

4

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 249 Bb, 765

Zu den Rechtsfolgen einer Garantie, daß ein vom Garanten zu benennender Dritter mit dem Versprechensempfänger ein Rechtsgeschäft bis zu einem bestimmten Zeitpunkt abschließen werde.

BRAO § 51

Hatte der Anwalt bei fortbestehendem Mandat begründeten Anlaß, über einen gegen ihn bestehenden Schadensersatzanspruch und dessen Verjährung seinen Mandanten zu belehren, so kann auf der Nichterfüllung dieser Verpflichtung der Eintritt der Verjährung des Primäranspruchs beruhen (vgl. BGH, Urt. v. 23. Mai 1985 - IX ZR 102/84, z.V.b.), auch wenn der Mandant noch vor Ablauf der Verjährungsfrist von dem Anspruch erfahren hat.

BGH, Urt. v. 11. Juli 1985 - IX ZR 11/85 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 11/85

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
11. Juli 1985
P o h l
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Rechtsanwalt Dr. Fritz R [REDACTED],
Rh [REDACTED]straße [REDACTED], [REDACTED] K [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

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

g e g e n

Walther Kr [REDACTED], G [REDACTED] [REDACTED], [REDACTED] Gö [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juli 1985 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Zorn, Henkel, Fuchs und Gärtner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 14. November 1984 aufgehoben, soweit es zu dessen Nachteil erkannt hat. Auch insoweit wird die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 27. Oktober 1983 zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Rechtsmittelverfahren zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger verlangt Schadensersatz von dem beklagten Rechtsanwalt, weil dieser einen Prozeß nicht richtig geführt habe.

Der Kläger erwarb zwei in M [REDACTED] und Mü [REDACTED] von der Firma B [REDACTED] und V [REDACTED] Gesellschaft für I [REDACTED] mbH (künftig: BVI) für Bauherrengemeinschaften erstellte Eigentumswohnungen samt Miteigentum und Sondereigentum unter Einsatz von 38 732 DM und 52 451 DM Eigenkapital. Er schloß am 13. September 1972 mit der BVI von ihr



vorformulierte und ausgedruckte Betreuungs- und Verwaltungsverträge. Diese enthalten folgende Bestimmung:

"§ 6 Ankaufsgarantie

Die Auftragnehmerin garantiert dem Auftraggeber, daß auf sein Verlangen ein von der Auftragnehmerin benannter Dritter die Eigentumswohnung spätestens drei Monate nach Ablauf der ersten Vermietungsperiode von fünf Jahren gegen Zahlung von 130 % des für den Erwerb des Grundstücksanteils und für die Erstellung der Wohnung eingesetzten Barkapitals kauft und die grundbuchmäßig gesicherte Fremdfinanzierung übernimmt. Der Antrag ist spätestens 12 Monate vor Ablauf der Fünfjahresfrist schriftlich zu stellen. Hierfür wird keine Gebühr erhoben."

Am 13. Juli 1976 kündigte der Kläger die Verträge und bat um Auszahlung von 130 % des Eigengeldes. Die BVI bestätigte am 22. Juli 1976, daß der Kläger die Wohnungen entsprechend den Bestimmungen des Betreuungs- und Verwaltungsvertrags zurückgeben werde. Am 8. Februar 1979 schrieb ein Herr Ma[REDACTED] an die BVI:

"... Betrifft Eigentumswohnungen des Herrn Walther Kr[REDACTED] Objekte A[REDACTED] (Mü[REDACTED]) und A[REDACTED] (M[REDACTED])

...

Um klare Verhältnisse zu haben, füge ich als Anlage die Kopie einer Vollmacht der Eheleute Kr[REDACTED] bei ... Die Ankaufsgarantie gemäß § 6 des Betreuungs- und Verwaltungsvertrages sieht vor, daß Sie jeweils bis spätestens 3 Monate nach Ablauf der ersten Vermietungsperiode den Verkauf zu den bekannten Beträgen garantieren. Sie befinden sich demnach für das Objekt A[REDACTED]7 seit dem 1. Juli 1978 und für das Objekt A[REDACTED]5 seit dem 1.1.1979 in Verzug. Ich fordere Sie hiermit auf, bis spätestens 22.2.1979 Ihr Garantieverprechen einzulösen ..."

Der beklagte Anwalt wurde Ende Juli 1979 mit der Durchsetzung der "Ankaufsgarantie" beauftragt. Er erhob namens des Klägers am 26. September 1979, ohne das ihm zur Verfügung stehende Schreiben des Ma [REDACTED] vom 8. Februar 1979 vorzulegen, Klage zunächst mit dem Antrag, die BVI zu verurteilen, die Verträge des Notars H [REDACTED] vom 4. September 1979 zu genehmigen. In diesen hatte der Beklagte als Bevollmächtigter des Klägers und als Vertreter der BVI ohne Vertretungsmacht die Eigentumswohnungen des Klägers in M [REDACTED] und Mü [REDACTED] an die BVI verkauft gegen Zahlung von 50 351,60 DM und 68 186,30 DM sowie Befreiung von den beiden Grundschulden zugrunde liegenden persönlichen Schulden des Klägers von 125 674,23 DM und 164 195,84 DM, die BVI für die Zahlungsverpflichtungen aus diesem Vertrag der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen, die Anwendung des § 454 BGB und eine Gewährleistung ausgeschlossen, die Eintragung von Vormerkungen bewilligt und die Auflassung erklärt. Nachdem die BVI die Genehmigung verweigert hatte, beantragte der Kläger, sie zu verurteilen, in die beiden am [REDACTED] 1979 notariell beurkundeten Erklärungen, durch die der Kläger seinen Grundbesitz in M [REDACTED] und Mü [REDACTED] zu den Bedingungen der am 4. September 1979 beurkundeten Verträge zum Kauf anbietet, einzuwilligen, die Auflassung an die BVI zu erklären und 37 009,90 DM nebst Zinsen zu zahlen, die der Kläger seit Fälligkeit der Ankaufsgarantie als sogenannte Annuitäten (Zins- und Tilgungsbeträge für das Fremdkapital) habe aufbringen müssen. Am 2. April 1980 kam ein Teilvergleich zustande, in dem der Kläger der Veräußerung der Wohnung in M [REDACTED] zum Preis von 176 000 DM

zustimmte und die BVI sich verpflichtete, die sich aus einer Abrechnung noch ergebenden 16 841,68 DM an den Kläger zu zahlen und die Kosten des bisherigen Rechtsstreits aus einem Streitwert von 195 476,03 DM, nämlich soweit der den Grundbesitz in M[REDACTED] betreffende Antrag und der Zahlungsantrag in Höhe von 19 450,20 DM nebst Zinsen für erledigt erklärt werden, zu tragen.

Den den Grundbesitz in Mü[REDACTED] betreffenden Antrag auf Einwilligung und Auflassung sowie den um eine Annuität von 8 779,85 DM auf (37 009,90 DM minus 19 450,20 DM plus 8 779,85 DM =) 26 339,55 DM nebst Zinsen erhöhten Zahlungsanspruch wies das Landgericht durch Urteil vom 25. Juli 1980 ab, weil die beklagte BVI zwar zur Annahme eines Verkaufsangebots des Klägers verpflichtet sei, aber sich nicht der Zwangsvollstreckung wegen ihrer Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag unterwerfen, auch den Ausschluß des § 454 BGB und der Gewährleistung nicht hinnehmen müsse und weil sich die BVI mit einer Zahlungsverpflichtung mangels eines angemessenen Verkaufsangebots sowie mangels einer Mahnung nicht in Verzug befinde. Der Kläger legte Berufung ein. Der Beklagte wies die vom Kläger für den zweiten Rechtszug bestellten Anwälte im Schreiben vom 15. September 1980 darauf hin, daß die Mü[REDACTED] Wohnung in nächster Zeit verkauft werden könne, dann angesichts der ablehnenden Haltung des OLG in vergleichbaren anderen Sachen der erstinstanzliche Antrag nicht gestellt, sondern auf einen bestimmten Geldbetrag geklagt und aus diesen Gründen die Berufungsbegründung nicht vor Ablauf der dann auch bis 22. November 1980 verlängerten Frist eingereicht werden sollte. Die Berufungsbegründung

wurde jedoch schon am 6. November 1980 eingereicht und am 10. November 1980 zugestellt. Sie enthält die zuletzt gestellten erstinstanzlichen Anträge, den Zahlungsantrag allerdings um eine weitere Annuität (= 8 779,85 DM) auf 35 119,40 DM nebst Zinsen erhöht, und die neuen Hilfsanträge, die BVI zu verurteilen, dem Kläger für den Grundbesitz in Mü. einen Käufer zu benennen, der 130 % des eingesetzten Barkapitals zahlt und die grundbuchmäßige Fremdfinanzierung übernimmt, ferner die Pflicht zum Ersatz des Schadens festzustellen, der daraus entstanden sei, daß die BVI bis zum 31. Dezember 1978 keinen kaufbereiten Dritten benannt habe. Am 6. November 1980 hatte der Kläger seine Mü. Eigentumswohnung zum Preis von 229 000 DM verkauft. Seine Prozeßbevollmächtigten erklärten deshalb ihre Anträge, "soweit nicht bereits Schadensersatz geltend gemacht war", mit Zustimmung des Gegners für erledigt und beantragten noch, die BVI zur Zahlung von 48 224,80 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Das Oberlandesgericht sprach im Urteil vom 28. April 1981 unter Zurückweisung der Berufung im übrigen dem Kläger 9 766,47 DM nebst 4 % Zinsen seit 1. Januar 1981 zu, hob die Kosten des ersten Rechtszugs gegeneinander auf und legte dem Kläger 29/30 der Kosten des Berufungsrechtszugs auf. Es führte aus: § 6 des Vertrags vom 13. September 1972 begründe keinen Anspruch auf Ankauf durch die BVI selbst. Diese sei wegen ihrer Pflicht, einen kaufbereiten Dritten zu benennen, erst durch ein Schreiben des Klägers vom 12. Juni 1980 ab 1. August 1980 in Verzug gesetzt worden; sie habe deshalb nach Abzug des Veräußerungsgewinns nur die Annuität ab 1. August 1980 nebst Zinsschäden als Verzugsschaden zu zahlen. Die Kosten der erst nach Erledigung rechtshängig gewordenen Berufungsanträge auf Benennung eines kaufbereiten Dritten habe der Kläger zu tragen.

Mit der am 17. März 1983 eingereichten und am 8. April 1983 zugestellten Klage verlangt der Kläger Schadensersatz in Höhe von 47 560,25 DM nebst Zinsen, weil der Beklagte im Vorprozeß unrichtige Anträge gestellt und die BVI nicht rechtzeitig in Verzug gesetzt habe. Seinen Schaden berechnet er wie folgt:

1. Von ihm zu tragende Kosten des Vorprozesses 1. Instanz 14 103,09 DM,
davon Notargebühren für die Beurkundung der Erklärungen vom 4. September 1979 1 246,05 DM
und der Erklärungen vom 14. Dezember 1979 1 663,31 DM.

2. Die vom Kläger erstatteten Kosten des 2. Rechtszugs des Vorprozesses 14 174,40 DM,

3. Die BVI habe aus § 6 des das Wohnungseigentum in Mü [REDACTED] betreffenden Vertrags vom 13. September 1972 geschuldet:

a) Eigenkapital + 30 % 68 186,30 DM,
b) Ablösung der Fremdschulden von 159 272,01 DM
c) 3 Annuitäten zum 30.7.1979,
30.1.1980 und 30.7.1980,
je 8 779,85 DM = 26 339,55 DM,
12 % Zinsen für die von Mankel
für die Annuitäten zur Verfügung
gestellten Beträge 1 580,37 DM
255 378,23 DM

Übertrag linke
Spalte:

Übertrag rechte
Spalte:

255 378,23 DM

28 277,49 DM

Gutzubringen sei der im Ur-
teil vom 28. April 1981 zuer-
kannte Betrag von 9 766,47 DM
und der Erlös aus dem Verkauf
vom 6. November 1980 229 000,00 DM,
so daß insoweit ein Schaden
von
verbleibe.

16 611,76 DM

4. Kosten für einen Ha[REDACTED]
Anwalt, der den Regreßanspruch geprüft
habe, samt Kosten der Reise mit diesem
Anwalt zum Prozeßbevollmächtigten in
K[REDACTED]

2 671,00 DM

47 560,25 DM.

Der Beklagte erhob die Einrede der Verjährung und
erklärte hilfsweise die Aufrechnung mit einem Honorar-
anspruch aus seiner Tätigkeit in einer anderen Sache,
den er in Höhe von 2 040,87 DM dargelegt hat.

Das Landgericht wies die Klage ab. Auf die Berufung
verurteilte das Oberlandesgericht den Beklagten,
21 771,37 DM nebst 4 % Zinsen seit 8. April 1983 zu zahlen.
Mit der zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wie-
derherstellung des Urteils des Landgerichts. Der Kläger be-
antragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht legt dar, daß der Inhalt der Garantie in § 6 des Vertrags vom 13. September 1972 nicht eindeutig sei und die Zweifel an ihrem Sachgehalt im ersten Rechtszug des Vorprozesses völlig ungeklärt gewesen seien. Wegen dieser Zweifel hätte der Beklagte, so meint das Berufungsgericht, neben dem Hauptantrag auf Verurteilung der BVI zum eigenen Erwerb der Eigentumswohnungen den Hilfsantrag auf Verurteilung zur Benennung eines kaufbereiten Dritten stellen müssen. Ebenso pflichtwidrig wie diese Unterlassung sei es gewesen, die Mahnung vom 8. Februar 1979 nicht in den Vorprozeß einzuführen. Dieses Schreiben habe für Schadensersatzansprüche gemäß § 286 oder § 326 BGB von ausschlaggebender Bedeutung sein können, weil es die BVI in Verzug gesetzt habe. Außerdem hätte der Beklagte berücksichtigen müssen, daß die Meinung der Kammer sich hätte ändern und das Rechtsmittelgericht anderer Ansicht hätte sein können. Eine dritte Pflichtwidrigkeit sieht das Berufungsgericht darin, daß der Beklagte trotz § 177 Abs. 2 Satz 2 BGB zunächst auf Genehmigung der von ihm ohne Vollmacht der BVI geschlossenen Verträge geklagt und die unnötigen Kosten für die am 4. September 1979 beurkundeten Verträge in Höhe von 1 246,05 DM verursacht habe.

II.

Nur in diesem dritten Punkt halten die Ausführungen des Berufungsgericht der rechtlichen Nachprüfung stand. Die Klage ist dennoch in vollem Umfang unbegründet.

1. Die Frage, ob der Beklagte im Vorprozeß den richtigen Antrag gestellt hat oder welche Anträge er bei pflichtgemäßer Erfüllung seines Auftrags, die Ankaufsgarantie des § 6 der Verträge vom 13. September 1972 durchzusetzen, hätte stellen müssen, kann nur beantwortet werden, wenn der rechtliche Gehalt der Ankaufsgarantie bestimmt ist. Das Berufungsgericht hat lediglich auf seine Zweifel hingewiesen, Inhalt und Tragweite aber nicht durch Auslegung ermittelt. Das mit dem Schadensersatzprozeß befaßte Gericht hat jedoch zu entscheiden, wie bei sachgemäßer Vertretung im Vorprozeß zu befinden gewesen wäre (ständige Rechtsprechung, BGH, Urt. v. 30. Oktober 1984 - IX ZR 6/84, VersR 1985, 83).

a) Der erkennende Senat kann den Formularvertrag vom 13. September 1972, insbesondere seinen § 6 frei auslegen, weil es sich, wie unstreitig, um ein häufig und überregional für Bauvorhaben in M■■■■, W■■■■ und Mü■■■■ verwendetes Vertragsmuster handelt (BGH, Urt. v. 18. November 1976 - VII ZR 150/75, NJW 1977, 294; v. 2. Oktober 1980 - IVa ZR 19/80, VersR 1980, 1170). Die Vereinbarung in § 7 des Vertrags, daß K■■■■ Gerichtsstand ist, steht der Annahme einer überregionalen Verwendung der Vertragsmuster nicht entgegen. Diese Klausel gilt aufgrund der seit 1. April 1974 gültigen Neufassung des § 38 ZPO nur

noch für Vollkaufleute und ist im übrigen unwirksam, wenn die Rechtsstreitigkeit wie hier erst nach Inkrafttreten der Neufassung anhängig geworden ist (Art. 3 und 4 des Gesetzes zur Änderung der ZPO vom 21. März 1974, BGBl I 753; BGH, Urt. v. 4. März 1983 - V ZR 209/81, WM 1983, 677).

b) Der Formularvertrag ist nach objektiven Gesichtspunkten auszulegen, nämlich nach dem typischen Verständnis redlicher Vertragspartner. Es ist der Sinngehalt der Formularvereinbarung unter Beachtung ihres Wortlauts und ihres wirtschaftlichen Zweckes festzustellen (BGH aaO m.N.). Etwaige Unklarheiten des Vertragstextes gehen zu Lasten des Verwenders des Formularvertrags (BGHZ 5, 111; 47, 207, 216; vgl. auch § 5 AGBG).

c) Bei Anlegung dieses Maßstabs begründet § 6 des Vertrags vom 13. September 1972 eine Verpflichtung und ein darüber hinaus gehendes selbständiges Garantieverprechen. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung garantiert die BVI, daß ein von ihr benannter Dritter die Eigentumswohnung in München spätestens drei Monate nach Ablauf der ersten Vermietungsperiode von 5 Jahren - das ist unstreitig der 31. Dezember 1978 für die Wohnung in Mü[REDACTED] - gegen Zahlung von 130 % des eingesetzten Barkapitals - hier unstreitig 68 186,30 DM - kaufen und die grundbuchmäßige Fremdfinanzierung, also die Schulden von 164 195,84 DM per 1. Januar 1979, übernehmen werde.

aa) Daraus folgt zunächst die Pflicht der BVI, nicht nur einen kaufbereiten Dritten zu benennen, sondern dafür zu sorgen, daß dieser zum festgelegten Preis kauft und die

Verbindlichkeiten ablöst, also die dazu notwendigen Verträge schließt. Diese einseitige Verpflichtung der BVI, die im letzten Satz des § 6 des Vertrags vom 13. September 1972 ausdrücklich von keiner Gegenleistung abhängig gemacht worden ist, hätte nur schwer durchgesetzt werden können. Nach Eintritt des Verzugs (§§ 284, 285 BGB) hätte die BVI den durch Verzug entstandenen Schaden gemäß § 286 Abs. 1 BGB ersetzen müssen. Der Kläger hätte eine Verurteilung der BVI, eine Handlung vorzunehmen, nämlich das bindende Angebot eines zahlungsfähigen Dritten beizubringen, daß er die Wohnung zum festgelegten Preis erwerbe und die Verbindlichkeiten des Klägers ablöse, erstreiten müssen. Die Vollstreckung nach §§ 887 oder 888 ZPO hätte, von den damit verbundenen Schwierigkeiten abgesehen, kaum Erfolg versprochen. Der Kläger hätte gemäß § 283 BGB vorgehen, mithin nach Schaffung der dort genannten Voraussetzungen in einem zweiten Prozeß Schadensersatz wegen Nichterfüllung einklagen müssen.

bb) Der rechtliche Gehalt des § 6 des Betreuungs- und Verwaltungsvertrags vom 13. September 1972 erschöpft sich jedoch nicht in der kaum durchsetzbaren Pflicht, das Kaufangebot eines zahlungsfähigen Dritten beizubringen. Über diese Pflicht hinaus garantierte die BVI dem Kläger, daß ein Dritter bis zum 31. Dezember 1978 die Eigentumswohnung in München kauft und die Verbindlichkeiten des Auftraggebers aus dem Erwerb der Wohnung ablöst. Die BVI garantierte mithin den Eintritt eines genau umschriebenen Erfolgs bis zu einem bestimmten Zeitpunkt. Sie hat deshalb in jedem Fall ohne Rücksicht auf Verschulden oder Schwierigkeiten auf dem Baumarkt allein aufgrund des ein Jahr vor Ablauf der 5-Jah-

resfrist gestellten Antrags dafür einzustehen, daß der Kläger zum vorausbestimmten Preis seine Eigentumswohnung veräußert hat sowie von seinen persönlichen, für den Erwerb der Wohnung eingegangenen grundbuchmäßig gesicherten Schulden seit 1. Januar 1979 befreit worden ist. In diesem Sinne durfte und mußte der Kläger als zuwerbender Auftraggeber die Ankaufsgarantie nach ihrem objektiven Erklärungswert verstehen.

Damit in Einklang steht der von der BVI als Auftragnehmerin verfolgte Zweck, durch weitgehende Zusicherungen Auftraggeber für ihre Baubetreuung und Bauverwaltung zu werben. Die Zusicherung eines Gewinns für den Auftraggeber (30 % des Eigenkapitals) und die Ablösung von allen eingegangenen Verpflichtungen sowie die Freistellung von allen Risiken auf dem Bauplatz nach fünf Jahren waren, wie unstreitig ist, ein wirksames Verkaufsargument, das bei der Werbung immer wieder hervorgehoben worden ist. Nach dem Betreuung- und Verwaltungsvertrag sollte die BVI dem Auftraggeber die Bauherrentätigkeit und jegliche sonstige Arbeit abnehmen. Er mußte der BVI vertrauen und sich auf sie verlassen. Um dieses Vertrauen zu gewinnen, sollte er erkennen, daß die Auftragnehmerin eine Garantie für den Erfolg ihrer Tätigkeit zu seinen Gunsten übernehme. Aus diesen Gründen muß sich die BVI an dem von ihr vorformulierten Wortlaut der Garantie festhalten lassen. Die Auslegung nach dem Wortlaut, nämlich daß die BVI einen bestimmten Erfolg bis zu einem bestimmten Zeitpunkt garantiert hat, entspricht der Interessenlage der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im September 1972.

Danach enthält § 6 des Vertrags vom 13. September 1972 eine selbständige Garantie für die fristgerechte Erfüllung der dort ebenfalls eingegangenen Vertragsverpflichtung. Diese Garantie erfüllt die in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien. Das selbständige Garantieverprechen ist dadurch gekennzeichnet, daß eine Verpflichtung zur Schadloshaltung übernommen wird, falls der garantierte Erfolg nicht eintritt (BGH, Urt. v. 16. Dezember 1960 - II ZR 137/59, WM 1961, 204, 206). Der Garant haftet auch für alle nicht typischen Zufälle. Ein selbständiges Garantieverprechen besagt, daß der gewährleistete Erfolg ein anderer ist und weitergehend sein soll als die bloße Vertragsleistung (BGH, Urt. v. 23. Mai 1958 - VIII ZR 126/57, NJW 1958, 1483; v. 5. Mai 1960 - III ZR 85/59, LM BGB § 765 Nr. 4). Die fristgerechte Erfüllung der eigenen vertraglichen Leistung kann in diesem Sinne garantiert sein (BGH, Urt. v. 4. März 1983 - V ZR 209/81, WM 1983, 677).

d) Der Umfang der Verpflichtung aus der Garantie, den Kläger schadlos zu halten, bestimmt sich nach den Grundsätzen des Schadensersatzrechtes (BGH, Urt. v. 21. Februar 1968 - Ib ZR 132/66, WM 1968, 680, 682; v. 20. Mai 1976 - III ZR 156/74, WM 1976, 977, 978). Danach finden die §§ 249 f BGB auf die Garantieverpflichtung der BVI Anwendung. Die Garantieschuldnerin hat im Falle der Gewährleistung den Gläubiger so zu stellen, als ob der garantierte Erfolg eingetreten oder der Schaden nicht entstanden wäre (BGH, Urt. v. 23. Mai 1958 - VIII ZR 126/57, NJW 1958, 1483).

Solange der Kläger seine Wohnung in Mü[REDACTED] noch nicht aufgrund eigener Bemühungen verkauft hatte, konnte der Zustand hergestellt werden, der bestanden hätte, wenn der garantierte Erfolg eingetreten oder - anders ausgedrückt - der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 Satz 1 BGB), wenn also die BVI den Kauf der Wohnung und die Freistellung des Klägers von Verbindlichkeiten bis 31. Dezember 1978 besorgt hätte. Die Freistellung von den mit dem Wohnungseigentum verbundenen Verpflichtungen und die Begründung eines Kaufpreisanspruchs in Höhe von 130 % des eingesetzten Barkapitals, mithin die Erfüllung der Garantiepflcht der BVI, waren dadurch zu erreichen, daß die BVI die Wohnung vom Kläger zu den in § 6 des Betreuungs- und Verwaltungsvertrags genannten Bedingungen erwarb und die Schulden ablöste. Auf diesen Inhalt der Garantiepflcht für den Fall, daß die BVI ihre zugesagte Vertragsleistung bis Ende 1978 nicht erbringe, weist eindeutig die fettgedruckte Überschrift zu § 6 des Betreuungs- und Verwaltungsvertrags "Ankaufsgarantie" hin. Dieser von der BVI hervorgehobenen Kennzeichnung des § 6 des Betreuungs- und Verwaltungsvertrags durfte der redliche Vertragspartner entnehmen, daß die BVI als Garant der Vertragsleistung das Wohnungseigentum ankaufen und die Verbindlichkeit ablösen werde, falls ein Dritter dies zu den vereinbarten Bedingungen bis Ende 1978 nicht getan haben sollte.

Danach hat der Beklagte nicht pflichtwidrig dadurch gehandelt, daß er im ersten Rechtszug des Vorprozesses nur die Anträge auf Verurteilung der BVI gestellt hat, dem am 14. Dezember 1979 beurkundeten Vertragsangebot zuzustimmen, die Auflassung zu erklären und den Schaden in Höhe von

26 339,55 DM zu ersetzen, der dem Kläger durch Zahlung seit 1. Juli 1979 fälliger Annuitäten entstanden ist. Wie auch das Berufungsgericht erkennt, waren die Bedingungen des am 14. Dezember 1979 beurkundeten Angebots nicht zu beanstanden. Jedenfalls kann dem Beklagten aus ihrer Fassung kein Vorwurf gemacht werden. In einem parallel liegenden Fall hat das Landgericht Köln durch Urteil vom 28. Januar 1981 einer vom Beklagten erhobenen Klage auf Zustimmung zu einem Verkaufsangebot mit gleichen Bedingungen stattgegeben. Zudem hat die BVI im Teilvergleich vom 2. April 1980 einer Regelung für das Wohnungseigentum des Klägers in M. zugestimmt, durch die ihre Garantiepflcht in dem aufgezeigten Sinne erfüllt wurde.

e) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war der Beklagte nicht gehalten, neben den erörterten Hauptanträgen einen Hilfsantrag zu stellen. Zwar muß ein Rechtsanwalt bei zweifelhafter Rechtslage so handeln, daß die Interessen seiner Partei auf jeden Fall gewahrt werden (BGH, Beschluß v. 1. Februar 1974 - IV ZB 50/73, VersR 1974, 751, 752). Er muß, wenn mehrere Wege möglich sind, um den erstrebten Erfolg zu erreichen, den sichersten und gefahrlosesten Weg wählen (BGH Urt. v. 25. Juni 1974 - VI ZR 18/73, NJW 1974, 1865, 1866). Daraus kann im vorliegenden Fall keine Pflicht für die Stellung eines Hilfsantrags im ersten Rechtszug des Vorprozesses hergeleitet werden.

aa) Der dann im zweiten Rechtszug gestellte Antrag auf Verurteilung der BVI, dem Kläger für das Wohnungseigentum einen Käufer zu benennen, der 130 % des eingesetzten Barkapitals zahle und die grundbuchlich gesicherte Fremdfinan-

zierung übernehme, versprach keinen verwertbaren Erfolg. Mit der Benennung eines Dritten waren die Eigentumswohnung nicht verkauft und die durch eine Grundschild gesicherten Verbindlichkeiten nicht abgelöst; insbesondere war mit der Benennung eines Dritten als Käufer nicht gesichert, daß dieser über die notwendigen Mittel zum Kauf und zur Ablösung verfügen würde und letztlich gewillt wäre, mit dem Kläger einen Kaufvertrag zu schließen und die Schulden zu übernehmen. Eine Verurteilung nach diesem Hilfsantrag, zu vollstrecken allenfalls nach §§ 887, 888 ZPO, hätte dem Kläger keine Rechte gegen den Dritten gegeben.

bb) Ein Antrag auf die in § 6 des Vertrags vom 13. September 1972 bestimmte Vertragsleistung, nämlich bis 31. Dezember 1978 das bindende Angebot eines Dritten beizubringen, daß er das Wohnungseigentum zu den genannten Bedingungen kaufe und die Schulden ablöse (oben c aa), wäre allerdings in Betracht gekommen. Ein solcher Antrag wäre jedoch aus den dargelegten Gründen unzweckmäßig gewesen. Eine dahingehende Verurteilung hätte schwerlich vollstreckt werden können; ein zweiter Prozeß wäre gemäß § 283 BGB erforderlich gewesen. Dem gegenüber war der auf die Garantie gestützte Antrag, den Kläger so zu stellen, wie wenn der zum 31. Dezember 1978 garantierte Erfolg eingetreten wäre, unbedingt vorzuziehen, weil er schneller und sicherer zu dem erstrebten Ziel hätte führen müssen.

f) Der Zuerkennung des mit dem Hauptantrag im Vorprozeß verfolgten Garantieanspruchs stand die Formvorschrift des § 313 BGB mit § 125 BGB nicht entgegen. Denn eine Verpflichtung der BVI, die Eigentumswohnung des Klägers in Mü. zu

erwerben, wurde bereits durch den Vertrag vom 13. September 1972 begründet. Nach der in diesem Zeitpunkt geltenden Fassung des § 313 BGB bedurfte die Vereinbarung einer Erwerbsverpflichtung ohne entsprechende Veräußerungspflicht des anderen Teils nicht der notariellen Beurkundung (BGHZ 57, 394). Erst die am 1. Juli 1973 in Kraft getretene Neufassung des § 313 BGB, die durch das Gesetz vom 30. Mai 1973 (BGBl I 501) eingeführt worden ist, änderte die Rechtslage. Diese Gesetzesänderung wirkt nicht auf früher abgeschlossene Verträge zurück (BGH, Urt. v. 28. September 1973 - V ZR 183/71, WM 1973, 1356).

g) Da der Kläger sich der Wohnung und der Pflichten aus dem Wohnungseigentum entledigen wollte, brauchte der Beklagte zunächst einen Antrag auf Schadensersatz in Geld nicht zu stellen. Ein solcher Antrag auf Verurteilung zur Ersatzleistung in Geld nach Maßgabe des § 250 BGB war allerdings von dem Zeitpunkt an ins Auge zu fassen, in dem der Kläger selbst einen Käufer für sein Wohnungseigentum in Aussicht hatte. Nach einem Verkauf an einen Dritten, der die in § 6 des Betreuungs- und Verwaltungsvertrags garantierten Vorteile nicht bot, mußte der Antrag entsprechend dem nunmehr zu verfolgenden Anspruch auf Schadensersatz in Geld umgestellt werden. Im Einklang damit hat der Beklagte die vom Kläger bestellten Prozeßbevollmächtigten zweiter Instanz in seinem Schreiben vom 15. September 1980 unterrichtet. Die mit der Berufungsbegründung am 6. November 1980 angekündigten Anträge und die daraus erwachsenen Kosten hat der Beklagte nicht zu vertreten.

2. Aus dem Dargelegten ergibt sich weiter, daß dem Beklagten nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, die Mahnung vom 8. Februar 1979 nicht im Vorprozeß vorgelegt zu haben. Sie hätte allenfalls für den Eintritt des Verzugs der BVI mit ihrer Vertragsleistung, für das Kaufangebot eines Dritten zu sorgen, Bedeutung gewinnen können, und das auch nur dann, wenn die Verpflichtung zu dieser Vertragsleistung über den 31. Dezember 1978 hinaus fortbestanden hätte und nicht durch die Garantie abgelöst worden wäre. Jedenfalls die Durchsetzung des Anspruchs aus der Garantie, den Kläger so zu stellen, wie wenn der garantierte Erfolg eingetreten, nämlich bis Ende 1978 die Eigentumswohnung zu den in § 6 des Betreuungs- und Verwaltungsvertrags genannten Bedingungen verkauft und die Fremdfinanzierung abgelöst gewesen wäre, erforderte keine Mahnung.

Nach alledem hat der Beklagte seine Pflichten aus dem Anwaltsvertrag nicht deshalb verletzt, weil er neben den in der Schlußverhandlung der ersten Instanz verlesenen Anträge keine weiteren Hilfsanträge gestellt und das Schreiben vom 8. Februar 1979 nicht vorgelegt hat. Die im zweiten Rechtszug des Vorprozesses gestellten Anträge hat der Beklagte, der die Berufungsanwälte zutreffend unterrichtet hatte, nicht zu vertreten.

3. a) Der Beklagte hätte allerdings voraussehen können und müssen, daß die am 4. September 1979 von ihm für den Kläger und für die BVI ohne Vollmacht geschlossenen Verträge nicht mehr genehmigt werden könnten (§ 177 Abs. 2 BGB), die BVI also auch nicht mehr zu einer Genehmigung verurteilt werden dürfte, nachdem, wie hier zu erwarten war, die BVI

die geforderte Genehmigung verweigert haben würde. Der Beklagte hätte auch erkennen können und müssen, daß die Verträge vom 4. September 1979 als Insihgeschäfte nach § 181 BGB schwebend unwirksam waren und auch deshalb der Genehmigung entsprechend § 177 BGB bedurften (BGHZ 65, 123, 125, 126), also bei deren zu erwartender Verweigerung endgültig unwirksam werden würden. Das hätte der Beklagte beachten müssen, selbst wenn in einem anderen Verfahren eine Kammer des Landgerichts Köln Klaganträge auf Genehmigung solcher Verträge angeregt haben sollte.

b) Die Kosten der Beurkundung der beiden Verträge vom 4. September 1979 in Höhe von unstreitig 1 246,05 DM hätte der Kläger auch tragen müssen, wenn er im Vorprozeß aufgrund der nachfolgenden Anträge voll obsiegt hätte. Denn diese Kosten wären gegen die BVI nach § 91 Abs. 1 ZPO nicht festgesetzt worden, weil sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung keinesfalls notwendig waren. Diesen durch die Zahlung an den Notar entstandenen Schaden hat der Beklagte wegen fahrlässiger Verletzung seiner Pflichten aus dem Ende Juli 1979 erteilten Mandat zur Durchsetzung der "Ankaufsgarantie" zu erstatten.

c) Der Schadensersatzanspruch war mit der unnötigen Beurkundung der Verträge und der Kostenrechnung des Notars vom 4. September 1979 entstanden, also gemäß § 51 BRAO seit 5. September 1982 verjährt. Auf diese Verjährung darf sich der Beklagte jedoch nicht berufen. Der Gläubiger 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 nicht auf seine Verpflichtung, dem Auftraggeber Schadensersatz zu leisten, hinweist und diesen nicht über die Verjährung des Schadensersatzanspruches zutreffend belehrt (Senatsurteil v. 23. Mai 1985 - IX ZR 102/84, WM 1985, 889, z.V. in BGHZ b.) Auf dieser erneuten Pflichtverletzung muß der Eintritt der Verjährung nach § 51 BRAO beruhen; andernfalls entsteht der Schadensersatzanspruch auf Unterlassung der Einrede nicht (BGH aaO; vgl. auch Urteil v. 26. Februar 1985 - VI ZR 144/83, NJW 1985, 1151). Nachdem der Beklagte in den Schriftsätzen des Vorprozesses vom 22. November und 20. Dezember 1979 mit Rücksicht auf die aus § 177 BGB hergeleiteten Einwendungen der BVI seinen ursprünglichen Antrag auf Verurteilung zur Genehmigung der Verträge vom 4. September 1979 hatte fallen lassen und nunmehr für den Kläger Einwilligung der BVI in die am 14. Dezember 1979 beurkundeten Verkaufsangebote begehrte, hat er erkannt oder fahrlässig nicht erkannt, daß er dem Kläger unnötige, nicht erstattungsfähige Kosten für die Beurkundung der Verträge vom 4. September 1979 schuldhaft verursacht hatte. Es bestand mithin für den Beklagten ein begründeter Anlaß, seiner Hinweis- und Belehrungspflicht aus dem weiter bestehenden Anwaltsvertrag nachzukommen. Das hat er unstreitig unterlassen. Ob der Kläger bis zum Ablauf der Verjährungsfrist am 4. September 1982, insbesondere nach Zustellung des Berufungsurteils vom 28. April 1981, den Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten erkannt hat, kann offen bleiben. Darauf, daß der Beklagte den Kläger schuldhaft nicht über die mit Ablauf des 4. September 1982 drohende Verjährung belehrte,

beruht die Verjährung des primären Schadensersatzanspruchs; denn es ist hier davon auszugehen (§ 287 ZPO; vgl. BGHZ 61, 118, 122; 64, 46, 51; BGH, Urt. v. 20. November 1984 - IX ZR 9/84, WM 1985, 203), daß der Kläger bei zutreffender Belehrung den Anspruch in einer die Verjährung unterbrechenden Weise vor dem 5. September 1982 geltend gemacht hätte. Die sich ebenfalls nach § 51 BRAO richtende Verjährung des am 5. September 1982 entstandenen Sekundäranspruchs wurde durch die Erhebung der vorliegenden Klage am 8. April 1983 unterbrochen.

d) Der Schadensersatzanspruch auf Erstattung der 1 246,05 DM nebst Zinsen ist jedoch durch die in der Klagerwiderrung vom 31. Mai 1983 hilfsweise erklärte Aufrechnung erloschen. Den dort dargelegten Honoraranspruch des Beklagten aus seiner Tätigkeit für den Kläger in anderer Sache hat das Berufungsgericht zutreffend und vom Revisionsbeklagten unbeanstandet für begründet erachtet. Eine etwaige Verjährung des Gegenanspruchs steht der Aufrechnung gemäß § 390 BGB nicht entgegen.

Merz

Zorn

Henkel

Fuchs

Gärtner