

10

BUNDESGERICHTSHOF

2036 041

IM NAMEN DES VOLKES

VI_ZR_183/65

URTEIL

Verkündet am

2. Mai 1967

Kriegl,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dr. Peter Paul E [REDACTED],
H [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED]

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma M. R [REDACTED], W [REDACTED], U [REDACTED]/Holstein,
M [REDACTED]

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Mai 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Engels und der Bundesrichter Dr. Bode, Dr. Hauß, Dr. Pfretzschner und Dr. Nüßgens

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 30. Juli 1965 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision werden dem Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hatte gegen die Firma Julius B. KG in H., die seit 1959 in Zahlungsschwierigkeiten war, erhebliche Forderungen aus laufenden Lieferungen von Mehl zur Herstellung von Backwaren und aus Gewährung von Darlehen. Rechtsberater der Klägerin war Rechtsanwalt St. in U., langjähriger Rechtsberater der Firma Julius B. KG der Beklagte. Als die Klägerin bei einer Unterredung im Januar 1962 die Gewährung eines weiteren Darlehens über 50 000 DM ablehnte, ka-

men die Geschäftspartner überein, ein gerichtliches Vergleichsverfahren über die Firma Julius B. KG einzuleiten. Hierzu überwies die Klägerin am 15. Januar 1962 dem Beklagten 15 000 DM und schrieb ihm am gleichen Tage u.a., die Parteien hätten an diesem Morgen über die Kosten des Vergleichsverfahrens telefonisch gesprochen, der Beklagte habe ausdrücklich gesagt, daß die 15 000 DM Verfahrenskosten darstellten, die in jedem denkbaren Falle an erster Stelle bevorrechtigt zurückgezahlt werden müßten. Voraussetzung dieser Zahlung sei, daß alles getan werden müsse, um die Brotfabrik weiter arbeiten zu lassen, bis gute Verwertungsmöglichkeiten ausgeschöpft seien.

Der Beklagte hatte an diesem Tage inzwischen bereits beim Amtsgericht Hamburg namens der Firma Julius B. KG den Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens gestellt und ebenfalls in ihrem Namen 14 650 DM des ihm von der Klägerin überwiesenen Betrages als Kostenvorschuß bei der Gerichtskasse eingezahlt. Den Restbetrag von 350 DM verrechnete er vereinbarungsgemäß auf seine Kosten. Am 27. April 1962 eröffnete das Amtsgericht Hamburg über die Firma das Anschlußkonkursverfahren. In ihm meldete die Klägerin am 27. Juni 1962 15 000 DM Vorschuß als bevorrechtigte Forderung an. Mit Schreiben vom 11. Oktober 1962 an Rechtsanwalt St. lehnte der Konkursverwalter die Rückzahlung des Vorschusses mit dem Hinweis ab, es handele sich nicht um Massekosten; ein Anspruch wäre nur dann begründet, wenn die Klägerin den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens gestellt und den vom Gericht geforderten Vor-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



schuß für die Eröffnung des Verfahrens eingezahlt hätte.

Mit der Klage fordert die Klägerin vom Beklagten Schadensersatz in Höhe von 14 650 DM nebst Zinsen. Sie hat vorgetragen, der Beklagte sei Mitte Januar 1962 bei der Einleitung des Liquidationsverfahrens entgegen seiner Ansicht für die Klägerin tätig gewesen. Dabei sei es ihm überlassen geblieben, das Vergleichs- oder das Konkursverfahren zu beantragen. Hiermit habe sie bewußt nicht ihren Hausanwalt Rechtsanwalt St. beauftragt, da ihrer Ansicht nach der Beklagte an Ort und Stelle die Dinge habe besser überblicken, leichter mit dem Konkurs- oder Vergleichsverwalter das gewünschte Ergebnis erreichen und die Verfahrenskosten mit Vorrang sicherstellen können. Der Beklagte habe bei Telefongesprächen mit Rechtsanwalt St. auch die Kostenfrage in dem Sinne angeschnitten, ob der Inhaber der Klägerin dem Beklagten einen Kostenvorschuß zur Verfügung stellen würde. Das habe Rechtsanwalt St. mit allen Vorbehalten entgegengenommen. Er sei sich nämlich bewußt gewesen, daß der Inhaber der Klägerin hierzu nur bereit sein würde, wenn die Rückzahlung gesichert sei. Daher habe er bei der Weitergabe der Erklärung des Beklagten den Inhaber der Klägerin ausdrücklich darauf hingewiesen, daß eine Kostensicherung nur durch ein von der Klägerin beantragtes Konkursverfahren zu erlangen sei, sonst aber allenfalls durch eine unmittelbare Vereinbarung zwischen dem Beklagten und dem für den Liquidationsvergleich zu bestellenden Verwalter. Die endgültige Regelung sei dann am 15. Januar 1962 telefo-

nisch zwischen dem Inhaber der Klägerin und dem Beklagten getroffen worden. Dabei habe der Beklagte ausdrücklich zugesichert, daß die 15 000 DM Verfahrenskosten darstellten, die in jedem nur denkbaren Falle an erster Stelle bevorrechtigt an die Klägerin zurückgezahlt würden. Der Beklagte habe gewußt, daß sie auf die bevorrechtigte Sicherstellung Wert gelegt habe. Wenn er sich hieran wegen der Rechtsnatur des zu stellenden Vergleichsantrages gehindert gesehen habe, so hätte er den Auftrag ablehnen oder zurückgeben müssen. Zumindest hätte er die Klägerin auf die Unmöglichkeit der Sicherstellung der Verfahrenskosten hinweisen müssen. Das habe der Beklagte unterlassen. Er hätte den Schaden auch dadurch vermeiden können, daß er im Namen der Klägerin einen Konkursantrag gestellt hätte. Dazu sei sie ohne weiteres bereit gewesen. Wenn der Beklagte weder den Auftrag an sie zurückgegeben habe noch seiner Aufklärungspflicht ihr gegenüber nachgekommen sei, hätte er unter allen Umständen den sichereren Weg gehen müssen, um seine Mandantin vor Schaden zu bewahren. Bezüglich der Sicherung der Verfahrenskosten habe sich der Inhaber nicht von dem Hausanwalt Stäcker beraten lassen.

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten und geltend gemacht: Er sei nicht als Anwalt der Klägerin tätig gewesen. Gemäß § 2 der VerglO habe er den Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens nur für die Gemeinschuldnerin stellen können. Er habe sich gegenüber Herrn B■■■■, dessen Prokuristen P■■■■ und Rechtsanwalt St■■■■ bereit erklärt, einen Liquidationsvergleich durchzusetzen, habe das aber davon abhängig gemacht, daß

der erforderliche Kostenvorschuß bereitgestellt würde. Damit sei die Klägerin einverstanden gewesen; sie haben den Betrag an ihn mit dem Hinweis überwiesen, sie habe zum Komplementär der Firma Julius B. KG nicht mehr das nötige Vertrauen. Von einem Antrag auf Konkurseröffnung sei mit keinem Wort die Rede gewesen. Die von der Klägerin behauptete Zusicherung, er werde den Kostenvorschuß mit Vorrang sicherstellen, habe er nicht gegeben. Eine solche Sicherstellung sei ihm aufgrund der gesetzlichen Vorschriften auch nicht möglich gewesen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht der Klage stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht nimmt an, daß zwischen den Parteien am 15. Januar 1962 fernmündlich ein Vertragsverhältnis zustande gekommen ist, aufgrund dessen die Klägerin den Beklagten beauftragte, von ihr 15 000 DM in Empfang zu nehmen, davon 14 650 DM als erforderlichen Kostenvorschuß, dessen Höhe sich der Be-

klagte vorher vom Gericht hatte aufgeben lassen, bei Gericht einzuzahlen und so das von der Firma B [REDACTED] zu beantragende Vergleichsverfahren in die Wege zu leiten. Davon, daß der Umfang des Auftrags auch den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über die Firma B [REDACTED] KG umfaßt hätte, hat sich das Berufungsgericht nicht zu überzeugen vermocht. Diese rechtsirrtumsfreien Ausführungen werden von der Revision nicht angegriffen.

Abweichend vom Landgericht erachtet das Berufungsgericht für erwiesen, daß nach dem weiteren Inhalt des Auftrages der Beklagte für die Sicherung des Kostenvorschusses zugunsten der Klägerin zu sorgen hatte. Seiner Überzeugung liegen folgende Erwägungen zugrunde: Der Bekundung des Rechtsanwalts St [REDACTED] entnimmt das Berufungsgericht, daß bei einem Telefongespräch zwischen ihm und dem Beklagten einige Tage vor dem 15. Januar 1962 auch über die Frage der Sicherung eines Kostenvorschusses der Klägerin gesprochen wurde und der Zeuge hierbei mitteilte, der Inhaber der Klägerin wolle kein weiteres Geld in dieser Sache opfern. Auch bei dem entscheidenden Ferngespräch zwischen dem Inhaber der Klägerin und dem Beklagten am 15. Januar 1962 haben die Beteiligten, so stellt das Berufungsgericht fest, über die Sicherung dieses Betrages gesprochen. Diese Überzeugung hat das Berufungsgericht aufgrund der Angaben des Inhabers der Klägerin und des Beklagten bei ihrer persönlichen Anhörung gewonnen, wonach der Beklagte den Inhaber der Klägerin darauf hingewiesen hat, daß er als gesicherter Gläubiger am Vergleichsverfahren gar nicht beteiligt sei

und deshalb kein Risiko laufe, und der Beklagte wußte, daß R. hinsichtlich der 15 000 DM Vorschuß habe sicher gehen wollen, soweit dies möglich gewesen sei. Daß der Beklagte sich nicht im einzelnen daran erinnerte, mit dem Inhaber der Klägerin über eine Sicherung des Kostenvorschusses gesprochen zu haben, steht der Feststellung nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht entgegen. Es weist auf das Schreiben der Klägerin an den Beklagten vom gleichen Tage hin, in dem der Inhalt des kurz vorher geführten Ferngesprächs insoweit eindeutig bestätigt werde, und auf die Antwort des Beklagten vom 23. Januar 1962, in dem ebenfalls von einer Sicherung des Kostenvorschusses die Rede sei.

Die gegen diese Würdigung gerichteten Angriffe der Revision bewegen sich ausschließlich auf dem Gebiet der dem Tatrichter vorbehaltenen und der Revision verschlossenen Tatsachenfeststellung. Sie sind nicht begründet.

2. Die Revision erstrebt die Feststellungen, nach Auffassung beider Parteien sei der Kostenvorschuß schon durch die der Klägerin gegebenen Sicherheiten der Firma Busch KG gedeckt und eine bevorrechtigte Sicherung des Kostenvorschusses rechtlich nicht möglich gewesen. Auf ihrer Grundlage hält sie die Folgerung für "zwingend", daß der Inhalt des Auftrages nicht auch auf eine Sicherstellung des Kostenvorschusses gegangen sei. Dem kann nicht gefolgt werden.

Entgegen der Meinung der Revision brauchte das Berufungsgericht der Bekundung des Rechtsanwalts Stäcker nicht zu entnehmen, die Klägerin selbst habe gewußt, daß eine Sicherung des Kostenvorschusses bei Durchführung eines Vergleichsverfahrens rechtlich nicht möglich gewesen sei. Der Zeuge hat lediglich ausgesagt, bei einer Besprechung zwischen ihm und dem Beklagten einige Tage vor dem 15. Januar 1962 sei auch die Frage einer Sicherung angesprochen worden, die seines Erachtens - und nicht nach der Meinung des Beklagten - nur im Falle eines Konkursantrages durch die Klägerin einwandfrei herbeizuführen sei. Die Revision vermag sich auch nicht auf das eigene Vorbringen der Klägerin im Schriftsatz vom 10. März 1965 zu berufen. Zwar hat diese dort vortragen lassen, Rechtsanwalt St. [REDACTED] habe bei der Weitergabe der Erklärungen des Beklagten, nämlich ob die Klägerin nicht einen Kostenvorschuß zur Verfügung stellen könne, den Inhaber der Klägerin ausdrücklich darauf hingewiesen, daß eine Kostensicherung "an sich" nur durch ein von der Klägerin beantragtes Konkursverfahren zu erlangen sei; dort heißt es aber weiter: "sonst aber allenfalls durch eine unmittelbare Vereinbarung zwischen dem Beklagten mit dem für einen Liquidationsvergleich zu bestellenden Verwalter". Zudem ist hiernach die endgültige Regelung am 15. Januar 1962 telefonisch unmittelbar zwischen den Parteien erfolgt. Sie ging aber gerade dahin, daß der Vorschuß jedenfalls in der Weise zu sichern sei, daß diese vorgeschossenen Verfahrenskosten, wie das Schreiben der Klägerin vom gleichen Tage bestätigend sagt, in jedem denkbaren Falle an erster Stelle bevorzugt zurückgezahlt werden müß-

ten; die Klägerin wollte eben, wie Rechtsanwalt Stäcker nach seiner Bekundung dem Beklagten mitgeteilt hatte, kein weiteres Geld in dieser Sache opfern.

Damit entfallen die weiteren Rügen, welche die Revision in diesem Zusammenhang erhebt. Ihr Hinweis auf die Bekundung des Zeugen P [REDACTED] im Rechtsstreit 3 O 188/64 vor dem Landgericht Hamburg, der Inhaber der Klägerin habe bemerkt, wenn es schief gehe, sei das nicht weiter schlimm, die Klägerin habe ja ihre volle Sicherheit auf dem Grundstück, geht schon deshalb fehl, weil sie nicht bei der Beratung über das geplante Vergleichsverfahren im Januar 1962, sondern während der Sanierungsverhandlungen zwischen der Klägerin und Petersen im Jahre 1960 gefallen sein soll.

II.

Auf dieser tatsächlichen Grundlage ist die Annahme einer Haftung des Beklagten durch das Berufungsgericht rechtlich nicht zu beanstanden.

1. Nach der nicht angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts war der Kostenvorschuß nicht schon durch die der Klägerin früher gestellten Sicherheiten der Firma B [REDACTED] KG gedeckt. Sollte der Beklagte trotzdem der irrigen Meinung einer schon vorhandenen Absicherung gewesen sein, so hält das Berufungsgericht einen solchen Irrtum für fahrlässig. In möglicher Weise führt es aus, bei einer so schwerwiegenden Entscheidung habe er sich nicht auf seine bloße Annahme verlassen dürfen, sondern

sich genau erkundigen müssen; das sei um so mehr geboten gewesen, als die Höhe der Forderungen der Klägerin gegen die Firma B. KG aus laufenden Mehllieferungen ständig geschwankt habe.

Die Revision beanstandet ohne Erfolg, der Beklagte habe auf die von der Klägerin selbst nicht aufgeworfenen und bisher nicht erörterten Gesichtspunkte nach § 139 ZPO hingewiesen werden müssen; er hätte dann unter Beweisantritt vorgetragen, daß ihm von der Klägerin und der Firma B. KG bei Beratung des geplanten Vergleichsverfahrens erklärt worden sei, die Klägerin sei durch die gegebenen Sicherheiten soweit übersichert, daß auch der Kostenvorschuß gedeckt sei. Abgesehen davon, daß eine Pflicht nach § 139 ZPO im Anwaltsprozeß nur mit Zurückhaltung zu bejahen ist, war das vom Beklagten unterlassene Vorbringen schon durch den Vortrag der Klägerin veranlaßt. Gegenüber ihrem Vorbringen, der Beklagte habe die vereinbarte vorrangige Sicherung unterlassen, wäre rechtlich erheblich und durchschlagend die Behauptung des Beklagten gewesen, er sei ohne Verschulden, ja durch ausdrückliche Erklärungen der Klägerin und der Firma B. KG veranlaßt, davon ausgegangen, daß die Rückforderung des Kostenvorschusses bereits durch die gegebenen Sicherheiten ohne Risiko abgesichert gewesen sei.

2. Somit hatte der Beklagte nach dem rechtsfehlerfrei festgestellten Inhalt des Auftrages für die Sicherung des Kostenvorschusses der Klägerin zu sorgen. Diese Verpflichtung hat er schuldhaft verletzt. Hierzu kann die vom Berufungsgericht bejahte, von der Revision vernein-

te Frage dahinstehen, ob bei Eröffnung des Vergleichsverfahrens eine Sicherung des Kostenvorschusses der Klägerin rechtlich überhaupt möglich war.

Nach der Auffassung des Berufungsgerichts, eine solche Sicherung sei möglich gewesen, liegt die objektive Verletzung durch den Beklagten offen zu Tage. Die weitere Annahme des Berufungsgerichts, den Beklagten treffe auch Fahrlässigkeit, weil er diese Sicherungsmöglichkeit übersehen habe, greift die Revision ohne Erfolg mit der Begründung an, erstmals das Berufungsgericht habe eine solche Sicherungsmöglichkeit ausgesprochen, der Beklagte habe mit ihr vorher demnach nicht zu rechnen brauchen. Sollte der Beklagte eine rechtliche Sicherung des Kostenvorschusses - nach dieser Auffassung: zu Unrecht - für unmöglich gehalten haben, so durfte er nach dem festgestellten Inhalt der Vereinbarung den Kostenvorschuß nicht ohne Sicherung einzahlen und damit verlustig gehen lassen; er hätte die Klägerin unterrichten und ihre Entscheidung einholen müssen.

Zu ebensolchem Verhalten war der Beklagte aber auch dann gehalten, wenn - wie die Revision meint - eine Sicherung des Kostenvorschusses rechtlich nicht möglich gewesen sein sollte. Auch dann durfte er im Hinblick auf seine Verpflichtung, den Kostenvorschuß vorrangig zu sichern, nicht ohne Sicherung einzahlen, ohne vorher bei der Klägerin nachzufragen. Diese hätte nach der Überzeugung des Berufungsgerichts in jedem Falle das Geld ohne Sicherung nicht zur Verfügung gestellt.

3. Zu Unrecht meint die Revision, der Eintritt eines Schadens sei bisher nicht schlüssig dargetan worden. Im bisherigen Verfahren hat der Beklagte nicht in Abrede gestellt, daß der Klägerin infolge der ungesicherten Zahlung des Kostenvorschusses für das Vergleichsverfahren der behauptete Schaden entstanden sei. Dieser Schaden ist entgegen der Meinung der Revision auch dann nicht zu verneinen, wenn der Klägerin möglicherweise nach §§ 161 Abs. 2, 128 HGB ein Rückzahlungsanspruch gegen den persönlich haftenden Gesellschafter Julius Busch der in Konkurs gegangenen Kommanditgesellschaft zusteht. Die nicht sekundäre Haftung des Beklagten entfällt nicht dadurch, daß der Klägerin gegen andere Personen ein gegenstandsgleicher Anspruch zusteht.

4. Zu Unrecht vermißt die Revision die Erörterung und Bejahung eines Mitverschuldens der Klägerin.

a) Zur Begründung trägt die Revision einmal vor, die Klägerin habe es trotz Ablehnung ihrer Rückzahlungsforderung als Masseanspruch durch den Konkursverwalter unterlassen, die Forderung von 14 650 DM wenigstens vorsorglich als Konkursforderung geltend zu machen und habe daher die Konkursquote von 3 %, mithin 439,50 DM nicht erhalten. Dieses Vorbringen ist neu. Keine der Parteien hat diese tatsächlichen Umstände in den Tatsacheninstanzen vorgetragen; auch der Beklagte hat sich bisher auf sie nicht berufen. Schon deshalb war das Berufungsgericht nicht veranlaßt, die Anwendung des § 254 BGB unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen.

b) Daß der Klägerin nicht zum Mitverschulden gereicht, daß sie den Kostenvorschuß überhaupt hingegeben hat, wie die Revision meint, folgt bereits aus den von der Revision vergeblich angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts.

III.

Nach alledem war die Revision unbegründet und mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Engels

Dr. Bode

Dr. Hauß

Dr. Pfretzschner

Dr. Nüßgens