



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

IX ZR 236/06

Verkündet am:  
20. März 2008  
Preuß  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 2008 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gero Fischer und die Richter Dr. Ganter, Dr. Kayser, Prof. Dr. Gehrlein und Dr. Detlev Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 22. September 2006 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an den 8. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Gerichtskosten für das Berufungsurteil und das Revisionsverfahren werden nicht erhoben.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, eine Bauträgerin, errichtete von 1984 bis 1987 eine Wohnungseigentumsanlage. Im Jahre 1991 beanstandete die Wohnungseigentümergeinschaft gegenüber der Klägerin Feuchtigkeit an der Unterseite der Decke der mit gärtnerischen Anlagen bedeckten Tiefgarage. Die Klägerin beauftragte Anwaltssozietäten, denen die Beklagten - zumindest als Scheinsozietäten - angehörten, mit der Wahrnehmung ihrer Interessen. In einem von den Wohnungseigentümern eingeleiteten selbstständigen Beweisverfahren stellte der Sachverständige D . fest, die - wasserführende Risse aufweisende - Decke der Tiefgarage sei nicht ordentlich durch eine Kunststoff-Dachbahn abgedichtet. Zur Mangelbehebung müsse der gesamte Aufbau erneuert werden.
  
- 2 Daraufhin verlangte die Wohnungseigentümergeinschaft von der Klägerin einen Vorschuss für die erforderlichen Abdichtungsmaßnahmen. Die Klägerin wurde insoweit in erster Instanz zur Zahlung von 120.879,34 DM verurteilt. Anschließend beauftragte sie den Sachverständigen Q. mit der Erstattung eines Privatgutachtens. Q. gelangte zu dem Ergebnis, das Gutachten D. richte sich an den Anforderungen nach DIN 18195 aus; im vorliegenden Fall sei indes die Alternative nach DIN 1045 (Verwendung wasserundurchlässigen Betons) gewählt worden, die den vertraglichen Vorgaben entspreche. Auch sei die Ausführung - abgesehen von nie ganz zu vermeidenden Rissen, die nachträglich mit relativ geringfügigem Kostenaufwand geschlossen werden

könnten - mangelfrei. Das Oberlandesgericht wies die Berufung der Klägerin zurück.

3

Wegen der an die Wohnungseigentümergeinschaft gezahlten Urteils-  
summe, Zinsen und Kosten in Höhe von insgesamt 179.152,96 DM sowie we-  
gen der Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz des weiteren Schadens hat  
die Klägerin die Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Sie hat  
diesen zur Last gelegt, ihre anwaltlichen Pflichten verletzt zu haben. Insbeson-  
dere hätten sie vor Gericht nicht deutlich gemacht, dass das Gutachten D.  
von falschen Voraussetzungen ausgehe. Auch hätten sie das Gutachten  
Q. nicht rechtzeitig dem Berufungsgericht vorgelegt. Mit Urteil vom  
19. Februar 1998 hat das Landgericht der Klage im Wesentlichen stattgegeben.  
In der Berufungsinstanz haben die Beklagten ihrerseits ein Privatgutachten des  
Sachverständigen K. vorgelegt. Dieses hält das Gutachten D. nicht für  
widerlegt, solange nicht das Vorhandensein eines funktionsfähigen wasserun-  
durchlässigen Baukörpers (sogenannte weiße Wanne) nachgewiesen sei, wor-  
an es bisher fehle. Mit Urteil vom 14. September 1999 hat der Einzelrichter des  
Berufungssenats das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und die Sache an das  
Landgericht zurückverwiesen. Dieses hat nunmehr ein - später ergänztes - Gut-  
achten des Sachverständigen F. erhoben, das im Wesentlichen mit dem  
Gutachten Q. übereinstimmt. Daraufhin hat das Landgericht mit Urteil  
vom 4. Februar 2002 der Zahlungsklage wiederum im Wesentlichen stattgege-  
ben und die Feststellungsklage abgewiesen. Auf die neuerliche Berufung der  
Beklagten hat das Berufungsgericht, das D. als sachverständigen Zeugen  
gehört hat, die Klage insgesamt abgewiesen. Die Revision der Klägerin führte  
zur Aufhebung und Zurückverweisung durch das Senatsurteil vom 16. Juni  
2005 (BGHZ 163, 223 ff). Der Senat hat dem Berufungsgericht aufgegeben zu  
prüfen, "auf welcher Tatsachengrundlage - sei es der von dem Sachverständi-

gen, nunmehrigen sachverständigen Zeugen D. , eventuell mit der durch den Sachverständigen K. befürworteten Modifikation, sei es der von den Sachverständigen Q. und F. ermittelten - zu beurteilen ist, welche Aufwendungen zur Reparatur erforderlich waren." Daraufhin hat das Berufungsgericht ohne Beweiserhebung mit Urteil vom 22. September 2006 der Klage stattgegeben. Dagegen wenden sich die Beklagten mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision führt erneut zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

5 Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagten hätten ihre anwaltlichen Pflichten verletzt. Dass das Gutachten Q. dem Berufungsgericht des Vorprozesses rechtzeitig zugeleitet worden und im Gerichtsbetrieb "verschwunden" sei, hätten die Beklagten nicht substantiiert dargelegt. Der von ihnen begangene Fehler habe den von der Klägerin geltend gemachten Schaden verursacht. Wie der Bundesgerichtshof in seinem (ersten) Revisionsurteil dargelegt habe, könne und müsse der Regressrichter alle im Regressprozess verfügbaren Beweismittel berücksichtigen, selbst wenn im Vorprozess ohne die anwaltlichen Pflichtversäumnisse nicht darauf hätte zurückgegriffen werden können. Dies sei nur dann anders, wenn die Erkenntnisse selbst bei pflichtgemäßem Handeln der im Vorprozess auftretenden Rechtsanwälte und sachgerechtem Verfahren des damit befassten Gerichts keinesfalls zur Verfügung gestanden hätten. Habe das Gericht im Vorprozess bei pflichtgemäßem Verhalten des Rechtsanwalts zwischen verschiedenen, jeweils verfahrensrechtlich zulässigen

Wegen wählen können, sei der Anwaltsfehler für den eingetretenen Schaden nur dann nicht ursächlich, wenn der Rechtsanwalt darlegen und beweisen könne, dass auf allen in Betracht kommenden Wegen der Schaden nicht vermeidbar gewesen wäre.

6            Im vorliegenden Fall hätte - so das Berufungsgericht weiter - das Gericht des Vorprozesses bei rechtzeitiger Vorlage des Gutachtens Q. durch die Beklagten auf drei verschiedenen Wegen vorgehen können: Es hätte - wie auch tatsächlich geschehen - den im Beweissicherungsverfahren tätig gewesenen Sachverständigen D. befragen können. Alternativ hätte es den Privatgutachter Q. anhören oder auch ein Obergutachten einholen können. Es sei zumindest offen, welche Ergebnisse die zweite und dritte Variante ergeben hätten, und deswegen könne nicht gesagt werden, dass alle drei zum Verlust des Vorprozesses für die Klägerin geführt hätten. Daraus folge die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für die bei der Klägerin entstandenen Schäden.

7            Das Revisionsurteil könne nicht in dem Sinne verstanden werden, dass der Bundesgerichtshof dem Berufungsgericht aufgegeben habe festzustellen, welche Aufwendungen zur Abdichtung der Tiefgaragendecke erforderlich gewesen seien. Denn die Klägerin sei im Vorprozess rechtskräftig verurteilt worden, den eingeforderten Vorschuss für die Abdichtungsmaßnahmen zu zahlen. Die entsprechenden Aufwendungen seien daher erforderlich gewesen.

## II.

8            Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung wiederum nicht stand. Das Berufungsurteil verletzt den grundrechtlich gewährleisteten

Anspruch der Beklagten auf ein objektiv willkürfreies Verfahren (Art. 3 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip).

- 9                    1. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Pflichtverletzung der Beklagten sei für den Schaden der Klägerin ursächlich, entbehrt einer nachvollziehbaren Begründung.
- 10                   a) Die – für das Revisionsverfahren zu unterstellende - Pflichtverletzung kann für den Schaden nur dann ursächlich sein, wenn davon auszugehen ist, dass die Klägerin ohne die Pflichtverletzung den Vorprozess gewonnen hätte. Entsprechende Feststellungen hat das Berufungsgericht jedoch nicht getroffen. Die Beklagten haben sich darauf berufen, die Klägerin sei im Vorprozess zu Recht verurteilt worden, weil das Garagendach nicht als wasserundurchlässiger Baukörper (weiße Wanne) hergestellt worden und die Undichtigkeit somit nicht durch bloßes Verpressen der Risse zu beseitigen gewesen sei. Sie haben zum Beweis die Anhörung der Sachverständigen K.        und D.        beantragt. Mangels entgegenstehender Feststellungen des Berufungsgerichts ist im Revisionsverfahren von der Behauptung der Beklagten auszugehen.
- 11                   b) Der erkennende Senat hat in seinem (ersten) Revisionsurteil ausgeführt, offen sei zumindest, welche Ergebnisse die zweite Verfahrensvariante (Anhörung des Privatgutachters Q.        ) und die dritte Verfahrensvariante (Beauftragung eines Obergutachters) ergeben hätten. Deswegen könne nicht gesagt werden, dass alle drei Alternativen zum Verlust des Vorprozesses für die Klägerin geführt hätten (BGHZ 163, 223, 232). Diese Aussage ist - unmissverständlich - auf das damalige Verfahrensstadium bezogen gewesen. Mit ihr ist zum Ausdruck gebracht worden, dass entsprechende Feststellungen bislang fehlten, nicht jedoch, dass solche unmöglich seien. In Ermangelung von Fest-

stellungen ist - wie es revisionsrechtlich geboten war - zugunsten der damals von der Klägerin eingelegten Revision unterstellt worden, dass die zweite und die dritte Variante keine für die Beklagten günstigen Ergebnisse erbracht hätten. Hätte der Senat dies als feststehend betrachtet oder die Auffassung vertreten, es sei jetzt nicht mehr feststellbar, zu welcher Entscheidung das Gericht des Vorprozesses bei Verfolgung der alternativen Verfahrensweisen hätte gelangen müssen, die Beklagten seien also beweisfällig, hätte er seinerzeit zu ihren Lasten eine Endentscheidung getroffen. Er hat jedoch die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen, damit die "Tatsachengrundlage" neu geprüft wird (BGHZ 163, 223, 234).

12 c) Das Berufungsgericht hat aus nicht nachvollziehbaren Gründen davon abgesehen. Es hat ausgeführt (Unterstreichungen nur hier): "Wenn ... nicht gesagt werden kann, dass alle drei dem Gericht des Vorprozesses im Falle pflichtgemäßen Verhaltens der Beklagten zur Verfügung gestanden habenden Alternativen zum Verlust des Vorprozesses für die Klägerin geführt hatten (hätten?), und wenn die Ursächlichkeit des anwaltlichen Fehlverhaltens für den eingetretenen Schaden nur dann zu verneinen ist, wenn der Anwalt darlegen und beweisen kann, dass auf allen in Betracht kommenden Wegen der Schaden nicht vermeidbar gewesen wäre, folgt darauf (daraus?) für den hier zu entscheidenden Sachverhalt, dass der Entscheidung die Einschätzung zugrunde zu legen ist, dass die anwaltlichen Fehler der Beklagten ursächlich zu auf Seiten der Klägerin eingetretenen Schäden geführt haben." Dass die (durch die doppelte Unterstreichung hervorgehobenen) Prämissen zutreffen, ist dabei offen geblieben.

13 Es kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, das Berufungsgericht habe sich die "freie Überzeugung" gebildet, der haftungsausfüllende Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden sei gegeben. Allerdings ist dieser Zusammenhang nach § 287 ZPO zu beurteilen. Gegenüber einer Anwendung des § 286 ZPO ist das Beweismaß verringert. Voll bewiesen zu werden braucht außer dem Pflichtenverstoß nur, dass derjenige, dem gegenüber die Pflicht verletzt worden ist, in seinen Interessen so betroffen worden ist, dass nachteilige Folgen für ihn eintreten konnten. Soweit es um den eigentlichen Eintritt des Schadens und um dessen Höhe geht, kann und muss sich der Tatrichter also mit einer deutlich überwiegenden Wahrscheinlichkeit begnügen (vgl. BGH, Urt. v. 7. März 1996 - IX ZR 169/95, WM 1996, 1333; v. 22. Oktober 2003 - IX ZR 249/02, NJW 2004, 444, 445; v. 18. März 2004 - IX ZR 255/00, NJW 2004, 1520, 1521; v. 6. Juli 2006 - IX ZR 88/02, NJW-RR

2006, 1682, 1684 Rn. 15; v. 23. November 2006 - IX ZR 21/03, NJW-RR 2007, 569, 572 Rn. 37). Die in § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO genannte "freie Überzeugung" des Gerichts berechtigt dieses jedoch nicht zur willkürlichen Bejahung des Ursachenzusammenhangs (BGH, Beschl. v. 7. Dezember 2006 - IX ZR 173/03, WM 2007, 569 f).

14                    2. Objektiv willkürlich ist auch die Ansicht des Berufungsgerichts, es sei - entgegen der Anweisung in dem ersten Revisionsurteil - nicht mehr zu prüfen, welche Aufwendungen zur Reparatur der an dem Garagendach festgestellten Schäden erforderlich waren. Durch die Bezugnahme auf die "in zwei Lager gespaltenen" Sachverständigen war deutlich gemacht worden, um was es ging: Traf die Beurteilung der Sachverständigen D.        und K.        zu, war die Klägerin im Vorprozess zu Recht verurteilt worden. War demgegenüber den Sachverständigen Q.        und F.        zu folgen, traf das Gegenteil zu.

15                    Die Argumentation des Berufungsgerichts, die Klägerin sei im Vorprozess rechtskräftig verurteilt worden, den Vorschuss für die von ihr für erforderlich gehaltenen (sich an einem Angebot einer Firma P.        orientierenden) Kosten der Abdichtungsmaßnahmen zu zahlen, und somit seien "die insofern getätigten Aufwendungen erforderlich und die Pflichtverletzung der Beklagten für ihre Entscheidung kausal" gewesen, ist unverständlich. Der eingeklagte Vorschuss orientierte sich an der Beurteilung des Sachverständigen D.        , die Dachabdichtung müsse von Grund auf erneuert werden. Im vorliegenden Verfahren geht es aber gerade darum, ob die Klägerin im Vorprozess zur Bezahlung dieser - den von den Sachverständigen Q.        und F.        geschätzten Aufwand bei weitem übersteigenden - Kosten von Rechts wegen auch dann verurteilt worden wäre, wenn die Beklagten ihr Mandat sachgerecht ausgeübt

hätten. Dies kann - mangels Feststellungen - nach derzeitigem Sach- und Streitstand ebenso wenig ausgeschlossen werden wie das Gegenteil.

16           3. Schließlich rügt die Revision mit Recht, das Berufungsgericht habe nicht geprüft, ob der für die nunmehrige Klägerin negative Ausgang des Vorprozesses auf einen Fehler des Gerichts zurückzuführen sei. Die Aussage in dem Berufungsurteil, es sei nicht substantiiert dargetan worden, aus welchen Gründen die Verurteilung der Klägerin auf gerichtliche Fehler zurückzuführen sei, ist nicht nachvollziehbar.

17           Die Beklagten, die in erster Linie die Auffassung vertreten, die Klägerin sei zu Recht verurteilt worden, haben hilfsweise geltend gemacht, sie hätten seinerzeit alle ihnen zu Gebote stehenden Mittel ausgeschöpft, um den Standpunkt der Klägerin durchzusetzen. Sie hätten deshalb keine mandatsbezogenen Anwaltpflichten verletzt.

18           Das Berufungsgericht hat in seinen beiden Urteilen vom 22. September 2006 und 19. Dezember 2003 die Frage der Pflichtverletzung nicht mehr problematisiert, sondern sich jeweils auf sein Urteil vom 14. September 1999 bezogen. In jenem Urteil war den Beklagten Folgendes als Verstoß gegen ihre anwaltlichen Pflichten zur Last gelegt worden: Sie hätten es versäumt, bereits im landgerichtlichen Verfahren des Vorprozesses das Gutachten des Sachverständigen D.       mit den Argumenten anzugreifen, die sich aus Informationen der Generalunternehmerin (etwa aus deren Schreiben vom 22. März 1993) ergeben hätten. Sie hätten die Anhörung D.       oder die Einholung einer ergänzenden gutachterlichen Stellungnahme dieses Sachverständigen oder die Einholung eines Obergutachtens beantragen können. In der Berufungsinstanz des Vorprozesses hätten sie wiederum weder die mündliche Erläuterung noch

die schriftliche Ergänzung des Gutachtens D. beantragt. Außerdem hätten sie es versäumt, geeigneten Beweis für die Behauptung anzutreten, dass dem Beton das Sperrmittel "Zementinol" beigefügt gewesen sei. Gegenüber sämtlichen Vorwürfen hatten sich die Beklagten vor und nach dem Ergehen des Urteils vom 14. September 1999 mit detaillierten Ausführungen verwahrt. Sie haben geltend gemacht, die Niederlage der nunmehrigen Klägerin im Vorprozess sei - falls sie nicht rechtens zustande gekommen sei - für sie, die Beklagten, unter anderem deshalb unabwendbar gewesen, weil die damit befassten Gerichte sich zu viel technisches Wissen zugetraut und aus dem Schreiben der Generalunternehmerin vom 22. März 1993 falsche Schlüsse gezogen hätten. Dieses Vorbringen war hinreichend substantiiert.

19 Falls die Gerichte im Vorprozess zu Unrecht eine Beweisaufnahme unterlassen haben sollten, so sind die Beklagten hierfür nicht verantwortlich zu machen. Gerichtliche Beweiserhebungsdefizite fallen den anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten nicht zur Last, falls sie schlüssiges Vorbringen mit zulässigen Beweisanträgen unterlegt hatten (vgl. Fischer, in: Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung 2. Aufl. Rn. 1030). Ebenso wenig hat der Anwalt einen Schaden zu verantworten, der auf einen von ihm begangenen Fehler zurückgeht, falls dieser so rechtzeitig behoben wurde, dass für das Gericht keine erhöhten Schwierigkeiten mehr bestanden, den Streitfall richtig zu entscheiden (BGH, Urt. v. 5. November 1987 - IX ZR 8/86, NJW 1988, 486, 487).

20 Der erkennende Senat hat bereits in seinem ersten Revisionsurteil ausgeführt, dass das Berufungsgericht bei seinem Urteil vom 19. Dezember 2003 hinsichtlich der Beurteilung der Pflichtverletzung - entgegen seiner damaligen Annahme - keinen prozessualen Bindungen unterlag. Solche bestehen auch

jetzt nicht. Zwar hat der Senat in dem ersten Revisionsurteil eine Gegenrüge der verklagten Rechtsanwälte mit der Begründung zurückgewiesen, sie hätten in ihrer Revisionserwiderung nicht dargetan, "dass die Annahme anwaltlicher Pflichtverletzungen ... unrichtig sei". Bindungswirkung entfaltet auch dies nicht, weil es sich um ein bloßes obiter dictum handelt. Die mit dem ersten Revisionsurteil ausgesprochene Aufhebung und Zurückverweisung beruhte allein auf der fehlerhaften Beurteilung der Kausalitätsfrage.

### III.

21            Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nochmals an das Berufungsgericht zurückzuweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Senat macht nunmehr von der Möglichkeit der Zurückverweisung an einen anderen Berufungssenat Gebrauch (§ 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

22            Das Berufungsgericht wird der Frage, ob die Beklagten anwaltliche Pflichten verletzt haben und ob dies - oder aber ein gerichtlicher Fehler - den Ausgang des Vorverfahrens maßgeblich beeinflusst hat, nochmals nachgehen müssen. Im Rahmen der Prüfung des Zurechnungszusammenhangs wird das Berufungsgericht sodann prüfen müssen, ob die Klägerin den Vorprozess materiell zu Recht oder zu Unrecht verloren hat. In diesem Zusammenhang wird es beurteilen müssen, ob einem der bisher vorliegenden Sachverständigengutachten zu folgen ist und gegebenenfalls welchem. Notfalls wird ein weiteres Gutachten bzw. ein Obergutachten erhoben werden müssen. Wenn diese erste Frage geklärt ist, wird das Berufungsgericht in einem zweiten Schritt feststellen müssen, ob diese Klärung bereits im Vorprozess hätte erreicht werden können,

indem der Sachverständige Q. angehört (Variante 2) oder ein Obergutachten eingeholt (Variante 3) worden wäre.

Dr. Gero Fischer

Dr. Ganter

Dr. Kayser

Richter am BGH  
Prof. Dr. Gehrlein  
hat Urlaub und ist  
daher verhindert  
zu unterschreiben.

Dr. Gero Fischer

Dr. Detlev Fischer

Vorinstanzen:

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 04.02.2002 - 2/25 O 326/97 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 22.09.2006 - 10 U 49/02 -