



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 223/07

Verkündet am:
15. April 2010
Kluckow
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 249 Abs. 1 Fb, § 251 Abs. 2 Satz 1, §§ 254 Dc, 255, § 675

- a) Verschuldet der Rechtsanwalt, dass der Abschluss einer Scheidungsfolgenvereinbarung über den Ausschluss von Ansprüchen auf Versorgungs- und Zugewinnausgleich unterbleibt, so ist der in der Übertragung von Rentenanwartschaften liegende Schaden durch Zahlung desjenigen Betrages an den Versicherer auszugleichen, der erforderlich ist, um entsprechende Anwartschaften neu zu begründen.
- b) Hat die Pflichtverletzung des Rechtsanwalts zur Folge, dass der Mandant Versorgungsanwartschaften verliert, aber einen Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns behält, ist der Rechtsanwalt nur Zug um Zug gegen Abtretung dieses Anspruchs zum Schadensersatz verpflichtet.
- c) Ist der Rechtsanwalt nur Zug um Zug gegen Abtretung eines Anspruchs gegen einen Dritten zum Schadensersatz verpflichtet, wird der Schadensersatzanspruch nicht dadurch berührt, dass der Anspruch gegen den Dritten zwischenzeitlich verjährt ist, wenn der Rechtsanwalt dem geschädigten Mandanten nicht angeboten hat, verjährungshemmende Schritte auf seine, des Rechtsanwalts, Kosten zu unternehmen.

BGH, Urteil vom 15. April 2010 - IX ZR 223/07 - OLG Karlsruhe

LG Mannheim

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Januar 2010 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ganter, die Richter Raebel, Prof. Dr. Kayser, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Pape

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin und die Anschlussrevision der Beklagten wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 22. November 2007 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Mannheim vom 3. Mai 2007 aufgehoben.

Die Beklagte wird verurteilt, auf das Versicherungskonto der Klägerin bei der B. ,
Versicherungsnummer , einen Betrag von
29.385,11 € zu zahlen, Zug um Zug gegen Abtretung des Anspruchs der Klägerin gegen W. auf Ausgleich des Zugewinns.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen. Die weitergehende Berufung der Beklagten bleibt zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Ein Mitgesellschafter der beklagten Rechtsanwalts-gesellschaft vertrat die im Jahre 1967 geborene Klägerin in einem Scheidungsverfahren vor dem Familiengericht. Die Klägerin und ihr damaliger Ehemann (fortan nur: Ehemann) wollten die vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung ausschließen, weil die Eheleute während der Ehezeit jeweils eigene Renten- bzw. Lebensversicherungsanwartschaften erworben hatten.

- 2 Der Versorgungsausgleich wurde aus dem Verbundverfahren abgetrennt und die Ehe geschieden. Im Versorgungsausgleichsverfahren übertrug das Familiengericht nach Rechtskraft des Scheidungsurteils durch Beschluss dem Ehemann Renten-anwartschaften vom Konto der Klägerin in Höhe von monatlich 134,37 €. Der Bevollmächtigte der Klägerin übersandte dieser die Entscheidung mit dem Bemerkten, für ihn sei das Verfahren abgeschlossen. Der Beschluss wurde rechtskräftig.

- 3 Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin von der Beklagten Zahlung des den übertragenen Anwartschaften entsprechenden Betrages von 29.385,11 € an sich, hilfsweise auf das Versicherungskonto begehrt. Das Landgericht hat die Klage im Hauptantrag abgewiesen und dem Hilfsantrag stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht unter Abweisung der weitergehenden Klage festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, an die Klägerin vom Zeitpunkt der Erlangung der Rentenberechtigung an fortlaufend Beträge zu zahlen, die erforderlich sind, um die Klägerin so zu stellen, als sei im Scheidungsverfahren kein Versorgungsausgleich durchgeführt worden. Mit ihrer von dem erkennenden Senat zugelassenen Revision begehrt die Klägerin entsprechend ihrem erstinstanzlichen Hilfsantrag die Wiederherstel-

lung des erstinstanzlichen Urteils. Die Beklagte möchte mit ihrer Anschlussrevision die vollständige Abweisung der Klage erreichen.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision der Klägerin und die Anschlussrevision der Beklagten führen zur Aufhebung des Urteils des Berufungsgerichts.

5 I. Revision der Klägerin

6 Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Abweisung des auf Zahlung an den Rentenversicherungsträger gerichteten Anspruchs der Klägerin mit dem Senatsurteil vom 24. Mai 2007 (IX ZR 142/05, WM 2007, 1425, 1428 Rn. 25 f) begründet. Diese Rechtsprechung gibt der Senat jedoch nach erneuter Überprüfung auf.

7 1. Durch den gegen den übereinstimmenden Willen der Parteien des Ehescheidungsverfahrens durchgeführten Versorgungsausgleich hat die Klägerin Rentenanwartschaften verloren. Bereits darin liegt ein Schaden, auch wenn vorläufig fühlbare Auswirkungen fehlen mögen (BGHZ 137, 11, 20; BGH, Urt. v. 24. Mai 2007, aaO S. 1427 Rn. 19). Die Ersatzpflicht setzt nicht voraus, dass eine nachteilige Beeinflussung der (späteren) Rente bereits feststeht; schon die Möglichkeit einer Rentenverkürzung reicht aus, um vom Schädiger die Schließung der entstandenen Beitragslücke zu verlangen (BGHZ 69, 347, 348; 97, 330, 332; 101, 207, 211; 116, 260, 263). Der Anspruch gegen den Schädiger auf künftigen Ausgleich ist einer gesicherten Anwartschaft auf eine Sozialrente

auch dann nicht vergleichbar, wenn auf Seiten des Schädigers eine Haftpflichtversicherung besteht (BGHZ 46, 332, 333 f). Ein sofortiger Leistungsanspruch ist gegeben, wenn das Rentenversicherungsrecht dem Verletzten einen Weg zur Fortentrichtung von Beiträgen eröffnet, auf dem er in wirtschaftlich sinnvoller Weise einem späteren Rentennachteil vorbeugen kann (BGHZ 97, 330, 332; 101, 207, 211; 116, 260, 263 f; 151, 210, 214). Nur wenn es hieran fehlt, bleibt der Verletzte mit seinem Ausgleichsanspruch für eine Rentenverkürzung auf die konkrete Schadensberechnung bei Eintritt des Versicherungsfalls angewiesen (BGHZ 97, 330, 332; 101, 207, 211; 151, 210, 214).

8 2. Im Streitfall kann die von der Klägerin erlittene Einbuße ihrer Versorgungsanswartschaften nach dem Rentenversicherungsrecht ausgeglichen werden. Nach § 187 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI können im Rahmen des Versorgungsausgleichs Beiträge gezahlt werden, um Rentenanwartschaften, die um einen Abschlag an Entgeltpunkten gemindert worden sind, ganz oder teilweise wieder aufzufüllen. Diese Vorschrift ist anwendbar, wenn eine Entscheidung des Familiengerichts nach § 1587b Abs. 1 BGB a.F. oder § 3b Abs. 1 Nr. 1 VAHRG a.F. (beide Vorschriften sind im Zuge der Neuregelung des Versorgungsausgleichs aufgehoben worden) zu einer solchen Minderung geführt hat (Kreikebohm/von Koch, SGB VI 3. Aufl. § 187 Rn. 6; Zweng/Scherer/Buschmann/Dörr, Handbuch der Rentenversicherung Teil II - SGB VI, § 187 Rn. 2).

9 3. Soweit der Senat angenommen hat, die danach grundsätzlich bestehende Ersatzpflicht sei nach dem Rechtsgedanken des § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB eingeschränkt (BGH, Urt. v. 24. Mai 2007, aaO S. 1428 Rn. 25), hält er hieran nicht mehr fest. Die Ungewissheit, ob ein Geschädigter das Rentenbezugsalter erreicht und für welchen Zeitraum er Anspruch auf Rentenleistungen haben wird (vgl. BGH, Urt. v. 24. Mai 2007, aaO), besteht stets bei einer ent-

standenen Beitragslücke. In solchen Fällen profitiert stets der Rentenversicherungsträger von einer etwaigen Schadensersatzleistung, ohne dass hierin von der ständigen Rechtsprechung des VI. Zivilsenats eine Überschreitung der dem Schadensersatzschuldner zumutbaren Opfergrenze gesehen worden wäre. Eine umfassende Güter- und Interessenabwägung rechtfertigt es nicht, den Geschädigten auf einen Schadensersatzanspruch erst bei Erreichen des Rentenalters zu verweisen.

10 Bei der Anwendung des Rechtsgedankens des § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB ist zunächst zu berücksichtigen, dass diese Vorschrift in ihrem direkten Anwendungsbereich nur einen quantitativen Abschlag, nicht aber eine qualitative Beschränkung in der Rechtsschutzform (Feststellung statt Leistung) vorsieht (Althammer LMK 2007, 23772). Damit der Rechtsgedanke dieser Vorschrift eine solche Ausweitung ihres Anwendungsbereichs rechtfertigen könnte, müssten die Interessen des Schadensersatzpflichtigen an der Vermeidung einer möglicherweise unwirtschaftlichen Ersatzleistung die des Ersatzberechtigten an der sofortigen Naturalrestitution eindeutig überwiegen. Hiervon kann indes nicht ausgegangen werden.

11 a) Der Zeitpunkt der Rentenberechtigung kann erst in weiterer Zukunft liegen. Im Streitfall wird die Klägerin das Rentenalter erst im Jahre 2032 oder 2034 erreichen. Einerseits ist zwar die Wahrscheinlichkeit eines Vorversterbens des Berechtigten umso höher, je weiter er noch vom Renteneintrittsalter entfernt ist. Andererseits streitet dieser Gesichtspunkt in gleicher Weise auch für den Geschädigten, denn wenn die Verpflichtung zu einer Leistung erst für einen in fernerer Zukunft liegenden Zeitpunkt festgestellt wird, erhöht sich nicht nur das Risiko einer Insolvenz des Schädigers, sondern die Durchsetzbarkeit des festgestellten Anspruchs kann auch aus faktischen Gründen erheblich er-

schwert sein. So kann eine Rechtsanwaltschaftsgesellschaft bei Eintritt in das Rentenalter längst liquidiert oder ein beauftragter Rechtsanwalt in einer Einzelkanzlei verstorben und die Kanzlei bereits abgewickelt sein. Der Geschädigte wird durch ein Feststellungsurteil daher gezwungen, die Entwicklung zu verfolgen oder aber nach Eintritt ins Rentenalter aufwendige Nachforschungen anzustellen, gegenüber wem er seinen Anspruch geltend zu machen hat.

12 b) Auch im Insolvenzfall stellt die Notwendigkeit, den Anspruch entsprechend den §§ 41, 45 Satz 1, § 46 Satz 2 InsO erst in eine Kapitalforderung umwandeln und dann im Prüfungsverfahren nach § 174 ff InsO anmelden zu müssen, um von dem Versicherer Zahlung des Kapitals verlangen zu können (vgl. BGH, Urt. v. 24. Mai 2007, aaO Rn. 28), eine empfindliche Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Geschädigten dar (Althammer aaO). In diesem Fall kann sogar die Durchführung eines weiteren Klageverfahrens nach den §§ 180 ff InsO erforderlich werden, wenn der Insolvenzverwalter oder ein Gläubiger der Anmeldung widerspricht (§ 179 Abs. 1 InsO).

13 c) Eine Schadensersatzverpflichtung in Form der Feststellung setzt den Geschädigten damit mannigfaltigen Risiken und Schwierigkeiten im Vergleich zu seiner Rechtsposition bei einer sofortigen Auffüllung des Rentenkontos aus (vgl. bereits BGHZ 46, 332, 335). Nur diese verschafft ihm die Gewissheit, bei Eintritt in das Rentenalter die erhöhten Rentenleistungen auch tatsächlich sofort zu erhalten. Diese Interessen können bei einer umfassenden Bewertung jedenfalls nicht deutlich geringer bewertet werden als das dem Schädiger aufgebürdete Risiko, Leistungen erbringen zu müssen, die sich möglicherweise bei einem Vorversterben des Geschädigten als unwirtschaftlich erweisen. Schadensersatz ist daher in Form der Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB) durch Zahlung des zum Ausgleich der Versorgungskürzung erforderlichen Betrages zu leisten.

14 II. Anschlussrevision der Beklagten

15 Die Anschlussrevision der Beklagten hat ebenfalls Erfolg. Die Einwendungen der Anschlussrevision gegen den Anspruchsgrund greifen zwar nicht durch. Die Klägerin kann Schadensersatz jedoch nur Zug um Zug gegen Abtretung des ihr verbliebenen Anspruchs auf Ausgleich des Zugewinns gegen ihren Ehemann verlangen.

16 1. Mit Recht hat das Berufungsgericht eine Pflichtverletzung der Beklagten angenommen.

17 a) Nach dem ihm erteilten Auftrag, für einen Ausschluss des Versorgungsausgleichs zu sorgen, war der Rechtsanwalt verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass die Parteien des Ehescheidungsverfahrens eine notarielle Vereinbarung über diesen Punkt schlossen. Er hätte diese dem Familiengericht zur Genehmigung nach § 1587o Abs. 2 Satz 3 und 4 BGB a.F. vorlegen müssen. Das Familiengericht hätte eine solche Vereinbarung bei sachgerechtem Vortrag zu dem zwischen den Ehegatten getroffenen Ausgleich nach § 1587o Abs. 2 Satz 4 BGB genehmigt. Das zieht auch die Anschlussrevision nicht mehr in Zweifel. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war dies der einzig gangbare Weg zur Erreichung des angestrebten Ziels, weil eine gleichfalls mögliche Vereinbarung vor dem Familiengericht die Einschaltung eines Rechtsanwalts für den Ehemann erfordert hätte (vgl. BGH, Beschl. v. 20. Februar 1991 - XII ZB 125/88, NJW 1991, 1743 f), diese jedoch aus Kostengründen vermieden werden sollte.

18 b) Der Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) ist nicht verletzt worden. Der von der Anschlussrevision als übergangen gerügte Vortrag in der Klageerwiderung vom 2. Mai (richtig: 2. Juni) 2006 und der Berufungsbegründung vom 10. August 2007, die Klägerin habe nach dem Hinweis auf eine notarielle Beurkundung eine solche aus Kostengründen abgelehnt, ist unerheblich, weil dieser Vortrag der Annahme einer Pflichtverletzung nicht entgegen steht. Der Inhalt der in diesem Zusammenhang der Klägerin nach dem Vortrag der Beklagten erteilten Beratung ermöglichte jener keine sachgerechte Entscheidung über die ihr zur Verfügung stehenden Handlungsmöglichkeiten und deren Vor- und Nachteile (vgl. zu diesem Ziel der anwaltlichen Beratung BGHZ 171, 261, 264 m.w.N.), insbesondere darüber, ob sie und ihr Ehemann, welche eine einvernehmliche Scheidung anstrebten und sich über den Ausschluss von Versorgungs- und Zugewinnausgleich einig waren, dafür die unvermeidlichen Notarkosten auf sich nehmen oder aber ihre Ziele aufgeben wollten.

19 (1) Die der Klägerin nach dem Vortrag der Beklagten erteilte Beratung war schon nicht hinreichend deutlich. Danach habe der Rechtsanwalt die Klägerin darauf hingewiesen, dass eine notarielle Vereinbarung vorgelegt werden *könne* (Hervorhebung nur hier), um den Versorgungsausgleich auszuschließen. Hieraus erschließt sich nicht, dass die Vorlage einer solchen Vereinbarung unter den gegebenen Umständen die einzig in Betracht kommende Möglichkeit war, um das angestrebte Ziel zu erreichen, mithin eine Vereinbarung vorgelegt werden *musste*, wenn der Versorgungsausgleich ausgeschlossen werden sollte.

20 (2) Nach dem Inhalt der von der Beklagten vorgetragenen Beratung ergab sich außerdem für die Klägerin bei der Entscheidung über den Abschluss einer notariellen Beurkundung ein Zielkonflikt, der in Wirklichkeit nicht bestand. Die Klägerin strebte einen schnellen Abschluss des Scheidungsverfahrens an, weil sie ein Kind von einem anderen Mann erwartete, welches nicht rechtlich als Kind aus der zerrütteten Ehe auf die Welt kommen sollte. Aufgrund der Beratung durch die Beklagte musste sie annehmen, der Abschluss einer notariellen Vereinbarung stehe der Erreichung dieses Ziels entgegen, weil sich wegen der Regelung des § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. die Stellung des Scheidungsantrags um ein weiteres Jahr verzögere. Nach dieser Vorschrift wurde der in einem Ehevertrag vereinbarte Ausschluss des Versorgungsausgleichs unwirksam, wenn innerhalb eines Jahres nach Vertragsschluss Antrag auf Scheidung der Ehe gestellt wurde. Diese Beratung war unzutreffend. § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. betraf nur einen ohne Scheidungsabsicht geschlossenen Verzicht auf den Versorgungsausgleich, falls binnen Jahresfrist dann doch Scheidungsantrag gestellt wurde. In einem laufenden Scheidungsverfahren kam es auf diese Frist wegen der Vorschrift des § 1587o BGB nicht an (Palandt/Brudermüller, BGB 68. Aufl. § 1408 Rn. 20).

21 (3) Nach diesem Inhalt der Beratung, der den Abschluss einer notariellen Vereinbarung nicht als ernsthaft in Betracht kommende Entscheidungsalternative erscheinen ließ, bestand für die Klägerin kein Anlass, sich im Einzelnen über die Kosten einer notariellen Beurkundung beraten zu lassen und sich mit ihrem Ehemann ins Benehmen zu setzen, ob diese (gemeinsam) aufgebracht werden sollten. Auch dies folgt aus dem Vortrag der Beklagten selbst, wonach die Regelung des § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. "das viel größere Problem" gewesen sei als die Kosten einer notariellen Beurkundung.

22 (4) Die zutreffende Beratung, das angestrebte Ziel sei nur durch eine notariell beurkundete Vereinbarung zu erreichen, hätte demgegenüber keinen echten Entscheidungskonflikt ausgelöst. Zwar wären durch eine notarielle Beurkundung Kosten entstanden. Diese hätten jedoch nach dem unwidersprochenen Vortrag der Klägerin im Berufungsverfahren höchstens 350 € betragen; der von der Beklagten genannte Betrag von 2.485,18 € bezog sich auf nicht erforderliche Rechtsanwaltskosten. Es gab zudem keine ernsthafte Alternative, welche die Entstehung dieser Kosten vermieden hätte. Ließen die Parteien das Verfahren wie geschehen einfach "laufen", so musste von Amts wegen ein Versorgungsausgleich nach § 1587b BGB a.F. erfolgen (§ 623 Abs. 1 Satz 3 ZPO a.F.). Die Klägerin hätte dann Anwartschaften im Wert von rund 29.000 € verloren und sich über die Durchführung des Zugewinnausgleichs schadlos halten müssen. Die Ermittlung des Zugewinns des Ehemanns wäre kostenaufwendig gewesen, weil sie die Bewertung seines Unternehmens erfordert hätte. Die hierfür erforderlichen Kosten hätten die Kosten der notariellen Beurkundung um ein Vielfaches überstiegen.

23 c) Der weiteren Erwägung des Berufungsgerichts, der für die Klägerin kostengünstigste Weg wäre gewesen, in dem abgetrennten Verfahren über den Versorgungsausgleich eine Vereinbarung über den Verzicht auf dessen Durchführung zu schließen und den Verzicht auf den Zugewinnausgleich formlos zu vereinbaren, steht entgegen, dass die Vereinbarung über den Versorgungsausgleich der Mitwirkung eines Rechtsanwalts bedurft hätte, diese aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts aus Kostengründen nicht in Betracht kam. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen getroffen, nach denen der Ehemann der Klägerin bereit gewesen wäre, in dem Verfahren über den Versorgungsausgleich gleichwohl einen Rechtsanwalt zu beauftragen. Diese Erwägung ist jedoch nicht entscheidungserheblich. Falls sie nicht ohnehin nur die

Schadenshöhe betrifft, sondern hiermit auch eine (weitere) Pflichtverletzung des Rechtsanwalts dargetan werden soll, handelt es sich um eine Hilferwägung, auf die es nicht ankommt, weil bereits die Hauptbegründung die Entscheidung trägt.

24 2. Die Pflichtverletzung der Beklagten hat zu einem Schaden der Klägerin geführt, welcher in dem Verlust der auf den Ehemann übertragenen Rentenanwartschaften besteht.

25 3. Der zur Neubegründung entsprechender Anwartschaften erforderliche Betrag (§ 249 Abs. 1 BGB) von 29.386,11 € ist nicht um die Kosten einer notariellen Beurkundung der Scheidungsfolgenvereinbarung zu vermindern. Zu den Kosten einer notariellen Scheidungsfolgenvereinbarung, welche die Klägerin zu tragen gehabt hätte, haben die Parteien nichts vorgetragen.

26 4. Der Schaden wird auch nicht durch den Anspruch der Klägerin gegen ihren Ehemann auf Zugewinnausgleich berührt.

27 a) Die Beklagte meint, im Rahmen eines Gesamtvermögensvergleiches müsse berücksichtigt werden, dass die Klägerin nicht nur Rentenanwartschaften verloren, sondern auch - weil die Scheidungsfolgenvereinbarung nicht zustande gekommen sei - ihren Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns (§ 1378 Abs. 1 BGB) gegen ihren Ehemann behalten habe. Wertmäßig habe dieser Anspruch mindestens den im Wege des Versorgungsausgleichs übertragenen Versorgungsansprüchen entsprochen, was in den Tatsacheninstanzen außer Streit gestanden habe. Die unterbliebene Scheidungsfolgenvereinbarung habe folglich nicht zu einem Schaden der Klägerin geführt.

- 28 b) Diese Ansicht trifft nicht zu. Der Verlust eines realen Vermögensbestandteils - hier: der Rentenanwartschaften (vgl. BGH, Urt. v. 24. Mai 2007, aaO Rn. 19) - wird durch einen Anspruch gegen einen Dritten - hier: den Ehemann - nicht ausgeglichen. Auf die Fragen der Zumutbarkeit und der Erfolgsaussichten der Geltendmachung des Anspruchs kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Der Schädiger kann den Geschädigten nicht darauf verweisen, er habe gegen einen Dritten einen Anspruch, der zum Ausgleich der erlittenen Vermögensbeeinträchtigung führen kann (BGHZ 120, 261, 268; BGH, Urt. v. 12. Dezember 1996 - IX ZR 214/95, NJW 1997, 1008, 1012, insoweit in BGHZ 134, 212 nicht abgedruckt; v. 19. Juli 2001 - IX ZR 62/00, NJW 2001, 3190, 3192; v. 24. September 2009 - IX ZR 87/08, FamRZ 2009, 2075, 2076 Rn. 26). Dies folgt aus der Regelung des § 255 BGB. Muss ein Anspruch gegen Dritte an den Schädiger, welcher Schadensersatz leistet, abgetreten werden, heißt dies zugleich, dass das Bestehen des Anspruchs einen Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger gerade nicht ausschließt.
- 29 5. In entsprechender Anwendung von § 255 BGB ist die Beklagte allerdings nur Zug um Zug gegen Abtretung des Zugewinnausgleichsanspruchs zu Schadensersatzzahlungen verpflichtet.
- 30 a) Der unmittelbare Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist nicht eröffnet. § 255 BGB setzt neben einem Anspruch auf Schadensersatz für den Verlust einer Sache oder eines Rechts einen Anspruch gegen einen Dritten voraus, der dem Geschädigten gerade aufgrund des Eigentums an der Sache oder aufgrund des Rechtes zusteht. Im vorliegenden Fall liegt der Schaden im unterlassenen Abschluss einer Scheidungsfolgenvereinbarung. Der Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns, welcher der Klägerin verblieben ist (§ 1378 Abs. 1 BGB), hängt nicht unmittelbar mit dem (teilweisen) Verlust ihrer Rentenanwartschaften

zusammen und beruht auch nicht hierauf. Die Vorschrift des § 255 BGB ist jedoch Ausdruck des im allgemeinen Schadensrecht durchweg geltenden Bereicherungsverbot (vgl. RGZ 53, 327, 328 f; BGHZ 60, 353, 358; 120, 261, 268; 171, 46, 55 Rn. 20; BGH, Urt. v. 24. September 2009, aaO S. 2077 Rn. 29; Rinsche/Fahrendorf, Die Haftung des Rechtsanwalts 7. Aufl. Rn. 841; vgl. auch Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches Band II S. 24 f). Der Geschädigte soll nicht in unangemessener Art und Weise (§ 242 BGB) zu Lasten des Schädigers besser gestellt werden, als er ohne das Schadensereignis stehen würde. § 255 BGB wird daher in anderen Fällen konkurrierender Ansprüche auf Schadloshaltung entsprechend angewandt (vgl. etwa BGH, Urt. v. 24. September 2009, aaO Rn. 30 mit weiteren Nachweisen). Auch im vorliegenden Fall kann die Pflichtverletzung der Beklagten nicht dazu führen, dass die Klägerin Schadensersatz wegen der verlorenen Rentenanwartschaften verlangen kann, andererseits aber den Anspruch auf Zugewinnausgleich behält, auf den sie bei pflichtgemäßem Verhalten der Beklagten hätte verzichten müssen.

- 31 b) Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen und der Klägerin selbst scheidet das aus einer entsprechenden Anwendung von § 255 BGB folgende Zurückbehaltungsrecht der Beklagten nicht deshalb aus, weil der Klägerin die Geltendmachung des Anspruchs auf Zugewinnausgleich nicht zugemutet werden kann. Die Klägerin und ihr Ehemann wollten zwar ausdrücklich keine gegenseitigen Ansprüche geltend machen. Bei pflichtgemäßem Verhalten der Beklagten wäre der Ehemann folglich nicht auf Ausgleich des Zugewinns in Anspruch genommen worden. Anspruch darauf, dass ihrem Ehemann sowohl die übertragenen Rentenanwartschaften als auch der Zugewinn ungeschmälert verbleiben, hat die Klägerin deshalb jedoch nicht. Der Anspruch auf Zugewinnausgleich ist von der Beendigung des Güterstandes an ohne Einschränkungen

übertragbar (§ 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB) und damit auch pfändbar (§ 851 Abs. 1 ZPO). Abtretungsempfänger und Pfändungsgläubiger nehmen keine Rücksicht auf Absprachen, welche die (ehemaligen) Eheleute getroffen haben mögen, und brauchen dies auch nicht zu tun. Den Interessen der Klägerin, einen schwierigen und möglicherweise langwierigen Prozess gegen ihren Ehemann zu vermeiden, wird dadurch Genüge getan, dass sie selbst diesen Prozess nicht zu führen braucht, sondern nur entsprechend § 255 BGB zur Abtretung des Anspruchs verpflichtet ist.

32 c) Die Beklagte hat sich in den Tatsacheninstanzen auf ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 255 BGB berufen. Sie ist damit zu Schadensersatz Zug um Zug gegen Abtretung des Anspruchs gegen den Ehemann der Klägerin auf Ausgleich des Zugewinns zu verurteilen (§ 274 BGB).

33 d) Dass der abzutretende Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns mittlerweile verjährt ist, ändert im Ergebnis nichts. Insbesondere ist der Anspruch der Klägerin nicht nach den Rechtsgedanken der §§ 242, 254 BGB zu kürzen, weil sie nichts unternommen hat, um eine Verjährung dieses Anspruchs zu verhindern. Die Klägerin war nicht, wie die Beklagte meint, gehalten, den Zugewinnausgleichsanspruch rechtshängig zu machen, an die Beklagten abzutreten oder in anderer Weise für eine Hemmung der Verjährung zu sorgen.

34 (1) Die Klägerin war nicht gehalten, den Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns einzuklagen, um so die Verjährung zu hemmen (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Die Vorschrift des § 255 BGB überlässt - ähnlich wie diejenige des § 421 BGB - dem Gläubiger die Entscheidung darüber, welchen der Ersatzpflichtigen er in Anspruch nimmt. Gemäß § 421 BGB kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder teilweise fordern. Die

Vorschrift des § 255 BGB enthält eine entsprechende Regelung nicht ausdrücklich. Die Pflicht zur Abtretung eines möglichen Ersatzanspruchs gegen den Dritten ergibt jedoch nur dann einen Sinn, wenn keine Verpflichtung besteht, diesen Dritten vorrangig in Anspruch zu nehmen. Müsste der Geschädigte mit einer Kürzung seines Anspruchs rechnen, wenn er nicht dafür Sorge trägt, dass der Schädiger den abzutretenden Anspruch durchsetzen kann, käme dies einem mittelbaren Zwang zur rechtzeitigen Erhebung einer Klage (auch) gegen den Dritten gleich. Der Grundgedanke der Vorschrift des § 255 BGB, dass der Anspruch gegen den Dritten den Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger nicht beeinflusst, würde in sein Gegenteil verkehrt.

35 (2) Ebenso wenig war die Klägerin verpflichtet, den Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns - wie die Beklagte in den Tatsacheninstanzen verlangt hat - bereits vorab an die Beklagte abzutreten, um dieser zu ermöglichen, selbst den Anspruch einzuklagen und so die Verjährung zu hemmen. Das folgt ebenfalls aus § 255 BGB. Nach § 255 BGB ist der Schädiger gegen Abtretung des Ersatzanspruchs gegen den Dritten zum Schadensersatz verpflichtet. Beruft sich der Schädiger auf sein Zurückbehaltungsrecht aus § 255 BGB, hat eine Verurteilung Zug um Zug zu erfolgen (§ 274 BGB). Hat der Schädiger Schadensersatz geleistet, ohne sich auf das Zurückbehaltungsrecht aus § 255 BGB zu berufen, kann ihm ein selbständiger Anspruch auf Abtretung des Ersatzanspruchs zustehen (RGZ 117, 335, 338; BGHZ 52, 39, 42). Eine Vorleistungspflicht des Geschädigten ist demgegenüber nicht vorgesehen. Sie wäre mit der insoweit einschlägigen Vorschrift des § 274 BGB nicht zu vereinbaren.

36 (3) Eine Verpflichtung, den Dritten in anderer Weise zu einem Verzicht auf die Einrede der Verjährung zu bewegen, besteht schließlich ebenfalls nicht. Eine gesetzliche Grundlage dafür ist nicht ersichtlich. Verhandlungen mit dem

Dritten über einen Einredeverzicht kann der Schädiger ebenso wie der Geschädigte führen. Dass ihm kein Druckmittel zur Verfügung steht, weil er die Verjährung nicht durch Erhebung einer Klage unterbrechen kann, ändert daran nichts. Weil der Geschädigte zur Klageerhebung nicht verpflichtet ist (s.o.), ist er auch nicht gehalten, diese in Aussicht zu stellen, um zu erreichen, dass der Dritte auf die Einrede der Verjährung verzichtet.

37 (4) In Ausnahmefällen ist eine Einschränkung der "Wahlfreiheit" des Geschädigten vorstellbar. Bereits entschieden ist dies für den vergleichbaren Fall der Inanspruchnahme eines von mehreren Gesamtschuldern. Der Gläubiger darf bei seinem Entschluss, gegen welchen Gesamtschuldner er vorgeht, nicht jede Rücksichtnahme auf den anderen vermissen lassen. Er hat vielmehr seine Rechte nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) auszuüben (BGH, Urt. v. 30. Januar 1967 - III ZR 248/64, WM 1967, 397, 398; v. 22. Januar 1991 - XI ZR 342/89, NJW 1991, 1289; v. 18. Juni 2007 - II ZR 86/06, NJW-RR 2008, 51, 52 Rn. 15; v. 26. Juli 2007 - VII ZR 5/06, NJW-RR 2008, 176, 178 Rn. 24). Ein derartiger Rechtsmissbrauch kann jedoch nur in krassen Ausnahmefällen angenommen werden, dann etwa, wenn der Gläubiger sich nur deswegen an einen von mehreren Gesamtschuldern hält und diesem das Regressrisiko aufbürdet, weil er aus missbilligenswerten Motiven die Absicht verfolgt, gerade diesen Schuldner zu belasten (BGH, Urt. v. 22. Januar 1991, aaO; v. 18. Juni 2007, aaO; OLG Köln NJW-RR 2006, 265, 266). Ausnahmsweise kann ein Gesamtschuldner dem Gläubiger auch vorhalten, er habe verschuldet, dass ein anderer Gesamtschuldner nicht mehr zahlen könne (BGH, Urt. v. 30. Januar 1967, aaO; im konkreten Fall verneint). Diese Rechtsprechung lässt sich auf die Inanspruchnahme eines Schädigers unter den Voraussetzungen des § 255 BGB übertragen, in Fällen also, in denen ein weiterer Anspruchsgegner vorhanden

ist, an den der Geschädigte sich halten könnte oder sich unter günstigeren Umständen hätte halten können.

38 Im vorliegenden Fall liegen keine ungewöhnlichen Umstände vor, welche geeignet wären, das Recht der Klägerin auf vorrangige Inanspruchnahme der Beklagten als der eigentlichen Schädigerin einzuschränken. Der Beklagten wird vorgeworfen, verschuldet zu haben, dass die Klägerin einen gesicherten Vermögenswert - die Rentenanwartschaften - verloren und an deren Stelle nur einen Anspruch behalten hat, der in seinen tatsächlichen Voraussetzungen unklar war, der nicht gesichert war und der nur im Klagewege hätte durchgesetzt werden können. Dann ist es nicht unangemessen, dass das Risiko, ob der Anspruch tatsächlich durchgesetzt werden kann, in vollem Umfang die Beklagte trifft, die zudem ihre Einstandspflicht bis zuletzt bestritten und so selbst eine wesentliche Ursache dafür gesetzt hat, dass es erst nach Ablauf der Verjährung des Anspruchs aus § 1378 Abs. 1 BGB zu einer Zug um Zug-Verurteilung kommen konnte. Liegen keine besonderen Umstände vor, trifft allein den Schädiger das Risiko, dass der gemäß oder entsprechend § 255 BGB an ihn abgetretene Anspruch gegen den Dritten nicht beigetrieben werden kann (Staudinger/Bittner, BGB [2009] § 255 Rn. 49; vgl. auch BGH, Urt. v. 5. Oktober 1989 - IX ZR 233/87, ZIP 1989, 1407, 1410 f).

39 (5) Allenfalls könnte eine Verpflichtung des Geschädigten in Betracht kommen, den Schädiger darauf hinzuweisen, dass eine Verjährung des gegebenenfalls gemäß oder entsprechend § 255 BGB abzutretenden Anspruchs bevorsteht. Der Schädiger kann dann selbst entscheiden, ob er den Schadensersatzanspruch des Geschädigten unter Erhebung der Einrede aus § 255 BGB so rechtzeitig anerkennen will, dass er den Eintritt der Verjährung noch durch Erhebung einer Klage gegen den Dritten hemmen kann. Im vorliegenden Fall

bedarf diese Frage keiner abschließenden Entscheidung. Die Klägerin hat der Beklagten rechtzeitig mitgeteilt, wann das Scheidungsurteil rechtskräftig geworden ist und wann ihr Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns folglich verjähren würde (§ 1378 Abs. 4 BGB).

40 (6) Eine Verletzung der Schadensminderungspflicht des § 254 Abs. 2 BGB ist der Klägerin schließlich ebenfalls nicht anzulasten; denn die Beklagte hat sie nicht dazu aufgefordert, die Verjährung des Anspruchs auf Zugewinnausgleich auf ihre, der Beklagten, Kosten zu hemmen.

41 III. Das angefochtene Urteil kann damit nicht bestehen bleiben. Es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf den festgestellten Sachverhalt erfolgt und die Sache nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat eine ersetzende Sachentscheidung zu treffen (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Beklagte hat Schadensersatz durch Zahlung des für die Neubegründung der verlorenen Rentenanwartschaften erforderlichen Betrages an den Rentenversicherer zu leisten, Zug um Zug gegen Abtretung des Anspruchs der Klägerin gegen ihren Ehemann auf Ausgleich des Zugewinns. Die Kostenentscheidung ergeht nach § 92 Abs. 2 ZPO. Die Zug-um-Zug-Verurteilung stellt im Hinblick darauf, dass der abzutre-

tende Anspruch bereits verjährt ist und deshalb aller Wahrscheinlichkeit nach nicht mehr durchgesetzt werden kann, keine wesentliche Einschränkung des Prozesseserfolges der Klägerin dar.

Ganter

Raebel

Kayser

Lohmann

Pape

Vorinstanzen:

LG Mannheim, Entscheidung vom 03.05.2007 - 3 O 106/06 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 22.11.2007 - 16 U 1/07 -