
Datum: 24.02.2000
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 28 U 41/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2000:0224.28U41.99.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 7 O 411/98

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 07. Januar 1999 verkündete Grundurteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund wird zu-rückgewiesen.

Die Sache wird zur Entscheidung über die Höhe an das Landgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Be-klagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beschwer der Beklagten beträgt 37.257,23 DM.

Von der Darstellung des **Tatbestandes** wird nach § 543 Abs.1 ZPO abgesehen.

1

Entscheidungsgründe

2

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht der Klägerin der geltendgemachte Klageanspruch gemäß den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung dem Grunde nach zu.

3

I. Die Klägerin hat der Sozietät der Beklagten ein umfassendes Mandat zur Wahrnehmung ihrer Interessen in der Auseinandersetzung mit ihrem Arbeitnehmer C erteilt. Insoweit kann

4

dahin stehen, ob dieses Mandat nach Darstellung der Beklagten zunächst nur darauf gerichtet war, gegen den Arbeitnehmer C Schadensersatzforderungen durchzusetzen, weil dieser eigenmächtig der Arbeit ferngeblieben war, oder der für die Klägerin handelnde Zeuge L2, der als Sohn der Geschäftsführerin der Klägerin nach deren Schlaganfall im Jahre 1994 im wesentlichen die Geschäfte tatsächlich führte, nach seiner Aussage im Senatstermin vom 24. Februar 2000 schon von vornherein insbesondere eine rechtliche Beratung zu den Fragen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitnehmer C gewünscht hatte. Selbst wenn der Zeuge L2 am 13. Mai 1997 die Beklagten zunächst "nur" mit der Verfolgung von etwaigen Schadensersatzansprüchen wegen des Stillstandes der Bagger und nicht in erster Linie wegen seiner Bedenken hinsichtlich einer wirksamen Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf der Grundlage des Schreibens vom 25. April 1997 beauftragt hatte, so ist die Frage der wirksamen Beendigung des Arbeitsverhältnisses doch spätestens mit dem von der Klägerin schon am folgenden Tag übersandten Schreiben der Prozeßbevollmächtigten des Arbeitnehmers C und der Übernahme der Vertretung der Klägerin in dem Rechtsstreit 2 Ca 1141/97 Arbeitsgericht Hamm = 4 Sa 1879/97 Landesarbeitsgericht Hamm Gegenstand der von den Beklagten übernommenen Interessenvertretung geworden. Im Rahmen dieser dynamischen Entwicklung waren aber das Rechtsschutzziel der Klägerin erneut abzuklären (vgl. insoweit Zugehör, Handbuch der Anwaltshaftung, Rdn. 534 f., 621 f.) und die Beklagten verpflichtet, die Interessen der Klägerin nach jeder Richtung und umfassend wahrzunehmen (BGH in NJW 1998, 900 [901]; NJW 1988, 486 [487]; NJW 1988, 1079 [1080]). Der Anwalt ist nämlich seinem Auftraggeber grundsätzlich zu einer umfassenden und erschöpfenden Belehrung verpflichtet. Der Anwalt muß den ihm vorgetragenen Sachverhalt dahin prüfen, ob er geeignet ist, den vom Auftraggeber erstrebten Erfolg herbeizuführen. Dem Mandanten hat der Anwalt diejenigen Schritte zu empfehlen, die zu dem erstrebten Ziel führen können. Er muß den Auftraggeber vor Nachteilen bewahren, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat der Anwalt seinem Mandanten den sichersten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche rechtliche und auch wirtschaftliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant eine sachgerechte Entscheidung treffen kann; Zweifel und Bedenken, zu denen die Sachlage Anlaß gibt, muß der Anwalt darlegen und mit seinem Auftraggeber erörtern (BGH in NJW 1998, 900; NJW 1995, 449 ff.; NJW 1993, 1320; NJW 1994, 1211 [1212]). Er muß seinen Auftraggeber nicht nur über das Vorhandensein, sondern auch über das ungefähre, in etwa abschätzbare Ausmaß des Risikos unterrichten, weil der Mandant in der Regel nur aufgrund einer Einschätzung auch des Risikoumfangs über sein weiteres Vorgehen sachgerecht entscheiden kann (BGHZ 89, 178 (182) = NJW 1984, 791 [792, 793]; BGHZ 97, 372 (376) = NJW 1986, 2043, NJW 1988, 563 [566]; NJW 1988, 2113; NJW-RR 1990, 1241; NJW 1991, 2079; NJW 1992, 1159). Eine solche Belehrung kann allenfalls dann entbehrlich sein, wenn der Rechtsanwalt erkennt, daß der Mandant die Risiken des Geschäfts oder der beabsichtigten rechtlichen Gestaltung kennt und er diese auch bei einer Belehrung auf sich nehmen würde (BGH in NJW 1992, 1159 [1160]; NJW 1988, 563 [566]; NJW 1977, 2073 [2074]).

II. Die sich aus diesen Grundsätzen für den konkreten Fall ergebenden Pflichten hat der Beklagte zu 4), der zunächst Sachbearbeiter der Angelegenheit war und für dessen Verhalten die Beklagten gemäß § 425 I BGB (vgl. nun auch: § 51 a Abs.2 Satz 1 BRAO) als Mitglieder der damaligen (Außen-)sozietät als Gesamtschuldner haften (vgl. Sieg in Zugehör, Handbuch der Anwaltshaftung, Rdn. 346 ff., 369 ff. m.w.N.), schuldhaft verletzt. Aufgrund der Sach- und Rechtslage war es in Hinblick auf die Rechtsfolgen des § 615 BGB Weiterzahlung des Lohnes bei Annahmeverzug des Arbeitgebers geboten, der Klägerin klar und unmißverständlich zu empfehlen, entweder die angebotene Arbeitsleistung des Arbeitnehmer C unter dem Vorbehalt der späteren Entscheidung des Kündigungsschutzverfahrens

entgegenzunehmen oder zumindest hilfsweise eine eigene Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitnehmer C aus allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten auszusprechen. Schon aus dem eigenen Vortrag der Beklagten ergibt sich, daß der Beklagte zu 4) zumindest keine hinreichende Belehrung der Klägerin vorgenommen hat, die dieser eine sachgerechte Entscheidung ermöglichen konnte. Darüber hinaus steht aufgrund der Aussage des Zeugen L2 zur Überzeugung des Senates fest, daß der Beklagte zu 4) keinerlei Empfehlung zur eigenen Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Klägerin ausgesprochen hat.

1.) Die Sach- und Rechtslage gebot es, der Klägerin in Hinblick auf § 615 BGB entweder zu raten, die angebotene Arbeitsleistung des Arbeitnehmer C vorbehaltlich des Ausganges des Kündigungsschutzverfahrens anzunehmen, oder das Arbeitsverhältnis durch eine eigene Kündigung zu beenden. Anderenfalls drohte bei einem Verlust des Kündigungsschutzverfahrens die später auch eingetretene Gefahr, daß die Klägerin dem Arbeitnehmer C den vollen Lohn nachzahlen mußte, ohne dafür das Äquivalent seiner Arbeitsleistung zu erhalten.

6

a. Der Beklagte zu 4) durfte von einer solchen Empfehlung nicht etwa absehen, weil die von dem Arbeitnehmer C bestrittene Eigenkündigung in der von ihm angedrohten Kündigungsschutzklage mit Sicherheit zu beweisen war und auch von einem sorgfältig arbeitenden Rechtsanwalt eine nachteilige Entscheidung des Arbeitsgerichts nicht erwartet werden konnte. Die vom Arbeitsgericht bei der Beweismwürdigung der Aussage des Zeugen L2 erwogenen Glaubwürdigkeitsbedenken lagen auf der Hand. Als Sohn der Geschäftsführerin der Klägerin war er dieser persönlich eng verbunden. Darüber hinaus war er der eigentliche Gesprächs- und Verhandlungspartner des Arbeitnehmers C und damit kein am Ausgang des Rechtsstreites unbeteiligter Dritter, von dem ohne weiteres eine von den Interessen der Klägerin unberührte Aussage erwartet werden konnte. Diese persönliche und sachliche Beteiligung ließ zwar nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (in NJW 1995, 955) nicht schon von vornherein jeglichen Beweiswert seiner Aussage entfallen. Ein im Rahmen der konkreten Beweismwürdigung sehr beachtliches objektives Argument gegen die persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen stellte sie aber dennoch dar. Dies eröffnet aber die einem sorgfältig arbeitenden Rechtsanwalt erkennbare Gefahr, daß das Arbeitsgericht auf der Grundlage der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) (in NJW 1995, 1413 [1414]) und der sich daran anschließenden Diskussion in Rechtsprechung und Literatur der Aussage des Zeugen L2 kein größeres Gewicht als den Erklärungen des Arbeitnehmers C bei seiner Anhörung gemäß § 141 ZPO beimaß (vgl. insoweit auch BGH in NJW 1999, [364]) und deshalb den der Klägerin obliegenden Beweis für eine Eigenkündigung des Arbeitnehmers C nicht als geführt ansehen würde.

7

Dies gilt umsomehr, als auch sachliche Gründe gegen den Ausspruch einer eigenen Kündigung des Arbeitnehmers C sprachen. Wie schon die lange Zeit der späteren Arbeitslosigkeit des Arbeitnehmers C zeigt, sind Arbeitsplätze für Baggerführer damals nicht so reichlich angeboten worden, daß dieser fest darauf vertrauen konnte, jederzeit einen neuen Arbeitsplatz zu finden. Wenn Menschen auch gelegentlich irrational handeln, liegt es nicht sehr nahe, daß ein Arbeitnehmer unter diesen Umständen allein aus einer Verärgerung über die Verweigerung eines halben Urlaubstages ernsthaft eine mit entsprechenden Lohneinbußen und der dazu kommenden Sperrfrist bei der Zahlung von Arbeitslosengeld verbundene Kündigung aussprechen will. Selbst wenn der Arbeitnehmer C keinen ausgesprochenen Wert mehr auf den Arbeitsplatz bei der Klägerin legte, mußte er diesen doch nicht von sich aus kündigen, um die gewünschte Freizeit zu erhalten. Er konnte sich diese eigenmächtig nehmen und dann immer noch die Reaktion der Klägerin abwarten. Einer

8

eigenen Kündigung bedurfte es nicht. Die Klägerin besaß dagegen schon eher ein Interesse an einer Auslegung der Erklärungen des Arbeitnehmers C als eigene Kündigung seitens des Arbeitnehmers. Dies enthob sie der Unsicherheit, ob das Verhalten des Arbeitnehmer C einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung ihrerseits bot oder ob gar das Kündigungsschutzgesetz eingriff und seine erschwerten Voraussetzungen für eine Arbeitgeberkündigung erfüllt waren. Für die spätere Entscheidung des Arbeitsgerichtes sprachen so insgesamt gute und für einen sorgfältig arbeitenden Rechtsanwalt von vornherein erkennbare Gründe. Bei einer solchen Sachlage gebot aber schon der Grundsatz des sichersten Weges, daß sich der Beklagte zu 4) nicht darauf verließ, eine wirksame Auflösung des Arbeitsverhältnisses allein schon mit der Aussage des Zeugen L2 beweisen zu können. Er hatte daher der Klägerin mögliche Alternativen aufzuzeigen, mit denen den Rechtsfolgen des § 615 BGB bei einem nicht auszuschließenden Verlust des Kündigungsschutzverfahrens begegnet werden konnte.

b.) Die Belehrung war weiterhin auch nicht etwa deshalb entbehrlich, weil der Klägerin die Möglichkeit einer eigenen fristlosen oder fristgemäßen Kündigung ohnehin bekannt war. Grundsätzlich trifft den um Rechtsrat gebetenen Anwalt nur dann eine beschränkte Beratungs- und Belehrungspflicht, wenn der Mandat eindeutig und klar zu verstehen gibt, daß er der fachlichen Hilfe nur in einer bestimmten Art, Richtung und Reichweite bedarf, und der Anwalt erkennen konnte, daß sich der Mandant etwa bestehender Risiken und Gefahren bewußt ist (vgl. BGH in NJW 1997, 2168 ff.; NJW 1996, 2929 ff.; NJW 1992, 1159 ff.). Die Voraussetzungen einer insoweit eingeschränkten Beratungspflicht haben die Beklagten nicht dargelegt. Sie verweisen allein darauf, es müsse sich jedem Arbeitgeber aufdrängen, daß jedes Arbeitsverhältnis, wolle er es beenden, grundsätzlich kündbar ist. Die abstrakte Kenntnis der Klägerin, daß sie grundsätzlich jedes Arbeitsverhältnis auch durch eine eigene Kündigung beenden kann, schließt einen konkreten Beratungsbedarf nicht aus. Dieser erschöpfte sich im vorliegenden Fall nicht darin, die Klägerin auf ein ihr etwa unbekanntes Kündigungsrecht hinzuweisen, sondern sie bedurfte der Belehrung, warum die vorsorgliche Ausübung eines solchen Rechtes trotz der nach ihrer Darstellung erfolgten und durch die Aussage des Sohnes der Geschäftsführerin der Klägerin unter Beweis zu stellenden Eigenkündigung des Arbeitnehmers C geboten war. Wenn der Bundesgerichtshof auch in der vom Landgericht zitierten Entscheidung (in NJW 1996, 2648 ff.) schon ein verlässliches Bewußtsein des Mandanten von dem im Leasingvertrag mit einem komplizierten Regelwerk eingeräumten Kündigungsrecht angezweifelt hatte, weil ein juristischer Laie Verständnisschwierigkeiten haben konnte, so erschöpft sich der von ihm aufgezeigte Belehrungsbedarf nicht in dem Hinweis auf die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung des Vertrages. Viel stärkeres Gewicht hat der Bundesgerichtshof darauf gelegt, daß dem Mandanten auch die Notwendigkeit einer solchen Kündigung durch Aufklärung über die Risiken der Sach und Rechtslage vermittelt werden muß.

c. Schließlich war die Belehrung auch nicht etwa deshalb entbehrlich, weil nach der Sach- und Rechtslage eine eigene fristlose oder fristgemäße Kündigung durch die Klägerin ohnehin nicht wirksam erklärt werden konnte. Zwar ist fraglich, ob die Klägerin eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 626 BGB oder eine sozial gerechtfertigte Kündigung iSd. § 1 Abs. 2 KSchG aussprechen konnte. Dies kann aber letztlich dahinstehen. Es kam im vorliegenden Fall eine fristgemäße Kündigung nach § 622 BGB in Betracht, weil das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers C gemäß § 23 Abs.1 S. 2 KSchG nicht in den Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fiel.

aa. Eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 626 BGB schied allerdings nicht etwa schon von vornherein als eine mögliche Maßnahme der Klägerin aus.

(. Grundsätzlich stellt eine beharrliche Arbeitsverweigerung durch einen Arbeitnehmer einen Grund zur fristlosen Kündigung dar (vgl. KR-Fischermeier, 5. Aufl., BGB § 626 Rz. 412; BAG in NJW 1997, 2195 ff.; NJW 1997, 274 ff.). Da insoweit die Ausfüllung eines unbestimmten Rechtsbegriffes in Frage steht, über dessen Inhalt mit einem gewissen Bewertungsspielraum entschieden werden kann, muß ein Rechtsanwalt auf eine solche Kündigungsmöglichkeit nur dann nicht hinweisen, wenn er sogleich wieder wegen greifbarer Erfolglosigkeit abzuraten hätte. Davon kann im vorliegenden Fall indes nicht gesprochen werden. 12

Allerdings begründet nicht schon die reine Arbeitsverweigerung als solche das Kündigungsrecht des Arbeitgebers als eine Sanktion für das vergangene Verhalten. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gilt vielmehr auch im Bereich der verhaltensbedingten Kündigung das Prognoseprinzip. Die Art der Arbeitsverweigerung muß die Besorgnis rechtfertigen, der Arbeitnehmer werde auch künftig seiner Arbeitspflicht nicht nachkommen, und das vergangene Ereignis muß sich auch weiterhin künftig belastend auf das Arbeitsverhältnis auswirken. Aufgrund des im Arbeitsrecht geltenden "UltimaratioPrinzipes" ist zudem eine besonders intensive Weigerung erforderlich, die in der Regel erst nach einer vorangegangenen erfolglosen Abmahnung festgestellt werden kann (vgl. insoweit BAG in NJW 1997, 2195 ff.). 13

Unter Berücksichtigung dieser Umstände war es allerdings schon zweifelhaft, ob in dem Verhalten des Arbeitnehmers C am 25. April 1997 eine zur fristlosen Kündigung berechtigende beharrliche und intensive Arbeitsverweigerung erblickt werden konnte, die die Klägerin zur eigenen fristlosen Kündigung berechtigte. Mag auch nach der eigenen Darstellung des Arbeitnehmers C bei seiner Anhörung durch das Arbeitsgericht der Zeuge L2 ihm deutlich die Folgen seines Verhaltens vor Augen geführt haben, als er ihn darauf hinwies, dann mache er eben am Samstag die Papiere fertig, und daher die in Kenntnis der angedrohten Kündigung in die Tat umgesetzte Arbeitsverweigerung eine gewisse Intensität erreicht haben, so war doch die Nachhaltigkeit dieser Verweigerung zweifelhaft. 14

In dem Kündigungsschutzrechtsstreit hat der Zeuge L2 selbst eingeräumt, daß der Arbeitnehmer C nur für einen halben Tag und aus einem bestimmten für ihn bedeutsamen Grund Betreuung seiner Mutter der Arbeit fernbleiben wollte. Insoweit war auch zu erwägen, in welchem Umfang die persönliche Verpflichtung des Arbeitnehmers C gegenüber dringenden Bedürfnissen seiner Mutter den Vorrang vor der Störung der betrieblichen Organisation der Klägerin beanspruchen und sein Verhalten entschuldigen konnte (vgl. BAG in NJW 1997, 274 ff.; KR-Fischermeier, 5. Aufl., BGB § 626 Rz. 242). Keine große Bedeutung konnte dagegen dem Umstand beigemessen werden, daß der Arbeitnehmer C am nächsten Montag nicht zur Arbeit erschien. Er hat an diesem Tag die Kündigungsbestätigung der Klägerin erhalten und mußte angesichts der vorherigen Äußerungen des Zeugen L2 davon ausgehen, daß dieser seine Arbeitskraft nunmehr ablehnen würde. Damit war mit dem auf einer besonderen, völlig singulären Ausnahmesituation beruhenden Vorfall vom 25. April 1997 nur schwer eine das Arbeitsverhältnis auch weiterhin belastende, ernsthafte Besorgnis einer Wiederholungsgefahr zu begründen. 15

Allerdings wogen diese Bedenken nicht so schwer, daß von vornherein davon abgesehen werden konnte, eine auf die Arbeitsverweigerung des Arbeitnehmer C gestützte eigene Kündigung in den Kündigungsschutzrechtsstreit einzuführen. 16

Dem stand auch nicht etwa eine beabsichtigte Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen den Arbeitnehmer C entgegen. § 628 Abs.2 BGB hätte der Klägerin vielmehr gerade dann einen Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitnehmer C gewährt, wenn dieser durch sein Verhalten die Kündigung der Klägerin veranlaßt hatte. Darüber hinaus ist aufgrund der 17

Aussage des Zeugen L2 auch sehr zweifelhaft, ob die Klägerin zunächst überhaupt ernsthaft eine Durchsetzung solcher Ansprüche in Erwägung gezogen hat und aus diesem Grunde einer eigenen Kündigung nicht näher treten wollte. Der Zeuge L2 hat insoweit nachvollziehbar bekundet, daß solche Ansprüche angesichts der Einkommensverhältnisse des Arbeitnehmer C kaum zu realisieren waren und deshalb zunächst nicht an eine aktive Durchsetzung der Ansprüche gedacht war. Dies steht in Einklang mit dem Inhalt des vom Beklagten zu 4) verfaßten Schreibens vom 14. Mai 1997. In diesem wird die Durchsetzung von Ansprüchen wegen des Stillstandes des Baggers nur für den Fall angekündigt, daß der Arbeitnehmer C noch weiterhin Lohnforderungen für April 1997 stellen sollte.

(. Einer fristlose Kündigung gemäß § 626 BGB standen auch weder das Kündigungsschutzgesetz, noch der Ablauf der 2Wochenfrist des § 626 Abs.2 S. 1 BGB entgegen. 18

((. Eine fristlose Kündigung gemäß § 626 BGB wird durch das Kündigungsschutzgesetz nicht ausgeschlossen. Gemäß der ausdrücklichen Bestimmung des § 13 Abs.1 S.1 KSchG werden die Vorschriften über das Recht zur außerordentlichen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch das Kündigungsschutzgesetz nicht berührt. Insoweit ist eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde gemäß § 626 Abs.1 BGB immer möglich. 19

((. Auch war die 2wöchige Kündigungsfrist des § 626 Abs.2 BGB nicht mit Sicherheit abgelaufen. Nur wenn die Frist bereits mit der am 25. April 1997 angekündigten und zumindest für diesen Tag auch erfolgten Arbeitsverweigerung begonnen hatte, dann war im Zeitpunkt der Mandatserteilung die Kündigungsfrist bereits abgelaufen und eine Kündigung ausgeschlossen. Allerdings steht hier in Frage, ob in der unterlassenen Wiederaufnahme der Arbeitstätigkeit ein Dauertatbestand liegt, bei dem die Ausschußfrist des § 626 Abs.2 BGB erst mit der Beendigung des Zustandes beginnt (vgl. KR-Fischermeier, 5. Aufl., BGB § 626 Rz. 323 ff.). Da man über diese Frage zumindest mit nicht von vornherein von der Hand zu weisenden Gründen nachdenken kann, schied eine Kündigung aus wichtigem Grunde nicht von vornherein aus dem Kreis der in Betracht zu ziehenden Maßnahmen aus. 20

Darüber hinaus stellte sich die Frage der Versäumung der Frist gar nicht, wenn die Klägerin schon mit dem Bestätigungsschreiben vom 25. April 1997 persönlich die fristlose Kündigung ausgesprochen hatte. Die Kündigung muß nicht ausdrücklich erfolgen, sondern es genügt grundsätzlich jedes Verhalten, aus dem der Vertragspartner eindeutig und zweifelsfrei entnehmen kann, daß die Beschäftigung sofort endgültig eingestellt und das Arbeitsverhältnis nicht fortgesetzt werden soll (vgl. KR-Fischermeier, 5. Aufl., BGB § 626 Rz. 28). Objektiv genügte die Übersendung des Schreibens vom 25. April 1997 und das in der eigenen Klageschrift des Arbeitnehmers C behauptete Fortschicken diesen Anforderungen. Der eigene Prozeßbevollmächtigte des Arbeitnehmers C hat dies selbst so gesehen und ausdrücklich auch die Feststellung der Unwirksamkeit einer solchen Kündigung begehrt. Insoweit ging es nicht darum, nachträglich eine, möglicherweise dann verfristete, neue Kündigung auszusprechen, sondern es genügte, das eigene Vorbringen des Arbeitnehmers C aufzugreifen. Die Pflichtverletzung liegt insoweit dann nicht in dem unterlassenen Rat zu eigenen Kündigung, sondern in der schädlichen Erklärung gegenüber dem Arbeitsgericht, keine eigene Kündigung ausgesprochen zu haben. Wie bereits dargelegt, war dies nicht etwa erforderlich, um Schadensersatzansprüche der Klägerin nicht zu vereiteln. 21

bb. Insbesondere war aber die Möglichkeit einer fristgemäßen Kündigung gemäß § 622 BGB mit der Klägerin zu erörtern und ihr Ausspruch zu empfehlen. Eine solche Kündigung war nicht durch das Kündigungsschutzgesetz ausgeschlossen, dessen Anwendbarkeit in Hinblick auf die Kleinbetriebsklausel zudem von dem Arbeitnehmer C nachzuweisen war (vgl. insoweit 22

KR-Weigand § 24 KSchG Rdn.54a + b; BAG 4.7.1957, AP Nr. 1 zu § 21 KSchG; BAG 18.1.1990, AP Nr.9 zu § 23 KSchG; BGH in NJW 2000, 730 [733]; a.A. Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 7. Aufl. Rz. 606 c m.w.N. auch zu dieser Gegenansicht). Dieser Nachweis wäre aber nicht möglich gewesen, weil die Klägerin nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme regelmäßig nicht mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigte.

Unstreitig beschäftigte die Klägerin damals als gewerbliche Vollzeitarbeitskräfte die Arbeiter C, Wappelhorst und Bacler. Entgegen der sonstigen Regelung des § 14 KSchG war allerdings auch der Zeuge L2 trotz seiner Stellung als leitender Angestellter bei der Bestimmung der Arbeitnehmerzahl nach § 23 KSchG mitzuzählen (vgl. insoweit KR-Weigand Rdn. 42; zum Begriff des leitenden Angestellten KR-Rost § 14 KSchG Rdn. 27 ff.). Daraus ergibt sich aber nur eine Anzahl von vier Vollzeitbeschäftigten. Die Zeugin N war nach ihrer Aussage, an der zu zweifeln der Senat keinen Anlaß hat, nur 19 ½ Stunden wöchentlich als Bürokraft tätig. Damit zählte sie gemäß § 23 KSchG nur zu 0,5. Ob die Zeugin L3, die nach ihren Bekundungen nur drei Stunden in der Woche vorwiegend als private Hilfe in Haus und Garten tätig war und in diesem Rahmen auch die Betriebsräume der Klägerin putzte, überhaupt als eine Arbeitnehmerin iSd. § 23 KSchG angesehen werden kann, mag dahin stehen. Sie könnte ohnehin nur mit 0,25 berücksichtigt werden. Damit ist aber die erforderliche Anzahl der Arbeitnehmer für die Anwendung der Kleinbetriebklausel nicht überschritten. 23

Soweit sich die Beklagten darauf berufen haben, daß zu den vollzeittätigen Arbeitnehmern auch die Zeugin L zählte, ist dies durch die Beweisaufnahme widerlegt. Die Zeugin hat bekundet, daß das Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 1996 beendet worden ist und sie dann zwar noch als selbständige Unternehmensberaterin auch Arbeiten für die Klägerin ausgeführt hat, sie jedoch im März 1997 wegen Differenzen mit ihrem Bruder ganz ausgeschieden ist. Dies wird zum einen durch die von der Klägerin vorgelegte Abmeldebescheinigung zum 31. Dezember 1996 für die Sozialversicherung belegt. Selbst wenn die Umwandlung der Tätigkeit der Zeugin nur eine Scheinselbständigkeit begründet hätte, die die zu bewältigende Büroarbeit und daher die regelmäßig zu beschäftigende Arbeitnehmerzahl nicht berührte, so ist die Zeugin doch nach ihrer Aussage im März endgültig ausgeschieden. Dies hat die Zeugin N bestätigt. Auch der Zeuge C will die Zeugin L nur bis Ende 1996 im Büro gesehen haben. 24

Dementsprechend haben die Beklagten auch nicht nur nach außen in der Klageerwiderung vom 19. Dezember 1997 in dem Rechtsstreit 2 Ca 2513/97 Arbeitsgericht Hamm vorgetragen, daß die Klägerin nicht mehr als fünf Mitarbeiter beschäftigte, sondern schon in dem vorangegangenen internen Informationsschreiben des Rechtsanwaltes Dr. L3 vom 12. November 1997 ist davon die Rede, daß sich nach den Mitteilungen des Zeugen L2 die regelmäßige Beschäftigtenzahl auf vier Arbeitnehmer belaufe. Aufgrund welcher konkreten, von dem Ergebnis der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme abweichenden Angaben des Zeugen L2 oder anderer Anhaltspunkte die Beklagten zu einer anderen Einschätzung der Rechtslage kommen konnten, haben sie nicht nachvollziehbar dargelegt. Darüber hinaus ist auch zu berücksichtigen, daß der Beklagte zu 4) im Rahmen der von ihm vorzunehmenden Sachverhaltsaufklärung zur Anwendbarkeit der Kleinbetriebklausel des Kündigungsschutzgesetzes nicht ohne weiteres auf die Richtigkeit tatsächlicher allgemeiner Erklärungen des Zeugen L2 zur Beschäftigtenzahl vertrauen konnte. Insoweit handelte es sich um die Mitteilung von Rechtstatsachen. Solche Angaben eines rechtsunkundigen Mandanten sind aber häufig unzuverlässig und der beratende Anwalt muß die für die rechtliche Prüfung bedeutsamen Umstände und Vorgänge klären, sowie sich einschlägige 25

Unterlagen vorlegen lassen (BGH MDR 2000, 297 f.; NJW 1996, 2932; NJW 1994, 2293; NJW 1985, 1154). Auch insoweit liegen keine Anhaltspunkte vor, daß bei einer pflichtgemäßen Sachaufklärung den Beklagten Informationen erteilt worden wären, die der Anwendung der Kleinbetriebsklausel entgegengestanden hätten.

Ferner ergibt sich aus der Aussage des Zeugen C, daß der von den Beklagten selbst in dem Rechtsstreit 2 Ca 2513/97 Arbeitsgericht Hamm mit der Klageerwidern vorgetragene Auftragsrückgang bei der Klägerin eingetreten war und keine weiteren, regelmäßig einzusetzenden Arbeitskräfte mehr benötigt wurden. Der Zeuge hat glaubhaft bekundet, daß schon 1995/1996 die früher bei der Klägerin beschäftigten LKWFahrer durch Kündigung und Erreichen der Altersgrenze ausgeschieden waren und nicht ersetzt wurden. Die Lastkraftwagen wurden nach seinen Angaben verkauft und der Tieflader für den Transport des Baggers vom Zeugen L2 gefahren. Ferner waren die Beklagten nach ihrem eigenen Vortrag in diesem Verfahren davon unterrichtet, daß die Klägerin bei unerwartet großen Aufträgen keine eigenen Arbeiter einzusetzen pflegte, sondern Subunternehmer einschaltete, und auch die in früheren Jahren ausgeführten Winterdienste bereits seit 1996 weggefallen waren.

Unter Berücksichtigung all dieser Umstände war es geboten, den Ausspruch einer fristgemäßen Kündigung durch die Klägerin gemäß § 622 BGB nicht nur ernsthaft in die Beratung einzubeziehen, sondern ihn klar und deutlich zur Vermeidung der Rechtsfolgen des § 615 BGB auch zu empfehlen.

2. Eine solche Belehrung und Empfehlung ist pflichtwidrig nicht erfolgt. Zwar will der Beklagte zu 4) nach seiner Darstellung bei seiner Anhörung durch den Senat sowohl dem Zeugen L2, als auch seiner Mutter, der Geschäftsführerin der Klägerin, mehrfach eine eigene Kündigung des Arbeitnehmers C empfohlen haben. Diesem Rat seien weder die Geschäftsführerin, noch der Zeuge gefolgt, weil die Arbeitskraft des Arbeitnehmer C geschätzt worden sei und die gegen diesen erhobenen Schadensersatzansprüche nicht gefährdet werden sollten. Diese Art der Belehrung war aber zum einen unzureichend. Zum anderen ist sie auch durch die Aussage des Zeugen L2 widerlegt.

a. Zwar hat der Auftraggeber grundsätzlich die von ihm behauptete Pflichtverletzung des Rechtsanwaltes darzulegen und zu beweisen. Dies gilt auch hinsichtlich der Nichterfüllung einer vom Anwalt behaupteten Belehrung über die Risiken einer ins Auge gefaßten Maßnahme zur Durchsetzung von Ansprüchen seines Mandanten. Die dem Mandanten dadurch aufgebürdete Darlegungs- und Beweislast wird aber dadurch eingeschränkt, daß der Anwalt nach gefestigter Rechtsprechung und Lehre zunächst Zeit, Umstände, Art und Inhalt der erteilten Belehrung und den Verlauf des Beratungsgesprächs konkret darzulegen und der Mandant erst eine solche konkrete Behauptung der Erfüllung der Belehrungspflicht auszuräumen hat (vgl. BGH in NJW 1996, 2571 ff.; 1994, 3295 [3299 unter 2.]; NJW 1993, 1139 (1140 unter c); NJW 1987, 1322 ff.; Rinsche, "Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars", 6. Aufl., Rdn. I, 297 ff.; Borgmann/ Haug, "Anwaltshaftung", 3. Aufl., Rdn. IX,16). Diesen Anforderungen genügt die zudem keineswegs einheitliche Darstellung der erfolgten Belehrung durch die Beklagten nicht.

In der erstinstanzlichen Klageerwidern der Beklagten ist von einem der Klägerin erteilten Rat, vorsorglich auch eine eigene Kündigung auszusprechen, nicht einmal die Rede. Insbesondere für den Zeitpunkt der Mandatsübernahme wird sogar behauptet, daß zu einer eigenen Kündigung der Klägerin gar nicht habe geraten werden können, weil die Kündigung des Arbeitnehmers C nicht streitig gewesen sei. Auch im übrigen wird darauf hingewiesen, daß aus der Sicht der Beklagten keine Veranlassung bestanden habe, der Klägerin zum

Ausspruch einer eigenen Kündigung zu raten. Erst unter dem Eindruck des erstinstanzlichen Urteils, das der Argumentation der Beklagten nicht gefolgt war, spricht die Berufungsbegründung mit einem nichtssagenden Satz davon, der Beklagte zu 4) habe der Klägerin schon frühzeitig geraten, eine eigene Kündigung auszusprechen. Obwohl schon die Berufungserwiderung dies als eine pauschale Behauptung ins Blaue hinein gerügt hatte, erfolgte erst nach der ausdrücklichen Anordnung des persönlichen Erscheinens des Beklagten zu 4) mit Schriftsatz vom 23. August 1999 die weitere Behauptung, daß diese Belehrung schon bei der Mandatsübernahme am 13. Mai 1997 und auch bei weiteren Gesprächen erfolgt sei. Abgesehen davon, daß diese Behauptung in einem kaum zu vereinbarenden Gegensatz zur ursprünglichen Klageerwiderung steht, genügt auch diese Behauptung nicht den Anforderungen der Rechtsprechung.

Die Beklagten brauchten nicht den Ablauf des Gesprächs in allen Einzelheiten darzustellen. Damit wären sie in Anbetracht der seither vergangenen Zeit überfordert. Der rechtliche Berater kann einen entsprechenden, mehrere Jahre zurückliegenden Vorgang in der Regel nur dann umfassend darstellen, wenn er ihn in unmittelbarem zeitlichen Anschluß schriftlich festgehalten hat. Das würde seine Arbeit jedoch im Hinblick auf die Vielzahl der von ihm wahrzunehmenden Aufgaben unzumutbar erschweren und widersprüche häufig auch dem aus der Beauftragung entstandenen Vertrauensverhältnis zum Mandanten. Daher genügt es, wenn der Berater im Prozeß die wesentlichen Punkte des Gesprächs in einer Weise darstellt, die erkennen läßt, daß er den ihm obliegenden Aufklärungs- und Hinweispflichten gerecht geworden ist (vgl. BGH in NJW 1996, 2571). Insoweit reichte es aber nicht aus, allein die Erteilung des Rates zu behaupten, sondern es waren auch die einzelnen Gründe darzulegen, die zu diesem Rat geführt haben, und anzugeben, warum und mit welchen Argumenten die Klägerin diesem begründeten Rat trotz der gegen ihre Argumente erhobenen Bedenken nicht gefolgt ist. Daß die Klägerin klar und deutlich über die erheblichen Risiken der Beweisbarkeit der Eigenkündigung des Arbeitnehmer C, die nach Darstellung der Beklagten bei der Mandatsübertragung am 13. Mai 1997 doch kein Thema sein konnte, belehrt worden ist, ist nicht dargelegt worden. Es fehlt jeglicher Vortrag dazu, welche Erörterungen in Hinblick auf § 615 BGB und eine nicht den Beschränkungen des Kündigungsschutzgesetz unterliegende Kündigung nach § 622 BGB erfolgt sind. Ferner tragen die Beklagten nichts dazu vor, in welcher Form der Beklagte zu 4) den ins Auge springenden Widerspruch zwischen der nach ihrer Darstellung von der Geschäftsführerin der Klägerin abgegebenen Erklärung, den wegen seiner Tüchtigkeit geschätzten Arbeitnehmer C eigentlich nicht verlieren zu wollen, und der verweigerten Annahme seiner von ihm angebotenen Arbeitskraft, sowie die Verteidigung gegen seine Kündigungsschutzklage in einer befriedigenden Art aufgelöst haben will. Diese zueinander in einem diametralen Widerspruch stehenden Zielvorstellungen durften aber nicht unbeachtet bleiben. Bei einer solchen Sachlage ist aber die in sich nachvollziehbare und die Ereignisse widerspruchlos erklärende Darstellung der Klägerin, der Beklagte zu 4) habe die Beendigung des Arbeitsverhältnis durch die Eigenkündigung des Arbeitnehmers C sogar als sicher dargestellt und weitere Fragen nicht mit ihr erörtert, gemäß § 138 Abs.3 ZPO als zugestanden anzusehen. Diese Frage kann sogar letztlich dahin stehen.

31

b. Der Senat ist aufgrund der Aussage des Zeugen L2 überzeugt, daß der Beklagte zu 4) die durch die Sach- und Rechtslage gebotene Empfehlung einer eigenen Kündigung der Klägerin nicht abgegeben hat. Der Zeuge L2 hat bei seiner Vernehmung durch den Senat nachvollziehbar dargelegt, daß weder er, noch seine Mutter, die nach ihrem schweren Schlaganfall im Jahre 1994 auch keinen Einblick mehr in die Arbeiten auf den Baustellen gehabt habe, den Zeugen C als besonders tüchtige Arbeitskraft schätzten, den sie eigentlich nicht verlieren wollten. Der Zeuge L2 war nach seiner Aussage vielmehr in hohem Maße über den Arbeitnehmer C verärgert. Dieser hatte erst zwei Tage vor seiner Weigerung, am

32

25. April 1997 zur Arbeit zu erscheinen, den Bagger vom Tieflader geworfen und dadurch nach den unbestrittenen Angaben der Klägerin einen Schaden von 20.000,00 DM verursacht. Ferner ist nach der Darstellung des Zeugen die Sache dann auch noch in dem Telefonat eskaliert. Insoweit ist seine Aussage, er habe den Arbeitnehmer C nicht weiter beschäftigen wollen, lebensnah und nachvollziehbar. Sie steht auch völlig in Einklang mit der vom Zeugen L2 unverzüglich abgesandten schriftlichen Bestätigung der "Eigenkündigung" des Arbeitnehmer C vom 25. April 1997. Wenn die Geschäftsführerin der Klägerin und der Zeuge L2 ihn so sehr schätzten und unbedingt behalten wollten, hätte es viel näher gelegen, erst einmal abzuwarten, ob der Arbeitnehmer C seine "Kündigungserklärung" wirklich ernst meinte und nicht nur eigenmächtig den von ihm am Freitag verlangten einen Urlaubstag nahm, sondern auch am folgenden Montag nicht zur Arbeit erschien. Spätestens nach dem Schreiben der Prozeßbevollmächtigten des Arbeitnehmer C vom 13. Mai 1997, in dem ausdrücklich die Bereitschaft zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses angeboten wurde, hätte es doch auf der Hand gelegen, dieses Angebot anzunehmen, wenn der Klägerin wirklich an einer Weiterbeschäftigung gelegen gewesen wäre. Statt dessen hat die Klägerin die Beklagten ausdrücklich beauftragt, in dem Rechtsstreit 2 Ca 1141/97 Arbeitsgericht Hamm = 4 Sa 1879/97 Landesarbeitsgericht Hamm die wirksame Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend zu machen und insoweit ihrem Begehren zum Erfolg zu verhelfen. Dieses Begehren stand aber im diametralen Gegensatz zu der von den Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit behaupteten Zielvorstellung der Klägerin. Insoweit ist der Senat davon überzeugt, daß sie auch nicht geäußert und mit dieser Begründung die angeblich empfohlene eigene Kündigung zurückgewiesen worden ist.

Gleiches gilt für die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe nicht durch eine Eigenkündigung etwaige gegen den Arbeitnehmer C geltend zu machende Schadensersatzansprüche gefährden wollen. Abgesehen davon, daß durch eine Eigenkündigung eine solche Gefährdung nicht eingetreten wäre, weil bei einer Kündigung aus wichtigem Grund § 628 Abs.2 BGB eingegriffen und eine fristgemäße Kündigung nach § 622 BGB nur in die Zukunft gewirkt und daher bereits nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung aufgelaufene Ansprüche unberührt gelassen hätte, steht auch hier wieder aufgrund der Aussage des Zeugen L2 fest, daß sich die Klägerin mit dieser Begründung einer empfohlenen Eigenkündigung nicht verschlossen hätte. Nach der wie schon dargelegt glaubhaften und durch den Inhalt des Anspruchsschreibens vom 14. Mai 1997 bekräftigten Aussage des Zeugen stand die aktive Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen keineswegs im Vordergrund seiner Vorstellungen.

33

Unter Berücksichtigung des unzulänglichen Vortrages der Beklagten ist der Senat von der Aussage des Zeugen L2, daß der Beklagte zu 4) erklärt hat, die Wirksamkeit der Kündigung des Arbeitnehmers C sei rechtlich abgesichert, überzeugt. Daraus ergibt sich dann aber gleichfalls die Überzeugung, daß der Beklagte zu 4) die gebotene und mit den dargelegten erforderlichen Sachargumenten begründete Empfehlung zur eigenen Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Klägerin pflichtwidrig und schuldhaft nicht erteilt hat.

34

III. Diese Pflichtverletzung ist auch für den Verlust des Kündigungsschutzprozesses und für darauf beruhende Lohnfortzahlungen an den Arbeitnehmer C kausal geworden.

35

1. Die Klägerin wäre einem pflichtgemäß erteilten Rat, sich in dem Kündigungsschutzprozeß auf eine Kündigung aus wichtigem Grunde zu berufen und zumindest hilfsweise noch eine fristgemäße Kündigung auszusprechen, auch gefolgt. Für die Klägerin spricht insoweit die Vermutung des beratungsgemäßen Verhaltens. Die von der Rechtsprechung anerkannte Vermutung, daß derjenige, der einen anderen wegen seiner besonderen Sachkunde um Rat

36

fragt, sich Beratungsgemäß verhalten hätte, wenn er von diesem zutreffend aufgeklärt und beraten worden wäre (vgl. BGH in NJW 1998, 749 [750]; NJW 1994, 3295 [3298]; NJW 1993, 3259; (FN 4) NJW 1992, 1159 [1160, 1161]) greift zwar nur dann ein, sofern bei sachgerechter Aufklärung im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Menschen eindeutig eine bestimmte Reaktion nahegelegen hätte (vgl. BGH in NJW 1994, 3295 [3298]; NJW 1993, 3259). Dies beschränkt sich nicht nur auf den Fall, daß der Anwalt eine eindeutige Empfehlung in einer Richtung schuldete. Auch wenn er mit entsprechenden Warnungen noch andere, risikoreichere Alternativen aufzeigen durfte, stellt dies für einen vernünftigen Menschen noch keine gleichgewichtige Wahlmöglichkeit dar, die die Vermutung entkräften könnte (vgl. BGH in VIZ 1998, 281 ff.).

War der Nachweis der Eigenkündigung des Arbeitnehmers C ernsthaft gefährdet und der Ausspruch einer Eigenkündigung nicht von vornherein aus Rechtsgründen ersichtlich erfolglos, dann kam insbesondere in Hinblick auf die Folgen des § 615 BGB bei einem Verlust des Rechtsstreites für einen vernünftigen Menschen nur eine Entscheidung in Betracht kam. Eine Gefährdung von Schadensersatzansprüchen, soweit sie überhaupt eine realistische Durchsetzungschance boten, war durch eine eigene Kündigung nicht zu befürchten. Daß durch eine solche Rechtsverteidigung ein Kostenrisiko begründet wurde, das in keinem Verhältnis mehr zu drohenden Lohnansprüchen des Arbeitnehmer C stand, ist von den Beklagten nicht einmal behauptet worden und auch nicht ersichtlich. 37

Die eingreifende Vermutung haben die Beklagten nicht durch von ihnen zu beweisende Anhaltspunkte zu entkräften vermocht. Ihre Behauptung, die Klägerin habe eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitnehmer C nicht ernsthaft gewollt, greift, wie schon dargelegt nicht durch. Nichts hätte in einem solchen Falle näher gelegen, als die angebotene Arbeitskraft zur Vermeidung der angekündigten Kündigungsschutzklage anzunehmen. Dies ist aber gerade nicht erfolgt. 38

2. Die Kausalität der Pflichtverletzung ist auch nicht dadurch unterbrochen worden, daß die Klägerin durch den Widerruf des für sie im Gegensatz zu den späteren Folgen günstigeren Prozeßvergleichs vom 09. Juni 1997 die weiteren Kosten endgültig veranlaßt hat. Nach ständiger Rechtsprechung kann der Kausalzusammenhang zwar entfallen, wenn der Geschädigte selbst in ungewöhnlicher und unsachgemäßer Weise in den Geschehensablauf eingegriffen und eine weitere Ursache gesetzt hat, die den Schaden erst endgültig herbeigeführt hat. Diese Voraussetzung liegt jedoch nicht vor, wenn für die Zweithandlung des Geschädigten ein rechtfertigender Anlaß bestanden hat oder diese durch das haftungsbegründende Ereignis herausgefordert wurde und eine nicht ungewöhnliche Reaktion auf dieses Ereignis darstellte (vgl. BGH in NJW-RR 1998, 1125; NJW 1997, 250). Ein solch unsachgemäßer Eingriff kann darin liegen, daß der Mandant gegen den ausdrücklichen Rat seines Anwaltes eine schadensstiftende oder diesen besiegelnde Maßnahme ergreift. Daß die Beklagten der Klägerin ausdrücklich vom Widerruf des Vergleichs abgeraten haben, behaupten sie selbst nicht einmal. Auch aus ihrem Terminsbericht konnte die Klägerin nicht entnehmen, daß ein Widerruf des Vergleichs nicht angezeigt war. Der Terminsbericht weist ausdrücklich darauf hin, daß das Gericht wohl von einer Eigenkündigung des Arbeitnehmers C ausgehen wird, wenn durch eine Vernehmung des Sohnes der Geschäftsführerin der Klägerin festgestellt werden kann, daß der Arbeitnehmer C in dem Telefongespräch ernsthaft und unbedingt erklärt hat, er werde das Arbeitsverhältnis nicht fortsetzen und fortan nicht mehr zur Arbeit erscheinen. Dieser Aussage konnte sich die Klägerin aber sicher sein. Dem allgemeinen Hinweis in dem Schreiben, daß das Ergebnis einer Zeugenaussage nicht sicher prognostiziert und nicht 39

ausgeschlossen werden könne, daß das Gericht davon ausgeht, eine endgültige Kündigung habe nicht vorgelegen, kam daher für die Klägerin keine besondere Warnfunktion zu. Von der durchaus zu erwägenden, ernsthaften Gefahr, daß das Gericht trotz einer die Darstellung der Klägerin in vollem Umfang bestätigenden Aussagen des Zeugen diesem nicht glauben könnte, ist mit keinem Wort die Rede. Wenn die Klägerin auch noch nicht die sichere Hoffnung auf einen Erfolg ihrer Rechtsverteidigung hegen durfte, so bestand für sie nach diesem Schreiben aber keinerlei Anlaß zu ernsthaften Befürchtungen. Bei einer solchen Sachlage stellt aber der Widerruf eines solchen Vergleichs keineswegs eine völlig unsachgemäße Entscheidung dar und ist sogar durch den unzureichenden und sie eher in Sicherheit wiegenden Inhalt des Terminsberichtes herausgefordert. Wenn sie infolge der unterlassenen Aufklärung durch die Beklagten nicht mit der ernsthaften Gefahr der späteren Beweiswürdigung des Arbeitsgerichtes rechnen mußte, dann können ihr die Beklagten diese Entscheidung, vor der sie die Klägerin zu warnen hatten, nicht anlasten.

3. Die Kausalität ist auch nicht dadurch unterbrochen worden, daß die Klägerin etwa eine aussichtsreiche Berufung zurückgenommen hat. Die Entscheidung des Arbeitsgerichtes war im Ergebnis, wenn auch nicht in allen Punkten seiner Begründung, zutreffend. Insoweit kommt es wie auch sonst im Rahmen der Beurteilung eines hypothetischen Prozeßverlaufes nicht darauf an, wie das Landesarbeitsgericht bei Durchführung der Berufung tatsächlich entschieden hätte, sondern wie die Berufung nach Ansicht des nunmehr zur Entscheidung des Regreßverfahrens berufenen Senates richtig zu bescheiden gewesen wäre (vgl. insoweit Fischer in Zugehör, Handbuch der Anwaltshaftung, Rdn. 1100 ff. m.w.N.). Wie aber schon im einzelnen dargelegt, verdiente die Aussage des Zeugen L2 keinen Vorzug vor den Angaben des Arbeitnehmers C. Einer Wiederholung der Beweisaufnahme gemäß § 398 ZPO durch den Senat bedurfte es insoweit nicht, da sich richtiger Weise auch das Landesarbeitsgericht der Auffassung des Arbeitsgerichtes angeschlossen hätte und insoweit auch der Senat zu einer abschließenden Würdigung aufgrund der erstinstanzlichen Bekundungen des Zeugen im Vorprozeß befugt ist. Damit war der Klägerin aber der ihr obliegende Beweis der Kündigung nicht gelungen. Ihre Berufung wäre richtiger Weise als unbegründet zurückzuweisen gewesen. 40

4. Hätte die Klägerin hingegen eine eigene Kündigung ausgesprochen, so hätte sie damit auch das Arbeitsverhältnis zumindest fristgerecht beenden und damit weitere Lohnzahlungen verhindern können und bei einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers C unter dem Vorbehalt der Entscheidung im Kündigungsschutzverfahren für den bis zur fristgemäßen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gezahlten Lohn zumindest seine als Gegenleistung geschuldete Arbeitskraft erhalten. 41

Die Klägerin konnte das Arbeitsverhältnis gemäß § 622 BGB fristgemäß kündigen. Das Kündigungsschutzgesetz fand auf das Arbeitsverhältnis der bei der Klägerin beschäftigten Arbeitnehmer keine Anwendung. Da die Beklagten im Regreßprozeß für die Frage der richtigen Entscheidung des Vorprozesses die Parteirolle des Arbeitnehmers C zu übernehmen hatten, traf sie nach h.M. die Darlegungs- und Beweislast für das Eingreifen des Kündigungsschutzgesetzes. Aus diesem Grunde hatten sie den von der Klägerin erhobenen Kleinbetriebseinwand zu widerlegen (vgl. insoweit die Nachweise weiter oben, S. 13). Dies ist ihnen aufgrund der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme nicht gelungen. Wie bereits dargelegt, ergibt sich aus den Aussagen der vom Senat vernommenen Zeugen, daß bei der Klägerin im Zeitpunkt der Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmer C nicht mehr als 5 Arbeitnehmer regelmäßig beschäftigt waren. 42

Auch aus den von den Beklagten erstmals mit ihrem 8 Tage vor dem Senatstermin eingegangenen Schriftsatz vorgelegten Umsatzzahlen der Klägerin für 1997 ergibt sich nichts Gegenteiliges. Ohnehin ragen aus ihnen nur drei Monate März, Juli und Oktober mit größeren Umsatzzahlen heraus, die schon wegen ihres sporadischen Auftretens keinen verlässlichen Rückschluß auf regelmäßig bei der Klägerin eingesetzte Arbeitskräfte zulassen. Im übrigen hat die Klägerin nachvollziehbar dargelegt, daß sie gerade wegen des ungewissen Anfalls größerer Aufträge diese nicht durch Einstellung eigener Arbeitskräfte, sondern durch die Einschaltung selbständiger Subunternehmer abwickelt. Angesichts dieser Umstände sah der Senat keine Veranlassung, dem unter Hinweis auf die Umsatzzahlen von den Beklagten zudem verspätet angetretenen Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens nachzugehen.

IV. Über die Höhe des durch die Pflichtverletzung des Beklagten zu 4) bewirkten, streitigen Schadens hatte der Senat nicht zu befinden, da das Landgericht insoweit noch keine Feststellungen getroffen, sondern nur ein Grundurteil erlassen hat. Aus diesem Grunde war der Rechtsstreit gemäß § 538 Abs.1 Nr.3 ZPO an das Landgericht zur Feststellung der Schadenshöhe zurückzuverweisen. 44

V. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. 45

VI. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr.10, 713 ZPO. 46