



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

IX ZR 142/05

Verkündet am:  
24. Mai 2007  
Preuß  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

---

BGB § 675

- a) Der anwaltliche Beklagtenvertreter im Zivilprozess ist schon in der Eingangsstanz verpflichtet, zum Schutz seiner Partei auf Schlüssigkeitsbedenken gegen die Klage hinzuweisen, wenn er nicht ausschließen kann, dass das Gericht solche Gesichtspunkte übersieht.
- b) Beruht das zu Lasten des Mandanten ergangene Urteil auf einem übersehenen Schlüssigkeitsmangel der Klage, so muss der Rechtsanwalt seinen Mandanten über die hieraus folgenden Angriffsmöglichkeiten für ein Berufungsverfahren aufklären.

VAHRG § 3b Abs. 1 Nr. 2; BGB §§ 394, 399 Fall 1; ZPO §§ 851, 850c; SGB I § 54 Abs. 4; SGB VI § 187 Abs. 1 Nr. 2

Gegen die Verpflichtung, im Wege des Versorgungsausgleichs für den Berechtigten Beiträge zur Begründung von Anrechten in einer gesetzlichen Rentenversicherung zu zahlen, kann nur in dem Umfang aufgerechnet werden, in dem die hierdurch erhöhte Altersrente pfändbar wäre.

BGB § 251 Abs. 2 Satz 1

Es ist für den Schädiger im Rahmen einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung nicht zumutbar, als Dritter durch Beitragsentrichtung im Wege des Schadenersatzes einen rechtskräftig angeordneten Anspruch auf Versorgungsausgleich nach § 3b Abs. 1 Nr. 2 VAHRG zu erfüllen, der gegen den Schuldner des Versorgungsausgleichs nicht mehr durchsetzbar ist. Der Schädiger schuldet nur Geldersatz für die geminderte Rente im Rentenbezugszeitraum.

BGH, Urteil vom 24. Mai 2007 - IX ZR 142/05 - OLG Karlsruhe

LG Mannheim

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Februar 2007 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gero Fischer und die Richter Dr. Ganter, Raebel, Dr. Kayser und Dr. Detlev Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Beklagten werden die Urteile des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 12. Mai 2005 und der 3. Zivilkammer des Landgerichts Mannheim vom 23. Juli 2004 aufgehoben.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, an die Klägerin vom Zeitpunkt der Erlangung der Rentenberechtigung in der gesetzlichen Rentenversicherung an fortlaufend Beträge zu zahlen, die erforderlich sind, um die Klägerin so zu stellen, als sei auf ihr Versicherungskonto bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte Berlin (Vers.-Nr. ... ) unverzüglich nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Amtsgerichts - Familiengerichts - Weinheim vom 25. Oktober 2002 (1 F 104/00) ein Betrag von 31.565,99 € gezahlt worden. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehenden Rechtsmittel des Beklagten werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte 4/5 und die Klägerin 1/5.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin erkannte in notarieller Urkunde vom 14. Dezember 1998 an, ihrem damaligen Ehemann, mit dem sie bereits in Scheidung lebte, 242.000 DM zu schulden, und unterwarf sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung. Am 22. Oktober 1999 wurde die Ehe geschieden. Das Familiengericht verurteilte den Ehemann, zur Begründung von Anwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung einen Betrag von 61.737,72 DM auf das Versicherungskonto seiner geschiedenen Ehefrau zu zahlen.
  
- 2 Als die Klägerin die Zwangsvollstreckung zur Durchsetzung dieses Anspruchs ankündigte, erhob der Ehemann Vollstreckungsabwehrklage mit der Begründung, der Anspruch sei durch Aufrechnung mit der Forderung aus der notariellen Urkunde erloschen. In diesem Rechtsstreit wurde die Klägerin von dem beklagten Rechtsanwalt vertreten. Das Familiengericht gab der Klage statt. Sein am 25. Oktober 2002 verkündetes Urteil wurde rechtskräftig.
  
- 3 Die Klägerin, die inzwischen mehrfach die eidesstattliche Versicherung geleistet hat, nimmt den Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch, weil er gegen das Urteil, welches sachlich unrichtig sei, kein Rechtsmittel eingelegt habe. Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt, auf das Versicherungskonto der Klägerin bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte einen Betrag von 31.565,99 € zum Zweck der Erfüllung des Anspruchs der Klägerin gegen ihren geschiedenen Ehemann auf Begründung von Rentenanwartschaften zu zahlen, und hat die Verpflichtung des Beklagten festgestellt, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr aus der verspäteten Einzahlung des genannten Betrages entsteht. Die Berufung des Beklagten ist zurückgewiesen worden. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt er sein Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision ist nur zu einem verhältnismäßig geringfügigen Teil begründet.

I.

5 Das Berufungsgericht hat dem Beklagten zur Last gelegt, für die Klägerin gegen das Urteil des Amtsgerichts vom 25. Oktober 2002 keine Berufung eingelegt zu haben. Der Beklagte sei verpflichtet gewesen, alle für den Prozessserfolg seiner Mandantin notwendigen Handlungen zu ergreifen. Die Berufung gegen das amtsgerichtliche Urteil habe zum Erfolg führen müssen. Die mit der Vollstreckungsgegenklage eingewendete Aufrechnung gegen den Anspruch der Klägerin auf Versorgungsausgleich gemäß § 3b Abs. 1 Nr. 2 VAHRG sei aus mehreren Gründen unzulässig gewesen. Es fehle schon an der Gleichartigkeit der beiderseitigen Ansprüche. Gegen den Anspruch auf Versorgungsausgleich könne aber auch nach § 394 BGB nicht aufgerechnet werden. Zum einen sei er wegen seines unterhaltsrechtlichen Zusammenhangs entsprechend § 850b Abs. 1 Nr. 2 ZPO unpfändbar. Zum anderen sei der Anspruch auf Versorgungsausgleich der Aufrechnung entzogen gewesen, weil er ohne Veränderung seines Inhalts nicht abgetreten und deshalb ebenfalls nicht gepfändet werden könne.

6 Aufgrund der schuldhaften Verletzung des anwaltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages habe der Beklagte hier den Schaden der Klägerin in der Weise zu ersetzen, dass er als Dritter den Anspruch seiner Mandantin auf Versorgungsausgleich durch Beitragsentrichtung auf ihr Versicherungskonto erfülle. Dazu sei der Beklagte imstande, weil das rechtskräftige Urteil vom 25. Oktober

2002 nur zwischen den Parteien der Vollstreckungsgegenklage wirke. Ausgleich für einen schadensersatzrechtlichen Vorteil der Klägerin stehe dem Beklagten nicht zu.

## II.

7            Diese Erwägungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten Stand. Der Beklagte hat zwar seine anwaltlichen Pflichten gegenüber der Klägerin schuldhaft verletzt. Der Schadensersatz hierfür ist aber nicht in der vom Berufungsgericht angenommenen Weise zu leisten.

8            1. Der Beklagte hat der Klägerin nicht empfohlen, gegen das der Vollstreckungsabwehrklage stattgebende Urteil Berufung einzulegen. Dieses zu Lasten seiner Mandantin ergangene Urteil ist rechtlich nicht haltbar. Den Rechtsfehler hätte er erkennen und der Klägerin nach entsprechender Belehrung raten müssen, Berufung einzulegen.

9            a) Der Ehemann der Klägerin hätte mit der Vollstreckungsabwehrklage nicht durchdringen dürfen, weil die Aufrechnung gegenüber dem titulierten Anspruch der Klägerin aus dem Scheidungsurteil unzulässig war (§ 394 Satz 1 BGB).

10           Der Anspruch auf Versorgungsausgleich gemäß § 3b Abs. 1 Nr. 2 VAHRG richtet sich auf die Begründung von Rentenanwartschaften gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2, § 66 Abs. 1 Nr. 4, § 76 Abs. 2, § 187 Abs. 1 Nr. 2 SGB VI. Er kann nur durch Zahlung an einen bestimmten Träger der gesetzlichen Rentenversicherung erfüllt werden. Eine Abtretung oder Pfändung des Anspruchs würde eine Änderung seines Inhaltes bewirken und ist daher nach § 399 Fall 1 BGB, § 851 Abs. 1 ZPO nichtig (vgl. OLG München FamRZ 1993, 814, 815; v. Horn-

hardt FamRZ 1979, 655, 659; Göppinger/Wenz, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung 7. Aufl. § 3 Rn. 60; Ruland/Tiemann, Versorgungsausgleich und steuerliche Folgen der Ehescheidung 1977 Rn. 487 f; Soergel/Lipp, BGB 13. Aufl. § 1587b Rn. 46). Davon machte § 851 Abs. 2 ZPO hier keine Ausnahme, weil die grundsätzlich wie Arbeitseinkommen pfändbare Altersrente der Klägerin (§ 54 Abs. 4 SGB I; vgl. auch BGH, Beschl. v. 21. November 2002 - IX ZB 85/02, WM 2003, 548) einschließlich der Verbesserung durch den geschuldeten Versorgungsausgleich den Pfändungsfreibetrag des § 850c ZPO in der Fassung vom 16. Dezember 1997 (BGBl. I S. 2942) nicht überstieg. Die Vollstreckungsabwehrklage war daher unschlüssig.

11            b) Der Beklagte hätte diesen Fehler des Urteils erkennen und die Klägerin deshalb über die Möglichkeit und die Aussichten einer Berufung beraten müssen.

12            aa) In welchem Umfang der Anwalt den Mandanten nach einem Instanzverlust über die Aussichten eines Rechtsmittels zu belehren hat, ist allerdings durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs noch nicht umfassend geklärt. Eine entsprechende Belehrungspflicht besteht jedenfalls hinsichtlich der formellen Voraussetzungen des Rechtsmittels (vgl. BGH, Urt. v. 6. Juli 1989 - IX ZR 75/88, WM 1989, 1826, 1827), bei ohne weiteres erkennbarer Divergenz zur höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGHZ 85, 252, 259 ff; BGH, Urt. v. 17. Januar 2002 - IX ZR 182/00, WM 2002, 513, 515) sowie in den Fällen, in denen der Fehler des Urteils auch darauf beruht, dass der Rechtsanwalt nicht sachgerecht gearbeitet, er das unrichtige Urteil also mitverschuldet hat (BGH, Urt. v. 17. Januar 2002, aaO; insoweit ausdrücklich zustimmend BVerfG NJW 2002, 2937, 2938). Unter solchen Umständen erfordert es die vorausgegangene Pflichtwidrigkeit, den Mandanten konkret auf die Umstände hinzuweisen, die ein Rechtsmittel aussichtsreich erscheinen lassen (vgl. Fahrendorf in Rinsche/Terbille/Fahrendorf, Die Haftung des Rechtsanwalts 7. Aufl. Rn. 1547

Fn. 693). Dagegen gehört es ohne gesonderten Auftrag nicht zu den Aufgaben eines Berufungsanwalts, die materiellen Gründe des Berufungsurteils einer eingehenden Prüfung auf ihre Richtigkeit zu unterziehen, erfolgversprechende Angriffspunkte herauszuarbeiten und sie auf ihre Revisibilität hin zu untersuchen (BGH, Urt. v. 27. März 2003 - IX ZR 399/99, WM 1003, 1146, 1148; vgl. auch Urt. v. 10. Juli 2003 - IX ZR 5/00, NJW 2003, 2986, 2987).

13           bb) Nach diesen Grundsätzen durfte sich der Beklagte im Streitfall nicht mit dem allgemeinen Hinweis auf die Möglichkeit der Berufung begnügen; denn er hatte die Rechtsverteidigung der Beklagten gegenüber der Vollstreckungsabwehrklage nur unzureichend erarbeitet. Bei sachgerechter Wahrnehmung des Prozessmandats hätte er den Rechtsfehler des ergangenen Urteils ohne weiteres erkennen können.

14           Wer als Rechtsanwalt die Vertretung der beklagten Partei in einem Zivilprozess übernimmt, muss grundsätzlich prüfen, ob die gegnerische Klage eventuell schon an fehlender Schlüssigkeit scheitert. Sind bei verkehrsüblicher Sorgfalt solche Mängel erkennbar, so hat der Prozessbevollmächtigte sie grundsätzlich im Rechtsstreit geltend zu machen (vgl. RGZ 139, 358, 362; BGH, Urt. v. 24. März 1988 - IX ZR 114/87, NJW 1988, 3013, 3016; v. 4. Juni 1996 - IX ZR 51/95, NJW 1996, 2648, 2650; Sieg in Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung 2. Aufl. Rn. 675). Eine solche Verpflichtung entspricht dem in § 1 Abs. 3 BORA zum Ausdruck gekommenen Selbstverständnis der Anwaltschaft und begegnet auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. BVerfGE 76, 171, 187 f; BVerfG NJW 2002, 2937).

15           Zweifel an der Wirksamkeit der vom Ehemann der Klägerin erklärten Aufrechnung drängten sich schon im Hinblick auf die besondere Rechtsnatur des Anspruchs aus § 3b Abs. 1 Nr. 2 VAHRG sowie die Beteiligung eines öffentlich-rechtlichen Rechtsträgers gemäß § 53b Abs. 2 Satz 1 FGG (vgl. dazu BGH,



Beschl. v. 18. Januar 1989 - IVb ZB 208/87, NJW 1989, 1858, 1859) auf. Die Berechtigung des Einwands wurde zudem durch die damals bereits veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur (vgl. oben zu 1. a) bestätigt. Schließlich gab es auch keinen sonstigen Grund, von der Erhebung des Einwands, die Aufrechnung sei unzulässig, abzusehen. Die von der Mandantin erhaltene Information ermöglichte dem Beklagten lediglich Einwendungen, deren Erheblichkeit und Beweisaussichten in hohem Maße fragwürdig waren. Das pfälzische Oberlandesgericht Zweibrücken hatte bereits in seinem Urteil vom 24. Januar 2002 die Vollstreckungsgegenklage umgekehrten Betreffs für unbegründet erachtet, die gleichfalls auf die Behauptung der Klägerin gestützt war, bei der notariellen Haftungs- und Vollstreckungsunterwerfung vom 14. Dezember 1998 habe es sich um ein sittenwidriges Scheingeschäft zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung gehandelt.

16            2. Hätte der Beklagte die Klägerin in dem gebotenen Umfang über die Erfolgsaussichten der Berufung belehrt, wäre das zu Lasten der Klägerin ergangene Urteil des Familiengerichts aufgehoben und die Vollstreckungsabwehrklage des Ehemannes abgewiesen worden.

17            Kommt es auf die Frage an, wie ein Rechtsstreit bei pflichtgemäßem Verhalten des Rechtsanwalts der unterlegenen Partei ausgegangen wäre, so ist die Schadensursächlichkeit seiner Pflichtwidrigkeit dann zu bejahen, wenn das im Vorprozess aufgrund seiner unterlassenen Empfehlung unterbliebene Rechtsmittel richtigerweise hätte Erfolg haben müssen (BGHZ 145, 256, 265 f; 163, 223, 227; BGH, Urt. v. 23. November 2006 - IX ZR 21/03, WM 2007, 419, 422). Dies ist - wie im Zusammenhang mit der Pflichtverletzung des Beklagten bereits ausgeführt - zu bejahen. Daran, dass die Klägerin nach entsprechender Belehrung des Beklagten die Berufung gegen das Urteil vom 25. Oktober 2002 eingelegt und durchgeführt hätte, kann kein vernünftiger Zweifel bestehen. Der Beklagte beruft sich auch nicht auf das Gegenteil.

18            3. Die Klägerin ist infolge der Rechtskraft des der Vollstreckungsabwehr-  
klage des Ehemannes stattgebenden Urteils auch geschädigt worden.

19            a) Die Vollstreckungsgegenklage ist eine prozessuale Gestaltungs-  
klage, deren Streitgegenstand auf die vollständige oder teilweise Beseitigung der Voll-  
streckbarkeit des Titels gerichtet ist (BGHZ 22, 54, 56; 55, 255, 256; 85, 367,  
371; 127, 146, 149; BGH, Urt. v. 19. Juni 1984 - IX ZR 89/83, LM ZPO § 767  
Nr. 63 = MDR 1985, 138; v. 23. Mai 1989 - IX ZR 57/88, WM 1989, 1514, 1516;  
Beschl. v. 5. Juli 2005 - VII ZB 10/05, WM 2005, 1991, 1992). Es steht damit  
rechtskräftig fest, dass der Anspruch der Klägerin auf Versorgungsausgleich  
gemäß § 3b Abs. 1 Nr. 2 VAHRG aus dem Scheidungsurteil nicht mehr gegen  
ihren geschiedenen Ehemann durchgesetzt werden kann. Darin liegt ein Scha-  
den der Klägerin im Umfang der hierdurch entgangenen Rentenanwartschaften,  
wenn auch fühlbare Auswirkungen vorläufig fehlen (vgl. BGHZ 137, 11, 20). Die  
Leistungsfähigkeit des geschiedenen Ehemannes der Klägerin, die geschulde-  
ten Beitragszahlungen für den Versorgungsausgleich zu erbringen, hat der Be-  
klagte nicht bestritten.

20            b) Der Schaden der Klägerin ist nicht durch anderweitige Vorteile entfal-  
len. In diesem Zusammenhang kann dahinstehen, ob das stattgebende Urteil  
der Vollstreckungsgegenklage zur Folge hat, dass die nachträglich aufgerech-  
nete Forderung rechtskräftig erlischt (so noch BGHZ 48, 356, 360; 89, 349,  
352 f). Dagegen spricht, dass die mit der Aufrechnung bekämpfte Forderung  
nur ihre Vollstreckbarkeit verliert. Selbst die Tilgung des notariellen Schuldaner-  
kennnisses der Klägerin im Umfang des Urteils vom 25. Oktober 2002 würde  
aber ihren Schaden derzeit nicht ausgleichen.

21            Die Klägerin ist nach den abgegebenen eidesstattlichen Versicherungen  
unpfändbar. Ihr geschiedener Ehemann hat mit seiner unzulässigen Aufrech-

nung durch das vom Beklagten mitverschuldete Fehlurteil vom 25. Oktober 2002 eine Deckung erhalten, die er sonst nicht hätte erreichen können. Auch ein Zurückbehaltungsrecht zu seinen Gunsten bestand nicht. Dieses wird verneint, wenn seine Ausübung einen der Aufrechnung gleichkommenden Erfolg haben würde, letztere aber nach § 394 BGB - wie hier - ausgeschlossen ist (BGHZ 16, 37, 49; 38, 122, 129; BGH, Urt. v. 16. Juni 1987 - X ZR 61/86, NJW 1987, 3254, 3255 unter II. 3.). Ein solcher Fall lag vor; denn die Klägerin hätte ansonsten zur Durchsetzung ihres aufrechnungsfesten Anspruchs den nicht mehr werthaltigen Anspruch ihres geschiedenen Ehemannes vollwertig befriedigen müssen.

22            Sollte die Klägerin später wieder vermögend werden, so dass die - im Jahre 2002 teilweise weggefallene - Vollstreckbarkeit des Schuldanerkenntnisses ihrem geschiedenen Ehemann insoweit noch Befriedigung seines Anspruchs gewährt haben würde, auf diese Möglichkeit hat sich der Beklagte berufen, so kann er deswegen später Bereicherungsklage (verlängerte Vollstreckungsabwehrklage) erheben. Im gegenwärtigen Rechtsstreit ist diese ungewisse Möglichkeit eines zukünftigen Schadenswegfalls nicht zu berücksichtigen.

23            c) Der Schaden der Klägerin entfällt auch nicht dadurch, dass sie ihren geschiedenen Ehemann nach Eintritt in das Rentenalter möglicherweise auf schuldrechtlichen Versorgungsausgleich (§ 2 VAHRG, § 1587e Abs. 3, § 1587f Nr. 3, § 1587g Nr. 1 Satz 2 BGB) oder auf Leistung von Altersunterhalt (§ 1571 BGB) in Anspruch nehmen kann. Die Verfolgung dieser Ansprüche kann einen neuen Rechtsstreit erfordern, während die Klägerin mit dem familiengerichtlich angeordneten Versorgungsausgleich eine gesicherte Rechtsposition besaß. Auch die spätere Durchsetzbarkeit dieser Ansprüche ist heute offen. Ein Anspruch auf schuldrechtlichen Versorgungsausgleich ist gegebenenfalls nach § 255 BGB an den Ersatzverpflichteten abzutreten. Der nur bei Bedürftigkeit im Sinne des § 1577 BGB bestehende Anspruch auf Altersunterhalt nach § 1571

BGB ist dagegen nicht pfändbar (§ 850b Abs. 1 Nr. 2 ZPO) und deshalb nach § 400 BGB nicht der Abtretung unterworfen. Wegen der Subsidiarität des Unterhaltsanspruchs besteht auch kein ausgleichendes Gesamtschuldverhältnis (vgl. BGH, Urt. v. 15. Juni 2004 - VI ZR 60/03, NJW 2004, 2892, 2893).

24           4. Rechtsfehlerhaft ist die Auffassung des Berufungsgerichts, der geschuldete Schadensersatz sei durch Zahlung an die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte in Form der Drittleistung nach § 267 BGB auf den angeordneten Versorgungsausgleich nach § 3b Abs. 1 Nr. 2 VAHRG zu erbringen.

25           a) Nach dem Rechtsgedanken des § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB tritt das Interesse des Geschädigten an einem vollständigen Schadensausgleich nach Treu und Glauben hinter dem Schutz des Ersatzpflichtigen vor unzumutbaren Belastungen zurück, wenn der verlangte Herstellungsaufwand unverhältnismäßig hoch ist; der Geschädigte muss sich dann mit einer Kompensation durch einen Wertausgleich seines Schadens zufrieden geben. Die Zumutbarkeitsgrenze ist durch eine Güter- und Interessenabwägung zu ermitteln, wobei an die Annahme von Unverhältnismäßigkeit strenge Anforderungen zu stellen sind (vgl. BGHZ 59, 365, 367 f; 63, 295, 297 ff). Eine rechtsähnliche Situation besteht im Streitfall, wo die Herstellung eines Rechtszustandes in Frage kommt. Gegenwärtig herrscht noch keine Gewissheit, ob die Klägerin das Rentenbezugsalter erreicht und für welchen Zeitraum sie Anspruch auf Rentenleistungen gegenüber der Bundesversicherungsanstalt haben wird. Müsste der Beklagte die der Klägerin entgangenen Rentenanwartschaften in Form einer Zahlung an die Bundesversicherungsanstalt ausgleichen, wäre es möglich, dass von dieser Leistung ausschließlich oder zum Teil nicht die Klägerin, sondern der Rentenversicherungsträger Nutzen zieht. Dieses Wirtschaftlichkeitsrisiko war bei der Regelung des Versorgungsausgleichs nicht zu umgehen; denn es liegt in der versicherungsrechtlichen Struktur der gesetzlichen Altersrente begründet. Wird - wie hier - Schadensersatz für vereitelten Versorgungsausgleich geschuldet,

wäre die dem Schadensersatzschuldner zumutbare Opfergrenze überschritten, wenn nunmehr ihm dieses Risiko aufgebürdet würde. Für die Klägerin wirkt sich der bereits eingetretene Schaden spürbar erst nach Erreichen des Rentenalters aus. Auch unter Berücksichtigung ihres berechtigten Interesses an einer eigenständigen Alterssicherung erscheint es deshalb nicht gerechtfertigt, den Beklagten zum Schadensersatz durch Zahlung an den Rentenversicherungsträger zu verurteilen, um den gegen den Schuldner nicht mehr durchsetzbaren Versorgungsausgleich als Dritter gemäß § 267 BGB zu entrichten.

26            b) Erweist sich die erhobene Leistungsklage als unbegründet, entspricht aber der Erlass eines Feststellungsurteils dem Interesse des Klägers, so kann das Gericht dem in dem Leistungsbegehren enthaltenen Antrag auf Feststellung des Rechtsverhältnisses auch dann stattgeben, wenn dieser Antrag nicht ausdrücklich hilfsweise gestellt ist (BGHZ 118, 70, 81 f). Deshalb ist vorliegend die Verpflichtung des Beklagten festzustellen, an die Klägerin vom Zeitpunkt der Erlangung der Rentenberechtigung in der gesetzlichen Rentenversicherung an fortlaufend die Beträge zu bezahlen, die erforderlich sind, um sie so zu stellen, als hätte ihr geschiedener Ehemann unverzüglich nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils in der Vollstreckungsgegenklage den vom Familiengericht angeordneten Betrag von 31.565,99 € zur Begründung von Rentenanwartschaften auf ihr Versicherungskonto bezahlt.

27            c) Die Klägerin ist durch diese Art der Schadensersatzleistung im Ergebnis nicht schlechter gesichert als bei der Anordnung einer Zahlung durch den Beklagten an die Rentenversicherungsanstalt für Angestellte; insbesondere wird ihr damit nicht das Insolvenzrisiko des Beklagten aufgebürdet. Als Rechtsanwalt ist er verpflichtet, eine Berufshaftpflichtversicherung zur Deckung der sich aus einer Berufstätigkeit ergebenden Haftpflichtgefahren für Vermögensschäden abzuschließen und die Versicherung während der Dauer seiner Zulassung aufrechtzuerhalten (§ 51 Abs. 1 Satz 1 BRAO). Der Dritte ist hier vor Risiken in der

Person des Versicherungsnehmers nach § 158c VVG besonders geschützt. Der geschädigte Dritte kann zudem in der Insolvenz des Versicherungsnehmers wegen des ihm gegen den Insolvenzschuldner zustehenden Schadensersatzanspruchs abgesonderte Befriedigung aus der Entschädigungsforderung des Versicherungsnehmers verlangen (§ 157 VVG). Die Entschädigungsforderung, die zunächst auf Befreiung von dem Schadensersatzanspruch des Dritten gerichtet ist, wandelt sich mit der Insolvenzeröffnung grundsätzlich in einen Zahlungsanspruch um (vgl. Voit/Knappmann in Prölss/Martin, VVG 27. Aufl. § 157 Rn. 3; MünchKomm-InsO/Ganter, § 51 Rn. 236). Der Dritte kann den Schadensersatzanspruch ohne vorherige Pfändung und Überweisung unmittelbar gegenüber dem Versicherer einziehen, sofern er mit für diesen verbindlicher Wirkung im Sinne der §§ 149, 154 Abs. 1 VVG festgestellt und fällig geworden ist (vgl. BGH, Urt. v. 8. April 1987 - IVa ZR 12/86, VersR 1987, 655; v. 9. Januar 1991 - IV ZR 264/89, VersR 1991, 414, 415; v. 7. Juli 1993 - IV ZR 131/92, NJW-RR 1993, 1306). Das zur Absonderung berechtigende Befriedigungsrecht des Dritten überdauert die Insolvenz (BGH, Urt. v. 28. März 1996 - IX ZR 77/95, WM 1996, 835, 837; MünchKomm-InsO/Ganter, aaO Rn. 239).

28            Abweichend davon gilt bei einem Rentenanspruch, dass dieser entsprechend den §§ 41, 45 Satz 1, § 46 Satz 2 InsO in eine fällige Kapitalforderung umzuwandeln und im Prüfungsverfahren deshalb nach den §§ 174 ff InsO oder auf Grund einer Feststellungsklage nach den §§ 180 ff InsO als solcher festzustellen ist; anschließend kann der Haftpflichtgläubiger von dem Versicherer die Zahlung des Kapitals verlangen (vgl. MünchKomm-InsO/Ganter, aaO Rn. 239; Voit/Knappmann in aaO Rn. 6). Vorliegend ist die Verpflichtung des Beklagten sowohl der Dauer als auch der Höhe nach - wegen der Ungewissheit des Umfangs künftiger Rentenerhöhungen - unbestimmt. Zusätzlich wäre der Anspruch noch aufschiebend bedingt, wenn der Beklagte vor dem Rentenbeginn der Klägerin in Insolvenz fiel. Nach der Insolvenzordnung berechtigen Forderungen unter aufschiebender Bedingung wie nach dem früheren § 67 KO nur zur Siche-

zung (vgl. MünchKomm-InsO/Lwowski/Bitter § 42 Rn. 11). Auch gegenüber dem Haftpflichtversicherer hätte die Klägerin somit in diesem Fall nach Feststellung des Anspruchs zur Tabelle bzw. nach erfolgreicher Tabellenfeststellungsklage Anspruch auf Sicherheitsleistung (vgl. § 155 Abs. 2 VVG).

29

5. Die Klägerin hat die Prozesskosten anteilig nach § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO zu tragen, weil sie lediglich mit der Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten obsiegt. Bei einer positiven Feststellungsklage ist regelmäßig ein Abschlag von 20 % gegenüber dem Wert einer entsprechenden Leistungsklage vorzunehmen. Hiervon ist auch dann keine Ausnahme zu machen, wenn damit zu rechnen ist, dass der Schuldner sich dem Feststellungsanspruch beugt (vgl. Beschl. v. 15. Januar 1997 - VIII ZR 303/96, NJW 1997, 385, 386; Zöller/Herget, ZPO 26. Aufl. § 3 Rn. 16 Stichwort "Feststellungsklage"). Ausgehend

von dem nach § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG maßgebenden höheren Wert des Leistungsantrags führt das zu einer Kostenquote von 4/5 zu 1/5.

Dr. Gero Fischer

Dr. Ganter

Raebel

Dr. Kayser

Dr. Detlev Fischer

Vorinstanzen:

LG Mannheim, Entscheidung vom 23.07.2004 - 3 O 364/03 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 12.05.2005 - 16 U 1/04 -