

BUNDESGERICHTSHOF

12

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 97/87

Verkündet am:
13. Oktober 1988
Thiesies
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Rechtsanwalt Dr. Hans Dieter L. [REDACTED]
2. Rechtsanwalt Paul S. [REDACTED]-B. [REDACTED]
G. [REDACTED]straße [REDACTED], D. [REDACTED] [REDACTED],

Beklagte und Revisionskläger,

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

g e g e n

die W. [REDACTED]-Grundstücks-Handels-Gesellschaft mbH & Co. KG,
R. [REDACTED]straße [REDACTED], D. [REDACTED] [REDACTED],
vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin,
die W. [REDACTED] GmbH,
diese vertreten durch die Geschäftsführerin Frau Birgit
B. [REDACTED], daselbst,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Oktober 1988 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Henkel, Gärtner, Dr. Schmitz und Dr. Kreft

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 9. April 1987 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 7. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin nimmt aufgrund abgetretenen Rechts die in einer Sozietät zusammengeschlossenen Beklagten wegen behaupteter Verletzung anwaltlicher Pflichten auf Schadensersatz in Anspruch.

- 3 -

Der Kaufmann Theodor Bö[REDACTED] war Eigentümer unbebauten Grundbesitzes in D[REDACTED]-Ra[REDACTED], Im H[REDACTED]. Am 13. Oktober 1970 schlossen er und seine Ehefrau über die Bebauung einen privatschriftlichen Vertrag mit dem Kaufmann Rolf We[REDACTED], dem Architekten Diether D[REDACTED] und dem Bankkaufmann Horst K[REDACTED]. Danach sollte das Grundstück in drei Teilflächen geteilt, davon eine an diese veräußert, eine andere ihnen zur wirtschaftlichen Verwertung überlassen und als Gegenleistung die dritte von ihnen mit einem 8-geschossigen Wohnhaus bebaut werden.

Durch Gesellschaftsvertrag vom 17. Dezember 1970 wurde die WDK Grundstücks-Verwaltungs-Gesellschaft mbH, deren Geschäftsführer ursprünglich K[REDACTED] und die Kauffrau Karin We[REDACTED] waren, gegründet und am 11. März 1971 im Handelsregister eingetragen. Sie schloß als Komplementärin mit We[REDACTED], D[REDACTED] und K[REDACTED] als Kommanditisten einen Vertrag über die Gründung der WDK Grundstücks-Verwaltungs-Gesellschaft mbH & Co. KG (künftig: WDK), die am 14. Juni 1971 im Handelsregister eingetragen wurde. Unter dem 4. Februar 1972 richteten die Kommanditisten an die Gesellschaft folgendes Schreiben:

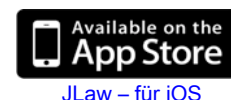
"Betr.: Bauvorhaben in D[REDACTED], Im H[REDACTED]

Sehr geehrte Herren!

Wir nehmen Bezug auf die mit Ihnen geführten Besprechungen, in denen wir Sie mit dem Bauvorhaben in Düsseldorf, Im Huferfeld, vertraut gemacht haben.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Hiermit erteilen wir Ihnen den Auftrag zur Durchführung und Abwicklung des Bauvorhabens auf der Grundlage des zwischen unserer Gesellschaft bürgerlichen Rechts und den Eheleuten Theo Bö[REDACTED] geschlossenen Vertrages, über dessen Inhalt Sie sich unterrichtet haben.

Wir bitten Sie, uns die Auftragsübernahme zu bestätigen und um Mitteilung, mit welcher Garantiesumme wir als Gewinnzuweisung rechnen können."

Auf den Teilflächen wurden mehrgeschossige Wohnhäuser und eine einheitliche Tiefgarage errichtet. Den Auftrag für Lieferung und Einbau von Fenstern einschließlich Verglasung und Anstrich erteilte die "Baugemeinschaft We[REDACTED]-D[REDACTED]-K[REDACTED]-Bö[REDACTED]" mit Bauvertrag vom 19. September 1972 der "FeBa Gesellschaft für Fertigbau-Elemente mbH" (künftig: FeBa). Für die Durchführung wurden die Vorschriften der VOB, für die Verjährung von Mängelbeseitigungsansprüchen des Bestellers die fünfjährige Frist des BGB vereinbart. Nach dem Vortrag der Beklagten erfolgte die Abnahme am 22. März 1973.

Nachdem Bö[REDACTED], der Eigentümer der bebauten Grundstücke geblieben war, durch Teilungserklärung Wohnungseigentum begründet hatte, veräußerte er die Wohnungen in den Jahren 1972 bis 1974 an zahlreiche Erwerber. Einige der notariellen Veräußerungsverträge enthalten den Hinweis, daß wirtschaftlicher Bauträger die WDK sei, die Rechte und Pflichten aus dem Vertrage wirtschaftlich sie träfen. Ferner trat Bö[REDACTED] sämtliche im Zeitpunkt der Übergabe bestehenden Gewährleistungsansprüche gegen Bauunternehmer, Handwerker und sonst am Bau Beteiligte an die jeweiligen Käufer ab. In einer Vereinbarung vom 5. November 1974 trafen die Eheleute

Bö[REDACTED] einerseits, die WDK sowie We[REDACTED], D[REDACTED] und K[REDACTED] andererseits, "Nachdem die gesamten Bauvorhaben - abgesehen von Mängelbeseitigungen - abgewickelt und über alle Eigentumswohnungen auf dem Grundstück C notariell beurkundete Kaufverträge geschlossen sind", eine abschließende Regelung ihrer Rechtsbeziehungen.

In der Folgezeit machten Erwerber von Eigentumswohnungen gegen Bö[REDACTED] und die WDK Beweissicherungsverfahren anhängig und erhoben zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf Beseitigung von Mängeln, auch an den von der FeBa gelieferten Fenstern, Klage gegen Bö[REDACTED], dem die WDK nach Streitverkündung durch die damaligen Kläger beiträt, sowie gegen die WDK und deren persönlich haftende Gesellschafterin. Seit dem 22. April 1977 wurde die WDK von den Beklagten anwaltlich vertreten. In dem Beweissicherungsverfahren 32 H 2/77 AG Düsseldorf erstattete der Sachverständige M[REDACTED] ein schriftliches Gutachten vom 17. Juni 1977, in dem Beweissicherungsverfahren 32 H 25/77 AG Düsseldorf der Sachverständige Prof. Se[REDACTED] ein schriftliches Gutachten vom 19. Dezember 1977, jeweils mit dem Ergebnis, daß die Konstruktion der Fenster nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprochen habe. In dem Gutachten Se[REDACTED] heißt es dazu unter anderem:

"... die wirkliche Ursache der Mängel jedoch, die hier ohne Zweifel vorliegen, liegt in der Wahl des Fenstersystems und ist somit konstruktionsbedingt.

Das erschwert dem Sachverständigen naturgemäß nun auch die exakten Aussagen, weil keine klaren Forderungen vorliegen, was hier der Besteller für dieses Haus vorgeschrieben und zugrunde gelegt hat. Es ist in der

Regel nicht Sache des Fensterbauers, von sich aus hier Statik zu betreiben und Beanspruchungsgruppen festzulegen. Das muß vorher im Auftrag exakt fixiert sein ..."

Durch Teilurteil des Landgerichts Düsseldorf vom 21. August 1979 - 10 O 323/78 - wurden die WDK und ihre persönlich haftende Gesellschafterin verurteilt, der Eigentümergemeinschaft als Vorschuß für die Beseitigung der Mängel an den Fenstern 22.182,42 DM zu zahlen. Ihre Berufung hatte insoweit keinen Erfolg; das Oberlandesgericht Düsseldorf berichtigte in seinem Urteil vom 18. März 1980 - 23 U 173/79 - den Betrag der Verurteilung auf 22.186,42 DM.

In dem Rechtsstreit 15 O 63/78 LG Düsseldorf (Beklagter: Bö■■■■■, Nebenintervenientin: WDK) wurde Böhmman, nachdem der Sachverständige N■■■■■ in einem Gutachten vom 12. Mai 1979 die Ansicht vertreten hatte, es sei eine Total-sanierung der Fenster erforderlich, durch Teilurteil vom 11. Januar 1980 verurteilt, als Vorschuß dafür 105.322,78 DM an die Eigentümergemeinschaft zu zahlen, und zwar als Gesamtschuldner mit der WDK und deren persönlich haftender Gesellschafterin. Die Berufungen Bö■■■■■ und der WDK wies das Oberlandesgericht Düsseldorf durch Urteil vom 9. Dezember 1980 - 23 U 30/80 - mit der Maßgabe zurück, daß die zwischenzeitlich erfolgte Vorschußzahlung für Mängelbeseitigung in Höhe von insgesamt 22.182,42 DM gemäß dem Teilurteil des Landgerichts Düsseldorf vom 21. August 1979 berücksichtigt wurde. Die Mängelbeseitigung wurde nicht vorgenommen, sondern die Fensteranlage ausgewechselt (vgl. Schlußurt. des Landgerichts Düsseldorf v. 6. Januar 1984 - 15 O 63/78).

Zwischen der WDK und den Beklagten kam es zu Differenzen wegen der Frage, ob der WDK gegen die FeBa, die sich auf Verjährung berufen hatte, Gewährleistungsansprüche zustanden und ob die Beklagten in der Lage und gehalten gewesen wären, die Verjährung zu verhindern. Die Beklagten legten im November 1980 die Vertretung der WDK nieder. Sie und später für sie ihr Haftpflichtversicherer verzichteten gegenüber den Rechtsanwälten Dr. Kr[REDACTED] und Partnern auf die Einrede der Verjährung gegen etwaige der WDK gegen die Beklagten zustehenden Schadensersatzforderungen, falls die Verjährung am 11. September 1980 noch nicht eingetreten gewesen sein sollte, und zwar zuletzt bis zum 31. Januar 1984.

Die Klägerin, die damals als W[REDACTED] GmbH & Co. KG firmierte, hatte sich durch Darlehensvertrag vom 30. August 1979 bereit erklärt, der WDK zur Abwehr der gegen diese gerichteten Ansprüche der Eigentümergemeinschaft "Im Huferfeld" ein Darlehen bis zu 450.000 DM zur Verfügung zu stellen, die WDK ihr zur Sicherheit ihre sämtlichen Ansprüche gegen die Handwerker und Anwälte, die sie beraten hatten, abgetreten. Am 4. Februar 1983 wurde über das Vermögen der WDK das Konkursverfahren eröffnet. Der Konkursverwalter veräußerte im Dezember 1983 sämtliche Ansprüche der Gemeinschuldnerin wegen behaupteter Haftpflichtschäden gegen die Beklagten und andere Rechtsanwälte aus anwaltlichem Handeln in "den Rechtsstreitigkeiten WDK GmbH & Co. KG i.K. ./.. FeBa" und in einem anderen Rechtsstreit zum Preise von 1.000 DM an den Kaufmann Rolf We[REDACTED]. Dieser trat seine Ansprüche aus dem Forderungskaufvertrag am 23. Januar 1984 an die Klägerin ab.

Mit der am 31. Januar 1984 eingereichten und demnächst zugestellten Klage nimmt die Klägerin die Beklagten auf Zahlung des Betrages von 105.322,78 DM, den sie an die Eigentümergemeinschaft "Im H [REDACTED]" gezahlt habe, zuzüglich Zinsen in Anspruch.

Das Landgericht wies die Klage ab, das Berufungsgericht erklärte sie dem Grunde nach für gerechtfertigt. Mit der Revision erstreben die Beklagten die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

I.

Die Klägerin behauptet, durch Abtretung Gläubigerin der mit der Klage geltend gemachten Schadensersatzforderung der WDK geworden zu sein. Das Berufungsgericht bejaht die Aktivlegitimation. Dazu führt es aus: Die Klägerin habe die Forderung bereits durch die Sicherungsabtretung in dem Darlehensvertrage vom 30. August 1979 erworben. Die Erklärung, daß die WDK zur Sicherheit sämtliche Ansprüche betreffend das Objekt "Im H [REDACTED]" gegen die Handwerker "und Anwälte,

die die WDK beraten haben" abtrete, erfasse die Klageforderung. Aus der Sicht des Mandanten stelle auch eine Prozeßvertretung eine anwaltliche "Beratung" dar. Bei objektiver Betrachtung könne kein Zweifel bestehen, daß mit der Abtretung sämtlicher Ansprüche solche aus jeder Art anwaltlicher Tätigkeit für die WDK gemeint gewesen seien. Ob die Darlehensforderung der Klägerin gegen die WDK bis zur Konkursöffnung bereits getilgt gewesen sei, brauche nicht abschließend geklärt zu werden. Denn das Erlöschen der Forderung sei keine auflösende Bedingung der Abtretung gewesen.

Die Auslegung der Abtretungserklärung in dem Darlehensvertrage vom 30. August 1979 durch den Tatrichter ist möglich und wird von der Revision hingenommen. Auf dieser tatsächlichen Grundlage läßt die Feststellung, daß die Klägerin am 30. August 1979 Gläubigerin der Klageforderung geworden und seitdem geblieben sei, einen Rechtsfehler nicht erkennen.

II.

Die Klägerin begründet den Schadensersatzanspruch der WDK gegen die Beklagten damit, daß

1. die von der FeBa gelieferten und eingebauten Fenster mangelhaft gewesen seien und deshalb hätten ersetzt werden müssen,
2. die FeBa deshalb der WDK habe Schadensersatz leisten müssen, weil der Bauvertrag vom 19. September 1972 mit dem Einverständnis der FeBa auf die WDK als Auftraggeberin umgeschrieben worden sei,

3. die WDK als wirtschaftliche Bauträgerin letztlich die Kosten der Erneuerung der Fenster gegenüber der Eigentümergemeinschaft habe tragen müssen und in Höhe der Klageforderung getragen habe,
4. die Beklagten entgegen einem ihnen ausdrücklich erteilten Auftrag es versäumt hätten, die Verjährung der gegen die FeBa begründeten Sachmängelgewährleistungsansprüche der WDK zu verhindern.

1. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die von der FeBa gelieferten Fenster entsprechend dem Gutachten des Sachverständigen Prof. S. [REDACTED] mit erheblichen konstruktiven und geringeren verarbeitungstechnischen Mängeln behaftet waren. Dagegen wendet sich die Revision nicht.

2. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hatte die FeBa jedenfalls in gewissem Umfange für die Mängel, die zu der Verurteilung Bö. [REDACTED] zur Vorschußzahlung in dem Rechtsstreit 15 O 63/78 LG Düsseldorf = 23 U 30/80 OLG Düsseldorf führten, einzustehen. Dafür brauche nicht geklärt zu werden, ob angesichts des wohl irrtümlich für das Jahr 1973 angenommenen Einbaus der Fenster überhaupt von einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik auszugehen sei und ob es sich um einen Planungsfehler handele oder die FeBa gemäß den Bestimmungen der VOB/B für die Mängel hätte einstehen müssen. Für die Bejahung der Haftung der Beklagten dem Grunde nach reiche es aus, daß eine Gewährleistungsverpflichtung der FeBa jedenfalls in Ansehung der im Gutachten des Sachverständigen Prof. S. [REDACTED] festgestellten verarbeitungstechnischen Mängel bestanden habe, auch wenn diese Mängel weit- aus weniger gewichtig gewesen seien als die von dem Sachverständigen angenommenen konstruktionsbedingten Fehler.

Diese Begründung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand: Eine Nachbesserung der verarbeitungstechnischen Mängel an den Fenstern ist nicht erfolgt. Die Vorschußzahlung von 105.322,78 DM, deren Ersatz die WDK nach Ansicht der Klägerin von der FeBa hätte erlangen können, war von der Eigentümergemeinschaft ausschließlich als Vorschuß für die Kosten der Auswechslung der Fenster wegen konstruktiver Mängel gefordert und ihr zuerkannt worden. Das Berufungsgericht hätte deshalb die Frage, ob die FeBa zum Ersatz der Fenster wegen der aufgezeigten konstruktiven Mängel verpflichtet war, nicht offen lassen dürfen.

3. a) Das Berufungsgericht stellt - von der Revision unbeanstandet - fest, die WDK sei aufgrund ihrer Vereinbarungen mit Böhmann verpflichtet gewesen, den Nachteil seiner Inanspruchnahme durch die Erwerber der von ihm diesen veräußerten Wohnungen zu tragen.

b) Es läßt offen, ob die WDK den gesamten Betrag der Klageforderung in Höhe von 105.322,78 DM an die Eigentümergemeinschaft gezahlt hat. Es stehe fest, daß sie zumindest den ihrer Verurteilung in dem Rechtsstreit 10 O 323/78 LG Düsseldorf = 23 U 173/79 OLG Düsseldorf entsprechenden Teilbetrag von 22.182,42 DM gezahlt habe. Damit sei ein für den Erlaß eines Grundurteils ausreichender Schaden der WDK gegeben. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Auch die Revision tut das nicht.

c) Das Berufungsgericht läßt auch offen, ob die Verjährung des nach seiner Ansicht gegen die FeBa begründeten Mängelbeseitigungsanspruchs bereits mit dem 22. März 1978

vollendet war. Deshalb ist für die Revisionsinstanz die Verjährung des Anspruchs bereits in diesem Zeitpunkt zu unterstellen.

d) Das Berufungsgericht läßt weiter offen, ob vor der Vollendung der Verjährung des Mängelbeseitigungsanspruchs gegen die FeBa die WDK - sei es unmittelbar aus dem Bauvertrage vom 19. September 1972 oder durch Eintritt in diesen Vertrag im Wege der Vertragsübernahme oder durch Abtretung seitens der Eheleute Bö[REDACTED] - Gläubigerin des Mängelbeseitigungsanspruchs gegen die FeBa geworden war.

Für die Revisionsinstanz ist mithin davon auszugehen, daß das nicht der Fall war.

4. Das Berufungsgericht läßt schließlich offen, ob

aa) die Beklagten von der WDK im Dezember 1977 den umfassenden Auftrag erhalten haben, alle nur denkbaren rechtlichen Schritte einzuleiten, um einerseits Ansprüche, die gegen die WDK erhoben wurden oder erhoben werden konnten, abzuwehren, andererseits Regreßansprüche der WDK gegen die beteiligten Handwerker sicherzustellen,

bb) die WDK - wie von der Klägerin unter Beweisantritt behauptet - vor der Verjährung des Mängelbeseitigungsanspruchs gegen die FeBa die Beklagten ausdrücklich beauftragt hatte, diesen Anspruch gegen die FeBa sicherzustellen,

cc) die WDK den Beklagten vor der Verjährung des Mängelbeseitigungsanspruchs gegen die FeBa die Bauverträge, Ausschreibungsunterlagen und Korrespondenzen zur Verfügung gestellt hatte, die näheren Aufschluß geben konnten, welche Handwerker im einzelnen von den im Beweissicherungsverfahren zu Tage getretenen Mängeln betroffen waren.

Für die Revisionsinstanz ist mithin auch insoweit davon auszugehen, daß das nicht geschehen ist.

III.

Das Berufungsgericht begründet die von ihm angenommene Schadensersatzpflicht der Beklagten gegenüber der WDK mit folgender Erwägung: Die Beklagten seien im April 1977 mit der Vertretung der WDK in dem Beweissicherungsverfahren 32 H 2/77 AG Düsseldorf beauftragt worden, in dem es auch um die Feststellung von Mängeln an den Fenstern in den Gebäuden der Wohnanlage "Im H [REDACTED]" gegangen sei. Dem Anwalt obliege es aufgrund des mit dem Auftraggeber geschlossenen Vertrages, diesen umfassend zu beraten und ihn vor möglichen Schäden zu bewahren. Dazu gehöre es, daß er den Auftraggeber auf für ihn erkennbar drohenden Schaden hinweise und ihm bestehende Möglichkeiten, dessen Eintritt zu vermeiden, aufzeige. Haftungsrechtlich mache es keinen Unterschied, ob der drohende Schaden unmittelbar mit dem Gegenstand des Anwaltsauftrages zusammenhänge oder sich erst aufgrund weiterer Vorgänge, die zwar nur mittelbar mit dem Gegenstand des Mandats zu tun hätten, aber für den Anwalt im Rahmen der ihm

übertragenen Tätigkeit erkennbar seien, ergebe. Nach Vorlage des Gutachtens des Sachverständigen N [REDACTED] vom 17. Juni 1977 und besonders, nachdem ihnen am 19. Januar 1978 das von dem Sachverständigen Prof. S [REDACTED] in dem Beweissicherungsverfahren 32 H 25/77 AG Düsseldorf erstattete Gutachten vom 19. Dezember 1977 zur Verfügung gestellt worden sei, hätten die Beklagten spätestens Ende Januar 1978 die Notwendigkeit in Betracht ziehen müssen, daß sich die WDK bei den beteiligten Handwerkerfirmen, so auch bei der FeBa, werde schadlos halten müssen. Deshalb habe sich für die Beklagten die Verpflichtung ergeben, die WDK darauf hinzuweisen, daß es zur Vermeidung von Vermögensnachteilen für sie geboten sei, die Möglichkeit der Inanspruchnahme der beteiligten Handwerkerfirmen unter allen Umständen sicherzustellen. Auch ohne genaue Kenntnis der Bauverträge, der Ausschreibungsunterlagen und etwaiger Korrespondenzen hätten sie erkennen müssen, daß es für die WDK zur Vermeidung erheblicher Schäden darauf angekommen sei, wegen der durch die Gutachten festgestellten Mängel an den Fensteranlagen ihrerseits den für dieses Gewerk zuständigen Vertragspartner in Anspruch nehmen zu können. Daß die Beklagten die WDK in dieser Weise beraten, ihr insbesondere die Dringlichkeit umgehender Informationserteilung deutlich gemacht hätten, sei nach dem Vorbringen der Klägerin auszuschließen und werde auch von den Beklagten nicht behauptet.

Auch dann, wenn zugunsten der Beklagten unterstellt werde, daß die WDK bis zur Verjährung der Gewährleistungsansprüche gegen die FeBa nicht Gläubigerin solcher Ansprüche

geworden sei, hätten sie ihre Pflichten gegenüber ihrer Auftraggeberin schuldhaft verletzt. Es sei klar gewesen, daß die WDK aufgrund ihrer Absprache mit dem Veräußerer der Eigentumswohnungen wirtschaftlich den Nachteil dessen erfolgreicher Inanspruchnahme durch Erwerber von Wohnungen werde tragen müssen. Deshalb hätten die Beklagten der WDK die Möglichkeit verschaffen müssen, gegen die FeBa vorgehen zu können. Hätte sich BÖ [REDACTED] geweigert, dabei mitzuwirken, so hätte er sich schadensersatzpflichtig gemacht, wenn es deshalb zu einer Verjährung der gegen die FeBa begründeten Mängelgewährleistungsansprüche gekommen wäre.

2. Dagegen wendet sich die Revision mit Recht. Das Berufungsgericht geht zwar von einem rechtlich zutreffenden Ausgangspunkt aus, hat aber auf dieser Grundlage die an die Beklagten zur Erfüllung ihrer Pflichten als Rechtsanwälte zu stellenden Anforderungen erheblich überspannt.

Die Beklagten waren, wie für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist, bis zur Vollendung der Verjährung etwaiger gegen die FeBa begründeten Mängelgewährleistungsansprüche am 22. März 1978 von der WDK lediglich beauftragt, deren Interessen in dem Beweissicherungsverfahren 32 H 2/77 AG Düsseldorf wahrzunehmen. Trotzdem haben sie ihre Auftraggeberin ständig auf die sich für sie bei Mängeln der Wohnanlage wirtschaftlich ergebenden Risiken hingewiesen, sie um Übersendung der zur Beurteilung notwendigen Unterlagen gebeten und angeboten, die Fragen mit ihr umfassend zu erörtern.

12

Bereits mit Schreiben vom 4. Juli 1977 haben die Beklagten der WDK unter anderem folgendes mitgeteilt:

"In der Sache selbst ist eben hier das Gutachten des Sachverständigen N[REDACTED] eingegangen. Eine Ausfertigung des recht umfangreichen Gutachtens fügen wir als Anlage mit der Bitte um Durchsicht bei. Wir meinen, daß nach dem Studium dieses Gutachtens überlegt werden muß, ob und in welchen Fällen noch Schritte gegen die Handwerker unternommen werden müssen."

Das Schreiben der Beklagten an die WDK vom 15. September 1977 lautet:

"Betr.: Auseinandersetzung Ki[REDACTED] u.a. gegen Bö[REDACTED] und WDK

Sehr geehrter Herr Sc[REDACTED]!

In der vorbezeichneten Angelegenheit dürfen wir uns höflich auf das am 13. September 1977 mit Herrn Rechtsanwalt S[REDACTED]-B[REDACTED] geführte persönliche Gespräch beziehen, in dem die Frage der Verjährung der Gewährleistungsansprüche ventiliert wurde.

Wir haben inzwischen die Notarverträge und die Abnahmeprotokolle noch einmal durchgesehen. Dabei mußten wir leider feststellen, daß eine Vereinbarung bezüglich der Abkürzung der Verjährung auf zwei Jahre nicht getroffen wurde.

Soweit die Handwerker, die die einzelnen Gewerke ausgeführt haben, zwischenzeitlich in Konkurs gefallen sind, haben die Veräußerer der Eigentumswohnungen mithin für die Gewährleistungsansprüche der Erwerber einzustehen. Die Gewährleistungsfrist beträgt fünf Jahre."

Unter dem 26. Oktober 1977 teilten die Beklagten der WDK unter anderem folgendes mit:

"...

Wir hatten bereits früher wiederholt zum Ausdruck gebracht, daß die seitens der Wohnungserwerber gesetzten Fristen zur Mängelbeseitigung im Hinblick auf anderenfalls drohende Prozesse ernst genommen werden mußten. Dies insbesondere deshalb, weil die WDK im Innenverhältnis Herrn Bö[REDACTED] freigestellt hat, so daß Regreßprozesse der Erwerber nach unserer Auffassung automatisch zu einer Streitverkündung seitens Bö[REDACTED] an WDK führen müssen.

Wir möchten es nicht verabsäumt haben, auf diese Risiken noch einmal hingewiesen zu haben ..."

Das im Berufungsurteil erwähnte Schreiben der Beklagten vom 25. Januar 1978, mit dem sie das ihnen zur Verfügung gestellte Gutachten des Sachverständigen Prof. S[REDACTED] zurückreichten, ist nicht an die WDK, sondern an die Klägerin gerichtet, die nicht Auftraggeberin der Beklagten war. Nach Ansicht des Sachverständigen S[REDACTED] waren die aufgezeigten Mängel konstruktiver Art im übrigen solche, für die FeBa nicht einzutreten brauchte. In ihrem Schreiben an die WDK vom 31. Januar 1978 teilten die Beklagten unter Übersendung eines von dem Sachverständigen N[REDACTED] erstatteten Ergänzungsgutachtens vom 20. Januar 1978 mit:

"...

Im Rahmen der Erörterung des Gesamtkomplex "Im H[REDACTED]" mit Ihrem sehr geehrten Herrn Dr. Kü[REDACTED] waren wir gebeten worden, einen Briefentwurf zu fertigen, in dem die WDK für einige kleine Punkte der

Gemeinschaft der Wohnungseigentümer Nachbesserung anbieten will. Von der Überarbeitung dieses Briefentwurfes haben wir zunächst abgesehen, da wir der Meinung sind, daß die "Marschrichtung" in der Sache grundsätzlich neu festgelegt werden muß.

Wie wir Ihnen bereits vorher mitteilten, muß mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit damit gerechnet werden, daß die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer einen umfangreichen Rechtsstreit gegen den formalen Veräußerer der Wohnungen, Herrn Bö■■■■, führen wird. Unsicher ist, inwieweit Herr Bö■■■■ aufgrund der seinerseits gegebenen Freistellungserklärung die Herren We■■■■, D■■■■ und K■■■■ einschließlich der WDK alsdann in Regreß nehmen kann. Sicher dürfte hingegen sein, daß in dem zu erwartenden Rechtsstreit ganz erhebliche Geldbeträge auf dem Spiel stehen werden.

Wir sind deshalb der Meinung, daß der Gesamtkomplex zum Gegenstand einer persönlichen Erörterung mit Ihrem sehr geehrten Herrn We■■■■ gemacht werden sollte, damit eine abschließende Entscheidung getroffen wird.

Als Besprechungstermin schlagen wir vor

Dienstag, d. 14. Februar 1978, 16,00 Uhr,

in unserer Kanzlei.

... "

Wegener, der seit September 1973 alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der WDK war, ging auf diesen Terminsvorschlag nicht ein. Deshalb fragten die Beklagten mit Schreiben vom 17. Februar 1978 bei der WDK an, ob hausintern bereits eine Entscheidung getroffen worden sei, wie die WDK und die Herren We■■■■, D■■■■ und K■■■■ sich gegenüber Herrn Bö■■■■ verhalten wollten. Dies erscheine insbesondere deshalb von Bedeutung, weil Bö■■■■ zwischenzeitlich von der

Gemeinschaft der Wohnungseigentümer verklagt worden sei. Mit Schreiben vom 6. März 1978 teilten die Beklagten der WDK folgendes mit:

"Sehr geehrte Herren,

in der vorbezeichneten Angelegenheit haben wir im Anschluß an das mit Ihrem sehr geehrten Herrn Wey [REDACTED] am 3. März 1978 geführte Gespräch die uns von Ihnen mit Schreiben vom 22. November 1977 zur Verfügung gestellten Vertragsunterlagen noch einmal durchgearbeitet. Dies ist insbesondere im Hinblick auf die seitens der Erwerber der Eigentumswohnungen Block C erhobene Klage gegen Herrn Bö [REDACTED] und die Auswirkung einer evtl. Streitverkündung an Sie und die Herren We [REDACTED], D [REDACTED] und K [REDACTED] geschehen.

Bei der Durcharbeitung der Unterlagen sind wir zu dem Ergebnis gekommen, daß die gegenwärtige Situation nicht frei von Risiken für Sie ist. Zwar wurde in dem Vertrag vom 5. November 1974 Herrn Bö [REDACTED] lediglich eine Freistellungserklärung gegeben bezüglich der Ansprüche der Bauhandwerker oder sonstiger am Bau beteiligter Personen. Es darf aber nicht übersehen werden, daß Herr Bö [REDACTED] das Grundstück für den Block C Ihnen zur wirtschaftlichen Verwertung überlassen hat.

Unter Berücksichtigung dieses Umstandes kann nicht ausgeschlossen werden, daß ein Gericht im Wege der Auslegung, insbesondere im Hinblick auf Ziff. III des Notarvertrages vom 13. November 1973, zu dem Ergebnis kommt, daß eine vertragliche Haftung Ihrerseits und gegebenenfalls auch der Herren We [REDACTED], D [REDACTED] und K [REDACTED] bezüglich der Gewährleistungsansprüche der Wohnungserwerber im Durchgriff gegeben ist. Zur Abwehr derartiger Ansprüche dürfte nach diesseitiger Auffassung die Formulierung in § 4 Abs. 1 letzter Satz des Vertrages vom 5. November 1974 wohlmöglich nicht ausreichen.

Wir möchten nicht verabsäumt haben, Sie auf diese Risiken hingewiesen zu haben.

Sollten Sie eine persönliche Erörterung des Gesamtkomplexes sowie eine abschließende Festlegung der "Marschrichtung" für wünschenswert und/oder erforderlich halten, dürfen wir Sie bitten, Herrn Rechtsanwalt S [REDACTED] - B [REDACTED] zwecks Abstimmung eines Termins anzurufen."

Die Beklagten haben mithin die WDK davon unterrichtet, daß sie in Anspruch genommen werden könnte, geprüft werden müsse, ob und welche Schritte gegen die am Bau beteiligten Handwerker unternommen werden könnten, und daß die Verjährungsfrist für solche Ansprüche fünf Jahre betrage. Auf ihre wiederholten Angebote zu einer umfassenden Besprechung der Angelegenheit ging die WDK nicht ein. Damit hatten die Beklagten, wenn ihnen kein besonderer Auftrag erteilt worden war, ihre sich aus dem bestehenden Auftrag ergebenden Pflichten gegenüber der WDK erfüllt. Eine besondere Nachdrücklichkeit oder Eindringlichkeit der Beratung kann nicht gefordert werden (Senatsurt. v. 5. Februar 1987 - IX ZR 65/86, NJW 1987, 1322, BGHR BGB § 675, Rechtsanwalt 1).

IV.

Die Beklagten haben die Einrede der Verjährung erhoben. Der von der Klägerin behauptete Schaden - Verjährung der Mängelbeseitigungsansprüche gegen die FeBa - wäre fünf Jahre nach dem für die Revisionsinstanz zu unterstellenden Abnahmetermin eingetreten, also mit dem 22. März 1978. Damit hätte die Verjährung des Schadensersatzanspruchs gegen die Beklagten begonnen. Nach § 51 BRAO wäre sie am Montag, dem 23. März 1981 eingetreten, also nach dem 11. September 1980.

Die Beklagten berufen sich darauf, durch Nr. 7 ihrer Mandatsbedingungen wirksam eine Verjährungsfrist von zwei Jahren nach Beendigung des Auftrages vereinbart zu haben. Das Berufungsgericht läßt offen, ob diese Vereinbarung wirksam war, und begründet das - obgleich die WDK den Regreßanspruch gegen die Beklagten bereits am 30. August 1979 an die Klägerin abgetreten hatte - damit, der WDK hätte ein Sekundäranspruch gegen die Beklagten zugestanden, weil diese im Rahmen der weiteren, noch im Jahre 1980 andauernden Mandatsverhältnisse, die denselben Komplex betroffen hätten, verpflichtet gewesen seien, auf ihre Schadensersatzpflicht hinzuweisen. Das Berufungsgericht zeigt im übrigen nicht auf, durch welchen Umstand und wann den Beklagten vor der offengelassenen Verjährung vor dem 11. September 1980 ihre Verpflichtung zum Schadensersatz hätte bewußt werden müssen, so daß in der unterbliebenen Belehrung der WDK darüber die für das Entstehen des Sekundäranspruchs erforderliche neue schuldhaftes Pflichtverletzung zu erblicken gewesen wäre (vgl. BGHZ 94, 380, 387; Senatsurt. v. 11. Juli 1985 - IX ZR 11/85, NJW 1985, 2941). Die Verjährung eines gegen die Beklagten begründeten Schadensersatzanspruchs der WDK wäre jedoch aus anderem Grunde nicht vor dem 11. September 1980 vollendet gewesen. Wie der zwischen den Parteien unstreitige Schriftwechsel zwischen den Beklagten und der WDK zeigt, waren sie noch 1979 mit der Prüfung der Durchsetzbarkeit von Mängelbeseitigungsansprüchen gegen die FeBa befaßt, ihr Auftrag also insoweit noch nicht beendet. Nach den Mandatsbedingungen der Beklagten sollten gegen sie gerichtete Ansprüche jedoch zwei Jahre nach Beendigung des Auftrages verjähren.

Ein etwaiger Schadensersatzanspruch der WDK gegen die Beklagten war jedoch auf jeden Fall bei Einreichung der Klage am 31. Januar 1984 verjährt. Das Berufungsgericht meint, die Beklagten könnten sich auf die Verjährung nicht berufen, weil sie und nach ihnen ihr Haftpflichtversicherer seit dem 11. September 1980 jeweils Verzichtserklärungen abgegeben hätten. Richtig ist, daß nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Urt. v. 26. März 1974 - VI ZR 217/72, NJW 1974, 1285; Urt. v. 20. Februar 1986 - VII ZR 142/85, NJW 1986, 1861 m.w.N.) § 270 Abs. 3 ZPO entsprechend anzuwenden ist, wenn der Schuldner gegen den Gläubiger auf die Erhebung der Einrede der Verjährung bis zum Ablauf einer bestimmten Frist verzichtet hat und in seiner dennoch erhobenen Einrede eine unzulässige Rechtsausübung liegen würde. Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Rechtsanwälte Dr. Kr. [REDACTED] und Partner, welche die Verhandlungen mit den Beklagten und ihrem Haftpflichtversicherer über den Verzicht auf die Einrede der Verjährung geführt haben, als Vertreter der Klägerin als der neuen Gläubigerin oder als Vertreter der WDK aufgetreten sind, die nicht mehr Gläubigerin war. Es ist der Ansicht, der etwa zwischen der WDK und den Beklagten vereinbarte Verzicht gelte entsprechend § 407 Abs. 1 BGB auch zugunsten der Klägerin.

Diese Überlegung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Nach § 407 Abs. 1 BGB muß der neue Gläubiger jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß

der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt. Diese Vorschrift bezweckt nur, den Schuldner gegen die Nachteile zu schützen, die für ihn aus der Unwirksamkeit von seine Lage verbessernden Rechtsgeschäften mit dem alten Gläubiger erwachsen könnten. Daher besteht für § 407 BGB kein Raum in Ansehung von solchen nach der Abtretung vorgenommenen Rechtsgeschäften zwischen dem alten Gläubiger und dem Schuldner, welche die Lage des Schuldners verschlechtern würden. Die Vorschrift wirkt nicht zugunsten des neuen Gläubigers (BGHZ 52, 150, 153). Im vorliegenden Fall würde sich der Verzicht der Beklagten auf die Geltendmachung der Einrede der Verjährung zum Vorteil der Klägerin auswirken.

Das Berufungsgericht hätte deshalb, wenn es einen Erwerb der von ihm bejahten Schadensersatzforderung der WDK gegen die Beklagten durch die Klägerin bereits am 30. August 1979 feststellte, die Umstände der Verzichtsvereinbarung näher prüfen müssen, um die Frage entscheiden zu können, ob die Klägerin daraus Rechte herleiten konnte.

V.

Das Berufungsurteil kann keinen Bestand haben. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, die erforderlichen Feststellungen nachzuholen. Der Senat hat bei der Zurückverweisung von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO Gebrauch gemacht.

Merz

Henkel

Gärtner

Schmitz

Kreft