

91

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 675, 276

Zur Haftung eines Rechtsanwalts, der einen ihm
nach § 139 ZPO gegebenen Hinweis des Gerichts
nicht beachtet, weil er ihn (mit Recht) für un-
haltbar hält.

BGH, Urt. v. 25. Juni 1974 - VI ZR 18/73 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

92

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 18/73

URTEIL

Verkündet am
25. Juni 1974
B e c k e r ,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Rechtsanwälte Dr. H. G. [REDACTED], H. L. [REDACTED],
O. S. [REDACTED], K. R. [REDACTED] und W. F. [REDACTED], S. [REDACTED],
E. [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. Wilhelm B. [REDACTED], Industriekaufmann,
2. Magdalene B. [REDACTED], geb. K. [REDACTED],
beide in W. [REDACTED], P. [REDACTED] str. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr.h.c. [REDACTED] -

- 2 -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Juni 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Sonnabend, Dunz, Dr. Steffen und Dr. Kullmann

für R e c h t erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 18. Dezember 1972 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Kläger ließen in den Jahren 1964/65 einen Bungalow errichten. Zwischen ihnen und dem für die schlüsselfertige Herstellung des Bungalows verantwortlichen Baubetreuer, der Arbeitsgemeinschaft H [REDACTED] und J [REDACTED] (im folgenden: ARGE genannt) kam es anschließend zu einem Prozeß, in dem sie im ersten Rechtszug von Rechtsanwalt F [REDACTED], einem der zu einer Sozietät zusammengeschlossenen fünf beklagten Anwälte vertreten wurden. Der Rechtsstreit ging für die Kläger ungünstig aus. Rechtsanwalt F. berief sich gegenüber der von der ARGE geltend gemachten Restforderung für den Bungalow darauf, diese sei



wegen vorhandener Mängel noch nicht fällig. Im übrigen mache er Nachbesserungs- und Schadensersatzansprüche geltend, denen gegenüber sich die ARGE auf die angeblich auf zwei Jahre verkürzte Verjährungsfrist berief. Die Frage einer Aufrechnung mit Gegenansprüchen wegen vorhandener Mängel, die gemäß § 390 Satz 2 BGB trotz Verjährung möglich gewesen wäre, wurde in dem Rechtsstreit nicht geprüft. Trotz Hinweises durch den Einzelrichter und den Kammervorsitzenden hatte es Rechtsanwalt F. nämlich abgelehnt, mit den behaupteten Gegenansprüchen, u.a. einem Anspruch wegen mangelhafter Schallisolierung zwischen Erdgeschoß und Obergeschoß in Höhe von mindestens 1.600 DM gegen die Klageforderung der ARGE - wenigstens hilfsweise - aufzurechnen. Die im zweiten Rechtszug von den durch die Kläger neu bestellten Prozeßbevollmächtigten nachgeholte Aufrechnungserklärung ließ das Oberlandesgericht im Hinblick auf den Hinweis des Landgerichts als nicht sachdienlich nicht zu.

Die Kläger nehmen die Beklagten als Gesamtschuldner wegen Verletzung der Anwaltpflicht in dem Vorprozeß auf Ersatz von 1.600 DM nebst Zinsen in Anspruch.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Beklagten entsprechend dem Klageantrag verurteilt. Mit der zugelassenen Revision begehren die Beklagten die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht geht aufgrund des übereinstimmenden Parteivortrages in den Tatsacheninstanzen davon aus, daß den Klägern wegen mangelhafter Schalldämmung in dem Bungalow Ersatzansprüche gegenüber der ARGE wenigstens in Höhe des eingeklagten Betrages zustanden, die sie jetzt nicht mehr geltend machen könnten. Es ist der Auffassung, der darin liegende Schaden wäre ihnen nicht entstanden, wenn Rechtsanwalt F. schon in der ersten Instanz des Vorprozesses mit den Ansprüchen wegen mangelhafter Schalldämmung gegenüber der Klageforderung der ARGE aufgerechnet hätte. Die Aufrechnung sei zulässig gewesen, da die Kläger die Mängel noch innerhalb der Verjährungsfrist schriftlich gerügt hätten (§§ 639, 478, 479 BGB). Rechtsanwalt F. sei es auch vorzuwerfen, daß er gegenüber der damaligen Klageforderung nicht wenigstens hilfsweise aufgerechnet habe, obwohl ihm dies ausdrücklich vom Gericht nahegelegt worden sei. Er hätte mit einer hilfsweise - für den Fall, daß das Landgericht Verjährung annahm - erklärten Aufrechnung auch praktisch keine Rechtsposition räumen müssen, während er ohne Aufrechnung die Kläger der erkennbaren Gefahr ausgesetzt habe, zumindest für diese Instanz mit den Einwendungen gegenüber der Klageforderung nicht gehört zu werden. Er könne sich nicht damit verteidigen, daß eine Aufrechnung rechtlich nicht geboten gewesen sei, um dem Ersatzanspruch der Kläger zum Erfolg zu verhelfen. Zwar habe die Verjährung der Mängelansprüche nicht zweifelsfrei festgestanden. In Anbetracht

der zweifelhaften Rechtslage sei aber eine das Prozeßrisiko mindernde Aufrechnungserklärung geboten gewesen. Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes habe dazu nicht ausgereicht. Denn die Frage, ob und wie weit aufgrund verjährter Ansprüche ein Zurückbehaltungsrecht noch geltend gemacht werden könne, habe im Zeitpunkt der Entscheidung des Vorprozesses in erster Instanz nicht als abschließend geklärt gelten können. Zwar habe damals schon die grundsätzlich bejahende Entscheidung in BGHZ 48, 116 vorgelegen. Der Bundesgerichtshof habe jedoch Anlaß gehabt, die gleiche Frage in BGHZ 53, 122 erneut zu entscheiden, und zwar, worauf es gerade im Vorprozeß habe ankommen können, im Hinblick auf die besondere Regelung der VOB. Zumindest vor der Veröffentlichung dieser Entscheidung hätte Rechtsanwalt F. nicht darauf vertrauen dürfen, daß das Landgericht abweichend von der in der mündlichen Verhandlung erkennbar gemachten Rechtsauffassung entscheiden werde.

Rechtsanwalt F. könne sich für seine Weigerung, gegenüber der Klage aufzurechnen, nicht auf die Rechtsprechung berufen, wonach es zur Geltendmachung auch von verjährten Mängelansprüchen einer Aufrechnung nicht bedürfe, sondern eine Abrechnung erfolgen müsse. Denn er habe sich nicht auf diese Rechtsprechung, sondern allein auf die noch nicht eingetretene Fälligkeit der Klageforderung und auf den Nachbesserungsanspruch berufen. Er habe im Hinblick auf § 529 Abs. 5 ZPO eine Aufrechnungserklärung auch nicht der Berufung vorbehalten dürfen.

II.

Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Das Berufungsgericht war sich bei der Prüfung der Frage, ob den Klägern kein Schaden entstanden wäre, wenn Rechtsanwalt F. in der ersten Instanz des Vorprozesses mit Ansprüchen wegen mangelhafter Schalldämmung aufgerechnet hätte, bewußt, daß es insoweit darauf ankam, wie nach seiner Auffassung über jene Ansprüche richtig zu entscheiden war (BGH Urteile vom 23. Februar 1959 - III ZR 77/58 = LM BGB § 839 157 Nr. 8, vom 14. November 1963 - III ZR 144/61 = LM ZPO § 287 Nr. 31; und vom 28. Februar 1967 - VI ZR 119/65 = nicht veröffentlicht).

Wenn es zu dem Ergebnis gelangt, die Klage der ARGE wäre im Falle der Abgabe einer Aufrechnungserklärung wenigstens in Höhe des jetzt eingeklagten Betrages tatsächlich abgewiesen worden, so unterliegt dies keinem Rechtsirrtum.

a) Rechtsfehlerfrei durfte das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revision dabei aufgrund des insoweit übereinstimmenden Vortrags beider Parteien davon ausgehen, daß den Klägern gegen die ARGE wegen der mangelnden Schalldämmung eine Forderung von mindestens 1.600 DM zugestanden hat. Insoweit handelte es sich zwar - wie die Revision geltend macht - nicht allein um den Vortrag von Tatsachen, sondern um eine Wertung von Tatsachen. Dennoch konnte das Berufungs-

gericht diese übereinstimmende Wertung als inhaltlich tatsächliches Vorbringen, als eine lediglich "juristisch gefärbte Einkleidung einer Tatsachenbehauptung" ansehen, die ebenfalls gemäß §§ 138 Abs. 3, 288 ZPO zugestanden werden kann (vgl. BGH, Urteile vom 6. März 1952 - IV ZR 45/50 = LM BGB § 260 Nr. 1 und vom 29. September 1958 - II ZR 342/56 = LM ZPO § 138 Nr. 4; Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO 19. Aufl., § 282 Anm. II 2 a; Henke, ZZP 81, 196, 219).

b) Die Aufrechnung mit dieser Forderung wäre, wie das Berufungsgericht weiter zutreffend ausführt, gemäß § 390 Satz 2 BGB i.V. mit §§ 639, 479 BGB selbst dann noch zulässig gewesen, wenn die Mängelansprüche zu diesem Zeitpunkt verjährt waren, da die Kläger vor Vollendung der Verjährung den Mangel angezeigt und damit eine der in § 478 BGB bezeichneten Handlungen vorgenommen hatten.

2. Rechtliche Bedenken bestehen auch nicht dagegen, daß das Berufungsgericht annimmt, Rechtsanwalt F. habe es unter schuldhafter Verletzung seiner Anwaltpflicht versäumt, gegenüber der Klageforderung wenigstens hilfsweise aufzurechnen.

a) Nach ständiger Rechtsprechung ist der Rechtsanwalt verpflichtet, dafür zu sorgen, daß er vermeidbare Nachteile für seine Auftraggeber auch vermeidet. Er hat, wenn mehrere Maßnahmen in Betracht kommen, diejenige zu treffen, die die sicherste und gefahrloseste ist (BGH Urteil vom 12. Juli 1960 - III ZR 89/59 = VersR 1960, 932, 933), und wenn mehrere

Wege möglich sind, um den erstrebten Erfolg zu erreichen, den zu wählen, auf dem dieser am sichersten erreichbar ist (BGH Urteile vom 21. November 1960 - III ZR 160/59 = LM BGB § 675 Nr. 26 = VersR 1961, 134 und vom 17. Januar 1963 - III ZR 145/61 = VersR 1963, 387, 388). Gibt die rechtliche Beurteilung infolge der Tatsachenlage oder der im Schrifttum und der Rechtsprechung dazu vertretenen Auffassungen zu ernstlich begründeten Zweifeln Anlaß, so muß er auch in Betracht ziehen, daß sich die zur Entscheidung berufene Stelle der seinem Auftraggeber ungünstigeren Beurteilung der Rechtslage anschließt; er muß daher im Rahmen des Möglichen seine Maßnahmen so treffen, daß sein Auftraggeber auch in diesem Fall keinen Nachteil erleidet (RGZ 151, 259, 264). Das gilt vor allem dann, wenn er sein Verhalten im Prozeß so einrichten kann, daß es sowohl seiner eigenen Rechtsansicht gerecht wird als auch derjenigen, die möglicherweise das Gericht oder die entscheidende Behörde vertreten könnte (vgl. Noack, JW 1936, 2534, 2535 in Anmerkung zu RGZ 151, 259). Weiß er oder muß er bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt davon ausgehen, daß das Gericht seine Rechtsauffassung nicht teilt, dann ist er, soweit das möglich ist, auch verpflichtet, durch hilfsweise Vornahmen von Prozeßhandlungen der Rechtsansicht des Gerichts Rechnung zu tragen, um für seinen Mandanten den größtmöglichen Vorteil im Prozeß zu erreichen (vgl. auch Holstein, JW 1938, 1430, 1431). Davon kann auch dann keine Ausnahme gemacht werden, wenn er die vom Gericht vertretene Meinung oder den ihm nach § 139 ZPO erteilten Hinweis für unhaltbar hält und ihm darin an sich Recht zu geben ist. Ein Anwalt darf nicht darauf vertrauen, seine Auffassung werde die Billigung der

Gerichte finden (BGH Urteil vom 20. Dezember 1962 - III ZR 191/61 = VersR 1963, 359, 360), selbst wenn sie in einem angesehenen Kommentar vertreten wird, aber von der Mehrheitsmeinung abweicht (BGH Urteil vom 21. November 1960 - III ZR 160/59 = LM BGB § 675 Nr. 26 = VersR 1961, 134, 135). Will er einen weniger sicheren Weg gehen, dann muß er zumindest seinen Auftraggeber zuvor über die insoweit bestehenden Gefahren belehren (RGZ 151, 259, 264; BGH Urt. v. 12. Juli 1960 - III ZR 89/59 = VersR 1960, 932, 933 m.w.Nachw.) und sein weiteres Verhalten von dessen Entscheidung abhängig machen (vgl. auch Senatsurteil vom 4. Dezember 1973 - VI ZR 10/72 = VersR 1974, 488 489). Im Prozeß ist er allerdings verpflichtet, den Versuch zu unternehmen, das Gericht davon zu überzeugen, daß und warum seine Auffassung richtig ist. Mit Rücksicht auf das auch bei Richtern nur unvollkommene menschliche Erkenntnisvermögen und die niemals auszuschließende Möglichkeit eines Irrtums ist es Pflicht des Rechtsanwalts, nach Kräften dem Aufkommen von Irrtümern und Versehen des Gerichts entgegenzuwirken (so BGH Urteil v. 17. September 1964 - III ZR 215/63 = LM BGB § 839/G7 Nr. 9 = VersR 1964, 1171, 1172). Daher muß er alles vorbringen, was die Entscheidung günstig beeinflussen kann (vgl. Schultz, MDR 1965, 264). Hierzu können auch Rechtsauffassungen gehören (vgl. Müller, MDR 1969, 896).

Diesen Verpflichtungen widerspricht es entgegen der Auffassung der Revision nicht, daß der Anwalt in § 1 BRAO als "unabhängiges Organ der Rechtspflege" bezeichnet wird. Damit ist nur ausgedrückt, daß er

frei von staatlich-politischen Einflüssen seine Aufgabe erfüllen und auch von jedem anderen außerrechtlichen Einfluß auf die Freiheit seiner Berufsausübung frei sein soll (vgl. Kalsbach, BRAO § 1 Anm. 3 II). Die darin auch liegende Unabhängigkeit von seinem Mandanten soll aber nur verhindern, von diesem so abhängig zu werden, daß er sich nicht mehr nach dem richten kann, was er als Recht vertreten kann, sondern sich darauf einstellen muß, was der Klient von ihm verlangt, auch wenn dies Unrecht ist (vgl. Kalsbach, Standesrecht der Rechtsanwälte S. 46). Trotz dieser unabhängigen Stellung muß er aber die berechtigten Belange seines Auftraggebers vertreten und nach besten Kräften zu verwirklichen suchen (vgl. Kalsbach, BRAO § 1 Anm. 3 II).

b) Von diesen Rechtsgrundsätzen hat sich das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung leiten lassen.

aa) Rechtsanwalt F. konnte nicht davon ausgehen, daß sich das Landgericht seiner Auffassung anschloß und die Klage auch ohne hilfsweise erfolgte Aufrechnung, jedenfalls in Höhe von 1.600 DM wegen des Mangels der Schalldämmung, abwies oder ihr nur Zug um Zug gegen Nachbesserung stattgab. Er mußte vielmehr nach den ihm sowohl von dem Berichterstatter als auch von dem Vorsitzenden gegebenen Hinweisen damit rechnen, daß das Landgericht die Mängelansprüche für verjährt ansah und deshalb ein Zurückbehaltungsrecht, das sich auf das Recht zur Nachbesserung stützte, verneinte. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, konnte

die Frage, ob und wieweit aufgrund verjährter Ansprüche wenigstens noch ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden kann, im Zeitpunkt der Entscheidung des Landgerichts noch nicht als abschließend geklärt gelten. Zwar war bereits in BGHZ 48, 116 (= NJW 1967, 1902) entschieden, daß auch verjährte Ansprüche des Schuldners ein Zurückbehaltungsrecht begründen, wenn die Verjährung noch nicht eingetreten war, als der Anspruch des Gläubigers entstand. Die Beklagten berufen sich aber nicht einmal darauf, daß Rechtsanwalt F. auf diese Entscheidung hingewiesen hat. Im Schrifttum wurde zwar die Auffassung vertreten, die Grundsätze dieser Entscheidung fänden auch auf verjährte Ansprüche auf Minderung, Aufwendungsersatz und Schadensersatz wegen Baumängel Anwendung. Für den Nachbesserungsanspruch war dies jedoch bestritten. Die führenden Kommentare zur VOB lehnten es ab; das Oberlandesgericht Düsseldorf schloß sich dieser Auffassung an. Erst durch Urteil vom 15. Dezember 1969 (BGHZ 53, 122 = NJW 1970, 561) entschied der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes unter Aufhebung der erwähnten Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf, daß auch der verjährte Mängelbeseitigungsanspruch nach § 13 Ziff. 5 Abs. 1 VOB (B) dem Auftraggeber bei rechtzeitiger Mängelanzeige ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Werklohnforderung des Auftragnehmers gebe. Dieses Urteil wurde aber erst nach Erlaß des landgerichtlichen Urteils veröffentlicht. Da Rechtsanwalt F. noch in dem Schriftsatz vom 24. Februar 1970, in dem er sein Vorbringen in der letzten mündlichen Verhandlung zusammenfaßte, zum Ausdruck brachte, wegen des fehlerhaften Schallschutzes

werde in erster Linie Nachbesserung verlangt und nur im Falle der Ablehnung oder der Unmöglichkeit Minderung, mußte er sich in Anbetracht der ungewissen Rechtslage darauf einrichten, daß das Gericht der Auffassung folgte, ein verjährter Nachbesserungsanspruch könne kein Zurückbehaltungsrecht begründen und daß eine Minderung aus rechtlichen Gründen (weil die Ablehnung oder Unmöglichkeit der Nachbesserung dann ohne Bedeutung war) nicht in Betracht kam. Da aber, wie ausgeführt, die Sicherheit und der größtmögliche Vorteil seiner Auftraggeber die Richtlinie für sein Handeln bildeten, war er bei dieser Sachlage verpflichtet, auf den Hinweis des Gerichts einzugehen, falls seine Mandanten dadurch nicht in anderer Weise Schaden erlitten. Denn auch im Wege der "Abrechnung" war der geltend gemachte Mangelananspruch nicht zu berücksichtigen. Die in Geld bezifferte Werklohnforderung kann nämlich nicht ohne weiteres durch einen Nachbesserungsanspruch gemindert werden.

bb) Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, Rechtsanwalt F. hätte mit einer Hilfsaufrechnung "praktisch keinerlei Rechtsposition räumen müssen". Wie die Revisionserwiderung zutreffend hervorhebt, hätte eine Hilfsaufrechnung die Einrede des Zurückbehaltungsrechts nicht zerstört, da sich das Gericht mit ihr erst zu befassen hatte, wenn es das Zurückbehaltungsrecht nicht für gegeben hielt.

cc) Das Verschulden von Rechtsanwalt F. könnte möglicherweise entfallen, wenn er damit hätte rechnen können, daß er notfalls noch in der Berufungsinstanz

sein Ziel erreichen konnte. Das ist aber nach den getroffenen Feststellungen nicht der Fall.

Das Berufungsgericht geht mit Recht davon aus, daß Rechtsanwalt F. nicht darauf vertrauen durfte, die unterbliebene Aufrechnung nachholen zu können. § 529 Abs. 5 ZPO läßt die erst in der Berufungsinstanz geltend gemachte Aufrechnung nur zu, wenn der Kläger einwilligt oder das Gericht die Geltendmachung in dem anhängigen Verfahren für sachdienlich hält. Mit einer Einwilligung des Klägers konnte Rechtsanwalt F. bei der gegebenen Sachlage nicht rechnen. Ob das Berufungsgericht die Sachdienlichkeit bejahen würde, war zumindest zweifelhaft, da Rechtsanwalt F. namens der Kläger zur Frage der Schalldämmung mit dem vom Landgericht eingeholten Sachverständigengutachten nicht einverstanden war und eine weitere Beweisaufnahme wünschte, wie aus seinem nach der letzten mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz hervorgeht. Da schon im Hinblick auf den Streitwert auch zweifelhaft war, ob gegen das Berufungsurteil Revision eingelegt werden konnte, falls das Berufungsgericht bei der Entscheidung über die Zulassung einer nachgeholtten Aufrechnung das ihm in § 529 Abs. 5 ZPO eingeräumte Ermessen rechtsfehlerhaft ausübte, konnte sich Rechtsanwalt F., wenn er den sichersten und gefahrlosesten Weg gehen wollte, nicht darauf verlassen, mit dem Aufrechnungseinwand in einem höheren Rechtszug noch durchzudringen.

Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß Rechtsanwalt F. im Zeitpunkt der letzten mündlichen

Verhandlung vor dem Landgericht damit rechnete und bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt rechnen konnte, in der Berufungsinstanz zumindest mit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts durchzudringen. Er hat sich jedenfalls darauf nicht ausdrücklich berufen. Sogar in seinem am 31. März 1970 an die Kläger gerichteten Schreiben, in dem er die Berufungsaussichten erörterte, hatte er die Entscheidungen BGHZ 48, 116 und 53, 125 noch nicht erwähnt. Erst in diesem Rechtsstreit hat er sich hierauf bezogen, führt aber in seinem Schriftsatz vom 25. Januar 1972 nur aus, er habe "angenommen", bei der Ausarbeitung der Berufungsbegründung würden "die Erwägungen für das Durchgreifen des Zurückbehaltungsrechts unter Einbeziehung der neuerlichen Rechtsprechung vertieft".

3. Auch soweit das Berufungsgericht den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung von Rechtsanwalt F. und dem Schaden der Kläger bejaht, sind seine Ausführungen rechtlich nicht zu beanstanden.

Selbst wenn die Bevollmächtigten der Kläger in der Berufungsinstanz des Vorprozesses auch nicht alles Erforderliche getan haben, um dem Ersatzanspruch der Kläger zum Erfolg zu verhelfen, was das Berufungsgericht unterstellt, so entfällt dadurch nicht die Ursächlichkeit des Verhaltens der Beklagten für den eingetretenen Schaden. Vielmehr wäre bei solcher Fallgestaltung sowohl das Unterlassen der Beklagten als auch das der Berufungsanwälte (kumulativ)

kausal (vgl. BGH Urteil vom 17. September 1964
- III ZR 215/63 = LM BGB § 839 U7 Nr. 9 = VersR 1964,
1171, 1172; Staudinger/Werner, Kommentar zum BGB,
10./11. Aufl., Vorbem. zu den §§ 249 ff, Rdnr. 38).

/

Dasselbe gilt für eine etwaige Mitverursachung
des Schadens durch Fehler des Land- und des Berufungs-
gerichts der Vorinstanz (vgl. Müller, MDR 1969, 797,
798 und 896, 897; für Fälle wie hier wohl auch Schultz,
MDR 1965, 264, 265).

4. Ist Rechtsanwalt F. verpflichtet, den Klägern
wegen Verletzung des Anwaltsvertrages Schadensersatz
zu leisten, so haften mit ihm die übrigen verklagten
Rechtsanwälte, da sie mit ihm eine Sozietät bildeten
(BGHZ 56, 355; Senatsurteil vom 13. Juli 1971 -
VI ZR 140/70 = LM BGB § 675 Nr. 46 = VersR 1971,
1119, 1120).

III.

Dennoch kann das angefochtene Urteil nicht be-
stehen bleiben.

Die Schadensersatzpflicht der Beklagten könnte
nämlich gemindert oder sogar ausgeschlossen werden,
wenn die Kläger und/oder ihre Berufungsanwälte, deren
Verschulden diese nach § 254 Abs. 2 Satz 2 BGB in Verbindung
mit § 278 BGB zu vertreten haben, der in § 254 Abs. 2
Satz 1 BGB festgelegten Schadensminderungspflicht
nicht nachgekommen sind. Die dahin weisenden Anhalts-
punkte in dem seitherigen Parteivorbringen hat das

Berufungsgericht jedoch rechtfehlerhaft nicht beachtet.

1. Rechtsanwalt F. hatte die Kläger in dem bereits erwähnten Schreiben vom 31. März 1970 auf § 390 Satz 2 BGB hingewiesen und wörtlich hinzugefügt:

"Auch soweit ein Zurückbehaltungsrecht in Betracht käme, wäre die zitierte Gesetzesbestimmung gleichfalls anwendbar:

'Auch ein bereits verjährter Anspruch begründet das Zurückbehaltungsrecht, da Einreden nicht verjähren (OLG 28, 50 in Palandt, Komm. z. BGB 25. Aufl. § 273 Anm. 3).' "

Haben die Kläger diese Mitteilung erhalten, dann wird zu prüfen sein, ob die Kläger gehalten waren, den hier erteilten Rat ihren neuen Anwälten mitzuteilen, damit diese überlegten, ob sie damit in der Berufungsinanz Erfolg haben könnten.

Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Kläger eine etwa dahin gehende Pflicht verletzt haben und ob eine Erfüllung dieser Pflicht den Schaden hätte abwenden können.

2. Wurden die Berufungsanwälte der Kläger durch das soeben widergegebene Schreiben von Rechtsanwalt F. auf die Anm. 3 bei § 273 BGB im Kommentar von Palandt hingewiesen, so hätten sie in der damals vorliegenden 28. Auflage an der zitierten Stelle den Hinweis auf BGHZ 48, 116 gefunden. Sie wären dann in der Lage und

verpflichtet gewesen, zumindest diese Entscheidung in der Berufungsbegründung zu verwerten. Auch dadurch hätte, was der Tatrichter zu prüfen haben wird, unter Umständen der Schaden abgewendet werden können.

Im übrigen wird zu erörtern sein, ob die Berufungsanwälte der Kläger aufgrund der jedem Rechtsanwalt obliegenden Verpflichtung, sich in den zur Verfügung stehenden Fachzeitschriften über den Stand der neueren Rechtsprechung zu unterrichten (vgl. dazu BGH, Beschl. vom 18. Januar 1952 - I ZB 13/51 = LM ZPO § 233 Nr. 16 und Urteil vom 10. Dezember 1957 - VIII ZR 243/56 = VersR 1958, 97) auch ohne jenen Hinweis die neue Rechtsprechung über die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes aufgrund verjährter Ansprüche (BGHZ 48, 116 und 53, 122) hätten kennen und zum Zwecke der Schadensabwendung vorbringen müssen.

IV.

Das Berufungsurteil konnte somit keinen Bestand haben. Da noch weitere tatsächliche Feststellungen zu treffen sind, war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Weber

Sonnabend

Dunz

Richter Dr. Steffen
ist beurlaubt.
Dr. Weber

Dr. Kullmann