
Datum: 01.04.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 28 U 88/03
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:0401.28U88.03.00

Vorinstanz: Landgericht Paderborn, 3 O 88/02

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 06.03.2003 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Paderborn wird auch insoweit zurückgewiesen, als sich die Klage gegen den Beklagten Rechtsanwalt C richtet.

Die Kosten des Berufungsverfahrens im ersten Durchgang werden soweit über diese noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist genauso wie die Kosten des Berufungsverfahrens im zweiten Durchgang und wie die Kosten des Revisionsverfahrens der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

1

A.

2

Wegen des erstinstanzlichen Vortrags der Parteien wird auf den Tatbestand des Urteils des Landgerichts Paderborn Bezug genommen.	3
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die Darstellung der Beklagten zum Verlauf der Beratungsgespräche habe die beweisbelastete Klägerin nicht widerlegt. Die Aussage des Zeugen H stehe den Behauptungen der Beklagten nicht entgegen, ebenso nicht die Bekundungen der Zeugin W, die den Sachvortrag der Beklagten teilweise bestätigt habe. Auch sei durch die von der Klägerin beantragte Parteivernehmung der Beklagten deren Sachvortrag bestätigt worden.	4
Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt mit dem Ziel der Verurteilung der Beklagten entsprechend den erstinstanzlichen Anträgen. Dabei hat sie ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und ergänzt. Insbesondere hat sie gerügt, dass sie vor dem Landgericht nicht persönlich angehört worden ist. Auch sprächen gegen die Richtigkeit der Behauptungen der Beklagten u.a ihr Schreiben vom 10.03.1999, in dem - unstreitig - keine Bedenken gegen den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung erwähnt werden würden, sowie die rechtlichen Ausführungen in den Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Verfügung selbst. Die Beklagten hätten der Klägerin dazu raten müssen, nach § 326 BGB a.F. vorzugehen.	5
Die Beklagten haben das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vorbringens verteidigt.	6
Nach persönlicher Anhörung der Parteien in der ersten mündlichen Verhandlung vor dem Senat, wegen dessen Ergebnisses auf den damaligen Berichterstattevermerk (Bl. 269 f. d.A.) Bezug genommen wird, hat der Senat unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die gegen den Beklagten zu 2) gerichtete Klage abgewiesen und der gegen den Beklagten zu 1) erhobenen Klage weitgehend stattgegeben. Im Wesentlichen hat der Senat ausgeführt: Der Beklagte zu 1) habe seine anwaltlichen Beratungspflichten verletzt, weil er die Klägerin nicht darüber aufgeklärt habe, dass eine gerichtliche Durchsetzung des Kaufpreisanspruches gemäß § 433 Abs. 2 BGB in jedem Fall der schnellere, sicherere und erfolversprechendere Weg zur Realisierung der klägerischen Ansprüche gewesen sei. Nach ihrem eigenen Vorbringen hätten die Beklagten nicht über das im Falle eines Rücktritts vom Kaufvertrag bestehende Zurückbehaltungsrecht der Käuferin gemäß §§ 1000, 994 BGB im Hinblick auf die entstandenen Fütterungskosten belehrt. Eine Kaufpreisklage wäre erfolgreich gewesen und hätte auch im Wege der Zwangsvollstreckung beigeschrieben werden können. Die Beklagten hätten keine von der Hand zu weisenden Zweifel an der Zahlungsfähigkeit der Käuferin hinreichend substantiiert dargelegt. Auch wären im Falle pflichtgemäßer Beratung nicht die Kosten des Vorprozesses bei dem Landgericht Osnabrück und später vor dem Oberlandesgericht Oldenburg entstanden. Die gegen den Beklagten zu 2) gerichtete Schadensersatzklage sei unbegründet, da er zu Recht die Einrede der Verjährung erhoben habe.	7
Gegen dieses Urteil hat der Beklagte zu 1), der seinen Klageabweisungsantrag weiterverfolgt hat, Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt.	8
Der Bundesgerichtshof hat nach Zulassung der Revision das Urteil des Senates aufgehoben, soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist, und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung auch über die Kosten des Revisionsverfahrens an den Senat zurückverwiesen. Der Bundesgerichtshof hat sein Urteil im Wesentlichen auf folgende Gründe gestützt: Nach dem Beklagtenvorbringen, das der Entscheidung in der Revisionsinstanz habe zugrunde gelegt werden müssen, habe der Beklagte die Klägerin nicht	9

unzureichend beraten. Er habe nicht über das Zurückbehaltungsrecht gemäß §§ 1000, 994 BGB und die daraus folgenden Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Herausgabe- und Wertersatzansprüche belehren müssen. Selbst wenn die Möglichkeit des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nicht erläutert worden sein sollte, würde dies kein pflichtwidriges Verhalten des Beklagten darstellen. Ein Anwalt müsse dem Mandanten nicht notwendig eine vollständige rechtliche Analyse, sondern allein die Hinweise liefern, die ihm im Hinblick auf die aktuelle Situation und sein konkretes Anliegen die notwendige Entscheidungsgrundlage vermitteln. Erscheine unter mehreren rechtlich möglichen Alternativen die eine deutlich vorteilhafter als die andere, habe der Anwalt darauf hinzuweisen und eine entsprechende Empfehlung zu erteilen. Nach Art und Umfang des Mandats könne eine eingeschränkte Belehrung ausreichend sein, etwa bei besonderer Eilbedürftigkeit oder bei einem Aufwand, der außer Verhältnis zum Streitgegenstand stehe. Inhalt und Umfang hätten sich nach den erkennbaren Interessen des Mandanten zu richten. Zur Prüfung der Handlungsalternativen, die sich dem Auftraggeber bei pflichtgemäßer Beratung stellen würden, müssten deren jeweilige Rechtsfolgen miteinander und mit den Handlungszielen des Mandanten verglichen werden.

Falls nach Klärung des Inhalts der Beratungsgespräche eine Pflichtverletzung des Beklagten zu bejahen sei, so sei im Rahmen der zur Feststellung der Kausalität gemäß § 287 ZPO vorzunehmenden Würdigung eine Auseinandersetzung mit den Änderungen im Sachvortrag der Klägerin erforderlich. Sollte der Beklagte mit zutreffenden Erwägungen von einer einstweiligen Verfügung abgeraten haben, so lägen schon deshalb Tatsachen vor, die einen Anscheinsbeweis entkräften würden. Dem Mandanten, der einen richtigen Vorschlag des Anwalts ablehne, komme im Haftungsprozess die Vermutung beratungsgemäßen Verhaltens nicht zugute. 10

Schließlich habe der Senat hinsichtlich des von der Klägerin geltend gemachten Schadens verkannt, dass der Beklagte im hinreichenden Maße Umstände dargelegt habe, die Zweifel an der Zahlungsfähigkeit der Käuferin begründen würden. 11

Die Klägerin verlangt weiterhin von dem Beklagten die Leistung von Schadensersatz. Dabei nimmt sie auf ihren bisherigen Vortrag Bezug. Sie vertritt insbesondere die Auffassung, dass der Beklagte in erster Linie zu einem Vorgehen nach § 326 BGB a.F. hätte raten müssen. Diesen Weg hätte die Klägerin nach ihren Behauptungen bei ordnungsgemäßer Beratung auch gewählt. In jedem Fall hätte er aber von einem Rücktritt vom Kaufvertrag abraten müssen. Auch hätte die Klägerin nach dem Erstgespräch nicht untätig bleiben dürfen. Sie behauptet, dass dann, wenn sie nur über die Vor- und Nachteile eines Rücktritts vom Kaufvertrages und der Erhebung einer Kaufpreisklage hätte belehrt werden müssen, sie sich bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung für die Kaufpreisklage entschieden hätte. 12

Die Klägerin beantragt, 13

den Beklagten zu verurteilen, an sie 40.765,60 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 29.517,27 € seit dem 10.04.2002 und aus weiteren 11.248,33 € seit dem 18.11.2002 zu zahlen. 14

Der Beklagte beantragt, 15

die Berufung zurückzuweisen. 16

Der Beklagte vertritt die Ansicht, dass ihm nicht vorgehalten werden könne, den Weg nicht gewählt zu haben, zu dem er der Klägerin geraten habe. Im Übrigen bezieht er sich auf sein 17

vorangegangenes Vorbringen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird verwiesen auf die zwischen den Parteien
gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf den Berichterstattevermerk zur
mündlichen Verhandlung am 01.04.2008, in der der Senat die Parteien persönlich angehört
hat. 18

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen H, Q2 und T. Hinsichtlich des
Beweisergebnisses wird ebenfalls auf den Berichterstattevermerk zur mündlichen
Verhandlung vom 1.4.2008 Bezug genommen. 19

Die beigezogenen Akten 16 O 397/99 Landgericht Osnabrück, 9 O 287/00 Landgericht
Detmold, 3 O 125/99 Landgericht Halle und 3 O 108/99 Landgericht Halle waren Gegenstand
der mündlichen Verhandlung. 20

B. 21

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Der Klägerin steht gegenüber dem Beklagten kein
Schadensersatzanspruch nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung wegen
schuldhafter Verletzung von Pflichten aus dem Anwaltsvertrag zu. 22

Gemäß Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB ist das vor dem 01.01.2002 geltende Schuldrecht
anzuwenden. 23

Eine anwaltliche Pflichtverletzung des Beklagten hat der Senat nicht festzustellen vermocht
(I.). Selbst wenn der Beklagte die Klägerin nicht pflichtgemäß belehrt haben sollte, so ist
diese Pflichtverletzung für den von der Klägerin geltend gemachten Schaden nicht ursächlich
gewesen (II.). 24

I. 25

Der Senat ist nicht davon überzeugt, dass der Beklagte die Klägerin pflichtwidrig beraten hat. 26

1. 27

Der Bundesgerichtshof hat bindend i.S.v. § 563 Abs. 2 ZPO festgestellt, dass der Beklagte
nach seinem Vorbringen und im Gegensatz zu den Behauptungen der Klägerin sie
ordnungsgemäß aufgeklärt hat. Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs steht in diesem
Zusammenhang fest, dass eine pflichtgemäße Beratung nicht eine Aufklärung über das
Zurückbehaltungsrecht der Käuferin im Hinblick auf ihre Mastkosten und die damit
verbundenen Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Herausgabe- und
Wertersatzansprüche erforderte. 28

Entgegen der Ansicht der Klägerin umfasste eine ordnungsgemäße Beratung nicht eine
Belehrung über den Weg des § 326 BGB a.F. 29

a) 30

Soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer
bestimmten Richtung bedarf, ist der Rechtsanwalt grundsätzlich zur allgemeinen,
umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet. Der
konkrete Umfang der anwaltlichen Pflichten richtet sich nach dem erteilten Mandat und den
Umständen des einzelnen Falles (BGH, WM 1996, 1824, 1825). Ziel der anwaltlichen 31

Rechtsberatung ist es, dem Mandanten eigenverantwortliche, sachgerechte (Grund) Entscheidungen ("Weichenstellungen") in seiner Rechtsangelegenheit zu ermöglichen (Zugehör in Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Aufl., Rdn. 558; Fahrendorf in Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts, 7. Aufl., Rdn. 509). Dazu muss sich der Anwalt über die Sach- und Rechtslage klar werden und diese dem Auftraggeber verständlich darstellen. Der Mandant benötigt, insbesondere wenn er juristischer Laie ist, nicht unbedingt eine vollständige rechtliche Analyse, sondern allein die Hinweise, die ihm im Hinblick auf die aktuelle Situation und sein konkretes Anliegen die notwendige Entscheidungsgrundlage liefern. Erscheint unter mehreren rechtlich möglichen Alternativen die eine deutlich vorteilhafter als die andere hat der Anwalt darauf hinzuweisen und eine entsprechende Empfehlung zu erteilen (BGH im vorliegenden Fall). Die Erklärungen des rechtlichen Beraters müssen dem Mandanten, der verlässlich über bestimmte Rechtsfolgen unterrichtet werden will, um darauf seine Entscheidung gründen zu können, eine annähernd zutreffende Vorstellung von den Handlungsmöglichkeiten und deren Vor- und Nachteile vermitteln (BGH im vorliegenden Fall; BGH, WM 2003, 1138, 1140). Allerdings kann nach Art und Umfang des Mandats eine eingeschränkte Belehrung ausreichend sein, etwa bei besonderer Eilbedürftigkeit oder bei einem Aufwand, der außer Verhältnis zum Streitgegenstand steht. Eine in jeder Hinsicht lückenlose Aufklärung über alle rechtlichen Zusammenhänge und Folgen trägt vor allem bei schwieriger Sach- und Rechtslage die Gefahr in sich, den Mandanten zu überfordern und ihm so den Blick auf die für die Entscheidung wichtigen Gesichtspunkte zu verstellen. Der Rechtsanwalt hat dem Auftraggeber daher nur die Hinweise zu erteilen, die ihm die für seine Entscheidung notwendigen Informationen liefern. Inhalt und Umfang der vom Rechtsanwalt zu leistenden Aufklärung haben sich dabei immer nach den für ihn erkennbaren Interessen des Mandanten zu richten (BGH im vorliegenden Fall). Zur Prüfung der Handlungsalternativen, die sich dem Auftraggeber bei pflichtgemäßer Beratung stellen, müssen deren jeweilige Rechtsfolgen miteinander und mit den Handlungszielen des Mandanten verglichen werden (BGH im vorliegenden Fall; BGH, WM 2005, 1615, 1616; BGH, WM 2005, 2110, 2111).

- b) 32
- Der Beklagte und sein Sozius durften bei pflichtgemäßer Prüfung der Sach- und Rechtslage davon ausgehen, dass ein Vorgehen gemäß § 326 BGB a.F. keine Vorteile gegenüber dem Weg des § 455 BGB a.F. sowie gegenüber der Erhebung einer Kaufpreisklage bot. 33
- Setzt ein Verkäufer eine Frist gemäß § 326 Abs. 1 BGB a.F., so erlöschen mit fruchtlosem Fristablauf die gegenseitigen Erfüllungsansprüche, d.h. auch die Pflicht des Verkäufers zur Übereignung der Kaufsache. In diesem Fall kann er den vereinbarten Kaufpreis auch dann nicht als Schadensersatz verlangen, wenn er dem Käufer die Übereignung der Kaufsache anbietet (BGH NJW 1999, 3115, 316; BGH NJW 1994, 3351). Vielmehr kann der Verkäufer die bereits übergebene, aber noch nicht übereignete Kaufsache aufgrund seines Eigentums herausverlangen (§ 985 BGB), weil das Recht des Schuldners zum Besitz der Sache (§ 986 BGB) entfallen ist. Er muss sich dann aber den Wert der Sache auf seinen Schadensersatzanspruch anrechnen lassen (BGHZ 87, 156, 158 f.). Im Rahmen des Anspruches auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist dem Verkäufer nach der sog. Differenztheorie die Wertdifferenz zu ersetzen zwischen der Vermögenslage, die sich bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung ergeben hätte, und derjenigen, die infolge der Nichterfüllung eingetreten ist. An die Stelle der beiderseitigen Leistungspflichten tritt ein einseitiges am Erfüllungsinteresse ausgerichtetes Abrechnungsverhältnis, innerhalb dessen die einzelnen Ansprüche nur noch unselbständige Rechnungsposten sind (BGHZ 87, 156 ff; BGH im vorliegenden Fall). Nur wenn der Verkäufer bereits die Kaufsache übereignet hat, ist 34

der Schadensersatzanspruch auf die ihm entgangene Leistung seitens des Käufers gerichtet (BGH im vorliegenden Fall).

Für den Beklagten und seinen Mitgesellschafter lagen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass ein Schadensersatzanspruch gemäß § 326 BGB a.F. für die Klägerin wirtschaftlich vorteilhaft gegenüber einem Vorgehen gemäß § 455 BGB a.F. sein würde. Insbesondere war für die Rechtsanwälte nicht ersichtlich, dass die Wertsteigerung der Schweine gegenüber dem Einkaufspreis der Käuferin unter deren von der Klägerin gemäß §§ 347 BGB a.F., 994 BGB im Fall des Rücktritts zu erstattenden Mastkosten verbleiben würde. Bei wirtschaftlicher Betrachtung steht den Mastkosten im Allgemeinen eine zumindest gleich hohe Wertsteigerung der Schweine gegenüber, da im Regelfall ein Schweinemastbetrieb keine Verluste, sondern Gewinne erwirtschaftet. Umstände dafür, dass hier ausnahmsweise zu befürchten war, die Mastkosten könnten höher sein als die Wertsteigerung der Schweine, hat unstreitig weder die Klägerin den Rechtsanwälten mitgeteilt noch waren sie aus sonstigen Gründen für den Beklagten und seinen Mitgesellschafter erkennbar. 35

Auch bot der Weg des § 326 BGB a.F. aus der Sicht des Beklagten und seines Mitgesellschafters keine Vorteile gegenüber der Kaufpreisklage. Für die Sozietät des Beklagten bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin Schadensersatzansprüche geltend machen wollte, die betragsmäßig über den Kaufpreis hinausgehen würden. 36

Bereits deshalb, weil das Vorgehen nach § 326 BGB a.F. gegenüber den anderen beiden Handlungsalternativen aus der Perspektive des Beklagten und seines Mitgesellschafters keine wirtschaftlichen Vorteile aufwies, war eine Beratung über diesen Weg nicht erforderlich. Im Übrigen hätte die gemäß § 326 BGB a.F. erforderliche Nachfristsetzung der Ablehnungsandrohung in jedem Fall zu einer Verzögerung von mehreren Tagen geführt. Soweit die Klägerin daran interessiert war, den Eigentumsvorbehalt an den Schweinen geltend zu machen, bestand zumindest am 10.03.1999 auch aus der damaligen Sicht der Klägerin die Gefahr, dass die Schweine noch innerhalb der erforderlichen Nachfrist im Rahmen der gemäß § 185 Abs. 1 BGB erteilten Einwilligung innerhalb eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes (vgl. hierzu Palandt-Putzo, 61. Aufl., § 455 BGB Rdn. 13) veräußert werden würden. 37

2. 38

Die Klägerin hat ihre Behauptungen zu dem Inhalt der mit ihr geführten Beratungsgespräche nicht zu beweisen vermocht. 39

Ist wie im vorliegenden Fall zwischen den Parteien streitig, wie der Rechtsanwalt belehrt hat, so trägt nach feststehender Rechtsprechung (vgl. Urteil des BGH in diesem Verfahren; BGH, NJW 1998, 136, 137; Fahrenndorf, a.a.O., Rdn. 651; Fischer in Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdn. 952) der Mandant die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Rechtsanwalt seine Pflichten verletzt hat. Jedoch obliegt nach den Grundsätzen der gestuften Darlegungs- und Beweislast zunächst dem Rechtsanwalt, substantiiert die Umstände für den Verlauf der behaupteten Besprechung im Einzelnen zu schildern und dabei insbesondere darzulegen, welche Belehrung und Ratschläge er erteilt hat und wie der Mandant darauf reagiert hat (Urteil des BGH in diesem Verfahren; BGH, WM 2004, 1825; BGH, NJW 1991, 2280, 2281; BGH NJW 1987, 1322, 1323; Fahrenndorf, a.a.O., Rdn. 658). Eine solche substantiierte Behauptung hat der Mandant auszuräumen (BGH, NJW 2000, 730, 732; BGH, NJWRR 1999, 641, 642). 40

Seiner Obliegenheit ist der Beklagte mit seinem Vorbringen in der Klageerwiderung (Bl. 51 ff) in Verbindung mit seinen Angaben in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht (Bl. 168 f. d.A.) und vor dem Senat nachgekommen.

Die Klägerin ist beweisfällig für ihre Behauptungen zum Inhalt des Beratungsgesprächs geblieben. 42

Eine Vernehmung des Komplementärs der Klägerin als Partei kam von Amts wegen nicht in Betracht, da unter Gesamtwürdigung des Verhandlungsergebnisses nicht wie es § 448 ZPO erfordert hätte (vgl. Zöller-Greger, 26. Aufl., § 448 ZPO Rdn. 4 m.w.N.) eine überwiegende, wenngleich nicht notwendig hohe Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit des Vorbringens der Klägerin spricht. Abgesehen davon ist von einer Parteivernehmung des intensiv und umfassend persönlich angehörten Komplementärs der Klägerin ohnehin keine Ausräumung etwaiger restlicher Zweifel zu erwarten (vgl. dazu BGH, NJW 1994, 320, 321 m. w. N.). 43

Der Zeuge H hat die Behauptungen der Klägerin zu der ihr gegenüber erfolgten Beratung nicht bestätigt. Zu dem Inhalt der Gespräche, die zwischen seinem Bruder und dem Beklagten bzw. dem Zeugen T geführt worden sind, hat der Zeuge lediglich bekunden können, dass in dem ersten Gespräch seines Bruders mit dem Zeugen T dieser zu der Einleitung eines Mahnverfahrens geraten habe und dass sein eigenes Telefonat nicht deswegen erfolgt sei, weil sein Bruder ein schnelleres Handeln der Rechtsanwälte erwartet habe. Es kann dahinstehen, ob die Bekundung des Zeugen H richtig ist, in seinem Telefonat mit dem Zeugen T habe dieser zwar einen Zugriff auf die Schweine nicht für sinnvoll erachtet, aber keine weitere Begründung insoweit abgegeben. Ebenfalls kann die Frage offen bleiben, ob der Zeuge T in dem Telefonat eine Begründung seines von den Vorstellungen des Zeugen H abweichenden Rates geschuldet hat, obwohl der Zeuge H sie nach seiner Aussage nicht verlangt hat. Selbst wenn der Zeuge T in diesem Telefonat nicht hinreichend vollständig über die Rechtslage aufgeklärt haben sollte, so ist es deswegen zumindest nicht überwiegend wahrscheinlich, dass der Zeuge T in einem etwaigen folgenden Gespräch mit der Klägerin diese ebenfalls nicht unter Zugrundelegung der Kriterien des Bundesgerichtshofs im Revisionsurteil umfassend beraten hat. Erst recht kann aus einer evtl. nicht vollständigen Beratung des Zeugen T nicht mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit gefolgert werden, dass der Beklagte selbst in seinem Gespräch mit der Klägerin entgegen seinen Behauptungen nicht umfassend und richtig beraten hat. Eine ordnungsgemäße Beratung durch den Beklagten ist ausreichend gewesen, da unstreitig der Beklagte das letzte Beratungsgespräch mit der Klägerin geführt hat, bevor der Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestellt worden ist. 44

Auch haben die Zeugin Q2 und der Zeuge T nicht die Behauptungen der Klägerin zum Inhalt der Beratungsgespräche bestätigt. Die Frage der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen kann daher offen bleiben. 45

Die Vernehmung des Beklagten als Partei in der Berufungsinstanz hat die Klägerin nicht beantragt. Es sind auch keine konkreten Anhaltspunkte dafür ersichtlich, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Feststellungen des Landgerichts im Hinblick auf die erstinstanzliche Vernehmung des Beklagten als Partei i.S.v. § 529 ZPO begründen könnten. Die Parteivernehmung war erschöpfend. Durch sie sind die Behauptungen der Klägerin nicht bestätigt worden. 46

Es sind des Weiteren keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Behauptungen des Beklagten zu seinem Beratungsgespräch mit Ausnahme des Umstandes ersichtlich, dass sie im Widerspruch zu den Behauptungen der Klägerin stehen. 47

Die Angaben des Beklagten vor dem Senat sind in sich widerspruchsfrei und detailliert. Sie weisen ferner keine Widersprüche zu seinen schriftsätzlichen Behauptungen auf und stimmen mit seiner erstinstanzlichen Parteivernehmung und seiner persönlichen Anhörung in der ersten mündlichen Verhandlung vor dem Senat überein. 48

Auch wirken seine Angaben insgesamt lebensnah. Die Behauptungen des Beklagten vermögen plausibel den Mandatswechsel vom Zeugen T auf ihn zu erklären. Des Weiteren ist es nachvollziehbar, dass der Beklagte versucht hat, den Komplementär der Klägerin durch rechtliche Argumente von der Richtigkeit der von ihm vorgeschlagenen Vorgehensweise zu überzeugen. Nach der Anhörung des Komplementärs der Klägerin in der ersten mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat ihm der Beklagte dazu geraten, den Kaufpreis einzuklagen. Es ist ferner unstreitig, dass sich der Komplementär der Klägerin zu keinem Zeitpunkt mit einer Erhebung der Kaufpreisklage bzw. der Einleitung eines Mahnverfahrens einverstanden erklärt hat. 49

Ferner spricht der persönliche Eindruck, den der Beklagte bei dem Senat hinterlassen hat, für die Richtigkeit seiner Schilderung. 50

Entgegen der Ansicht der Klägerin wird die Unrichtigkeit der Behauptungen des Beklagten nicht durch sein an die Klägerin gerichtetes Schreiben vom 10.03.1999 (Bl. 117 d.A.) indiziert, in dem kein Bedenken gegen den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung geäußert werden. Denn es hätte lediglich dann nahegelegen, in dem Brief zu den Erfolgsaussichten des Verfügungsantrages und den Nachteilen eines Rücktritts vom Kaufvertrag Stellung zu nehmen, wenn der Beklagte damit hätte rechnen müssen, dass die Klägerin ihn im Fall der Zurückweisung der Anträge in Regress nehmen würde. Ein solches Verhalten der Klägerin war aus der Sicht der Beklagten nur dann zu befürchten, wenn die Klägerin später den Inhalt des vorangegangenen Beratungsgespräches wahrheitswidrig schildern würde. Anhaltspunkte dafür lagen für den Beklagten nicht vor. Zudem sprach aus Sicht der Beklagten dagegen, in dem Schreiben erneut die Risiken eines einstweiligen Verfügungsverfahrens und des bereits erklärten Rücktritts vom Kaufvertrag zu erwähnen, dass dadurch der Klägerin die Unterschiedlichkeit ihrer Auffassungen wieder vor Augen geführt werden würde, was mit der Gefahr verbunden war, dass die Klägerin das Auftragsverhältnis der Sozietät beenden würde. 51

Ebenfalls kann aus den Formulierungen der Begründung des Antrags auf Erlass der einstweiligen Verfügung weder zwingend noch im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit geschlossen werden, dass der Beklagte die Klägerin nicht richtig über die Rechtsfolgen des § 455 BGB a.F. belehrt hat. Es liegen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, dass der Beklagte entgegen dem juristischen Grundwissen angenommen hat, der Rücktritt führe nicht zum Wegfall der Kaufpreisforderung. Aus der Sicht eines objektiven Dritten sollte durch den ersten Satz im sechsten Absatz und durch den letzten Satz im siebten Absatz auf der Seite 2 des Antrages abweichend vom Wortlaut der Sätze zum Ausdruck gebracht werden, dass bei einer Veräußerung der Ferkel die Sicherheit verloren gehen würde, die für den hier eingetretenen Fall des Verzuges mit der Zahlung der Kaufpreisforderung ursprünglich eingeräumt worden war. Als Ursache für die nicht präzisen Formulierungen erscheint dem Senat der Zeitdruck plausibel, unter dem der Beklagte nach seinen Bekundungen vor dem Senat den Antrag gefertigt hat. 52

Des weiteren wird eine pflichtwidrige anwaltliche Beratung nicht dadurch hinreichend indiziert, dass der Beklagte nicht bereits in seiner Klageerwiderung, sondern erst in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht angegeben hat, die Klägerin auch über den Weg des § 326 BGB a.F. aufgeklärt zu haben. Es kann dahinstehen, welche etwaigen Schlussfolgerungen aus diesem Verhalten in Bezug auf eine Belehrung über ein Vorgehen 53

gemäß § 326 BGB a.F. zu ziehen sind. Selbst wenn der Beklagte nicht über die Handlungsalternative gemäß § 326 BGB a.F. beraten haben sollte, so ist hieraus nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit herzuleiten, dass die Klägerin nicht wie von dem Beklagten von Anfang an vorgetragen ordnungsgemäß über die Rechtsfolgen des § 455 BGB a.F. und die Erfolgsaussichten der einstweiligen Verfügung aufgeklärt worden ist. Eine solche Beratung wäre wie gezeigt hinreichend gewesen.

54 Unerheblich für die Frage der Glaubhaftigkeit der Bekundungen des Beklagten zu seinen eigenen Handlungen und Wahrnehmungen ist die unter Beweis gestellte Behauptung der Klägerin, ihr Komplementär habe mit dem Zeugen T nur einmal persönlich in der Kanzlei gesprochen und der Zeuge sei in diesem Gespräch nicht laut geworden. Der Senat muss nicht entscheiden, ob diese Umstände, sollten sie vorgelegen haben, durchgreifende Einwände gegen die Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen T zum Inhalt seiner Belehrungen gegenüber dem Komplementär der Klägerin begründen würden. Solche Bedenken wären in jedem Fall nicht geeignet, die Richtigkeit der Angaben des Beklagten zu seinen eigenen Wahrnehmungen und Handlungen anzuzweifeln.

55 Gegen einen Abweis der Behauptungen der Klägerin über den Inhalt ihrer Beratung und gegen eine Annahme eines Überzeugungswerts einer Parteivernehmung des Komplementärs der Klägerin spricht ferner, dass das klägerische Vorbringen Widersprüche, Ungereimtheiten und Unsicherheiten aufweist:

56 Nach den Angaben des Komplementärs der Klägerin in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat er sich an den Inhalt der mit dem Beklagten und dem Zeugen T geführten Gespräche nicht mehr erinnern können. Im Gegensatz zu seinen Bekundungen in den beiden mündlichen Verhandlungen vor dem Senat hat die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 14.08.2002 (Bl. 111 d.A.) dargelegt, mit dem Beklagten lediglich telefoniert zu haben. Auch hat der Komplementär der Klägerin in der ersten mündlichen Verhandlung vor dem Senat anders als in dem Schriftsatz der Klägerin vom 14.08.2002 (Bl. 108 d.A.) und vom 8.11.2007 (Bl. 320 d.A.) erklärt, seinem Bruder habe der Beklagte geraten, die Tiere unter Arrest zu stellen. Weiterhin steht der Vortrag der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 06.10.2003, die Käuferin habe ihr gegenüber die Ferkel nicht als mangelhaft gerügt, sondern sich sogar für die gute Qualität bedankt, im Widerspruch zu der persönlichen Anhörung des Komplementärs vor dem Senat, derzufolge Herr X gerügt habe, die Ferkel seien schlecht.

57 Ferner ist die Schilderung der Klägerin in ihren Schriftsätzen und vor dem Senat über das Ende ihres Erstgesprächs mit dem Zeugen T lebensfremd. Denn es ist zum einen kein Grund dafür ersichtlich, warum der Zeuge T, nachdem er sich unstreitig in der Lage gesehen hatte, der Klägerin in der Sache selbst einen Rat zu erteilen, die Klägerin an seinen Kollegen hätte verweisen sollen. Zum anderen ist nicht verständlich die Behauptung der Klägerin, Rechtsanwalt T habe geäußert, der Beklagte werde auf die Angelegenheit umgehend zurückkommen. Da die Klägerin unstreitig nicht die Sozietät angewiesen hatte, das Mahnverfahren einzuleiten, konnte der Beklagte in dieser Angelegenheit gar nichts unternehmen, außer die Sache erneut mit der Klägerin zu besprechen.

58 Dagegen erscheint es dem Senat lebensnah, dass sich der Komplementär der Klägerin - entsprechend den Behauptungen des Beklagten - in dem Erstgespräch trotz der grundsätzlichen Dringlichkeit der Angelegenheit eine kurze Überlegungszeit ausbedungen hat. Der Komplementär der Klägerin gab bei seiner persönlichen Anhörung an, alle besonderen geschäftlichen Angelegenheiten wie auch diese Sache mit seinem Bruder zu besprechen.

Schließlich widerspricht die Bekundung des klägerischen Komplementärs in der ersten mündlichen Verhandlung vor dem Senat, seinem Bruder sei dazu geraten worden, die Tiere unter Arrest zu stellen, der diesbezüglichen Aussage seines Bruders vor dem Landgericht und vor dem Senat.

II. 60

Selbst wenn die Behauptungen der Klägerin zu dem Inhalt der mit ihr geführten Beratungsgespräche richtig sein sollten, so wäre die demnach vorliegende Pflichtverletzung des Beklagten für den von der Klägerin in diesem Verfahren geltend gemachten Schaden nicht kausal geworden. Denn der insoweit erforderliche Ursachenzusammenhang voraus, dass die Klägerin bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten den Kaufpreis der Käuferin eingeklagt hätte, was indes nicht festgestellt werden kann. 61

Hinsichtlich des Inhalts einer pflichtgemäßen Beratung wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Es reichte für eine ordnungsgemäße Belehrung aus, über die Vor- und Nachteile der Erhebung einer Kaufpreisklage und des Rücktritts vom Kaufvertrag aufzuklären. Zu einer pflichtgemäßen Beratung hinsichtlich des Rücktrittsrechts der Klägerin gehörte es insbesondere, die Klägerin auf das Entfallen des Kaufpreisanspruches sowie darauf hinzuweisen, dass ein auf Herausgabe der Schweine gerichtetes einstweiliges Verfügungsverfahren wegen des Verbotes der Vorwegnahme der Hauptsache und wegen Bedenken gegen das Vorliegen eines Verfügungsgrundes lediglich schlechte Erfolgsaussichten haben würde. Dagegen war keine Belehrung über die Pflicht zum Ersatz der Fütterungskosten der Käuferin geschuldet. 62

Die Darlegungs- und Beweislast für die hier zu beurteilende haftungsausfüllende Kausalität trägt der Mandant (BGHZ 123, 311, 313), jedoch ist die Darlegung und Beweisführung nach § 287 ZPO erleichtert. Eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit genügt (BGH, NJW 2006, 923, 925; Fahrendorf, a.a.O., Rdn. 708 ff m.w.N.). 63

1. 64

Für ihre Behauptung, bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten hätte sie eine Kaufpreisklage erhoben, kann sich die Klägerin nicht auf einen Anscheinsbeweis stützen. 65

a) 66

In der Rechtsprechung ist eine tatsächliche Vermutung dafür anerkannt, dass derjenige, der einen anderen wegen seiner besonderen Sachkunde um Rat fragt, sich Beratungsgemäß verhalten hätte, wenn er von diesem zutreffend aufgeklärt und beraten worden wäre (BGH NJW 2000, 2814, 2815; BGH NJWRR 1999, 641, 642; BGH NJW 1998, 749, 750; BGH NJW 1993, 3259). Die Vermutung beschränkt sich nicht nur auf den Fall, dass der Anwalt eine eindeutige Empfehlung in eine Richtung schuldete, sondern sie besteht auch dann, wenn der Anwalt mit entsprechenden Warnungen noch andere, risikoreichere Alternativen aufzeigen durfte oder sogar nur die Rechtslage mit verschiedenen Handlungsmöglichkeiten erläutern musste (BGH NJW-RR 2007, 569, 571 (Rz. 23); NJWRR 2006, 923, 925; BGH NJWRR 2003, 1212, 1213; Fischer, a.a.O., Rdn. 1008, Fn. 35; Fahrendorf, a.a.O., Rdn. 722). Voraussetzung für einen Anscheinsbeweis ist jedoch, dass bei sachgemäßer 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 NJW 2004, 444, 445; BGH NJW 1994, 3295, 3298; BGH NJW 1993, 3259), also nicht 67

etwa mehrere Handlungsalternativen offen standen, die sämtlich mit Vor- und Nachteilen verbunden, somit zu gewichten und abzuwägen waren (BGH NJWRR 2003, 1569, Fahrendorf, a.a.O., Rdn. 721).

b) Hier stellte sich der Rücktritt vom Kaufvertrag als eine sachgerechte Entscheidung neben der Erhebung einer Kaufpreisklage dar. 68

Die Kaufpreisklage wies gegenüber dem Rücktritt den Nachteil auf, dass die Klägerin bei diesem Vorgehen im vollen Umfang das Insolvenzrisiko der Käuferin getragen hätte. Denn es wäre der Klägerin grds. weiterhin erlaubt gewesen, die Schweine weiterzuveräußern und/oder schlachten zu lassen. Ein solches Verhalten der Käuferin wäre nur im Falle einer Pfändung der Tiere nach Erwirkung eines vollstreckbaren Titels über die Kaufpreisforderung zu verhindern gewesen. Allerdings war der Erlass eines solchen Titels erst nach der nahe bevorstehenden Schlachtreife der Tiere zu erwarten. Ein dinglicher Arrest war von vornherein aussichtslos. Ein Zugriff auf die Forderung aus dem Weiterverkauf wäre im Falle der Einreichung der Kaufpreisklage bereits deshalb nicht möglich gewesen, da die Klägerin nicht wirksam einen verlängerten Eigentumsvorbehalt mit der Käuferin vereinbart hatte, d.h. nicht wirksam eine Abrede über eine Vorausabtretung der Kaufpreisforderung aus dem Weiterverkauf (vgl. hierzu Palandt-Putzo, 61. Aufl., § 455 BGB Rdn. 17) getroffen hatte. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Klausel über den Eigentumsvorbehalt ist vielmehr ein sog. weitergeleiteter Eigentumsvorbehalt verabredet worden, demzufolge sich der Käufer verpflichtet hatte, die Kaufsache nur in der Weise zu übereignen, dass der Verkäufer Vorbehaltseigentümer bleibt (vgl. Palandt-Putzo, a.a.O., § 455 BGB Rdn. 15). Aus einem weitergeleiteten Eigentumsvorbehalt kann die Klägerin bei einer Kaufpreisklage keine Rechte geltend machen. Unerheblich ist, ob die Klausel wegen des vertraglich vorausgesetzten Weiterverkaufs gemäß § 9 Abs. 1 AGBG a.F. unwirksam ist und ob die Klausel im Hinblick auf eine evtl. ernsthaft auch in Betracht kommende Auslegung als Abrede eines verlängerten Eigentumsvorbehalts gegen § 5 AGBG a.F. verstößt. Denn das OLG Oldenburg hat gemäß §§ 74, 68 ZPO bindend die Vereinbarung eines wirksamen Eigentumsvorbehalts festgestellt. 69

Demgegenüber bot der Rücktritt vom Kaufvertrag den Vorteil, dass nach dem Rücktritt die Käuferin die Schweine nicht mehr weiter veräußern durfte und an die Klägerin herausgeben musste. Im Falle der Herausgabe der Schweine berührte eine Insolvenz der Käuferin grds. nicht mehr die Interessen der Klägerin. Zudem gab der Rücktritt vom Kaufvertrag der Klägerin die Chance, die Kaufpreisforderung aus einem Weiterverkauf der Käuferin gemäß § 281 BGB bzw. 816 BGB geltend machen zu können. Als ein Nachteil des Rücktritts vom Kaufvertrag konnte sich eventuell der Umstand erweisen, dass die Käuferin gegenüber dem Herausgabeanspruch der Klägerin ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 348 BGB bzw. ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 1000 BGB in Höhe der Mastkosten (§§ 347 BGB a.F., § 994 BGB) besaß. Bei einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise war aber wie gezeigt zu erwarten, dass die Mastkosten nicht höher als die Wertsteigerung der Schweine im Vergleich zu dem Einkaufspreis der Käuferin sein würden, so dass die Klägerin beim normalen Verlauf der Dinge damit rechnen konnte, bei einer Herausgabe der Schweine betragsmäßig zumindest den Kaufpreis realisieren zu können. Gleiches war zu erwarten in Bezug auf die Schadensersatzansprüche, die der Klägerin im Fall einer Weiterveräußerung der Schweine gemäß §§ 347 BGB a.F., 989 BGB nach einem Rücktritt vom Kaufvertrag zustanden. Ein Vorgehen gemäß § 455 BGB a.F. war des Weiteren mit der Gefahr verbunden, dass sich durch einen etwaigen Streit über die Höhe der Verwendungskosten der Erlass eines vollstreckbaren Titels verzögern konnte. Die Klägerin musste aber unter Umständen auch ein spätes Erwirken eines Titels über die Kaufpreisforderung befürchten, nämlich dann, wenn sie das Risiko gesehen haben sollte, dass die Käuferin 70

Minderungsrechte geltend machen würde. In diesem Zusammenhang ist der Vortrag der Klägerin - wie gezeigt - widersprüchlich.

2.

71

Der Senat sieht nicht mit einer für § 287 ZPO ausreichenden Wahrscheinlichkeit die Behauptung der Klägerin als richtig an, dass sie sich bei pflichtgemäßer Aufklärung im oben dargelegten Sinne über die Vor- und Nachteile einer Kaufpreisklage und über einen Rücktritt gemäß § 455 BGB a.F. sich zur Erhebung einer Kaufpreisklage entschlossen hätte.

72

Bei der Frage, welche hypothetische Entscheidung der Regresskläger bei vertragsgemäßer Beratung des Rechtsanwalts getroffen hätte, darf die in dem Regressverfahren behauptete mutmaßliche Reaktion des Klägers nicht unbesehen als bewiesen angenommen werden. Vielmehr müssen alle Umstände des Einzelfalles insgesamt gewürdigt werden. Dabei ist in der Regel entscheidend, welches Verhalten damals aus objektiver Sicht vernünftiger oder aus besonderen Gründen zu jenem Zeitpunkt naheliegend war (vgl. Fahrens, a.a.O., Rdn. 719 und 731 m.w.N.). Maßgeblich ist die im Zeitpunkt der Beratung bestehende Interessenlage (BGH NJW-RR 2007, 569, 571 Rz. 26).

73

Wie ausgeführt, boten beide Wege Vor- und Nachteile. Nach den Bekundungen des Komplementärs vor dem Senat verfolgte er zwei Ziele, die nicht miteinander vereinbar waren, nämlich zum einen die Durchsetzung des Kaufpreisanspruches und zum anderen bis zur Befriedigung der Kaufpreisforderung die Verhinderung einer Weiterveräußerung der Schweine. Ein vorrangiges Handlungsziel hat der Komplementär trotz mehrfacher Nachfragen des Senates nicht genannt. Gegen die Wahl der Kaufpreisklage, die er nun für den Fall ordnungsgemäßer Aufklärung über Vor- und Nachteile eines Rücktritts vom Kaufvertrag und einer Kaufpreisklage in der vom BGH für ausreichend erachteten Weise und ohne Hinweis auf das Zurückbehaltungsrecht wegen der Mastkosten als mutmaßliche eigene Entscheidung für sich reklamiert, spricht ferner, dass die Klägerin unstreitig den Ausfall der Kaufpreisforderung befürchtet hat und daher das Zurückgreifen auf das vorhandene Sicherungsgut zumindest nicht fernliegend war. Als Beleg für diese Bewertung lassen sich auch die Bekundungen des Komplementärs der Klägerin vor dem Senat anführen. In der ersten mündlichen Verhandlung hat er u.a. dargelegt: "Die Gefahr lag aus meiner Sicht in einer Veräußerung der Tiere vor Kaufpreiszahlung" und "Der Beklagte zu 1) wollte den Kaufpreis einklagen, aber dann wären die Tiere doch vorher weg gewesen". In der letzten mündlichen Verhandlung hat der Komplementär der Klägerin bekundet: "Wenn die Schweine weggekommen wären, hätten wir im Falle eines Konkurses der Käuferin gar nichts erhalten". Gegen die Richtigkeit der Behauptungen der Klägerin über ihr hypothetisches Verhalten sind weiterhin die Änderungen in ihrem Sachvortrag zu dem aus ihrer Sicht gebotenen Vorgehen einzuwenden. Die Berufungsbegründung enthält ebenso wie die Streitverkündungsschrift im Vorprozess im Gegensatz zur Klageschrift allein Ausführungen zu dem Vorwurf, der Klägerin sei nicht zu einem Vorgehen gemäß § 326 BGB a.F. geraten worden. In dem Schriftsatz der Klägerin vom 06.10.2003 behauptet die Klägerin sodann, sich bei ordnungsgemäßer Beratung für eine kurzfristige Erhebung einer Kaufpreisklage entschieden zu haben. Dagegen wirft die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 08.11.2007 dem Beklagten und seinem Mitgesellschafter in erster Linie vor, nicht gemäß § 326 BGB a.F. vorgegangen zu sein.

74

C.

75

Die Kostenentscheidung beruht hinsichtlich des Berufungsverfahrens auf § 97 ZPO, im Übrigen auf § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

76

D. Die Voraussetzungen der Zulassung einer Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Das Urteil stellt eine Einzelfallentscheidung dar, die der Senat auf der Grundlage weitgehend vertretener und anerkannter Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur getroffen hat. Die Rechtssache besitzt weder grundsätzliche Bedeutung, noch ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.