufung des Beklagten zu 2) gegen das Urteil der 16. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 27. November 1985 wird im Verhältnis zu den Klägern zu 1) und 2) zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision werden dem Beklagten zu 2) auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger zu 1) und 2) haben sich als Rechtsanwälte zur Berufsausübung zusammengeschlossen; der frühere Kläger

zu 3) ist als Steuerberater in ihrer Praxis tätig. Seit 1981 war der Kläger zu 1) als Rechtsanwalt für die Beklagte zu 1) tätig, die bis Ende 1984 als W [REDACTED] Werkzeugmaschinen KG firmierte. Deren persönlich haftender Gesellschafter war bis Anfang 1986 der Beklagte zu 2). Am 15. April 1987 ist über das Vermögen der Beklagten zu 1) das Konkursverfahren eröffnet worden.

Gegenstand der Klage ist eine Gebührenforderung von 31.231,05 DM für rechtliche Beratung und Vertretung der Beklagten zu 1) in einem Schiedsgerichtsverfahren. Die Beklagten haben Bedenken gegen die Aktivlegitimation des Klägers zu 3) geltend gemacht und gegenüber der im übrigen nicht mehr streitigen Klageforderung die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen wegen fehlerhafter anwaltlicher Beratung erklärt. Diese Ersatzansprüche leiten sie aus folgendem Sachverhalt her:

Im Januar 1982 verkaufte die Beklagte zu 1) (im folgenden: die Beklagte) einer Firma Erwin J [REDACTED] Maschinenfabrik GmbH (im folgenden: Firma J [REDACTED]) ein Horizontal-Bohr- und Fräswerk zum Preis von 525.450 DM. Nach der Anlieferung teilte die Firma J [REDACTED] der Beklagten am 3. März 1982 fernschriftlich mit, sie habe beim Auspacken des ersten Teils der Maschine eine vollständige Verrostung festgestellt und lehne deshalb eine Abnahme und Bezahlung ab. Am folgenden Tag besichtigte der damalige Geschäftsleiter der Beklagten die Maschine bei der Käuferin. Nach der Besichtigung richtete diese ein weiteres Fernschreiben an die Beklagte, in dem sie unter anderem erklärte, sie trete von dem Kaufvertrag zurück und belaste die Beklagte mit



allen bisher angefallenen Kosten; sie sei aber bereit, über die Anschaffung der Maschine neu zu verhandeln. Die Beklagte erwiderte mit Fernschreiben vom 5. März 1982:

"Wir bitten um Aufgabe der bei Ihnen entstandenen Kosten bis heute mittag 12.00 Uhr. Die Maschine wurde soeben einem anderen Interessenten an Hand gegeben. Den genauen Termin für die Abholung geben wir noch bekannt."

In der Folgezeit machte die Firma J. [REDACTED] die Herausgabe der Maschine zunächst von der Bezahlung ihrer Kosten und der ausdrücklichen Annullierung des Vertrages abhängig. Nachdem die Beklagte sich auf ihren Eigentumsvorbehalt berufen und Herausgabeklage angedroht hatte, gab die Käuferin die Maschine heraus. Mit Schreiben ihres anwaltlichen Vertreters vom 17. März 1982 verlangte sie die Lieferung einer fabrikneuen Maschine des verkauften Typs bis spätestens zum 31. März 1982. Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist erklärte sie am 5. April 1982 den Rücktritt vom Vertrag.

Ende August 1982 erhob die Firma J. [REDACTED] Klage auf Erstattung ihrer Kosten gegen die Beklagte (12 O 288/82 LG Wuppertal). Die Beklagte beauftragte die Kläger mit ihrer Beratung und Vertretung. Die Bearbeitung lag ausschließlich in den Händen des Klägers zu 1) (im folgenden: der Kläger), der seinerseits beim Landgericht Wuppertal zugelassene Rechtsanwälte als Prozeßbevollmächtigte einschaltete. Auf eine entsprechende Anfrage der Beklagten riet der Kläger mit Schreiben vom 6. Oktober 1982 von der Erhebung einer Widerklage auf Abnahme der Maschine und Zahlung des

Kaufpreises ab. Er begründete dies damit, daß die Firma J[REDACTED] eine Ausrüstung der Maschine mit einer bestimmten numerischen Steuerung wünsche, welche die Beklagte nach eigenen Angaben nicht liefern könne. Die Beklagte entschied sich jedoch für die Erhebung der Widerklage. In dem zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termin vom 18. November 1982 wies der Vorsitzende die Parteien darauf hin, daß möglicherweise durch den Austausch der Fernschreiben vom 4. und 5. März 1982 bereits eine Wandlung des Kaufvertrages vollzogen worden sei. Während die Firma J[REDACTED] sich diesen Standpunkt zu eigen machte, vertrat der Kläger in seinen Schriftsätzen den gegenteiligen Standpunkt und behauptete, der Geschäftsleiter der Beklagten habe bei der Besichtigung am 4. März 1982 eine Wandlung des Vertrages ausdrücklich abgelehnt. Diese Behauptung ließ der Kläger vor Durchführung einer hierüber angeordneten Beweiserhebung wegen eines Informationsversehens wieder fallen. Mit Urteil vom 6. Oktober 1983 wies das Landgericht Wuppertal die Widerklage ab mit der Begründung, der Kaufvertrag sei am 4./5. März 1982 durch Wandlung rückgängig gemacht worden. Die Berufung der Beklagten gegen dieses Urteil wurde aus denselben Gründen zurückgewiesen, eine hiergegen eingelegte Revision ist nicht fristgerecht begründet.

Die Beklagten behaupten, wenn der Kläger darauf hingewiesen hätte, daß die Widerklage wegen der bereits am 4./5. März 1982 vollzogenen Wandlung des Kaufvertrages aussichtslos sei, würde die Beklagte die Widerklage nicht erhoben haben. Deshalb müßten die Kläger die durch die Erhebung der Widerklage entstandenen Kosten ersetzen.

Das Landgericht hat der vorliegenden Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat durch Teilurteil die gegen den Beklagten zu 2) gerichtete Klage abgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgen nur die Kläger zu 1) und 2) das Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Da der Revisionsbeklagte trotz rechtzeitiger Ladung im Revisionsverhandlungstermin nicht vertreten war, mußte auf den Antrag der Revisionskläger durch Versäumnisurteil entschieden werden (BGHZ 37, 79, 81). Dieses Urteil beruht jedoch inhaltlich nicht auf einer Säumnisfolge, sondern berücksichtigt den gesamten derzeitigen Sach- und Streitstand (vgl. BGHZ 37, 79, 82).

II.

Es begegnet keinen rechtlichen Bedenken, daß das Berufungsgericht nach der durch die Konkurseröffnung bedingten Unterbrechung des Verfahrens gegen die Beklagte zu 1) den Rechtsstreit bezüglich des Beklagten zu 2) durch Teilurteil entschieden hat. Der Erlaß eines Teilurteils wäre,

wie das Berufungsgericht zutreffend darlegt, nur dann unzulässig, wenn die Beklagten notwendige Streitgenossen im Sinne des § 62 ZPO wären. Das ist jedoch nicht der Fall. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind bei einer Klage, die - wie hier - wegen einer Gesellschaftsschuld sowohl gegen die Gesellschaft als auch gegen einen persönlich haftenden Gesellschafter gerichtet wird, die Beklagten auch dann keine notwendigen Streitgenossen, wenn der Gesellschafter sich nicht mit persönlichen Einwendungen verteidigt (BGHZ 54, 251, 254 f; 63, 51, 54 f; Beschl. v. 4. März 1985 - II ZB 3/85, VersR 1985, 548). Es besteht keine Veranlassung, von dieser Rechtsprechung abzugehen, die auch im Schrifttum überwiegend Zustimmung gefunden hat (vgl. die Nachweise bei Zöllner/Vollkommer, ZPO 15. Aufl. § 62 Rdnr. 7; nunmehr auch Thomas/Putzo, ZPO 15. Aufl. § 62 Anm. 3 a). Die für die Stellung der Streitgenossen im Verfahren wesentliche Entscheidung, ob notwendige oder einfache Streitgenossenschaft vorliegt, darf nicht von den Zufälligkeiten der Prozeßführung, nämlich davon abhängen, ob ein Gesellschafter sich im Einzelfall mit persönlichen Einwendungen verteidigt oder nicht. Gründe der Rechtssicherheit und Klarheit gebieten es vielmehr, nur einfache Streitgenossenschaft anzunehmen (BGHZ 54, 251, 255).

III.

Das Berufungsgericht hat gegenüber der Klageforderung der Kläger zu 1) und 2) die von der Beklagten erklärte Aufrechnung durchgreifen lassen. Dazu hat es ausgeführt: Der Kläger habe in der Streitigkeit zwischen der Beklagten und der Firma J. [REDACTED] anwaltliche Beratungspflichten verletzt und dadurch der Beklagten Schaden zugefügt. Bei der gebotenen sorgfältigen Prüfung der Rechtslage hätte er ohne weiteres erkennen müssen, daß der Kaufvertrag über die Bohr- und Fräsmaschine durch die am 4. und 5. März 1982 gewechselten Fernschreiben rückgängig gemacht worden sei und die von der Beklagten erstrebte Zahlung des Kaufpreises und Abnahme der Maschine mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in einem Rechtsstreit nicht habe durchgesetzt werden können. Er hätte über die Aussichtslosigkeit der beabsichtigten Widerklage belehren müssen. Dann hätte die Beklagte den Auftrag zur Erhebung der Widerklage nicht erteilt. Daß der Kläger wegen der von der Käuferin gewünschten numerischen Steuerung von der Widerklage abgeraten habe, sei unerheblich. Denn dabei habe es sich um einen auf tatsächlichem Gebiet liegenden Einwand gehandelt, dessen Gewicht die Beklagte selbst habe beurteilen können.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Der um eine Beratung ersuchte Rechtsanwalt ist zu einer umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung

verpflichtet und muß seinen Mandanten vor möglichen Schädigungen bewahren (vgl. BGHZ 89, 178, 181; Senatsurt. v. 31. Oktober 1985 - IX ZR 175/84, WM 1986, 199, jeweils m.w.N.). Bei der Prüfung der Aussichten eines beabsichtigten Prozesses muß der Anwalt vor allem den ihm vorgetragenen Sachverhalt daraufhin überprüfen, ob er geeignet ist, den von dem Auftraggeber erstrebten Erfolg zu begründen (BGH, Urt. v. 17. Januar 1963 - III ZR 145/61, VersR 1963, 387, 388). Auf mögliche Bedenken gegen die Erfolgsaussichten einer Klage muß er den Auftraggeber hinweisen. Wenn die Prüfung ergibt, daß die beabsichtigte Klage nahezu sicher oder jedenfalls mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit aussichtslos ist, darf der Rechtsanwalt dies nicht verschweigen; er muß vielmehr von sich aus hinreichend deutlich zu dem Grad des Risikos und der Wahrscheinlichkeit des Prozeßverlustes Stellung nehmen (BGHZ 89, 178, 182; 97, 372, 376 f).

2. Ob der Kläger bei sorgfältiger Prüfung der Rechtslage hätte erkennen müssen, daß möglicherweise am 4./5. März 1982 bereits die Wandlung des Kaufvertrages vollzogen worden war, kann dahinstehen. Auch wenn man dies zugunsten des Beklagten bejaht, ist ein Schadensersatzanspruch gegen den Kläger nicht begründet.

a) Wenn man davon ausgeht, daß der Kläger eine Wandlung des Kaufvertrages hätte in Betracht ziehen müssen, so war er entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts gleichwohl nicht verpflichtet, aus diesem Grund von der Erhebung der Widerklage abzuraten. Der Vollzug einer Wandlung

lag nicht so auf der Hand, daß die Widerklage deshalb von vornherein als aussichtslos erscheinen mußte. Man wird zwar den von der Käuferin als juristischem Laien mit Fernschreiben vom 4. März 1982 erklärten Rücktritt vom Kaufvertrag als Wandlungsbegehren auffassen müssen. Das Antwortfern-schreiben der Beklagten nimmt jedoch zur Frage des Fortbe-standes des Kaufvertrages nicht ausdrücklich Stellung. Darin wird nur das grundsätzliche Einverständnis mit der Erstattung der entstandenen Kosten und der Rücknahme der gelieferten Maschine erklärt. Ob die Beklagte damit auch einer Rückgängigmachung des Kaufvertrages zugestimmt hat, ist eine Frage der Auslegung. Es erscheint durchaus vertretbar, wenn ein anwaltlicher Berater der Beklagten sich auf den Standpunkt stellt, das Fernschreiben der Be-klagten enthalte keine Zustimmung zu einem Wandlungsbegeh-ren der Firma J[REDACTED]. Dabei kann er sich unter anderem darauf berufen, daß die Firma J[REDACTED] das Fernschreiben nicht als Zustimmung zur Rückgängigmachung des Vertrages verstanden hat. Denn ihr anwaltlicher Berater hat mit Schreiben vom 17. März 1982 die Erfüllung des Kaufvertrages durch Lieferung einer mangelfreien Maschine verlangt und am 5. April 1982 den Rücktritt vom Vertrag erklärt. Bis zu dem gerichtlichen Hinweis vom 18. November 1982 sind beide Parteien des Vorprozesses davon ausgegangen, daß der Kauf-vertrag frühestens durch den Rücktritt vom 5. April 1982 sein Ende gefunden habe. Da die Beklagte sehr stark am Ab-schluß eines Vergleichs interessiert war, erscheint es nicht verfehlt, daß zunächst einmal die Widerklage erhoben wurde.

b) Wenn der Kläger die Möglichkeit einer Wandlung des Kaufvertrages hätte in Betracht ziehen müssen, wäre er allerdings verpflichtet gewesen, die Beklagte auf dieses Bedenken gegen die Schlüssigkeit der beabsichtigten Widerklage hinzuweisen. Selbst dann ergeben die Feststellungen des Berufungsgerichts jedoch, daß das Unterlassen dieses Hinweises den von der Beklagten geltend gemachten Schaden nicht verursacht hat. Den vom Kläger unterlassenen Hinweis hat das Gericht am 18. November 1982 gegeben. Daraufhin hat die Beklagte den Kläger dahin informiert, bei der Besichtigung der Maschine am 4. März 1982 sei die Frage einer Wandlung des Vertrages im Beisein des anwaltlichen Beraters der Firma J. [REDACTED] besprochen worden; der Geschäftsleiter der Beklagten habe eine Wandlung ausdrücklich abgelehnt. Das wird unter anderem belegt durch das Schreiben der Beklagten vom 3. Februar 1983 an die Kläger, in dem unter Nr. 5 diese Information nochmals wiederholt wird. Wenn der Kläger bereits vor Erhebung der Widerklage auf die Möglichkeit einer vollzogenen Wandlung hingewiesen hätte, wäre die Widerklage ebenfalls erhoben worden. Denn es muß angenommen werden, daß die Beklagte auch dann die Information gegeben hätte, ihr Geschäftsleiter habe eine Wandlung abgelehnt. Die Erheblichkeit dieser Behauptung wird dadurch unterstrichen, daß das Prozeßgericht über sie Beweis erheben wollte. Daß sie sich schließlich als Fehlinformation herausstellte, hat der Kläger nicht zu verantworten.

3. Im Zusammenhang mit der Berufungseinlegung in dem Vorprozeß ist dem Kläger keine Verletzung seiner anwaltlichen Pflichten vorzuwerfen. Die Prüfung der Berufungsaussichten hatte der zweitinstanzliche Prozeßbevollmächtigte

der Beklagten übernommen. Er hat deutlich auf das erhebliche Prozeßrisiko hingewiesen, hat dann allerdings im Hinblick auf das auch für die Gegenseite bestehende Risiko trotzdem zur Durchführung des Berufungsverfahrens geraten wegen der Möglichkeit einer eventuellen vergleichsweisen Regelung. Wenn der Beklagte zu 2) sich nach der ausreichenden Belehrung über das Prozeßrisiko zur Durchführung des Berufungsverfahrens entschloß, so war das seine Entscheidung. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist dem Kläger nicht vorzuwerfen, daß er dem Rat des zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten nicht widersprochen und noch deutlicher von der Durchführung der Berufung abgeraten hat.

#### IV.

Aus den dargelegten Gründen kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden. Da der Beklagten kein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung anwaltlicher Pflichten gegen den Kläger zusteht, ist die Aufrechnung unbegründet. Die Berechtigung

der Klageforderung ist unstreitig. Deshalb ist im Verhältnis der Kläger zu 1) und 2) zum Beklagten zu 2) das landgerichtliche Urteil wiederherzustellen.

Merz

Henkel

Fuchs

Gärtner

Schmitz