



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

II ZR 364/16

Verkündet am:  
17. September 2019  
Kirchgeßner  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. September 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher und den Richter Born, die Richterin B. Grüneberg sowie die Richter V. Sander und Dr. von Selle

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 23. November 2016 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist.

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der 22. Zivilkammer des Landgerichts Hamburg vom 7. Juni 2013 abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Kläger auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Verwalter im Nachlassinsolvenzverfahren über das Vermögen des K. P. (im Folgenden ebenfalls: Kläger), der wäh-

rend des Berufungsverfahrens des vorliegenden Rechtsstreits verstorben ist. Der beklagte Rechtsanwalt vertrat den Kläger in einem Rechtsstreit mit dessen Mitgesellschafter.

- 2 In dem früheren Rechtsstreit wurde der Kläger durch seinen Mitgesellschafter auf Freigabe des hinterlegten Restkaufpreises aus dem Verkauf eines Grundstücks in Anspruch genommen. Der Erlös aus dem Verkauf war das verbliebene Vermögen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, an der der Kläger zu einem Drittel und sein Mitgesellschafter zu zwei Dritteln beteiligt waren. Das Grundstück diente dem mittlerweile aufgegebenen Geschäftsbetrieb einer offenen Handelsgesellschaft, an der der Kläger und sein Mitgesellschafter je zur Hälfte beteiligt waren.
- 3 Die Freigabeklage des Mitgeschafters des Klägers hatte überwiegend Erfolg. Das Landgericht berechnete den Freigabeanspruch unter Saldierung der Ansprüche der Gesellschafter aus der Auseinandersetzung der offenen Handelsgesellschaft; dabei ging es unzutreffend davon aus, dass der Kläger auch an dieser Gesellschaft nur einen Anteil von einem Drittel gehalten habe. Das Urteil ist rechtskräftig, nachdem der Kläger seine dagegen eingelegte Berufung auf entsprechenden gerichtlichen Hinweis zurücknahm.
- 4 Der Kläger ist der Auffassung, dass der Beklagte im Freigabeprozess auf die wahren Beteiligungsverhältnisse an der offenen Handelsgesellschaft hätte hinweisen müssen. Aufgrund dieses Versäumnisses habe er einen Vermögensschaden erlitten, weil nicht sein vollständiger Auseinandersetzungsanspruch aus der offenen Handelsgesellschaft auf den Freigabeanspruch verrechnet worden sei. Der Kläger hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an ihn 77.833,94 € nebst Zinsen zu zahlen und ihn von den Gerichtskosten des Berufungsverfahrens in Höhe von 15.424,45 € nebst Zinsen freizustellen.

5            Das Landgericht hat der Zahlungsklage abzüglich hilfsweise aufgerechneter Vergütungsansprüche des Beklagten in Höhe von 18.699,94 €, mithin in Höhe von 59.134 € nebst Zinsen stattgegeben und ihn zur beantragten Freistellung verurteilt. Die Berufung des Beklagten führte zu einer Verringerung der Zahlungsverpflichtung auf 45.449,70 € nebst Zinsen und zur Änderung des Freistellungs- in einen Zahlungsausspruch. Mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter, wobei er sich gegen die Verurteilung zum Ersatz der Gerichtskosten des Berufungsverfahrens nur mehr mit der Aufrechnung wendet.

Entscheidungsgründe:

6            Die Revision hat Erfolg und führt zur Abweisung der Klage.

7            I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, im Wesentlichen wie folgt begründet:

8            Von dem Überschuss nach Liquidation der Gesellschaft bürgerlichen Rechts von 1.637.327,38 € aus dem Grundstücksverkauf habe dem Kläger ein Drittel, mithin 545.775,79 € zugestanden. Die nicht durch Vermögen gedeckten Verbindlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft beliefen sich auf 182.131,01 €, wovon der Kläger entsprechend seinem hälftigen Anteil 91.065,51 € zu berichtigen habe. Daneben habe der Kläger sein negatives Kapitalkonto an der Handelsgesellschaft von 390.560,64 € auszugleichen. Per Saldo habe der Kläger von dem Restkaufpreis mithin 64.149,64 € beanspruchen können. Diesen Betrag habe der Beklagte dem Kläger abzüglich der aufgerechneten Vergütungsansprüche über 18.699,94 € zu ersetzen.

9                   II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Prüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

10                   1. Das Urteil kann schon deshalb keinen Bestand haben, weil es auf der rechtsfehlerhaften Annahme beruht, der dem Beklagten angelastete Anwaltsfehler, nicht auf die richtigen Beteiligungsverhältnisse an der offenen Handelsgesellschaft hingewiesen zu haben, habe zu einem Vermögensschaden des Klägers geführt. Die Verursachung eines solchen Schadens ist, wie die Revision zu Recht rügt, auf Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ausgeschlossen, da danach die Verbindlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft deren Vermögen überstiegen. Ein Hinweis auf die zutreffende hälftige Beteiligung des Klägers an der Handelsgesellschaft hätte dazu geführt, dass in die Auseinandersetzungsrechnung eine entsprechend höhere Fehlbeitragshaftung (§ 105 Abs. 3 HGB, § 735 Satz 1 BGB) einzustellen gewesen wäre und sich dessen Auseinandersetzungsanspruch entsprechend verringert hätte.

11                   Entgegen der Auffassung des Klägers ist unerheblich, dass die Verbindlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft nach den Feststellungen des Berufungsgerichts aus dem Erlös des Grundstücksverkaufs berichtigt worden sind. Damit ist entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht festgestellt, dass die Tilgung der Schulden der Handelsgesellschaft ungeachtet der tatsächlichen Beteiligungsverhältnisse an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus dem Erlös des Grundstücksverkaufs erfolgen sollte. Das Berufungsgericht ist, wie schon das Landgericht im Vorprozess, vielmehr davon ausgegangen, dass dem Kläger lediglich ein Anteil in Höhe seiner Beteiligung an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, mithin von einem Drittel zugestanden habe. Einen höheren Anteil am Überschuss hat der Kläger im Vorprozess auch nicht beansprucht.

12            2. Des Weiteren hat das Berufungsgericht fehlerhaft den von ihm errechneten Anspruch des Klägers auf den Restkaufpreis mit seinem Schaden gleichgesetzt. Das Berufungsgericht hat offensichtlich übersehen, dass der Kläger im Freigabeprozess teilweise obsiegt hat. Soweit die Freigabeklage abgewiesen wurde, hat er keinen Schaden erlitten.

13            III. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur Endentscheidung reif, weil weitere Feststellungen weder erforderlich noch zu erwarten sind (§ 563 Abs. 3 ZPO).

14            Die Klage ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft bei Auseinandersetzung nicht ausreichte, um deren Verbindlichkeiten zu berichtigen. Es hat sich zudem auf die im Freigabeprozess getroffenen Feststellungen bezogen, wonach mit dem Überschuss aus dem Grundstücksverkauf in erheblichem Umfang Verbindlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft beglichen worden sind. Gegen diese Feststellungen wendet sich der Kläger nicht mit einer Verfahrensgegenrüge. War das Vermögen der Handelsgesellschaft bei Auseinandersetzung aber negativ, kann der dem Beklagten vorgeworfene Anwaltsfehler, nicht auf die höhere Beteiligung des Klägers an der Gesellschaft hingewiesen zu haben, nicht zu einem Schaden geführt haben. Die Vergütungsansprüche des Beklagten von 18.699,94 € sind folglich nicht durch Aufrechnung gegen einen solchen Schadensersatzanspruch erloschen, sondern haben den Anspruch des Klägers auf

Ersatz der Gerichtskosten des Berufungsverfahrens zum Erlöschen gebracht (§ 389 BGB).

Drescher

Born

B. Grüneberg

V. Sander

von Selle

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 07.06.2013 - 322 O 512/10 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 23.11.2016 - 11 U 187/13 -