
Datum: 01.06.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 33. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 33 U 13/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0601.33U13.11.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 18 O 260/10

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 10. März 2011 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer (Einzelrichter) des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufungsinstanz trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht der jeweilige Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Gründe (gem. § 540 ZPO)	1
I	2
Der Kläger nimmt die Beklagte aus einem familienrechtlichen Mandat, das er im August 2006 erteilte, wegen anwaltlicher Pflichtverletzungen auf Schadensersatz in Anspruch.	3
Mit Anwaltsschreiben vom 24.08.2006 verlangte die geschiedene Ehefrau des Klägers von diesem die Abänderung eines am 20.02.2003 vor dem Amtsgericht – Familiengericht – Castrop-Rauxel (8 F 504/01) geschlossenen Unterhaltsvergleichs, nach dem der Kläger verpflichtet war, an diese und zwei aus der Ehe stammende Töchter (C geb. 11.03.1985 und C2 geb. 15.04.1988) ab Februar 2002 einen monatlichen Unterhalt i.H.v. insgesamt 1.206,98 € zu zahlen; auf den Ehegattenunterhalt entfielen hiervon 498,98 €. Das	4

Abänderungsverlangen begründete die Ehefrau damit, dass sie zwischenzeitlich arbeitslos geworden sei und der Kläger über gestiegene Einkünfte verfüge. Die Beklagte vertrat den Kläger in den außergerichtlichen Verhandlungen mit der anwaltlich vertretenen Ehefrau, die durch einen am 12.01.2007/31.01.2007 geschlossenen Anwaltsvergleich endeten. In diesem Vergleich verpflichtete sich der Kläger in Abänderung des Vorvergleichs, ab September 2006 an die Ehefrau einen nachehelichen Unterhalt in monatlicher Höhe von 1.200,00 € zu zahlen.

Eine Abänderungsklage des Klägers, mit der dieser unter Verweis auf die seit dem 01.01.2008 geänderte Gesetzeslage beantragte, den Anwaltsvergleich vom 31.01.2007 dahin abzuändern, dass er ab Dezember 2008 nicht mehr verpflichtet ist, nachehelichen Unterhalt zu zahlen, wies das Amtsgericht – Familiengericht – Castrop-Rauxel durch Urteil vom 01.12.2009 (8 F 497/09) zurück. Zur Begründung führte das Familiengericht aus, dass die Abänderungsklage unzulässig sei, eine wesentliche Veränderung der dem Vergleich zugrunde liegenden Umstände habe der Kläger nicht vorgetragen. Durch die Gesetzesänderung zum 01.01.2008 seien die Maßstäbe für die Begrenzung/Befristung des nachehelichen Unterhalts kodifiziert worden, die der BGH in seiner grundlegenden Entscheidung vom 12.04.2006 (XII ZR 190/03) angewandt habe und die deshalb bereits im Zeitpunkt des Vergleichsschlusses Geltung gehabt hätten. 5

Der Kläger hat der Beklagten vorgeworfen, sie habe ihn im Zusammenhang mit dem Abschluss des Anwaltsvergleichs nicht über eine Änderung der Rechtsprechung des BGH durch dessen Urteil vom 12.04.2006 (XII ZR 190/03) zur Befristung und Begrenzung des nachehelichen Unterhalts beraten. Hätte die Beklagte ihn umfassend beraten, wie es ihre Pflicht gewesen sei, hätte er den Vergleich nicht abgeschlossen und es wäre ihm kein Schaden entstanden. Der Schaden liege darin, dass der Vergleich in Bezug auf eine Befristung oder Begrenzung des Unterhaltsanspruchs nicht mehr abänderbar und er deshalb zu einer lebenslangen Unterhaltszahlung verpflichtet sei. 6

Gegen ein klageabweisendes Versäumnisurteil vom 20.01.2011 hat der Kläger fristgerecht Einspruch eingelegt und beantragt, 7

1. das Versäumnisurteil aufzuheben, 8

2. die Beklagte zu verurteilen, ihn zukünftig beginnend ab April 2011 von Ansprüchen aus dem am 12.01.2007 und 31.01.2007 zwischen ihm und Frau y, ... gem. § 796a ZPO geschlossenen Vergleich betreffend nachehelichen Unterhalt i.H.v. 1.200,00 € freizustellen, 9

3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 49.152,96 € nebst Zinsen i.H.v. 5%-Punkten über dem Basiszins seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 10

Die Beklagte hat beantragt, 11

das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten und die weitergehende Klage abzuweisen. 12

Sie hat eine Pflichtverletzung bestritten und behauptet, der Kläger habe den Vergleich in jedem Fall abschließen wollen. Zudem sei die Frage der Befristung in dem Vergleich weder geregelt noch angesprochen worden. Ein kausaler Schaden sei nicht dargelegt. 13

Das Landgericht hat durch die angefochtene Entscheidung das Versäumnisurteil aufrechterhalten und die weitergehende Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der geltend gemachte Anspruch bestehe nicht. Unabhängig von der Frage einer Pflichtverletzung habe der Kläger keinen kausalen Schaden erlitten. Hätte er den 14

Anwaltsvergleich nicht geschlossen, wäre er aufgrund des Vortitels zu einem Unterhalt von insgesamt 1.206,98 € verpflichtet gewesen, der über dem Unterhalt des Anwaltsvergleichs von 1.200,00 € liege. Soweit der Kläger in der mündlichen Verhandlung am 15.09.2011 erstmals behauptet habe, er hätte bei richtiger Beratung eine Abänderungsklage erhoben, widerspreche dieser Vortrag bereits den schriftlichen Darlegungen im gesamten Prozessverlauf. Zudem sei weder ersichtlich noch ausreichend vorgetragen, dass die Voraussetzungen für eine Abänderung seitens des Klägers vorgelegen hätten. Darüber hinaus sei das Vorbringen als verspätet gem. § 296 II ZPO zurückzuweisen. Wegen der Begründung im Einzelnen und zur weiteren Sachdarstellung wird auf das angefochtene Urteil einschließlich seiner Verweisungen Bezug genommen.

Mit der Berufung macht der Kläger unter näherer Darlegung geltend, das Landgericht habe das geltende Recht falsch angewandt und erheblichen Parteivortrag übersehen bzw. verkannt. Er ergänzt sein erstinstanzliches Vorbringen und behauptet, bei pflichtgemäßer Beratung durch die Beklagte hätte er den Anwaltsvergleich nicht geschlossen, hätte weiterhin den Unterhalt i.H.v. 498,98 € aus dem Vortitel gezahlt und keine eigene Abänderungsklage erhoben. Er mache sich den Vortrag der Beklagten aus erster Instanz zu Eigen, dass die Ehefrau ohne den Vergleich eine Abänderungsklage erhoben hätte, um ab September 2006 eine Erhöhung ihres Unterhalts zu erreichen. Hierauf hätte er mit einer Abänderungswiderklage reagiert, mit der er ab September 2006 eine Herabsetzung seiner Verpflichtung auf 334,64 € und eine Befristung des Unterhaltsanspruchs bis zum 31.12.2009 erreicht hätte. Sein Schaden errechne sich für die Zeit von 09/2006 bis 12/2009 aus der Differenz zwischen der Verpflichtung aus dem Anwaltsvergleich und einem ansonsten auf 334,64 € abgesenkten Unterhaltsbedarf der Ehefrau; mithin 40 Monate x (1.200 € - 334,64 €) = 34.614,40 €. Ab 01/2010 wäre die Unterhaltsverpflichtung entfallen, so dass der Schaden in der monatlichen Zahlungsverpflichtung von 1.200,00 € bestehe. Schadensmindernd lasse er sich die Steuervorteile aus dem begrenzten Realsplitting in den Jahren 2006 bis 2010 i.H.v. insgesamt 11.297,32 € anrechnen, so dass sich für den Zeitraum 09/2006 bis 01/2012 ein Schadensbetrag i.H.v. 53.317,08 € errechne. Für das Jahr 2011 habe er an seine Ehefrau 3.132,00 € zum Ausgleich ihrer Nachteile aus dem begrenzten Realsplitting gezahlt. Auch diese Zahlung gehöre zum ersatzpflichtigen Schaden, wie auch die Kosten, die ihm durch das erfolglose Abänderungsverfahren (8 F 497/09 AG Castrop-Rauxel) i.H.v. 2.796,16 € und 1.357,65 € entstanden seien.

Der Kläger beantragt abändernd und klageerweiternd, 16

das Versäumnisurteil vom 20.01.2011 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, 17

1) den Kläger zukünftig, beginnend ab Februar 2012 von Ansprüchen aus dem am 12.01.2007 und 31.01.2007 zwischen ihm und Frau y, ... gem. § 796a ZPO geschlossenen Vergleich betreffend nachehelichen Unterhalt i.H.v. 1.200,00 € monatlich freizustellen, 18

2) an den Kläger 53.317,08 € nebst Zinsen i.H.v. 5%-Punkten über dem Basiszins seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 19

3) an den Kläger 2.796,16 € nebst Zinsen i.H.v. 5%-Punkten über dem Basiszins seit Rechtshängigkeit zu zahlen, 20

4) an den Kläger Zug um Zug gegen Abtretung des auf den Steuervorauszahlungen des Klägers zugunsten von Frau y i.H.v. 3.132,00 € für das Steuerjahr 2011 gemäß Vorauszahlungsbescheid für das Jahr 2011 beruhenden Rückzahlungsanspruchs gegen Frau y zu erstatten. 21

5) an den Kläger 1.357,65 € zzgl. Zinsen i.H.v. 5%-Punkten über dem Basiszins seit Rechtshängigkeit zu zahlen,	22
6) hilfsweise festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche Schäden zu ersetzen, die ihm daraus entstehen, dass ihm in einem Abänderungsprozess bezüglich des geschlossenen Vergleichs vom 12.01.2007/31.01.2007 die Abänderung mit dem Argument der Präklusion oder der entgegenstehenden Rechtskraft des Urteils des Amtsgerichts Castrop-Rauxel vom 01.12.2009 (8 F 497/09) verwehrt wird.	23
Die Beklagte beantragt,	24
die Berufung zurückzuweisen.	25
Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung, ist mit einer Klageerweiterung nicht einverstanden und der Auffassung, dass mit der Berufung neue Tatsachen vorgebracht werden, die gem. § 531 ZPO nicht zuzulassen seien. Der im Senatstermin gestellte Hilfsantrag stelle eine Klageänderung dar, der widersprochen werde. Der Hilfsantrag sei als unzulässig, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen.	26
Der Senat hat die Parteien im Termin persönlich angehört. Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	27
II	28
Die Berufung ist unbegründet.	29
Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Ersatz des mit den Berufungsanträgen zu 1) bis 5) geltend gemachten Schadens (§ 280 I BGB) aus dem im August 2006 begründeten Mandatsverhältnis (A.).Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag (Antrag zu 6) ist unzulässig (B.)	30
A.Die Beklagte hat im Rahmen des Mandatsverhältnisses anwaltliche Beratungs- und Hinweispflichten verletzt (1.). Die vom Kläger geltend gemachten Schadenspositionen beruhen jedoch nicht auf dieser Pflichtverletzung (2.).	31
1.Die Beklagte hat anwaltliche Beratungs- und Hinweispflichten verletzt, indem sie im Zusammenhang mit dem Abschluss des Anwaltsvergleichs im Januar 2007 den Kläger nicht auf die Befristungs- und/oder Beschränkungsmöglichkeiten des von der Ehefrau begehrten Aufstockungsunterhalts (§ 1573 II BGB) gem. § 1573 V a.F. hingewiesen und den Kläger hierzu nicht ausreichend beraten hat, obwohl hierzu erkennbar Anlass bestand.	32
a)Der abzuändernde gerichtliche Vergleich vom 20.02.2003 basierte nach damaliger Rechtslage jedenfalls teilweise auf einem Anspruch der Ehefrau auf Betreuungsunterhalt gem. § 1570 BGB, weil die älteste Tochter noch nicht volljährig und die jüngere Tochter noch 14 Jahre alt waren. Bei einer solchen Konstellation bestand nach dem damals allgemein angewandten „Altersphasenmodel“ keine Pflicht zu einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit.	33
Diese Grundlage hatte sich im Januar 2007 wesentlich geändert, weil nunmehr beide Kinder volljährig waren und damit ein nachehelicher Unterhalt nur noch als Aufstockungsunterhalt gem. § 1573 II BGB geltend gemacht werden konnte, der nach alter Rechtslage gem. § 1573 V BGB a.F. grundsätzlich befristet und gem. § 1578 I BGB a.F. herabgesetzt werden konnte.	34

Weiterhin hatte sich der BGH in seiner Entscheidung vom 12.04.2006 – XII ZR 240/03 – grundlegend zu den Kriterien einer Befristung/Beschränkung des Aufstockungsunterhalts geäußert und die Ehedauer sowie die Zeit der Kinderbetreuung als bisher ausschlaggebende Kriterien für die Frage einer Befristung auf ein Abwägungskriterium unter vielen „herabgestuft“ und die Frage „ehebendingter Nachteile“ als gewichtiges und letztlich für eine unbegrenzte Unterhaltsgewährung entscheidendes Kriterium hervorgehoben.

b)Auf diesem Hintergrund war bei den Abänderungsverhandlungen die Frage der Befristung bedeutsam und hätte von der Beklagten in die Beratung des Klägers aufgenommen sowie zum Gegenstand der Verhandlungen mit der Ehefrau gemacht werden müssen, um so zu vermeiden, dass sich die Ehefrau in einem späteren Abänderungsverfahren – wie in dem Verfahren 8 F 497/09 AG Castrop-Rauxel tatsächlich geschehen – darauf beruft, der Kläger sei mit einem Verlangen auf Herabsetzung und/oder Befristung des nachehelichen Unterhalts präkludiert, weil er dies schon im Vorverfahren habe vorbringen können und müssen. 36

Selbst wenn – worauf noch weiter unten eingegangen wird – bei Abschluss des Vergleichs die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Herabsetzung und Befristung des nachehelichen Unterhalts nicht vorlagen, war die Beklagte nach dem Grundsatz des „sichersten Weges“ verpflichtet, den Kläger auf die gesetzlichen Voraussetzungen der Herabsetzung und Befristung des Unterhaltsanspruchs sowie die Risiken einer Präklusion hinzuweisen und ihm anzuraten, im Rahmen eines Vergleichsschlusses zumindest eine Regelung des Inhalts aufzunehmen, dass es dem Kläger im Falle einer Abänderung des Vergleichs nicht verwehrt ist, sich auf eine Herabsetzung und Befristung des Unterhalts nach den gesetzlichen Bestimmungen zu berufen. 37

c)Soweit die Beklagte geltend macht, die Entscheidung des BGH vom 12.04.2006 habe sich nur auf eine kinderlose Ehe bezogen und habe deshalb keinen Anlass zu einem Hinweis oder einer Beratung gegeben, ist dieser Einwand unerheblich.Hinweise und Beratung oblagen der Beklagten jedenfalls nach dem Grundsatz des „sichersten Weges“. 38

Selbst wenn der vom BGH eingeschlagene Richtungswechsel noch nicht hinreichend klar gewesen sein sollte, hätte auch dies Anlass zu Hinweis und Beratung gegeben. Nur der rechtlich umfassend beratene Mandant kann die Vorteile und Nachteile eines Vergleichs unter Einbeziehung persönlicher und wirtschaftlicher Interessen eigenverantwortlich abwägen und sich entscheiden. 39

d)Der Umstand, dass der Kläger in seiner Anhörung vor dem Landgericht am 20.01.2011 erklärt hat, eine Änderung des Unterhaltsrechts sei abzusehen gewesen (GA 59), macht eine Beratung durch die Beklagte nicht entbehrlich. Die Erklärung zielt erkennbar auf die damals zum 01.01.2008 erwartete Gesetzesänderung im Unterhaltsrecht ab, lässt aber nicht erkennen, dass der Kläger vertiefte Kenntnisse des damals gültigen Rechts wie auch der erwarteten Rechtsänderungen hatte, die eine umfassende Beratung entbehrlich gemacht hätten. Die Beklagte hätte jedenfalls die angeblichen Kenntnisse des Klägers hinterfragen müssen, was nicht geschehen ist. 40

2.Es fehlt an einem kausalen Schaden. 41

Ein Anspruch auf Schadensersatz besteht nur hinsichtlich eines solchen Vermögensschadens, der auf der Pflichtverletzung beruht. Dies lässt sich hinsichtlich des mit dem Hauptantrag geltend gemachten Schadens (Anträge zu 1 bis 5) nicht feststellen. 42

43

- a) Ein Schadensersatzanspruch ergibt sich aus der Pflichtverletzung der Beklagten nur dann, wenn ein Ursachen- und Zurechnungszusammenhang zwischen dem Fehlverhalten und dem geltend gemachten Schaden gegeben ist, wobei die erleichterten Anforderungen des § 287 ZPO an das Beweismaß zu beachten sind. Danach genügt bereits eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines Schadens und dessen Höhe. Die Darlegungs- und Beweislast für die haftungsausfüllende Kausalität trägt der Kläger (vgl. OLG Hamm 18.12.2007 - 28 U 4/07 - Rz 73 mwN, JURIS).
- Im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität ist derjenige hypothetische Geschehensablauf zu ermitteln, der bei vertragsgerechtem Verhalten der Beklagten eingetreten wäre. In den Fällen pflichtwidrigen Unterlassens ist zu untersuchen, wie die Dinge sich entwickelt hätten, wenn die versäumte Handlung vorgenommen worden wäre (vgl. Fahrendorf in Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts, 8. Aufl., Rz 744, 746). 44
- (1) Unerheblich für die Frage der Kausalität ist der Einwand der Beklagten, der Kläger hätte bei pflichtgemäßer Beratung kein gerichtliches Verfahren durchführen, sondern eine außergerichtliche Einigung erzielen wollen. 45
- Es gilt der Anscheinsbeweis beratungskonformen Verhaltens. Dieser spricht dafür, dass der Kläger den Vergleich mit dem jetzigen Inhalt wegen der Risiken bei einer späteren Abänderung nicht geschlossen hätte. Es ist nicht ersichtlich und von der Klägerin nicht konkret dargelegt, dass der Kläger den vorliegenden Vergleich „um jeden Preis“ schließen wollte. Es kann bereits nicht festgestellt werden, dass sich die Ehefrau bei einem entsprechenden Ansinnen nicht auf eine Regelung im Vergleich des Inhalts eingelassen hätte, dass es dem Kläger im Falle einer Abänderung des Vergleichs nicht verwehrt ist, sich auf eine Herabsetzung und Befristung des Unterhalts nach den gesetzlichen Bestimmungen zu berufen. 46
- (2) Maßgeblich für die Frage der Kausalität ist der hypothetische Handlungsverlauf nach pflichtgemäßer Beratung, für den der Mandant darlegungs- und beweispflichtig ist, weil es sich um anspruchsbegründende Umstände handelt (Fahrendorf, aaO., Rz 747). 47
- Trägt der geschädigte Mandant eine Mehrzahl objektiv gleich vernünftiger Möglichkeiten vor, wie er sich bei pflichtgemäßer Beratung und Empfehlung verhalten hätte, trifft ihn grundsätzlich die Verpflichtung, den Weg darzulegen, für den er sich konkret entschieden hätte und dies zu beweisen. Die Erleichterung eines Anscheinsbeweises kommt ihm nicht zugute (vgl. BGH 20.03.2008 – IX ZR 104/05 – Tz 12, NJW 2008, 2647 = FamRZ 2008, 1171; 19.01.2006 – IX ZR 232/01 – Tz 25 f, 29 f, BGH NJW-RR 2006, 923; Fahrendorf, aaO. Rz. 749). Ggf. wird er, wenn er sich auf mehrere Szenarien berufen will, diese in eine Rangfolge mit Haupt- und Hilfsvorbringen einordnen müssen (vgl. Fahrendorf, aaO., Rz 926). 48
- (a) Diesen Anforderungen genügt der Vortrag des Klägers in erster Instanz (wie auch in der Berufungsbegründung) nicht, weil er nicht einen hypothetischen Handlungsverlauf konkret und folgerichtig behauptet, sondern immer nur im Ansatz zu der einen oder anderen möglichen Handlungsvariante Ausführungen macht, ohne sich zur Begründung des Schadens auf eine der denkbaren Varianten festzulegen und diese in ihrem hypothetischen Verlauf konkret darzulegen. Auch die unterschiedlichen Schadensberechnungen setzen für ihre Schlüssigkeit unterschiedliche Handlungsverläufe voraus. 49
- (b) Auf einen entsprechenden rechtlichen Hinweis des Senats hat der Kläger seinen Vortrag ergänzt und behauptet nunmehr (GA 411 ff), er hätte den Anwaltsvergleich bei umfassender 50

Beratung nicht geschlossen. Er hätte weiterhin den Unterhalt i.H.v. 498,98 € aus dem Vortitel gezahlt und keine eigene Abänderungsklage erhoben. Er mache sich den Vortrag der Beklagten aus erster Instanz zu Eigen, dass die Ehefrau ohne den Vergleich eine Abänderungsklage erhoben hätte, um ab 09/2006 eine Erhöhung ihres Unterhalts zu erreichen. Er hätte hierauf mit einer Abänderungswiderklage reagiert, um ab 09/2006 eine Herabsetzung seiner Verpflichtung auf 334,64 € und ab 01/2010 eine Befristung des Unterhaltsanspruchs zu erreichen. Hilfsweise (GA 412 f) behauptet er, er hätte den Anwaltsvergleich bei umfassender Beratung nicht geschlossen. Er hätte weiterhin den Unterhalt i.H.v. 498,98 € aus dem Vortitel gezahlt und zunächst keine eigene Abänderungsklage erhoben. Auch die Ehefrau hätte von einer Abänderungsklage abgesehen. Er hätte sodann dafür Sorge getragen, dass er ab 01/2010 auf die Abänderung des Vergleichs zunächst außergerichtlich und ggf. auch gerichtlich hingewirkt hätte. Er hätte, falls ein Verzicht der geschiedenen Ehefrau nicht zu erlangen gewesen wäre, eine Abänderungsklage mit dem Ziel erhoben, den Unterhaltsanspruch bis 12/2009 zu befristen.

(c) Das ergänzende Vorbringen des Klägers zum hypothetischen Kausalverlauf ist gem. § 531 II Nr. 2 ZPO zuzulassen. 51

Der Kläger hat – wie oben dargelegt – in erster Instanz unvollständig und z.T. widersprüchlich zu den anspruchsbegründenden Tatsachen vorgetragen. Das Landgericht hätte gem. § 139 I ZPO durch einen entsprechenden Hinweis darauf hinwirken müssen, dass sich der Kläger ergänzend erklärt. 52

Es lässt sich nicht feststellen, dass das Landgericht den Kläger auf den unzulänglichen Vortrag in ausreichender Weise hingewiesen hätte. Die in den Akten befindlichen gerichtlichen Verfügungen und Sitzungsprotokolle enthalten einen derartigen Hinweis nicht. Der Vermerk in den Protokollen (GA 60/110), dass die „Sach- und Rechtslage“ erörtert wurde, genügt als Nachweis nicht. 53

Soweit die Beklagte in erster Instanz gerügt hat, dass der Kläger nicht dargelegt habe, wie er sich nach einer pflichtgemäßen Beratung verhalten hätte (GA 52, 102), macht diese Rüge einen gerichtlichen Hinweis nicht entbehrlich. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Partei durch eingehenden und von ihr offenbar verstandenen Vortrag der Gegenpartei zutreffend über die Sach- und Rechtslage unterrichtet war (BGH 20.12.2007 – IX ZR 207/05 – NJW-RR 2008, 581; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 139 Rz 6a). Der im Grundsatz zutreffenden Rüge der Beklagten fehlt die für einen ausreichenden Hinweis notwendige Konkretisierung. Zudem hat der Kläger diesen Vortrag ersichtlich nicht in seiner Bedeutung und Tragweite erfasst, wie die Erwiderungen zeigen, in der der Kläger als Reaktion auf die erste Rüge davon ausgeht, „dass er hinreichend und schlüssig zur Kausalität zwischen anwaltlicher Falschberatung und Schaden vorgetragen hat“ sowie bei gegenteiliger Auffassung des erkennenden Gerichts ausdrücklich um einen richterlichen Hinweis bittet (GA 73) und der erneuten Rüge damit begegnet, dass diese „unverständlich“ sei, zumal nach den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen des Anscheinsbeweises davon auszugehen sei, dass sich der Kläger lediglich aufgrund der Beratung der Beklagten dazu entschlossen habe, den streitgegenständlichen Vergleich abzuschließen (GA 108f). 54

b) Auf der Grundlage des klägerischen Haupt- und Hilfsvorbringens zum hypothetischen Handlungsverlauf ist ein auf der Pflichtverletzung beruhender Unterhaltsschaden (Anträge zu 1, 2 und 4) nicht gegeben. 55

In keinem der vom Kläger haupt- und hilfsweise hypothetisch dargelegten Abänderungsverfahren wäre der gesetzliche Unterhaltsanspruch der geschiedenen Ehefrau 56

in der vom Kläger behaupteten Weise herabgesetzt und befristet worden, weil die gesetzlichen Voraussetzungen gem. §§ 1573 V, 1578 I BGB a.F. wie auch ab 01/2008 gem. § 1578b BGB nicht vorlagen.

Der Aufstockungsunterhalt der geschiedenen Ehefrau wäre nach altem wie neuem Recht auf den angemessenen Lebensbedarf herabzusetzen und/oder zu befristen gewesen, wenn eine an den ehelichen Verhältnissen orientierte Bemessung auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes unbillig gewesen wäre. Erforderlich ist eine umfassende Billigkeitsabwägung aller Umstände des Einzelfalls, wobei ehebedingte Nachteile vorrangig zu prüfen sind und ein besonderes Gewicht haben (vgl. BGH 12.04.2006 – XII ZR 240/03 – FamRZ 2006, 1006; 25.10.2006 – XII ZR 190/03 – FamRZ 2007, 200).

Eine solche umfassende Billigkeitsabwägung hätte sowohl in einem von der Ehefrau eingeleiteten Abänderungsverfahren (Hauptvorbringen) wie ggf. auch in einem vom Kläger angestrebten Abänderungsverfahren (Hilfsvorbringen) nicht zu einer Herabsetzung und Befristung des Unterhaltsanspruchs geführt.

(1)Ehebedingte Nachteile der geschiedenen Ehefrau, die einen dauerhaft unbegrenzten Unterhalt rechtfertigen könnten, lassen sich nicht feststellen.

Der Kläger hat solche in Abrede gestellt (GA 83 f). Die Beklagte hat unter näherer Darlegung (GA 55 ff) behauptet, dass sich die Ehefrau ohne die Ehe beruflich entwickelt hätte und heute als „Verwaltungsleiterin“ netto mind. 3.000,00 € verdienen würde.

Mit ihrem Vortrag zu den ehebedingten Nachteilen genügt die Beklagte nicht der sekundären Darlegungslast, die ihr im Haftungsprozess obliegt, weil sie die Position der Ehefrau im hypothetischen Abänderungsverfahren darlegen muss. Die ehebedingten Nachteile müssen so konkret vorgetragen werden, dass der Kläger als beweisbelastete Partei für die Unbilligkeit einer fortdauernden Unterhaltsverpflichtung den Beweis führen kann, dass ehebedingte Nachteile nicht vorliegen.

Eine derartige Entwicklung, wie sie behauptet wird, drängt sich nach der vorgetragenen Ausbildungs- und Erwerbsbiographie der Ehefrau zudem nicht auf. Die Ehefrau hat eine Ausbildung zur Rechtsanwaltsfachangestellten absolviert. An diese Ausbildung hat sie nach der Trennung angeknüpft und – wie vom Kläger vorgetragen (GA 83) – von 1997 bis 2004 in ihrem erlernten Beruf vollschichtig gearbeitet. Belegt wird dies durch den Vortrag der Ehefrau im Verfahren 8 F 504/01 AG Castrop-Rauxel (BA 2, 3). In Bezug auf ihren erlernten Beruf sind daher ehebedingte Nachteile nicht erkennbar und nicht vorgetragen.

Der Umstand, dass die Ehefrau bei Eingehung der Ehe „ausbildungsfremd“ bei einem „großen“ Reinigungsunternehmen als kaufmännische Angestellte gearbeitet hatte und diese Anstellung nach Geburt des ersten Kindes aufgab, um die Kinderbetreuung und den Haushalt zu übernehmen, zeigt allein keinen ehebedingten Nachteil auf. Die angebliche Karriere, die die Ehefrau in dieser Firma ohne die Ehe durchlaufen hätte (s.o.), ist nicht hinreichend konkret dargelegt. Es ist bereits nicht ersichtlich und dargelegt, dass die Fa. D&D in D2 überhaupt eine Firmenstruktur aufwies, die eine Anstellung als „Verwaltungsleiterin“ ermöglicht und zu der behaupteten Vergütung von netto mind. 3.000,00 € geführt hätte.

(2)Neben ehebedingten Nachteilen sind im Rahmen einer umfassenden Billigkeitsabwägung alle sonstigen Umstände und Belange zu berücksichtigen, die in Bezug auf eine nacheheliche Solidarität Bedeutung und Gewicht haben.

Dies sind die Ehezeit zzgl. die Zeiten der Kinderbetreuung mit insges. mehr als 23 Jahren, die fortwirkenden Kindesbelange und die beiderseitige Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern sowie das überdurchschnittliche Einkommen des Klägers.	65
(3) Zwar sind ehebedingte Nachteile – wie ausgeführt – nicht dargelegt. Eine Abwägung der sonstigen Umstände und Belange führt jedoch dazu, dass ein im Jahr 2007 von der Ehefrau eingeleitetes Abänderungsverfahren mit einer Abänderungswiderklage des Klägers (Hauptvorbringen) zu keiner Befristung oder Absenkung des Unterhaltsanspruchs der Ehefrau geführt hätte. Dies gilt in gleicher Weise für den Fall, dass nicht die Ehefrau, sondern der Kläger ein Verfahren zur Abänderung des gerichtlichen Vergleichs vom 20.02.2003 eingeleitet hätte (Hilfsvorbringen).	66
Von besonderem Gewicht im Rahmen der Gesamtabwägung sind die Kindesbelange. Als „Nachwirkung“ der Ehe verbleiben die Unterhaltsverpflichtungen gegenüber den gemeinsamen Kindern, die während der Minderjährigkeit durch Betreuung und Barunterhalt und ab Volljährigkeit durch Barunterhalt, zu dem beide Elternteile verpflichtet sind, fortbestehen (vgl. BGH 02.03.2011 – XII ZR 44/09 – Rz 24, FamRZ 2011, 713). Es erscheint daher in diesem familiären und unterhaltsrechtlichen Gesamtgefüge nicht unbillig, der Ehefrau und Kindesmutter einen Unterhalt nach dem eheangemessenen Bedarf zuzubilligen, solange die gemeinsame Unterhaltsverpflichtung gegenüber den Kindern bestand/besteht.	67
Unterhaltsverpflichtungen bestanden nach den Darlegungen des Klägers gegenüber der Tochter C2 bis zum Abschluss ihrer Ausbildung zur Steuerfachangestellten Ende 2009. Ab 01/2010 ist sie wirtschaftlich selbständig und erhält keinen Unterhalt mehr. Die Tochter C studiert Geographie und ist nach den Angaben des Klägers im Senatstermin weiterhin unterhaltsbedürftig. Ihr Studium wird sie voraussichtlich Ende nächsten Jahres abschließen. In die Leistung des Barunterhalts für C ist die geschiedene Ehefrau des Klägers eingebunden, wie der zur Akte gereichte Vergleich vom 03.07.2008 – 6 F 171/07 AG Dülmen – (GA 562) und dessen Grundlagen zeigen, den der Kläger mit der Tochter C geschlossen hat.	68
(4) Eine Herabsetzung oder Befristung auf einen späteren Zeitpunkt als vom Kläger behauptet, wäre zum damaligen Zeitpunkt ebenfalls nicht erfolgt, weil noch nicht hinreichend sicher prognostiziert werden konnte, wann die beiderseitige Unterhaltsverpflichtung ggü. den Kindern entfällt.	69
c) Die Kosten des Abänderungsverfahrens 8 F 497/09 – AG Castrop-Rauxel (Anträge zu 3 und 5) stellen keinen auf die Pflichtverletzung zurückzuführenden Schaden dar.	70
Ein ersatzpflichtiger Schaden stellen die Kosten des Abänderungsverfahrens nur dar, wenn sie sich als Minderung des klägerischen Vermögens bei einem Vergleich der tatsächlichen Vermögenslage mit derjenigen, die sich ohne den Beratungsfehler der Beklagten ergeben hätte, darstellen. Hierbei ist grundsätzlich die gesamte Schadensentwicklung bis zur letzten mündlichen Verhandlung in den Tatsacheninstanzen in die Schadensberechnung einzubeziehen (BGH 19.01.2006 – IX ZR 232/01 – Rz 33, NJW-RR 2006, 923).	71
Auf der Grundlage des vom Kläger dargelegten hypothetischen Handlungsverlaufes wären dem Kläger zwar die Kosten für das Abänderungsverfahren 8 F 497/09 nicht entstanden, weil der Anwaltsvergleich nicht geschlossen worden und demnach das zu seiner Abänderung eingeleitete Abänderungsverfahren nicht erforderlich gewesen wäre. Zu berücksichtigen ist aber nach dem hypothetischen Handlungsverlauf, dass die Ehefrau ein Abänderungsverfahren eingeleitet hätte, dem der Kläger mit einer Abänderungswiderklage	72

begegnet wäre. Die Kosten dieses Verfahrens hätte der Kläger zu tragen gehabt, weil nach den obigen Ausführungen die Abänderungsklage der Ehefrau Erfolg gehabt hätte und die Widerklage abgewiesen worden wäre.

Es ist nicht ersichtlich und vom Kläger nicht dargelegt, dass er in diesem hypothetischen Verfahren mit geringeren Kosten belastet worden wäre, als er sie in dem Abänderungsverfahren 8 F 497/09 tatsächlich zu tragen hatte. 73

B.Der erstmals in der Berufungsinstanz gestellten Hilfsantrag auf Feststellung (Antrag zu 6) ist zuzulassen (1.). Er ist jedoch unzulässig, weil ein Feststellungsinteresse fehlt (2.). 74

1.Der Feststellungsantrag ist zuzulassen, weil keine Klageänderung i.S.d. § 263 ZPO sondern nur eine Antragsbeschränkung des einheitlich geltend gemachten Leistungsantrags auf Schadensersatz gem. § 264 Nr. 2 ZPO vorliegt, so dass § 533 ZPO nicht anwendbar ist (Zöller/Heßler, ZPO, 29. Aufl., § 533 Rz 3; Zöller/Greger, aaO, § 264 Rz 3b). 75

2.Der Feststellungsantrag ist unzulässig, weil das erforderliche Interesse an einer alsbaldigen Feststellung fehlt (§ 256 I ZPO). 76

a)Bei reinen Vermögensschäden – wie sie hier aufgrund der anwaltlichen Pflichtverletzung allein in Betracht kommen – besteht ein Feststellungsinteresse nur dann, wenn nach der Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge ein Schadenseintritt hinreichend wahrscheinlich ist, ein Schadenseintritt muss noch nicht feststehen (vgl. BGH 24.01.2006 – XI ZR 384/03 – Rz 27, 29, NJW 2006, 830; BGH 15.10.1992 – IX ZR 43/92 – Rz 77, NJW 1993, 648). 77

Es lässt sich bereits die Beeinträchtigung einer Rechtsposition aufgrund der festgestellten Pflichtverletzung nicht feststellen, die zu einem zukünftigen Schaden führen könnte. Der Kläger ist weder durch den Anwaltsvergleich noch durch das Urteil im Abänderungsverfahren daran gehindert, sich in einem zukünftigen Abänderungsverfahren nach § 239 FamFG auf eine Herabsetzung und/oder Befristung des Unterhaltsanspruchs seiner geschiedenen Ehefrau gem. § 1578b BGB zu berufen. 78

(1)Der Anwaltsvergleich steht einer Begrenzung des Unterhaltsanspruchs gem. § 1578b BGB nicht entgegen. Der Vergleich ist im Hinblick auf eine Herabsetzung und/oder Befristung des nahehelichen Unterhaltsanspruchs noch abänderbar. 79

Der Vergleich entfaltet in Bezug auf die Begrenzung des Unterhaltsanspruchs nur dann eine Bindungswirkung, wenn die Parteien hierüber ausdrücklich oder konkludent eine vertragliche Regelung getroffen haben. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass die Parteien eine spätere Befristung des Unterhalts offen halten wollten (BGH 26.05.2010 – XII ZR 143/08 – Rz 23 ff, FamRZ 2011, 1238 = NJW 2010, 2349). 80

Weder aus dem Anwaltsvergleich noch aus der im Vorfeld geführten Korrespondenz ergibt sich ein Anhalt dafür, dass die Frage einer Begrenzung oder Befristung einerseits oder die Vorstellung einer zeitlich unbegrenzten Unterhaltspflicht andererseits Grundlage des Vergleichsschlusses gewesen ist. Anlass für den Vergleich war vielmehr allein eine Anpassung des Unterhalts an veränderte Einkommensverhältnisse. 81

Demnach kann sich der Kläger im Rahmen eines Abänderungsverlangens uneingeschränkt auf § 1578b BGB berufen. 82

(2) Auch das klageabweisende Urteil des Amtsgerichts – Familiengericht – Castrop-Rauxel vom 01.12.2009 (8 F 497/09) präkludiert den Kläger in einem Abänderungsverfahren nicht mit Einwänden nach § 1578b BGB.

Nach den Gründen dieser Entscheidung ist die Abänderungsklage des Klägers, die dieser allein auf eine Änderung der Gesetzeslage zum 01.01.2008 gestützt hatte, als unzulässig zurückgewiesen worden. Damit fehlt eine Sachentscheidung, die in Rechtskraft erwachsen konnte und nur noch unter den Voraussetzungen nach § 238 FamFG abzuändern wäre. 84

Nach überwiegender Meinung entfaltet bereits eine Entscheidung, mit der ein Abänderungsantrag als unbegründet zurückgewiesen wurde, keinerlei Präklusionswirkungen (vgl. Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 17. Aufl., § 239 Rz 36; Karlsruhe 10.09.2004 – 2 WF 171/04 – FamRZ 2005, 816; Hamm 17.02.1995 – 10 UF 44/94 – Rz 8, NJW 1995, 2042; Karlsruhe 22.09.1994 – 16 WF 114/94 – FamRZ 1995, 893; offen gelassen BGH 23.11.1994 – XII ZR 168/93 – Rz 29, NJW 1995, 534; differenzierend BGH 07.12.2011 – XII ZR 159/09 – Rz 22, FamRZ 2012, 288; a.A. Koblenz 06.08.1999 – 11 UF 415/98 – NJW-RR 1999, 1680). 85

Dies gilt, auch wenn man der anderen Ansicht folgt, jedenfalls dann, wenn die Abänderungsklage – wie hier – als unzulässig abgewiesen wurde, weil dadurch eine Sachentscheidung, die in Rechtskraft erwachsen konnte, nicht ergangen ist (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 29 Aufl., § 323a Rz 10; BGH 07.12.2011 – XII ZR 159/09 – Rz 23, FamRZ 2012, 288). 86

b) Das Feststellungsinteresse lässt sich nicht aus einer ansonsten drohenden Verjährung des Schadensersatzanspruchs herleiten, weil die Verjährungsfrist für einen etwaigen Anspruch noch nicht zu laufen begonnen hat. 87

(1) Ein möglicher Schadensersatzanspruch verjährt gem. § 195 BGB in drei Jahren, beginnend mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Geschädigte von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schädigers Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 I BGB). 88

Für den Beginn der Verjährung ist danach Voraussetzung, dass ein Schaden zumindest dem Grunde nach bereits entstanden ist, d.h. sich die Vermögenslage des Betroffenen objektiv verschlechtert hat, ohne dass bereits feststehen muss, ob dieser Nachteil bestehen bleibt und der Schaden damit endgültig wird. Ist ein Vermögensverlust dagegen noch offen, wird die Verjährungsfrist nicht in Lauf gesetzt (vgl. BGH 22.01.2004 – III ZR 99/03 – Rz 13, NJW-RR 2004, 2026). 89

(2) Steht die anwaltliche Pflichtverletzung im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Vergleichs, tritt der Schaden mit Zustandekommen des Vergleichs ein, wenn sich damit die Vermögenslage des Mandanten gegenüber der Situation vor Vergleichsschluss objektiv verschlechtert hat (vgl. OLG Hamm 04.06.2009 – 28 U 66/07 – Rz 120 mwN, JURIS). 90

Objektiv hat sich die Rechtsstellung des Klägers durch den am 31.01.2007 geschlossenen Anwaltsvergleich in Bezug auf die von ihm behaupteten Präklusionswirkungen aus den dargelegten Gründen nicht verschlechtert, so dass sich diesbezüglich eine Verschlechterung der Vermögenslage durch den Vergleichsschluss nicht feststellen lässt. 91

(3) Besteht die dem Rechtsanwalt anzulastende Pflichtverletzung in einer unterlassenen bzw. unklaren Vertragsgestaltung – wie sie hier in Bezug auf eine fehlende Regelung zu den Möglichkeiten einer Herabsetzung und Befristung des Unterhalts in dem Anwaltsvergleich 92

vorliegt – entsteht ein Schaden erst, wenn der Vertragspartner aus der fehlenden oder aus seiner Sicht für ihn günstigen Regelung Rechte gegen den Vertragspartner herleitet (vgl. BGH aaO, Rz 14; BGH 27.11.2003 – IX ZR 76/00 – Rz 21, NJW 2004, 1523; BGH 19.05.2009 – IX ZR 43/08 – Rz 28, MDR 2009, 1167; Fahrendorf, aaO, Rz 1185). Dies wäre vorliegend erst der Fall, wenn sich die geschiedene Ehefrau in einem Abänderungsverfahren auf eine Präklusion durch den Anwaltsvergleich oder die Entscheidung des Amtsgericht Castrop-Rauxel berufen würde.

c) Selbst wenn in einem zukünftigen Abänderungsverfahren der Kläger – entgegen der dargelegten Rechtsauffassung – mit einem Begrenzungsbegehren aufgrund des Anwaltsvergleichs oder der Entscheidung des Amtsgerichts – Familiengericht – Castrop-Rauxel vom 01.12.2009 präkludiert werden sollte, kann diese – aus Sicht des Senates – unwahrscheinliche Möglichkeit ein Feststellungsinteresse nicht begründen. 93

Der Kläger erleidet für diesen Fall keinen Nachteil, weil aus den dargelegten Gründen ein eventueller Schadensersatzanspruch nicht vor dem Eintritt eines Schadens zu verjähren beginnt. Durch die Abweisung des Feststellungsantrags als unzulässig verliert der Kläger seinen Anspruch nicht (vgl. BGH 15.10.1992 – IX ZR 43/92 – Rz 78, NJW 1993, 648). 94

III 95

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 I ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 96