

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Verkündet am:
17. Dezember 1997
Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

VIII ZR 235/96

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 249, 675

Zum Ursachenzusammenhang zwischen anwaltlicher Pflichtverletzung und Schaden des Mandanten.

BGH, Urteil vom 17. Dezember 1997 - VIII ZR 235/96 - OLG Frankfurt a.M.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 1997 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Zülch, Dr. Beyer, Dr. Leimert und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 3. Juli 1996 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand

Die in England ansässige Klägerin war früher Vertrags-
händlerin für Spritzgießmaschinen der A. Maschinenfa-
brik H. GmbH & Co KG in L. (im
folgenden A. KG). Dem Vertragsverhältnis lag ein "Al-
leinverkaufsvertrag" vom 2. November 1970 zugrunde, in dem
es unter V 5 hieß:

"Wegen Beendigung des Vertragsverhältnisses können Er-
satzansprüche irgendwelcher Art nicht geltend gemacht
werden, es sei denn, daß sie auf einem schuldhaften
Verhalten einer Partei beruhen."

Die A. KG kündigte den Vertrag zum 30. Dezember
1992. Nach einer einvernehmlichen Vertragsverlängerung war
das Vertragsverhältnis am 30. April 1993 endgültig beendet.

Wegen möglicher Ausgleichsansprüche wandten sich die
englischen Bevollmächtigten der Klägerin mit Schreiben vom
4. Februar 1993 an die Beklagten und baten (nach der deut-
schen Übersetzung des englischen Textes) um Auskunft unter
anderem über folgende Fragen:

"Hat H. & K. GB bei Kündigung des Vertrags durch
A. eine Klagebefugnis in deutschen Gerichten? Wenn
nicht, wo ist der Gerichtsstand?"

Wenn H. & K. eine Klagebefugnis hat - wie hoch ist
der finanzielle Wert dieses Klagerechts? Können Sie ir-
gendetwas über die Erfolgsaussichten sagen?"



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



Rechtsanwalt Dr. M. aus der Sozietät der Beklagten antwortete darauf mit Schreiben vom 5. Februar 1993 (in der deutschen Übersetzung des englischen Textes):

"Anhand der mir gesandten Unterlagen beurteile ich die Erfolgsaussichten als positiv. ...

Schadenersatzansprüche und Verfahren in dieser Sache müssen innerhalb eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Kündigung geltend gemacht werden. Klausel 5 von Artikel V. des Vertrags, in dem alle Schadenersatzansprüche ausgeschlossen werden sollen, verletzt deutsches Handelsrecht und ist unwirksam."

Die Jahresfrist zur Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs wurde von Rechtsanwalt Dr. M. mit Schreiben vom 9. Februar 1993 noch einmal bestätigt. Nachdem die englischen Bevollmächtigten der Klägerin im Oktober 1993 erneut an die Beklagten herangetreten waren, teilten diese mit Schreiben vom 21. Oktober 1993 mit, daß auf das Vertragsverhältnis der Klägerin mit der A. KG gemäß der Übergangsregelung des Art. 29 EGHGB noch § 89 b HGB alter Fassung anwendbar sei, wonach die Frist zur Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs lediglich drei Monate betrage.

Anfang 1994 machten die Beklagten in Absprache mit der Klägerin für diese gegenüber der A. KG einen Ausgleichsanspruch geltend. Die A. KG lehnte unter Hinweis auf die Ausschußklausel in Nr. V 5 des Alleinverkaufsvertrages und den Ablauf der Dreimonatsfrist des § 89 b Abs. 4 HGB a.F. jegliche Zahlung ab.

Im vorliegenden Rechtsstreit nimmt die Klägerin die Beklagten wegen fehlerhafter Beratung über die Frist zur An-

meldung eines Ausgleichsanspruchs im Wege einer Teilklage auf Schadensersatz in Höhe von 1 Million DM nebst Zinsen in Anspruch. Sie hat vorgetragen, bei richtiger Beratung hätte sie gegenüber der A. KG einen Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB in Höhe von ca. 2,6 Millionen DM fristgerecht geltend gemacht und auch erfolgreich durchsetzen können.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und den Rechtsstreit zur Entscheidung über die Höhe des Anspruchs an das Landgericht zurückverwiesen. Dagegen wenden sich die Beklagten mit ihrer Revision, mit der sie eine Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstreben.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Klägerin könne von den Beklagten als Gesamtschuld-
nern wegen anwaltlicher Falschberatung (positiver Vertrags-
verletzung des Anwaltsvertrages) den ihr dadurch entstande-
nen Schaden ersetzt verlangen.

Rechtsanwalt Dr. M. aus der Sozietät der Beklagten
habe der Klägerin eine falsche Auskunft gegeben, indem er
ihr mitgeteilt habe, die Frist zur Geltendmachung eines
Ausgleichsanspruchs gegenüber der A. KG betrage ein
Jahr nach endgültiger Beendigung des Vertrages. Gemäß
Art. 29 EGHGB unterliege das Vertragsverhältnis zwischen
der Klägerin und der A. KG aber § 89 b Abs. 4 Satz 2
HGB a.F.; danach hätte der Ausgleichsanspruch innerhalb von
drei Monaten angemeldet werden müssen.

Die Anwendbarkeit deutschen Rechts ergebe sich daraus,
daß die Klägerin und die A. KG ihr Vertragsverhältnis
in Nr. VII 1 des Alleinverkaufsvertrages dem am Sitz des
Herstellers geltenden Recht unterstellt hätten. Der Kläge-
rin habe als Vertragshändlerin zumindest in entsprechender
Anwendung von § 89 b HGB a.F. ein Ausgleichsanspruch gegen-
über der A. KG zugestanden, weil das Vertragsverhältnis
über eine reine Käufer-Verkäufer-Beziehung hinausgegangen
sei und die Klägerin eine einem Handelsvertreter vergleich-
bare Stellung inne gehabt habe, aufgrund derer sie auch

ausdrücklich zur Mitteilung der Kundenanschriften an die A. KG verpflichtet gewesen sei.

Die Fehlberatung durch die Beklagten sei deshalb kausal für einen dem Grunde nach ersatzfähigen Schaden der Klägerin; denn es habe auf der Hand gelegen, daß die Klägerin im Falle richtiger Beratung über die hier maßgebliche Dreimonatsfrist den ihr dem Grunde nach zustehenden Ausgleichsanspruch gegenüber der A. KG bis spätestens 31. Juli 1993 wenigstens schriftlich angemeldet hätte, um den Anspruch gegebenenfalls dann auch gerichtlich durchzusetzen. Dies habe um so mehr auf der Hand gelegen, als gemäß der mitgeteilten Auffassung der Beklagten der vertragliche Ausschluß von Ausgleichsansprüchen unwirksam gewesen sei.

Nr. V 5 des Alleinverkaufsvertrages sei tatsächlich unwirksam, soweit diese Vertragsbestimmung jegliche Ersatz- bzw. Ausgleichsansprüche bei Beendigung des Vertragsverhältnisses ausschließe. Die Klausel verstoße gegen § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB a.F. und n.F., wonach der Ausgleichsanspruch im voraus nicht ausgeschlossen werden könne. § 92 c Abs. 1 HGB a.F., der abweichende Vereinbarungen erlaube, wenn der Handelsvertreter bzw. Vertragshändler im Inland keine Niederlassung habe, sei mit primärem EG-Vertragsrecht unvereinbar. Die Regelung verstoße gegen das Verbot einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 6 EGV) und greife ohne sachlichen Grund und deshalb unzulässigerweise in den Schutzbereich der in Art. 52, 59, 60 EGV enthaltenen Spezialbestimmungen zum allgemeinen Diskriminierungsverbot für den Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ein. Das habe zur Folge, daß § 92 c

Abs. 1 HGB a.F. und Art. 29 EGHGB, soweit dieser die begrenzte Fortgeltung von § 92 c HGB a.F. anordne, wegen des Vorrangs des EG-Rechts vor dem nationalen Recht in bezug auf die Klägerin als gewerbliche Dienstleistungserbringerin innerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft außer Anwendung blieben.

Daß § 92 c HGB a.F. mit EG-Recht unvereinbar sei, sei bereits 1989 in der einschlägigen Literatur so gesehen worden. Auch die EG-Richtlinie zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter vom 18. Dezember 1986 (86/653/EWG, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 382 vom 31.12.1986 - im folgenden: Handelsvertreterrichtlinie) sei, wie ihrer Einleitung zu entnehmen sei, in der Erwägung ergangen, daß "die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs ... aufgehoben worden" seien. Die Unvereinbarkeit von § 92 c HGB a.F. mit primärem EG-Recht sei also zum Zeitpunkt der Auskunftserteilung der Beklagten im Februar 1993 bereits erkannt und deshalb als Rechtsproblem wenigstens erkennbar gewesen. Sie habe auch durch Art. 22 der Handelsvertreterrichtlinie, nach dem den Mitgliedstaaten für die Anwendung der zur Umsetzung der Richtlinie erforderlichen Vorschriften auf laufende Verträge eine Übergangszeit bis zum 31. Dezember 1993 eingeräumt sei, nicht vorübergehend aufgehoben werden sollen oder können, weil es sich bei der Richtlinie um gegenüber dem EG-Vertrag nachrangiges Recht handele.

Die Beklagten hätten schuldhaft gehandelt, weil sie im Februar 1993 bei sorgfältiger Prüfung hätten feststellen

müssen, daß gemäß Art. 29 EGHGB die Dreimonatsfrist des § 89 b HGB Abs. 4 Satz 2 a.F. fortgelten sollte. Allein dieser Fehler habe dazu geführt, daß die Klägerin die nahe-
liegende Möglichkeit zur Geltendmachung des Ausgleichsan-
spruchs gegenüber der A. KG nicht genutzt und den An-
spruch deshalb verloren habe.

Die Betrachtung eines hypothetischen Kausalverlaufs, hier eines sogenannten rechtmäßigen Alternativverhaltens von Rechtsanwalt Dr. M. , könne die Beklagte nicht entlasten. Das rechtmäßige Alternativverhalten eines Schädigers sei grundsätzlich nur dann beachtlich, wenn der Schadenseintritt in jedem Falle erfolgt wäre und es deshalb an der Relevanz des Normverstößes für die Schadenshaftung fehle. Bei objektiv richtiger Auskunft durch Dr. M. wäre aber der Schaden der Klägerin nicht eingetreten, weil diese dann ihren Ausgleichsanspruch rechtzeitig geltend gemacht hätte und ihren Anspruch nach der objektiven Rechtslage auch hätte durchsetzen können.

Da Rechtsanwalt Dr. M. im Ergebnis die Unwirksamkeit des in Nr. V 5 des Alleinverkaufsvertrages enthaltenen Ausschlusses eines Ausgleichsanspruchs richtig erkannt habe, komme es nicht darauf an, ob die Beklagten eine mögliche EG-Rechtswidrigkeit von § 92 c HGB a.F. hätten erkennen können oder müssen. Wenn es darauf ankäme, sei es den Beklagten anzulasten, daß eine sorgfältige Prüfung wenigstens zu Bedenken hinsichtlich der Rechtsgültigkeit des vom nationalen Gesetzgeber lediglich noch übergangsweise für anwendbar erklärten § 92 c HGB a.F. hätte führen müssen, weil es im Februar 1993 bereits greifbare sowie nachlesbare An-

haltspunkte für die EG-Rechtswidrigkeit der Vorschrift gegeben habe und offenkundig gewesen sei, daß die von der Klägerin gestellte Rechtsfrage zwischenstaatliches, europäisches Gemeinschaftsrecht berühre. Solche Bedenken hätten auch Eingang in die schriftliche Auskunft der Beklagten finden müssen, verbunden mit der Empfehlung, den Ausgleichsanspruch aus "Sicherheitserwägungen" jedenfalls innerhalb der Dreimonatsfrist anzumelden. Auch in diesem Falle habe es auf der Hand gelegen, daß die Klägerin ihren Ausgleichsanspruch gegenüber der A. KG rechtzeitig angemeldet hätte.

II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

1. Das Berufungsgericht ist allerdings zu Recht davon ausgegangen, daß der Sozius der Beklagten, Rechtsanwalt Dr. M. , seine Pflichten aus dem Anwaltsvertrag mit der Klägerin verletzt hat, indem er dieser mitteilte, die Frist für die Geltendmachung eines Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB gegenüber der Firma A. betrage ein Jahr.

a) Das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Firma A. unterliegt aufgrund ihrer Rechtswahl (Art. 27 EGBGB) in Nr. VII 1 des Alleinverkaufsvertrages deutschem Recht. Es wurde am 2. November 1970 begründet und war am 30. April 1993 beendet, so daß ein vor dem 1. Januar 1990 geschlossener und vor dem Ablauf des Jahres 1993 beendeter Altvertrag vorliegt, auf den gemäß Art. 29 EGHGB § 89 b HGB in der bis zum 31. Dezember 1989 geltenden Fassung Anwendung findet. Gemäß § 89 b Abs. 4 Satz 2 HGB a.F. war der

Ausgleichsanspruch innerhalb von drei Monaten nach Vertragsbeendigung geltend zu machen.

b) Die Rechtsauffassung der Revision, die Übergangsregelung des Art. 29 EGHGB betreffe nur Handelsvertreter, nicht dagegen Vertragshändler wie die Klägerin, widerspricht der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 14. Februar 1996 – VIII ZR 68/95 = WM 1996, 1511 unter II 3), nach der Art. 29 EGHGB auch auf Vertragshändlerverhältnisse anwendbar ist.

Zwar diene Art. 29 EGHGB der Umsetzung von Art. 22 der Handelsvertreterrichtlinie und mag es – wie die Revision vermutet – dem europäischen Rat fernelegen haben, in den Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie auch die Vertragshändler einzubeziehen. Daraus folgt aber nicht, daß sich der deutsche Gesetzgeber bei Erlass von Art. 29 EGHGB ebenfalls auf eine Regelung speziell der Handelsvertreterverhältnisse beschränken wollte. Nachdem zu jener Zeit die durch ein Urteil des II. Zivilsenats vom 11. Dezember 1958 (BGHZ 29, 83) begründete Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur entsprechenden Anwendbarkeit des Handelsvertreterrechts auf Vertragshändlerverhältnisse bereits seit mehr als dreißig Jahren bestand, hätte es vielmehr nahegelegen, die Vertragshändler ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Art. 29 EGHGB auszunehmen, wenn es der Wille des Gesetzgebers gewesen wäre, den bis dahin bestehenden Gleichlauf bei der rechtlichen Beurteilung der Ausgleichsansprüche von Handelsvertretern und Vertragshändlern zu durchbrechen.

c) Vergeblich macht die Revision weiter geltend, auf der Grundlage der Ansicht des Berufungsgerichts, nach der Art. 29 EGHGB ebenso wie § 92 c HGB a.F. wegen Verstoßes gegen primäres EG-Recht partiell nichtig sei, müsse Art. 29 EGHGB insgesamt unanwendbar sein, weil "der Wille des Gesetzgebers, den bisherigen Rechtszustand durch Anwendung bestimmter Vorschriften des 'alten' Rechts befristet fortgelten zu lassen, ... eine 'isolierte' Unanwendbarkeit des § 92 c a.F. innerhalb des Art. 29 EGHGB" ausschließe. Zum einen existiert eine § 139 BGB entsprechende Regelung im Bereich der Gesetzgebung nicht. Zum andern bilden die Vorschriften, deren begrenzte Fortgeltung durch Art. 29 EGHGB angeordnet worden ist, auch ohne § 92 c HGB a.F. ein geschlossenes System, wie sich daraus ergibt, daß § 92 c HGB schon von seinem Regelungsbereich her bei der Mehrzahl der deutschen Recht unterliegenden Handelsvertreterverhältnisse keine Anwendung finden kann.

2. Zutreffend hat das Berufungsgericht auch angenommen, Rechtsanwalt Dr. M. habe die in Art. 29 EGHGB geregelte Fortgeltung der Dreimonatsfrist des § 89 b Abs. 4 Satz 2 HGB a.F. fahrlässig und damit schuldhaft übersehen, weil er die sich allein schon aus dem Gesetzestext ergebende Rechtslage hätte kennen müssen.

3. Auf Rechtsfehlern beruht aber die Annahme des Berufungsgerichts, die schuldhaft fehlerhafte Auskunft von Rechtsanwalt Dr. M. habe auf seiten der Klägerin einen Schaden verursacht.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 20. November 1984 - IX ZR 9/84 = WM 1985, 203, 204; BGHZ 96, 352, 354; Urteil vom 8. Oktober 1992 - IX ZR 98/91 = WM 1993, 420 unter B I 1 c; Urteil vom 20. Oktober 1994 - IX ZR 116/93 = WM 1995, 398 unter I 3) ist die Klägerin so zu stellen, wie sie bei pflichtgemäßem Verhalten von Rechtsanwalt Dr. M. stünde. Ein Schaden ist ihr durch die Fehlberatung also dann entstanden, wenn ihr tatsächlich ein Ausgleichsanspruch gegenüber der A. KG zustand und sie diesen bei pflichtgemäßer Beratung innerhalb von drei Monaten nach Vertragsbeendigung bei der A. KG angemeldet und notfalls noch innerhalb der gemäß § 88 HGB Ende 1997 ablaufenden Verjährungsfrist gerichtlich geltend gemacht hätte.

Ob die Revision zu Recht die Auffassung des Berufungsgerichts beanstandet, der Klägerin habe ein Ausgleichsanspruch gegenüber der A. KG zugestanden, weil § 92 c HGB a.F. gegen primäres EG-Recht verstoße und deshalb der auf § 92 c HGB a.F. gestützte Ausschluß des Ausgleichsanspruchs in Nr. V 5 des Alleinverkaufsvertrages unwirksam sei, kann offenbleiben. Mit Erfolg rügt die Revision jedenfalls, das Berufungsgericht habe den Inhalt einer pflichtgemäßen anwaltlichen Beratung fehlerhaft bestimmt, so daß auch seine Feststellungen zum hypothetischen Verhalten der Klägerin bei richtiger Beratung von Rechtsfehlern beeinflußt seien.

b) Das Berufungsgericht hat angenommen, eine pflichtgemäße anwaltliche Beratung hätte über den Hinweis auf die gemäß Art. 29 EGHGB fortgeltende Dreimonatsfrist des § 89 b Abs. 4 Satz 2 HGB a.F. hinaus die Information über die Un-

wirksamkeit des Ausschlusses eines Ausgleichsanspruchs durch Nr. V 5 des Alleinverkaufsvertrages beinhalten müssen, die Rechtsanwalt Dr. M. im Ergebnis zu Recht erteilt habe. Jedenfalls hätte Rechtsanwalt Dr. M. eine mögliche EG-Rechtswidrigkeit von § 92 c HGB a.F. erkennen und der Klägerin empfehlen müssen, den Ausgleichsanspruchs zumindest sicherheitshalber innerhalb der Dreimonatsfrist anzumelden, weil es 1993 bereits greifbare und nachlesbare Anhaltspunkte für die EG-Rechtswidrigkeit von § 92 c HGB a.F. gegeben habe. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

aa) Bei der gebotenen Berücksichtigung des Art. 29 EGHGB hätte Rechtsanwalt Dr. M. nicht nur auf die kurze Frist des § 89 b Abs. 4 Satz 2 HGB a.F., sondern gleichzeitig auf die Fortgeltung von § 92 c a.F. aufmerksam werden müssen, nach dessen Wortlaut § 89 b HGB bei Handelsvertretern ohne Niederlassung im Inland abdingbar war.

Aus dem Schreiben der englischen Bevollmächtigten der Klägerin vom 4. Februar 1993 und dem Vertrag zwischen der Klägerin und der Firma A. , der Rechtsanwalt Dr. M. ausweislich seines Antwortschreibens vom 5. Februar 1993 vorlag, ergab sich eindeutig, daß es sich bei der Klägerin um eine gegenüber ihrer deutschen Muttergesellschaft selbständige Gesellschaft englischen Rechts mit Sitz in Großbritannien handelt. Rechtsanwalt Dr. M. hätte also davon ausgehen müssen, daß § 92 c HGB a.F. auf die Klägerin anwendbar war. Er hätte demnach bei ordnungsgemäßer Prüfung der Rechtslage nicht mehr ohne weiteres annehmen dürfen, daß der Ausschluß des Ausgleichsanspruchs in Nr. V 5 des Alleinverkaufsvertrages unwirksam war, wie er es tatsäch-

lich wegen der Außerachtlassung von Art. 29 EGHGB getan hat.

bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hätte eine Überprüfung der Rechtsprechung und Literatur zu § 92 c HGB a.F. im Hinblick auf europäisches Gemeinschaftsrecht in dem maßgeblichen Zeitraum (Februar 1993) keine Bedenken gegen die Gültigkeit von § 92 c HGB a.F. bis Ende 1993 hervorgerufen müssen.

Eine mögliche Unvereinbarkeit von § 92 c HGB a.F. mit dem EG-Vertrag ergab sich insbesondere nicht aus der vom Berufungsgericht angeführten Kommentierung von Hopt (Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 28. Aufl. 1989 § 92 c Anm. 2). Dort heißt es:

"B. Der Vertrag zwischen inländischem Unternehmer und ausländischem HV kann auch unter deutschem Recht stehen, ... Dann gilt für den Vertrag das HGB, aber anders als sonst ist nach § 92 c I seine Regelung in allen Punkten nachgiebig (aber Anm. A: EG-Recht)."

Die Anmerkung 2 A zu § 92 c HGB, auf die weiter verwiesen wird, lautet zwar:

"Diese Grundsätze sind im Umbruch, da § 92 c mit EG-Recht (s. § 84 Anm. 1 A) unvereinbar ist und demnächst novelliert wird."

Bei dem in der Anmerkung 1 A zu § 84 dargestellten EG-Recht handelt es sich aber nicht um primäres EG-Recht, sondern ausschließlich um die Handelsvertreterrichtlinie. Dort ist ausgeführt:

"Das HVRecht soll in der EG vereinheitlicht werden; EG-Richtlinie zur Koordinierung des HVRechts v 18.12.86, Reg E (Handelsvertreterrechtsnovelle 1989) BTDrucks 11/3077 ... Die praktisch wichtigsten Änderungen betreffen die ... Sonderregelung für Auslandsvertreter nach § 92 c; die Möglichkeit, in Verträgen mit Auslandsvertretern auch von zwingenden Schutzvorschriften abzuweichen, entfällt künftig bei HV, die in der Gemeinschaft eine Niederlassung haben."

Daraus ist in der Gesamtschau nur zu entnehmen, daß § 92 c HGB a.F. im Hinblick auf die Handelsvertreterrichtlinie einer Neuregelung bedurfte. Daß § 92 c HGB a.F. schon vor Inkrafttreten dieser Richtlinie gegen primäres EG-Recht, insbesondere gegen die Art. 52, 59, 60 EWGV verstieß, wie das Berufungsgericht meint, ergibt sich dagegen aus dieser Kommentierung nicht. Im Gegenteil läßt der Hinweis auf den künftigen Wegfall der Möglichkeit, in Verträgen mit Auslandsvertretern von zwingenden Schutzvorschriften abzuweichen, nur den Schluß zu, daß dieser Ausschluß bisher, nämlich bis zum Ablauf der durch Art. 22 der Handelsvertreterrichtlinie gewährten Übergangsfrist Ende Dezember 1993, auch unter europarechtlichen Gesichtspunkten als zulässig angesehen wurde.

Auch in dem Schrifttum, auf das Hopt (aa0) verweist, wird an keiner Stelle die Auffassung vertreten, § 92 c HGB a.F. habe schon vor Inkrafttreten der Handelsvertreterrichtlinie gegen europäisches Recht verstoßen. Die genannten Autoren halten entweder den Ausschluß des Ausgleichsanspruchs nach § 92 c HGB a.F. bis zum Ablauf der Übergangsfrist des Art. 22 der Handelsvertreterrichtlinie ausdrücklich (Stumpf, Internationales Handelsvertreterrecht, Teil

1, 6. Aufl. 1987, Einf. Rdnr. 24 a; zu Artikel V, 7 des Vertragsmusters Rdnr 406 f; Wengler, ZHR 146 (1982) 30, 45) oder jedenfalls stillschweigend (Detzer, Verträge mit ausländischen Handelsvertretern und Vertragshändlern, 1982, S. 34 - 39) für zulässig, oder sie befassen sich überhaupt nicht mit der Wirksamkeit von § 92 c HGB a.F. (Stumpf, Internationales Handelsvertreterrecht, Teil 2 Ausländisches Handelsvertreterrecht, 4. Aufl. 1986; Sura, DB 1981, 1269).

In einem Aufsatz von Ankele (DB 1987, 569, 571) heißt es zwar:

"Diese Vorschrift (= § 92 c HGB a.F.) ist bei den Beratungen in Brüssel von den anderen Delegationen teilweise heftig kritisiert worden; es wurde als unangemessene Diskriminierung des Auslandsvertreters angesehen, daß z. B. in einem Vertrag zwischen einem niederländischen oder österreichischen Handelsvertreter mit seinem deutschen Unternehmer durch Vereinbarung der Anwendung deutschen Rechts ein Ausgleichsanspruch ausgeschlossen werden könne, obwohl sowohl das niederländische bzw. österreichische Recht als auch das deutsche Recht einen unabdingbaren Ausgleich für die im Inland tätigen Handelsvertreter vorsehe."

Das bedeutet jedoch nicht, daß in § 92 c HGB eine Diskriminierung gesehen wurde, die bereits durch (bestehendes) EG-Recht verboten war. Die Schlußfolgerung von Ankele (aaO) lautet denn auch nur: "Die Regelung des § 92 c Abs. 1 dürfte daher nicht mit der Richtlinie vereinbar sein." In seinem Kommentar zum Handelsvertreterrecht (Art. 1 HGB § 92 c Rdnr 6) geht Ankele noch heute (Stand Mai 1997) davon aus, daß vertragliche Abweichungen von § 89 b HGB auch im Verhältnis zu Handelsvertretern mit Niederlassung in einem an-

deren EG-Staat bis zum 31. Dezember 1993 wirksam geblieben sind.

Bedenken gegen die Vereinbarkeit von § 92 c HGB a.F. mit EG-Recht vor Inkrafttreten der Handelsvertreterrichtlinie wurden - und werden auch noch heute - in anderen gängigen Kommentaren und Handbüchern (Brüggemann, in Großkomm HGB 4. Aufl. § 92 c; Heymann/Sonnenschein, HGB, 1989, § 92 c; Küstner/v. Manteuffel, Handbuch des gesamten Außendienstrechts Bd. 2, 5. Aufl. 1988, Rdnr. 73 f, 607, 755 f; dies., BB 1990, 291, 299) nicht geäußert.

Das vom Berufungsgericht weiter angeführte Urteil des OLG München (RIW 1996, 155) konnte von Rechtsanwalt Dr. M. schon deshalb nicht berücksichtigt werden, weil es erst vom 26. September 1995 stammt. Das OLG Karlsruhe hat demgegenüber in einem Urteil vom 8. Oktober 1980 (WuW/E OLG 2340) ausdrücklich festgestellt, ein auf § 92 c HGB a.F. gestützter Ausschluß des Ausgleichsanspruchs sei mit EG-Recht vereinbar.

cc) Rechtsanwalt Dr. M. hätte deshalb bei pflichtgemäßer Beratung die Klägerin nicht nur auf die Dreimonatsfrist des § 89 b Abs. 4 Satz 2 HGB a.F., sondern zugleich darauf hinweisen müssen, daß ein möglicher Ausgleichsanspruch durch Nr. V 5 des Alleinverkaufsvertrages ausgeschlossen und dieser Ausschluß nach dem Wortlaut von § 92 c HGB a.F. und der einhelligen Auffassung in der dazu vorliegenden Rechtsprechung und Literatur wirksam war. Das ergibt sich schon aus der anwaltlichen Pflicht zu umfassender und möglichst erschöpfender Belehrung und Beratung (Urteil vom

8. Oktober 1992 aaO unter B I 1 b bb; Urteil vom 18. März 1993 - IX ZR 120/92 = WM 1993, 1376 unter I 2 a; Urteil vom 30. September 1993 - IX ZR 211/92 = WM 1993, 2129 unter II 1; Urteil vom 10. Februar 1994 - IX ZR 109/93 = WM 1994, 1114 unter I 1; Urteil vom 20. Oktober 1994 aaO unter I 2 a; Urteil vom 21. September 1995 - IX ZR 228/94 = WM 1996, 35 unter III 2). Außerdem hatte die Klägerin durch ihre englische Bevollmächtigte ausdrücklich um Beratung über die Erfolgsaussichten einer Klage gebeten.

Mit diesem Hinweis hätte aber Rechtsanwalt Dr. M. seiner Beratungspflicht auch genügt, weil im Zeitpunkt der Beratung in Rechtsprechung und Schrifttum, auch soweit sie ausdrücklich das EG-Recht berücksichtigen, keine Bedenken gegen die Vereinbarkeit von § 92 c HGB a.F. mit primärem EG-Recht geäußert worden waren. Daß die Handelsvertreterrichtlinie in Erwägung des Umstandes erlassen worden ist, daß die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für die Vermittlertätigkeiten in Handel, Industrie und Handwerk durch die Richtlinie 64/224/EWG aufgehoben worden sind, war jedenfalls für sich genommen kein hinreichendes Indiz für eine Unvereinbarkeit von § 92 c HGB a.F. mit primärem EG-Recht. Rechtsanwalt Dr. M. wäre deshalb entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch bei Berücksichtigung der europarechtlichen Dimension des von ihm zu beurteilenden Sachverhaltes nicht gehalten gewesen, der Klägerin zu einer wenigstens vorsorglichen Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs innerhalb von drei Monaten zu raten.

c) Auf der danach unzutreffenden Bestimmung des Inhalts einer pflichtgemäßen Beratung beruhen die Feststellungen des Berufungsgerichts, bei richtiger Beratung hätte die Klägerin einen Ausgleichsanspruch innerhalb von drei Monaten nach Vertragsbeendigung geltend gemacht. Diesen Feststellungen ist daher der Boden entzogen. Ein Schaden ist der Klägerin durch die fehlerhafte Beratung von Rechtsanwalt Dr. M. nur entstanden, wenn sie einen Ausgleichsanspruch gegenüber der A. KG auch dann rechtzeitig angemeldet hätte, wenn sie von den Beklagten nicht nur auf die Dreimonatsfrist hingewiesen, sondern zugleich - wie ebenfalls zur Erfüllung der anwaltlichen Beratungspflicht geboten - darauf aufmerksam gemacht worden wäre, daß der Ausschluß dieses Anspruchs durch Nr. V 5 des Alleinverkaufsvertrages nach dem Wortlaut von § 92 c HGB a.F. und der ganz einhelligen Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum wirksam war. Das ist den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht zu entnehmen.

III. Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif.

1. Es bedarf noch der Feststellung, ob die Klägerin den Ausgleichsanspruch gegenüber der A. KG auch dann rechtzeitig angemeldet und notfalls innerhalb der gemäß § 88 HGB Ende 1997 ablaufenden Verjährungsfrist gerichtlich geltend gemacht hätte, wenn sie pflichtgemäß auch dahin beraten worden wäre, daß der vertragliche Ausschluß des Anspruchs nach dem seinerzeit als unbedenklich angesehenen § 92 c HGB a.F. wirksam sei und die Geltendmachung des An-

spruchs deswegen keinen Erfolg verspreche. Die Klägerin hat trotz entsprechenden Hinweises der Beklagten bislang nicht behauptet, daß sie den Anspruch unter diesen Umständen zumindest angemeldet hätte. Dazu hatte sie indessen nach dem bisherigen Prozeßverlauf auch keine Veranlassung. Die Aufhebung des Berufungsurteils und die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht geben ihr Gelegenheit, ihr Vorbringen insoweit zu ergänzen.

Die Klägerin ist für ihr hypothetisches Verhalten bei pflichtgemäßer Beratung darlegungs- und beweispflichtig. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts geht es dabei nämlich nicht um die Frage, ob derselbe Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten von Rechtsanwalt Dr. M.

eingetreten wäre, sondern um die Frage, ob der Klägerin durch die pflichtwidrige Beratung überhaupt ein Schaden entstanden ist (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 1984 aaO). Dafür obliegt grundsätzlich dem Geschädigten die Darlegungs- und Beweislast (BGHZ 123, 311, 313; 126, 217, 221). Insoweit kommt der Klägerin keine Vermutung zu Hilfe. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 123, 311, 314 f; 126, 217, 222) ist zwar zu vermuten, daß der Mandant beratungsgemäß gehandelt hätte, wenn nach der Lebenserfahrung bei vertragsgemäßer Leistung des Beraters lediglich ein bestimmtes Verhalten nahegelegen hätte. Unter Zugrundelegung des oben dargestellten Inhalts einer pflichtgemäßen Beratung hätte die allein sachgerechte Entscheidung für die Klägerin aber nicht darin bestanden, den Ausgleichsanspruch anzumelden und weiterzuverfolgen.

2. Sollten die weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben, daß die Klägerin ihren Anspruch auch bei pflichtgemäßer Beratung verfolgt hätte, kommt es für die Entscheidung des Rechtsstreits darauf an, ob die vertragliche Ausschlußklausel deshalb nicht eingreift, weil § 92 c Abs. 1 HGB a.F. wegen Verstoßes gegen EG-Recht unwirksam war und daher keine Ausnahme von § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB zuließ. Für diesen Fall sei vorsorglich darauf hingewiesen, daß - wie sich schon aus dem oben (unter II 3 b bb) Gesagten ergibt - die Frage einer Vereinbarkeit der genannten Vorschrift mit den vorrangigen Bestimmungen des EG-Rechts nicht so eindeutig zu beantworten sein dürfte, daß sie ohne Anrufung des Europäischen Gerichtshofs abschließend entschieden werden kann. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist ein Verstoß des § 92 c HGB a.F. gegen Art. 6, 59 EGV nicht ohne weiteres zu bejahen.

Allerdings ist dem Berufungsgericht darin zu folgen, daß Art. 59 EGV, die gegenüber Art. 6 EGV (früher Art. 7 EWGV) vorrangige Spezialbestimmung (EuGH, Urteil vom 1. Juli 1993 - Rs.C 20/92 "Hubbard/Hamburger" = EuZW 1993, 514 unter 10.), unmittelbare Wirkung entfaltet, d.h. ohne weitere Ausführungsbestimmungen unmittelbar von den innerstaatlichen Gerichten heranzuziehen ist (EuGH, Urteil vom 3. Dezember 1974 - Rs. 33/74 = Slg. 1974, 1299, 1311), und daß diese Wirkung auch durch die Übergangsregelung des Art. 22 Abs. 1 der Handelsvertreterrichtlinie nicht vorübergehend aufgehoben werden könnte (vgl. Gudrun Schmidt in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl. Art. 189 Rdnr. 21 f; Grabitz in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Stand: September

1994, Art. 189 Rdnr. 20). Ob § 92 c HGB a.F. mit Art. 59 EGV wirklich unvereinbar ist, erscheint jedoch zweifelhaft.

Eine Verletzung des in Art. 59 EGV enthaltenen Verbots einer offenen oder versteckten Diskriminierung (EuGH, Urteil vom 3. Dezember 1974 aaO; Urteil vom 3. Februar 1982 - verbundene Rs. 62/81 und 63/81 = Slg. 1982, 223, 235; Urteil vom 4. Dezember 1986 - Rs. 205/84 = Slg. 1986, 3755, 3802), das inhaltlich dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 6 EGV entspricht (EuGH, Urteil vom 10. Februar 1994 - Rs. C 398/92 = NJW 1994, 1271 Tz.14), ist nicht ohne weiteres anzunehmen. Einer offenen Diskriminierung dürfte entgegenstehen, daß § 92 c HGB a.F. nicht an die Staatsangehörigkeit, sondern an die Ansässigkeit des Handelsvertreters anknüpft. Die weiter in Betracht zu ziehende versteckte oder mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit würde unter anderem voraussetzen, daß die Unterscheidung bei wertender Betrachtung einer Differenzierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gleichkäme. Die Vergleichbarkeit liegt nur dann vor, wenn die Differenzierung nicht "sachlichen Unterschieden der Lage Rechnung trägt" (EuGH, Urteil vom 12. Februar 1974 - Rs. 152/73 = Slg. 1974, 153, 165) oder "durch objektive Umstände gerechtfertigt ist" (EuGH, Urteil vom 10. Februar 1994 aaO Tz. 17). Bei sozialen Schutzvorschriften hat der EuGH (Urteil vom 14. Juli 1981 - Rs. 155/80 "Nachtbackverbot" = NJW 1981, 1885) eine Differenzierung nach dem Ort der Niederlassung aber für zulässig gehalten. Dies könnte dafür sprechen, daß auch die Vorschrift des § 92 c Abs. 1 HGB a.F., die den sozialen Schutz des Handelsvertreters, der im In-

land keine Niederlassung unterhält, zu seiner eigenen Disposition stellt, keine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bewirkt.

Ob eine sonstige dem Art. 59 EGV unterfallende Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs vorliegt, die damit zusammenhängt, daß der Leistungserbringer in einem anderen Mitgliedsstaat als dem, in dem die Leistung erbracht wird, niedergelassen ist (vgl. EuGH, Urteile vom 3. Dezember 1974, 3. Februar 1982 und 4. Dezember 1986, jew. aaO), kann gleichfalls nicht ohne weiteres bejaht werden. Eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs in dem genannten Sinne würde voraussetzen, daß für den Leistenden die Ausdehnung seines Tätigkeitsfeldes über den Bereich des Mitgliedsstaates hinaus, in dem er ansässig ist, in irgendeiner Weise erschwert wird (Peter Troberg in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, aaO, Art. 59 Rdnr. 38). Zweifelhaft erscheint dies in dem - hier vorliegenden - Fall, daß das Heimatrecht des Handelsvertreters - wie das englische Recht vor Inkrafttreten der Handelsvertreterrichtlinie (Stumpf/Fichna, Internationales Handelsvertreterrecht, Teil 2, Ausländisches Handelsvertreterrecht, 4. Aufl., Großbritannien S. 176) - überhaupt keinen Ausgleichsanspruch kennt (vgl. Ankele, DB 1987, 569, 571).

Sollte die Entscheidung des Rechtsstreits von der Wirksamkeit des § 92 c HGB a.F. abhängen, wird eine abschließende Beurteilung dieser Frage nach alledem nicht ohne Anrufung des Europäischen Gerichtshofs vorgenommen werden können. Weder eine Entscheidung, daß § 92 c HGB a.F. mit dem primären Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, noch daß

diese Vorschrift mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist, kann von den nationalen Gerichten mit endgültiger Wirkung getroffen werden. Dem Berufungsgericht wird daher anheimgegeben, wenn es für seine Entscheidung auf die Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit dem EG-Vertrag ankommt, erneut eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof zu erwägen, die in seinem pflichtgemäßen Ermessen liegt. Der erkennende Senat selbst hat derzeit keine Veranlassung zur

Vorlage, weil die Frage erst dann erheblich ist, wenn feststeht, daß die Klägerin den Anspruch bei pflichtgemäßer Beratung durch die Beklagten geltend gemacht hätte.

Dr. Deppert

Dr. Leimert

Dr. Zülch

Wiechers

Dr. Beyer