BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 232/01

Verkündet am:
19. Januar 2006
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO §§ 256, 287; BGB §§ 249 Bb, 675

a) Zu den Anforderungen an die Schadensdarlegung, wenn der Auftraggeber geltend macht, im Zuge des Austritts aus einer Gesellschaft über Pflichten und Haftungsrisiken als Gesellschafter und Geschäftsführer anwaltlich falsch beraten worden zu sein.

b) Bleibt nach einem anwaltlichen Beratungsfehler offen, für welche von mehreren Vorgehensweisen sich der Auftraggeber bei zutreffender und vollständiger Belehrung entschieden hätte, so ist im Rahmen einer Feststellungsklage die zur Zulässigkeit und Begründetheit notwendige Schadenswahrscheinlichkeit nur zu bejahen, wenn sie sich - nicht notwendig in gleicher Weise - für alle in Betracht zu ziehenden Ursachenverläufe ergibt.

BGB §§ 222 a.F., 425; BRAO § 51b a.F.

Verzichtet einer von mehreren gesamtschuldnerisch in Anspruch genommenen Anwälten namens der Sozietät auf die Einrede der Verjährung, wirkt ein solcher Verzicht nicht zu Lasten eines inzwischen ausgeschiedenen Sozietätsmitglieds, wenn diese Einschränkung für den Mandanten erkennbar ist.

BGH, Urteil vom 19. Januar 2006 - IX ZR 232/01 - OLG Köln
LG Köln

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Januar 2006 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gero Fischer und die Richter Dr. Ganter, Raebel, Kayser und Dr. Detlev Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 5. Juli 2001, berichtigt durch Beschluss vom 10. September 2001, aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 20. April 2000 wird zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Abweisung der Klage gegen den Beklagten zu 2 richtet.

Im Übrigen wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger stellt Erinnerungsfotos in Freizeiteinrichtungen her, die er an die dortigen Besucher verkauft. Seit 1980 unterhielt er hierfür eine Betriebsstätte auf dem Gelände des K. (fortan: K.). Dieser Tätigkeit lag ein im Januar 1980 erstmals für ein Jahr geschlossener und

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

danach mehrfach verlängerter Vertrag zugrunde. Im Jahre 1986 heiratete der Kläger und gründete am 19. Juni 1991 mit seiner damaligen Ehefrau die F. GmbH, deren jeweils allein vertretungsberechtigte, vom Verbot des § 181 BGB befreite Gesellschafter und Geschäftsführer die Ehegatten wurden. Seinen Fotobetrieb brachte der Kläger in diese GmbH ein. Im Jahre 1993 scheiterte die Ehe des Klägers.

2 Mit Datum vom 12. Dezember 1995 entwarf und unterzeichnete der Beklagte zu 3, der seinerzeit mit den Beklagten zu 1 und 2 in anwaltlicher Sozietät verbunden war, ein an die Ehefrau des Klägers adressiertes Schreiben, mit dem er Namens und in Vollmacht des Klägers die Niederlegung des Amtes als Geschäftsführer der GmbH und den Austritt als Gesellschafter mit Wirkung zum 31. Dezember 1995 erklärte. Dieses Schreiben übermittelte der Beklagte zu 3 zunächst dem Kläger, der es am 30. Dezember 1995 als Einschreiben bei der Post aufgab. Am 4. Januar 1996 verlängerte der Kläger das Vertragsverhältnis mit dem K. . Mit Schreiben vom gleichen Tage teilte er seiner Ehefrau mit, das Betriebsinventar der GmbH sei an ihn verkauft unter Verrechnung des Kaufpreises mit noch offenen Gehaltsforderungen, und die Besucherfotografie werde künftig von ihm persönlich ausgeübt. Die Ehefrau, die zu diesem Zeitpunkt das Schreiben des Beklagten zu 3 noch nicht erhalten hatte, widersprach mit einem an den Beklagten zu 3 gerichteten Anwaltsschreiben vom 9. Januar 1996 und wies darauf hin, dass sie aus tatsächlichen Gründen an der Geschäftsführung gehindert sei. Zugleich ließ sie den Kläger auffordern, bis zum 11. Januar 1996 zu erklären, die Besucherfotografie im K. nicht auf eigene Rechnung vorzunehmen. Schließlich kündigte sie an, sämtliche Schäden ihm gegenüber geltend zu machen. Mit Schreiben vom 11. Januar 1996 lehnte der Beklagte zu 3 die geforderte Erklärung ab. Am 16. Januar 1996 wur-

de der Verlängerungsvertrag mit dem K. vom 4. Januar 1996 durch einen im Eingang auf den Kläger "persönlich" lautenden Vertrag ersetzt.

3 Der Konkursverwalter über das Vermögen der später in Konkurs gefallenen F. GmbH nahm den Kläger auf Schadensersatz in Anspruch. Dieser Rechtsstreit wurde nach rechtskräftigem Grund- und Teilurteil zu Lasten des Klägers durch einen Vergleich vom 12. November 1999 beendet, nach welchem der Kläger an den Konkursverwalter 100.000 DM zu zahlen hatte. Darüber hinaus wurde der Ehefrau des Klägers im familiengerichtlichen Verfahren gegenüber dem Zugewinnausgleichsanspruch des Klägers die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch von bis zu 211.500 DM wegen dessen Verhaltens bei Niederlegung des Geschäftsführeramtes und Austritt aus der GmbH vorbehalten. Die inzwischen geschiedenen Eheleute schlossen am 13. Dezember 1999 einen Vergleich, nach dem die frühere Ehefrau zur Abgeltung sämtlicher wechselseitiger Ansprüche aus dem Scheidungsverfahren, insbesondere der titulierten Zugewinnausgleichsansprüche des Klägers in Höhe von 212.581,48 DM, an den Kläger 40.000 DM zu zahlen und ihre sämtlichen im Konkursverfahren über das Vermögen der F. GmbH festgestellten Forderungen an ihn abzutreten hatte.

4 Der Kläger wirft den Beklagten vor, der Beklagte zu 3 habe ihm ohne Hinweis auf das Risiko einer Haftung als Geschäftsführer geraten, die Geschäftschance der Besucherfotografie an sich zu ziehen, und ihm davon auch nach dem Schreiben des Rechtsanwalts der Ehefrau vom 9. Januar 1996 nicht abgeraten.

5 Das Landgericht hat die ursprünglich auf Zahlung von 100.000 DM nebst Zinsen und Feststellung gerichtete Klage nach Beweisaufnahme abgewiesen.

Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht das Urteil des Landgerichts abgeändert und der im Berufungsrechtszug zuletzt allein auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten gerichteten Klage stattgegeben. Mit der Revision begehren die Beklagten Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision ist begründet. Das Rechtsmittel des Beklagten zu 2 hat auch in der Sache selbst Erfolg. Im Übrigen führt die Revision zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

7 Das Berufungsgericht hat den zuletzt gestellten Feststellungsantrag für zulässig gehalten, weil die Beklagten ihre Schadensersatzpflicht bestritten hätten und Verjährung drohe, eine bezifferbare Gesamtschadensdarstellung aber fehle und derzeit dem Kläger auch nicht möglich sei. Die Klage sei begründet; denn der Beklagte zu 3 habe dem Kläger pflichtwidrig nicht davon abgeraten, gleichzeitig mit seinem Austritt aus der GmbH die Nutzungen des Pachtvertrags mit dem K. an sich zu ziehen. Es sei zu vermuten, dass der Kläger bei entsprechender Beratung durch den Beklagten zu 3 als Geschäftsführer und Gesellschafter in der GmbH verblieben wäre und entweder diese nach einer Auseinandersetzung mit seiner Ehefrau allein fortgeführt oder die ordnungsgemäße Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft veranlasst hätte. Hätte der Kläger sich so verhalten, würde er nicht die aus dem Konkurs der GmbH und

möglicherweise auch aus der Inanspruchnahme seitens der Ehefrau erwachsenen Nachteile erlitten haben. Ein vollständiger oder auch nur annähernder Ausgleich dieser Nachteile durch erhaltene Vermögensvorteile sei nicht ersichtlich. Schadensersatzansprüche des Klägers seien nicht verjährt, weil der Zeitpunkt der Mandatsbeendigung nicht dargetan sei.

II.

8 Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

9 1. Allerdings rügt die Revision vergeblich prozessuale Fehler des Berufungsgerichts.

10 a) Das Berufungsurteil verstößt nicht gegen § 308 Abs. 1 ZPO. Zwar stimmt die Urteilsformel nicht wörtlich mit dem in der Berufungsinstanz zuletzt gestellten Antrag überein. Die zur Auslegung des Urteilsausspruchs heranzuziehenden Entscheidungsgründe (BGHZ 34, 337, 339) lassen jedoch erkennen, dass das Berufungsgericht den zuletzt gestellten Feststellungsantrag in vollem Umfang als begründet angesehen hat und mit der Fassung des Tenors darüber nicht hinausgegangen ist.

11 b) Der Übergang auf die Feststellungsklage war auch zulässig. Ein Feststellungsinteresse ist zu bejahen, wenn die Leistungsklage zwar möglich gewesen wäre, darüber aber Zweifel bestanden und das Prozessgericht - wie hier das Berufungsgericht durch Beschluss vom 5. April 2001 - den Kläger deshalb veranlasst hat, seinen Leistungsantrag in einen Feststellungsantrag zu ändern

(BGHZ 28, 123, 126 f). Darlegungsmängel in Bezug auf die Schadenswahrscheinlichkeit stehen vorliegend dem Feststellungsinteresse nicht entgegen. Die Wahrscheinlichkeit einer Schadensfolge gehört zwar in Fällen eines allgemeinen Vermögensschadens grundsätzlich schon zu den Voraussetzungen des vom Kläger darzulegenden Feststellungsinteresses (BGH, Urt. v. 14. Dezember 1995 - IX ZR 242/94, NJW 1996, 1062, 1063; v. 25. Oktober 2001 - IX ZR 427/98, NJW 2002, 1346, 1349). Beginnt die Verjährung etwaiger Ansprüche des Schadensersatzklägers jedoch nach § 51b Fall 2 BRAO a.F. (Art. 229 § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 2, § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB) auch unabhängig von einer Schadensentstehung spätestens mit Beendigung des Mandats, so folgt daraus ohne Weiteres ein rechtliches Interesse des Klägers an der alsbaldigen Klärung der Haftungsfrage (BGH, Urt. v. 21. Juli 2005 - IX ZR 49/02, ZIP 2005, 1925, 1926).

12 Die weiteren die Zulässigkeit der Feststellungsklage betreffenden Verfahrensrügen der Revision hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet (§ 565a Satz 1 ZPO a.F.).

13 2. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht ein pflichtwidriges Verhalten des Beklagten zu 3 bejaht, für das die Beklagten zu 1 und 3 als (damalige) Mitglieder der Rechtsanwaltssozietät haften können (BGHZ 56, 355, 356).

14 a) Der Beklagte zu 3 hat bei der Beratung im Zusammenhang mit dem von ihm angefertigten Schreiben vom 12. Dezember 1995 den Kläger pflichtwidrig nicht über die mit den angekündigten Schritten verbundenen Risiken und Folgen informiert. Soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf, ist der Rechtsanwalt zur

allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet. Unkundige muss er über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren. In den Grenzen des Mandats hat er dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziele zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist (BGHZ 89, 178, 181 ff; BGH, Urt. v. 18. März 1993 - IX ZR 120/92, WM 1993, 1376, 1377; v. 4. Juni 1996 - IX ZR 51/95, WM 1996, 1824, 1825; v. 8. Dezember 2005 - IX ZR 188/04, Umdruck Rn. 7, z.V.b.).

15 b) Nach diesen Maßstäben hat es das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht als pflichtwidrig gewertet, dass der Beklagte zu 3 den Kläger nicht auf das Risiko einer Haftung wegen Entziehung des Marktzugangs und der Einkünfte aus dem Fotogeschäft im K. als wesentlicher Einnahmequelle der GmbH hingewiesen hat.

16 aa) Ob sich eine Haftung des Klägers als Geschäftsführer gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG ergibt, wie das Oberlandesgericht unter Verweisung auf das Berufungsurteil in dem Verfahren 20 U 105/98 meint, kann dahinstehen. Der Kläger hat jedenfalls durch die alleinige Nutzung der Fotopacht ab dem 1. Januar 1996 und die Veräußerung des auf dem Gelände des K. befindlichen Betriebsinventars der GmbH an sich selbst seine gesellschaftliche Treuepflicht verletzt und sich als Gesellschafter schadensersatzpflichtig gemacht. Besonders die Gesellschafter einer persönlich geprägten GmbH sind verpflichtet, die Belange der Gesellschaft zu wahren und das Unternehmen nicht durch eine rücksichtslose Verfolgung eigennütziger Interessen zu schädigen (BGH,

Urt. v. 3. Juli 1978 - II ZR 180/76, WM 1978, 1205, 1206). Solange keine Auflösung der GmbH beschlossen war, musste der Kläger die F. GmbH als werbendes Unternehmen betrachten und darauf bedacht sein, es als solches wirtschaftlich zu unterhalten und zu fördern. Es war ihm verwehrt, das Unternehmen auszuhöhlen und so einer Liquidation unerlaubt vorzugreifen (BGHZ 76, 352, 355 f).

17 bb) Zum Vermögen der F. GmbH gehörte insbesondere der Marktzugang im K. im Rahmen der Fotopacht. Das Berufungsgericht hat revisionsrechtlich bindend festgestellt, dass der Kläger den Fotobetrieb bei Gründung der GmbH mit seiner damaligen Ehefrau 1991 in die Gesellschaft eingebracht hatte.

18 Die Einbringung eines Unternehmens in eine GmbH ist als Sacheinlage anzusehen (vgl. § 5 Abs. 4 Satz 2 GmbHG). Sacheinlagen sind gemäß § 7 Abs. 3 GmbHG vor der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister so zu bewirken, dass sie endgültig zur freien Verfügung der Gesellschafter stehen. Die Pflicht zur Einlage eines Unternehmens umfasst alle ihm wirtschaftlich zuzurechnenden Vermögenswerte, die nicht im Gesellschaftsvertrag von der Übertragung besonders ausgenommen sind (Scholz/Winter, GmbHG 9. Aufl., § 5 Rn. 54a). Unerheblich ist demgegenüber, ob der zum Fotobetrieb gehörende Pachtvertrag auch in der Einbringungsbilanz erwähnt wurde und - mangels Aktivierungsfähigkeit - hätte erwähnt werden können. Rechte und Pflichten eines Pächters aus einem Pachtvertrag sind grundsätzlich durch Vertragsübernahme, also entweder durch dreiseitigen Vertrag oder durch Vereinbarung zwischen dem einbringungspflichtigen Gesellschafter und der GmbH unter Zustimmung des Verpächters (vgl. BGHZ 95, 88, 93 ff; BGH, Urt. v. 18. Oktober 1995 - VIII ZR 149/94, WM 1996, 128, 131), zu übertragen.

19 Das Oberlandesgericht konnte unter Bezugnahme auf das Berufungsurteil im Vorprozess 20 U 105/98 offen lassen, ob die Vertragsübernahme - infolge des Schweigens des K. auf das Mitteilungsschreiben vom 30. Januar 1992 über die "Umwandlung" der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwischen dem Kläger und seiner damaligen Ehefrau in eine GmbH - bewirkt worden und die GmbH Vertragspartnerin des K. geworden ist. Auch wenn der Verpächter weder einer Vertragsübernahme noch einer Unterverpachtung an die GmbH (§ 581 Abs. 2, § 549 BGB a.F.) zugestimmt haben sollte, schuldete der Kläger der GmbH auf Grund der Einbringung des Fotobetriebs jedenfalls den zum Betriebsvermögen gehörenden Marktzugang im K. . Das wirtschaftliche Ergebnis sämtlicher mit dieser Örtlichkeit verbundenen Geschäfte hatte der Kläger aufgrund seiner gesellschaftsvertraglichen Einbringungspflicht der GmbH zu überlassen. Diese war unbefristet, so dass sie den Kläger auch nach dem Auslaufen eines Pachtvertrages mit dem K. verpflichtete, den Marktzugang von Verlängerungsverträgen oder neuen Verträgen wiederum im Interesse und für Rechnung der GmbH zu nutzen, mindestens aber, ihr den Ertrag dieses Marktzugangs zu überlassen.

20 Von dieser Verpflichtung wurde der Kläger durch den Austritt aus der GmbH zum Jahresende 1995 nicht frei. Zum einen blieb der Kläger trotz Austritts Gesellschafter, bis die GmbH den Geschäftsanteil des Klägers veräußerte oder einzog. Bis dahin musste der Kläger seinen gesellschaftsvertraglichen Pflichten nachkommen (vgl. BGHZ 9, 157, 162 f; 88, 320, 322; BGH, Urt. v. 2. Dezember 1996 - II ZR 243/95, NJW-RR 1997, 606; BayObLG ZIP 2000, 18, 20). Auch später musste der Kläger der GmbH seine mit dem dauernden Marktzugang im K. noch nicht vollständig erbrachte Einlage weiter gewähren. Ihn trafen außerdem nachwirkende Treuepflichten gegenüber der

GmbH auch nach dem Wirksamwerden des Austritts. Die hier interessierenden Verpflichtungen des Klägers endeten folglich erst nach Vertragsübernahme auch verlängerter oder neu abgeschlossener Fotopachtverträge des Klägers mit dem K. durch die GmbH, durch die Unmöglichkeit für den Kläger, der GmbH diesen Marktzugang zu verschaffen oder ihn für ihre Rechnung auszuüben, oder durch das wegfallende Interesse der GmbH. Infolge Verletzung dieser Pflichten nach dem 31. Dezember 1995 haftete der Kläger insbesondere für die der GmbH entgangenen Gewinne (BGH, Urt. v. 11. Oktober 1976 - II ZR 104/75, WM 1977, 194 f; v. 3. Juli 1978, aaO 1207 unter I. 6.).

21 cc) Ob dem Beklagten zu 3 im Zeitpunkt des Schreibens vom 12. Dezember 1995 die beabsichtigte Veräußerung des Betriebsinventars und die Ausübung der Besucherfotografie auf dem Gelände des K. durch den Kläger bekannt war, kann offen bleiben. Ein Rechtsanwalt genügt seinen Pflichten nicht, wenn er eine lediglich formal rechtswirksame Amtsniederlegung (BGHZ 121, 257, 262) durch Erklärung gegenüber dem anderen Geschäftsführer (BGHZ 149, 28, 31) bewirkt, drohende Schadensersatzansprüche der Gesellschaft sowie der Mitgesellschafter und Nachteile für die Lebensführung des Geschäftsführers hingegen nicht berücksichtigt. Der Gegenstand des Unternehmens, die Einbringung des Fotobetriebs, der Zuschnitt der Geschäftsführung und die Vertragsbeziehungen mit dem K. mussten dem Beklagten zu 3 nicht zuletzt auf Grund seiner Teilnahme an der Gesellschafterversammlung vom 14. Juni 1994 bekannt sein. Vor diesem Hintergrund musste er sich auch mit der Frage befassen, welche Folgen für den Kläger und die Gesellschaft sich aus den Veränderungen zum Jahresende 1995 ergeben konnten.

22 Im Übrigen gehört es zu den grundlegenden Pflichten eines Anwalts, zu Beginn eines Mandats den Sachverhalt möglichst genau zu klären, zu dem er

beratend tätig werden soll. Dabei darf er zwar den tatsächlichen Angaben des Mandanten vertrauen und braucht, solange er deren Unrichtigkeit nicht kennt, keine eigenen Nachforschungen anzustellen. Erscheint jedoch nach den Umständen für eine zutreffende rechtliche Einordnung die Kenntnis weiterer Tatsachen erforderlich und ist deren rechtliche Bedeutsamkeit für den Mandanten nicht ohne Weiteres ersichtlich, darf sich der Anwalt nicht mit dem begnügen, was sein Auftraggeber berichtet, sondern hat sich durch zusätzliche Fragen um eine ergänzende Aufklärung zu bemühen (BGH, Urt. v. 2. April 1998 - IX ZR 107/97, WM 1998, 1542, 1544; v. 22. September 2005 - IX ZR 23/04, WM 2005, 2197, 2199). Eine Auseinandersetzung mit der damaligen Ehefrau des Klägers ließ sich ohne Heranziehung des Gesellschaftsvertrags sachgerecht nicht führen. Hätte der Beklagte zu 3 sich diesen vor dem Schreiben vom 12. Dezember 1995 verschafft, so hätte er erkennen müssen, dass der Fotobetrieb in die GmbH eingebracht worden war und für den Kläger ein erhebliches Haftungsrisiko bestand, wenn er der GmbH den Marktzugang im K. entzog und im eigenen Interesse persönlich weiter nutzte.

23 c) Der Beklagte zu 3 hat sich darüber hinaus im Rahmen der Beantwortung des Schreibens des Rechtsanwalts der Ehefrau vom 9. Januar 1996 pflichtwidrig verhalten. Das an den Beklagten zu 3 gerichtete Schreiben enthält nicht nur den Hinweis, dass der Ehefrau außer dem Schreiben des Klägers vom 4. Januar 1996 weder eine Erklärung über die Amtsniederlegung noch eine Kündigung zugegangen sei, sondern setzte den Beklagten auch über die Veräußerung des auf dem Gelände des K. vorhandenen Betriebsinventars durch den Kläger und die Entziehung des Marktzugangs in Kenntnis. Eine Beratung des Klägers über die mit der Verweigerung der von ihm geforderten Erklärung durch Schreiben des Beklagten zu 3 vom 11. Januar 1996 verbundenen Haf-

tungsrisiken war spätestens zu diesem Zeitpunkt erforderlich. Sie ist jedoch von den Beklagten nicht dargelegt worden.

24 3. Rechtsfehlerhaft sind die Ausführungen des Berufungsgerichts zur haftungsausfüllenden Kausalität, wie die Revision mit Recht rügt.

25 a) Der Ersatzpflichtige hat nach § 249 Satz 1 BGB a.F. (Art. 229 § 8 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB) den Zustand herzustellen, der ohne seine Pflichtverletzung bestünde. Deshalb ist zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtmäßigem Verhalten des Rechtsanwalts genommen hätten, insbesondere wie der Mandant auf eine dementsprechende Beratung reagiert hätte und wie seine Vermögenslage dann wäre. Dabei hat grundsätzlich der Geschädigte den Ursachenzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden als anspruchsbegründende Voraussetzung darzutun und nachzuweisen (BGHZ 123, 311, 313). Die Ursächlichkeit einer von dem Berater begangenen Pflichtverletzung für einen dadurch angeblich entstandenen Schaden gehört zur haftungsausfüllenden Kausalität, für deren Nachweis die in § 287 ZPO vorgesehenen Beweiserleichterungen gelten. Demnach reicht für die richterliche Überzeugungsbildung eine überwiegende, freilich auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit. Das wirkt sich auch auf die Darlegungslast des Geschädigten aus. Es genügt, dass er Tatsachen vorträgt und unter Beweis stellt, die für eine Beurteilung nach § 287 ZPO ausreichende greifbare Anhaltspunkte bieten. An die Darlegung eines hypothetischen Geschehens dürfen keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden (BGH, Urt. v. 25. November 1999 - IX ZR 332/98, WM 2000, 197, 198 f).

26 b) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es sei zu vermuten, dass der Kläger bei entsprechender Beratung durch den Beklagten zu 3 als Geschäftsführer und Gesellschafter in der GmbH verblieben wäre und entweder diese nach einer Auseinandersetzung mit seiner Ehefrau allein fortgeführt oder aber die ordnungsgemäße Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft veranlasst hätte. Daraus geht nicht zweifelsfrei hervor, ob das Berufungsgericht dabei von einem Anscheinsbeweis zugunsten des Klägers ausgegangen ist, was rechtsfehlerhaft wäre. Eine solche Beweiserleichterung kann dem Kläger vorliegend schon deshalb nicht zugute kommen, weil im Berufungsurteil zwei Alternativen, nämlich der Verbleib des Klägers in der GmbH verbunden mit der alleinigen Fortführung der Gesellschaft nach Auseinandersetzung mit der Ehefrau sowie die Auflösung und Abwicklung der GmbH, aufzeigt werden. Bei Verstößen gegen die anwaltliche Beratungspflicht spricht zu Gunsten des Mandanten der Erfahrungssatz, dieser hätte sich bei vertragsgerechtem Handeln des Beauftragten beratungsgemäß verhalten, wenn im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte Entschließung des zutreffend informierten Mandanten mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten wäre. Voraussetzung sind danach tatsächliche Feststellungen, die im Falle sachgerechter Aufklärung durch den rechtlichen Berater aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahe gelegt hätten (BGHZ 123, 311, 314 f). Besteht nicht nur eine einzige verständige Entschlussmöglichkeit, sondern kommen verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht, die unterschiedliche Vorteile und Risiken in sich bergen, ist grundsätzlich kein Raum für einen Anscheinsbeweis (BGHZ, aaO 319; st.Rspr.).

27 Die mit dem Anwaltsschreiben vom 12. Dezember 1995 eingeschlagene und im Rahmen des Anwaltsschreibens vom 11. Januar 1996 beibehaltene Vorgehensweise des Klägers setzte kein Einverständnis seiner Ehefrau voraus

und verschaffte ihm ab dem 1. Januar 1996 sämtliche Einnahmen aus dem Fotopachtvertrag mit dem K. . Allerdings setzte sie den Kläger erheblichen Haftungsrisiken gegenüber der Gesellschaft und seiner Ehefrau aus. Eine alleinige Fortführung der Gesellschaft durch den Kläger wäre dagegen nur möglich gewesen, wenn er seine Ehefrau hätte ausschließen oder ihren Gesellschaftsanteil hätte erwerben können. Unter welchen Voraussetzungen welche Lösung in welchem zeitlichen Rahmen möglich gewesen wäre, geht weder aus dem Berufungsurteil noch aus dem Vorbringen des Klägers hervor. Schließlich war die vom Berufungsgericht alternativ in Betracht gezogene Klage zur Auflösung der GmbH ebenfalls mit erheblichen Risiken und Unwägbarkeiten verbunden. § 61 Abs. 1 GmbHG setzt voraus, dass die Erreichung des Gesellschaftszweckes unmöglich wird oder andere, in den Verhältnissen der Gesellschaft liegende, wichtige Gründe für die Auflösung vorhanden sind. Erwägungen hierzu hat das Berufungsgericht unterlassen.

28 c) Sollte das Berufungsgericht dagegen zutreffend nicht von einem Anscheinsbeweis ausgegangen sein, so hat es zumindest die durch den Maßstab des § 287 ZPO erleichterten Anforderungen an die Darlegung der Kausalität verkannt.

29 aa) Der Kläger hat behauptet, ohne die den Beklagten angelasteten Pflichtverletzungen hätte er in einer absehbaren Zeitspanne den Pachtvertrag mit dem K. ebenfalls für sich alleine nutzen können; es wäre zu einer "stillen Liquidation" der GmbH gekommen oder zu einer Übernahme des Geschäftsanteils der Ehefrau durch den Kläger. Dieser Vortrag genügt nicht zur Darstellung des Ursachenzusammenhangs zwischen der Fehlberatung des Beklagten zu 3 und dem geltend gemachten Schaden. Trägt der Mandant - wie hier - eine Mehrzahl von Möglichkeiten vor, wie er sich verhalten hätte, wenn er

richtig beraten worden wäre, so trifft ihn grundsätzlich die Verpflichtung, den Weg darzulegen, für den er sich konkret entschieden hätte (BGH, Urt. v. 29. September 2005 - IX ZR 104/01, Umdruck Rn. 11). Hiervon könnte im Rahmen der Feststellungsklage nur abgesehen werden, wenn nach jeder der verschiedenen Vorgehensweisen die zur Zulässigkeit und Begründetheit des Anspruchs notwendige Schadenswahrscheinlichkeit - nicht notwendig in gleicher Weise - besteht.

30 Weiterhin muss der Mandant auch die zur Durchführung des behaupteten Entschlusses notwendige Bereitschaft Dritter vortragen, die beabsichtigten Wege mitzugehen; außerdem muss er seinen Schaden entsprechend berechnen. Der Kläger hat indessen nicht dargetan, für welche Alternative er sich entschieden hätte und ob seine damalige Ehefrau mit einer dieser Vorgehensweisen einverstanden gewesen wäre bzw. welche Regelungen der Gesellschaftsvertrag für die Anteilsübernahme und die Auflösung der Gesellschaft enthielt. Es steht auch nicht fest, dass alle Versuche des Klägers zum Anteilserwerb von seiner Ehefrau, zur Ausschließung seiner Ehefrau aus der Gesellschaft oder zur klageweisen Auflösung mit anschließender Abwicklung wirtschaftlich zum gleichen Ergebnis geführt und für den Kläger günstiger gewesen wären als die tatsächliche Vertragsverletzung. Zur Beantwortung der Frage, wie der Kläger und seine damalige Ehefrau sich hypothetisch verhalten hätten, ist zunächst die damals bestehende Interessenlage von Bedeutung (BGH, Urt. v. 25. November 1999, aaO, 198). Diese ist auch von der tatsächlichen Höhe der Einnahmen des Klägers und seiner damaligen Ehefrau als Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH sowie von der Höhe einer etwaigen Abfindung für den Gesellschaftsanteil der Ehefrau gekennzeichnet, wozu das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat.

31 bb) Im Übrigen ist nicht geklärt, ob das persönliche Zerwürfnis zwischen den Eheleuten einem auch nur vorübergehenden Verbleib des Klägers in der Geschäftsführung der GmbH oder einer Vereinbarung mit der Ehefrau über deren Ausscheiden entgegengestanden hätte. Insoweit hat der Kläger im Schriftsatz vom 10. Mai 2001 unter Beweisantritt behauptet, das Verhältnis seiner damaligen Ehefrau hätte ihn an der Beibehaltung des Geschäftsführeramtes nicht gehindert, weil er mit ihr in Ausübung seines Amtes nicht in Berührung gekommen sei. Demgegenüber haben die Beklagten eingewandt, nachdem die Ehefrau dem Kläger vorgeworfen habe, zwei der gemeinsamen minderjährigen Kinder misshandelt zu haben, sei eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr denkbar gewesen, und - unter Beweisantritt - der Kläger hätte sich von dem Handeln gemäß Schreiben vom 12. Dezember 1995 aufgrund eines unheilbaren Zerwürfnisses mit seiner Ehefrau auch auf einen etwaigen Rat des Beklagten zu 3 hin nicht abbringen lassen.

32 4. Rechtlich fehlerhaft ist ferner die Folgerung des Berufungsgerichts, es sei auszuschließen, dass die vom Kläger nach der pflichtwidrigen Beratung durch den Beklagten zu 3 erlittenen Vermögensnachteile durch die Summe der erzielten Vermögensvorteile auch nur annähernd ausgeglichen worden sei. Das lässt der bisherige Parteivortrag nicht erkennen.

33 a) Der rechtliche Berater, der seinem Auftraggeber wegen positiver Vertragsverletzung zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat diesen durch die Schadensersatzleistung so zu stellen, wie er bei pflichtgemäßem Verhalten des rechtlichen Beraters stünde (BGH, Urt. v. 20. Oktober 1994 - IX ZR 116/93, NJW 1995, 449, 451). Danach muss die tatsächliche Vermögenslage derjenigen gegenübergestellt werden, die sich ohne den Fehler des rechtlichen Beraters ergeben hätte. Das erfordert einen Gesamtvermögensvergleich, der alle

von dem haftungsbegründenden Ereignis betroffenen finanziellen Positionen umfasst (BGH, Urt. v. 20. November 1997 - IX ZR 286/96, WM 1998, 142 f; v. 20. Januar 2005 - IX ZR 416/00, WM 2005, 999, 1000 unter II.3.a; v. 21. Juli 2005 - IX ZR 49/02, ZIP 2005, 1925, 1927 unter II.4.). Hierbei ist grundsätzlich die gesamte Schadensentwicklung bis zur letzten mündlichen Verhandlung in den Tatsacheninstanzen in die Schadensberechnung einzubeziehen (BGHZ 133, 246, 252 f; BGH, Urt. v. 23. Oktober 2003 - IX ZR 249/02, WM 2004, 475, 476 f unter III.2.b, aa). Wie das Berufungsgericht im Rahmen der Ausführungen zur Zulässigkeit des Feststellungsantrags richtig erkannt hat, geht es bei dem Gesamtvermögensvergleich nicht um Einzelpositionen, sondern um eine Gegenüberstellung der hypothetischen und der tatsächlichen Vermögenslage.

34 b) Da das Berufungsgericht eine konkrete Gegenüberstellung nach diesen Grundsätzen nicht vorgenommen hat, konnte es rechtlich beanstandungsfrei auch nicht feststellen, ob ein Schaden bereits entstanden oder ein künftiger Schaden zumindest wahrscheinlich war. Dem vorläufigen Anspruch des Klägers auf Gewinnbeteiligung und Geschäftsführervergütung in der GmbH standen die alleinigen Einnahmen des Klägers aus dem Marktzugang im K. nach dem 31. Dezember 1995 gegenüber. Hinzu kamen auf der einen Seite die Aufwendungen, die der Kläger für den Anteilserwerb von seiner Ehefrau unter Umständen hätte machen müssen, oder der mögliche Liquidationsverlust, auf der anderen Seite die Haftpflicht gegenüber dem Konkursverwalter und seiner Ehefrau im Rahmen der geschlossenen Vergleiche.

35 Der Kläger hat auf den Hinweis des Berufungsgerichts zur hypothetischen und tatsächlichen Vermögenslage unter Beweisantritt vorgetragen. Lückenhaft ist die Darstellung der hypothetischen Vermögenslage, nach der sowohl für den Fall einer Liquidation als auch einer Übernahme der Geschäftsan-

teile der Ehefrau einheitlich eine Belastung des Klägers mit der Zahlung einer Abfindung in Höhe von 125.000 DM an seine damalige Ehefrau angenommen wird. Dabei hat der Kläger nicht nur die Kosten der Liquidation, sondern den Wegfall eigener Einnahmen als Folge einer Liquidation ausgespart. Unter Berücksichtigung des nachzuholenden Klägervorbringens zur Frage der Kausalität werden die Darlegungen zum Schaden gegebenenfalls zu ergänzen sein. Im Übrigen haben die Beklagten das Vorliegen eines Schadens bestritten (Schriftsatz vom 23. März 2001 Seite 2 Mitte, Seite 3 unten, Seite 6 unter d); Protokoll vom 17. Mai 2001 Seite 2; Schriftsatz vom 7. Juni 2001 Seiten 6 ff). Insbesondere sind sie den Angaben des Klägers zu seinen Einkünften vor und nach dem 1. Januar 1996 sowie zur Höhe einer Abfindung für die Ehefrau entgegen getreten.

36 5. Bei Prüfung der Anspruchsverjährung hat sich das Berufungsgericht fehlerhaft nur mit § 51b BRAO a.F. zweiter Fall (Mandatsbeendigung) befasst. Es hat dabei übersehen, dass die hilfsweise erhobene Verjährungseinrede des Beklagten zu 2 auf der Grundlage des Klägervortrags nach § 51b BRAO a.F. erster Fall durchgreift.

37 a) Der Anspruch des Auftraggebers gegen den Rechtsanwalt auf Schadensersatz aus dem Vertragsverhältnis verjährt gemäß § 51b BRAO a.F. in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist, spätestens in drei Jahren nach der Beendigung des Auftrags. Ein Schadensersatzanspruch ist entstanden, sobald der Berechtigte in der Lage gewesen wäre, seinen Anspruch gerichtlich geltend zu machen. Dabei genügt regelmäßig die Möglichkeit, Feststellungsklage zu erheben. Hingegen fehlt es an einem Schaden, solange nur das Risiko eines Vermögensnachteils besteht (BGHZ 119, 69, 70 f; Urt. v. 18. Dezember 1997 - IX ZR 180/96, WM 1998, 779, 780; v. 12. Februar 2004

- IX ZR 246/02, WM 2004, 2034, 2037; v. 23. Juni 2005 - IX ZR 197/01, WM 2005, 1869, 1870).

38 Hier hatte die anwaltliche Fehlberatung des Beklagten zu 3 den Kläger in ein Haftungsrisiko gegenüber der GmbH wegen Verletzung seiner Einbringungspflicht und - davon abhängig - wegen fehlerhafter Geschäftsführung durch Verkauf des Betriebsstätteninventars im K. verstrickt. In einer solchen Risikolage entsteht ein Schaden zwar erst dann, wenn der Vertragspartner tatsächlich von seinen Rechten Gebrauch macht (vgl. BGH, Urt. v. 17. Februar 2000 - IX ZR 436/98, NJW 2000, 1498, 1499 unter II.3.a, aa; v. 24. Januar 2002 - IX ZR 228/00, WM 2002, 1073, 1076). Die Ehefrau des Klägers hat hier durch Anwalts-Telefaxschreiben vom 9. Januar 1996 aber angekündigt, sämtliche Schäden dem Kläger gegenüber geltend zu machen. Eine Ablichtung der Erwiderung des Beklagten zu 3 vom 11. Januar 1996 ist dem Kläger mit Schreiben vom gleichen Tage übermittelt worden. Bei dieser Sachlage und in Anbetracht des bereits seit 1994 schwebenden familiengerichtlichen Verfahrens konnte es keinem Zweifel unterliegen, dass die Ehefrau das Verhalten des Klägers nicht hinnehmen und Schadensersatzansprüche erheben würde. Unerheblich ist, dass der Schaden bis zum Ablauf des 11. Januar 1996 nach der Behauptung des Klägers wieder hätte rückgängig gemacht werden können (vgl. BGH, Urt. v. 23. Januar 2005 - IX ZR 197/01, aaO). Die am 27. Januar 1999 eingereichte Klage hat die spätestens mit Ablauf des 11. Januar 1999 vollendete Verjährung nicht mehr gemäß § 209 Abs. 1 BGB a.F., § 270 Abs. 3 ZPO a.F. unterbrechen können.

39 b) Der von dem Beklagten zu 3 mit Schreiben vom 1. Dezember 1998 erklärte Verzicht auf das Leistungsverweigerungsrecht der Verjährung wirkt nicht zu Lasten des Beklagten zu 2. Abweichend von § 425 BGB a.F. wirken

verjährungsunterbrechende oder –einschränkende Erklärungen oder Handlungen eines Mitglieds einer Rechtsberatersozietät grundsätzlich auch gegenüber der Gesamthand und den übrigen Angehörigen der Sozietät, es sei denn, dass der Sozius sein Vorgehen auf seine eigene Verbindlichkeit beschränkt. Eine solche Einschränkung muss in einer entsprechenden Erklärung oder aufgrund der Besonderheit der konkreten Umstände für den Mandanten deutlich hervortreten (BGH, Urt. v. 28. September 1995 - IX ZR 227/94, WM 1996, 33, 35; Zugehör, Beraterhaftung nach der Schuldrechtsreform (2002), Rn. 309). Auf die an das "Rechtsanwaltsbüro Sch. " zu Händen des Beklagten zu 3 adressierten Anwaltsschreiben vom 5. und 24. November 1998 hatte der Beklagte zu 3 mit Schreiben vom 1. Dezember 1998 auf dem Briefpapier der "Sch. Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer" Namens "unserer Anwaltssozietät" den Verzicht auf die Einrede der Verjährung erklärt. Auf diesem Briefbogen sind unter den Rechtsanwälten der Sozietät allein die Beklagten zu 1 und 3 verzeichnet. Der Beklagte zu 2 ist darauf anders als z. B. auf den Schreiben der "Sch. Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater" vom 12. Dezember 1995 an den Kläger und an dessen damalige Ehefrau nicht mehr genannt. Bei dieser Sachlage durfte der anwaltlich vertretene Kläger nicht annehmen, der Beklagte zu 3 erkläre den Verzicht auf die Verjährungseinrede auch zu Lasten des Beklagten zu 2 als früheren Sozietätsmitglieds.

40 c) Dem Beklagten zu 2 ist es nicht wegen Verletzung einer sekundären Hinweispflicht verwehrt, sich auf den Eintritt der Primärverjährung zu berufen. Der Kläger behauptet zwar, der Beklagte zu 3 sei bis nach April 1996 für ihn zur Abwehr der vom Konkursverwalter geltend gemachten Ansprüche vorprozessual tätig gewesen und habe deswegen Veranlassung zu einem Hinweis auf Schadensersatzansprüche gegen sich selbst gehabt. Der Beklagte zu 2 hat

auch nicht behauptet, zu dieser Zeit bereits aus der Sozietät ausgeschieden gewesen zu sein. Trotz unterlassener Belehrung über den etwaigen Regressanspruch und dessen Verjährung entfallen der Sekundäranspruch und damit die Verlängerung der Verjährungsfrist aber dann, wenn der Mandant rechtzeitig vor Ablauf der Primärverjährung anderweitig anwaltlich zum Zweck der Prüfung des Regressanspruchs beraten wird oder auf sonstige Weise über den Schadensersatzanspruch und dessen Verjährung sichere Kenntnis erhält (BGH, Urt. v. 14. November 1991 - IX ZR 31/91 NJW 1992, 836, 837; v. 27. Januar 1994 - IX ZR 195/93, NJW 1994, 1405, 1407; v. 27. Januar 2000 - IX ZR 354/98, NJW 2000, 1267 f). Davon ist insbesondere auszugehen, wenn ein anderer Rechtsanwalt dessen Schadensersatzanspruch rechtzeitig vor Vollendung der Primärverjährung anmeldet (BGH, Urt. v. 14. November 1991, aaO). Darauf, ob der regresspflichtige Rechtsanwalt davon etwas weiß oder wissen muss, kommt es nicht an (BGH, Urt. v. 12. Dezember 2002 - IX ZR 99/02, WM 2003, 928, 930). Der Kläger war, wie aus dem Anspruchsschreiben vom 5. November 1998 hervorgeht, in der Frage der Geltendmachung von Regressansprüchen gegenüber den Beklagten spätestens in diesem Zeitpunkt und damit rechtzeitig vor Ablauf der Primärverjährung anderweitig anwaltlich vertreten.

III.

41 Das angefochtene Urteil ist danach aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO a.F.). Da der Rechtsstreit gegenüber dem Beklagten zu 2 spruchreif ist, hat der Senat insoweit in der Sache selbst zu entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO a.F.). Im Übrigen ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO a.F.). Dieses wird, nachdem der Kläger Gelegenheit erhalten hat, seinen Vortrag nach den Hinweisen dieses Urteils zu ergänzen, die

dann noch erforderlichen Feststellungen zu treffen und insbesondere die Einwände der Beklagten zu 1 und 3 im Schriftsatz vom 7. Juni 2001 gegen das Vorliegen eines Schadens zu berücksichtigen haben.

Dr. Gero Fischer Dr. Ganter Raebel

Kayser Dr. Detlev Fischer

Vorinstanzen:
LG Köln, Entscheidung vom 20.04.2000 - 2 O 39/99 -
OLG Köln, Entscheidung vom 05.07.2001 - 18 U 1/01 -