
Datum: 23.02.2006
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 28 U 217/04
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2006:0223.28U217.04.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 18 O 19/03
Schlagworte: Einrede der Verjährung; neues Verteidigungsmittel; schriftliche Entscheidung des Versicherers
Normen: §§ 531 II ZPO, 214 I BGB, 51b BRAO, 12 I, II VVG
Leitsätze:
Eine erst in zweiter Instanz erhobene Verjährungseinrede ist zuzulassen, wenn die zugrundeliegenden Tatsachen unstreitig sind.

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 16.09.2004 verkündete Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Essen abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des nach dem Urteil zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Gründe

A.

Der Kläger begehrt Schadensersatz aus Anwaltshaftung aufgrund der Verjährung von Ansprüchen auf Berufsunfähigkeitsrente.

Der Kläger ist gelernter Dachdecker mit Gesellenprüfung und war seit 1982 als Einzelfirma Holz- und Bautenschutz, seit 1988 mit L2 als L3 GbR Bauklempnerei – Bauschlosserei – Heizung und Sanitär und seit dem 01.01.1992 als Gesellschafter und Alleingeschäftsführer der L Bauklempnerei - Bauschlosserei GmbH als Dachdecker und Bauklempner tätig. Der Geschäftspartner L4, ein Schlosser, schied im Jahr 2002 aus.

Zum 01.07.1991 schloss der am 29.10.1964 geborene Kläger bei der M AG eine Lebensversicherung über 200.000,- DM nebst dynamischer Berufsunfähigkeitszusatzversicherung ab. Am 16.05.1992 verunglückte der Kläger im Rahmen eines Freizeitunfalls mit seinem Motorrad. Hierbei erlitt der Kläger neben einer Oberschenkelfraktur rechts und einer Vorderarmknochenfraktur links eine Peroneusläsion rechts (Schädigung des Nerven am Wadenbein). Die stationäre Behandlung dauerte vom 16.05.1992 – 13.06.1992. Der Kläger war nach dem Unfall etwa 1 Jahr 9 Monate arbeitsunfähig krank und bezog zunächst von der C3 Versicherung Krankentagegeld. Danach war er weiterhin vollschichtig in seinem Betrieb tätig.

Die Versicherungsagentur meldete am 25.08.1992 die Arbeitsunfähigkeit des Klägers der M Versicherung. Unter dem 08.09.1992 bescheinigten die Hausärzte Dr. X2 / Dr. T dem Kläger aufgrund der angeführten Gesundheitsstörungen "für die Tätigkeit als Dachdecker eine Berufsunfähigkeit von über 50 %". Der Kläger übersandte diese Bescheinigung der M Versicherung, ebenso unter dem 14.10.1992 den ausgefüllten Antrag auf Leistungen wegen Berufsunfähigkeit und unter dem 05.01.1993 einen Zusatzfragebogen für selbständige Berufstätige, auf die jeweils verwiesen wird. Die Hausärzte fertigten für die Versicherung am 16.12.1992 einen Arztbericht zur Prüfung der Berufsunfähigkeit.

Die Chirurgen Prof. Dr. N3 / Oberarzt Dr. C2 erstellten auf Veranlassung der Versicherung unter dem 16.02.1993 ein fachchirurgisches Gutachten. Sie kamen zu dem Ergebnis, dass von unfallchirurgischer Seite bezüglich des Eindeckens von Dachflächen keine Bedenken bestünden und für die Berufstätigkeit als Bauklempner der Grad der Berufsbehinderung auf 20 % geschätzt werde. Der Neurologe Prof. Dr. N2 erstattete unter dem 20.05.1993 ein neurologisches Zusatzgutachten, wonach die unfallbedingte Minderung der Erwerbsfähigkeit auf Dauer durch die Peroneusläsion 20 % betrage. Mit Schreiben vom 17.06.1993 teilte Prof. N3 der Versicherung mit, dass unter Einbeziehung des Zusatzgutachtens die Gesamtbehinderung im Beruf des Bauklempners aufgrund der Unfallfolgen auf 40 % geschätzt werde. Wegen der Einzelheiten wird auf die genannten Gutachten Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 04.08.1993 teilte die M Versicherung dem Kläger unter Bezugnahme auf den sich nach den Gutachten ergebenden Berufsunfähigkeitsgrad von 40 % mit: "Aufgrund des geschilderten Sachverhalts sehen wir derzeit keine Möglichkeit, Leistungen aus der Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung zu vergüten. Wir bedauern, ihnen keinen günstigeren Bescheid geben zu können. Sollten sich neue Gesichtspunkte ergeben, so sind wir bereit, diese zu prüfen und bei unserer Entscheidung zu berücksichtigen. Für die Zukunft wünschen wir Ihnen alles Gute.". Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Schreiben vom 04.08.1993 Bezug genommen.

- Die C3 Versicherung, bei der der Kläger eine Krankentagegeldversicherung abgeschlossen hatte, stellte mit einem Schreiben vom 17.12.1993 aufgrund der nach einer Bescheinigung des Arztes Dr. X2 vom 19.11.1993 eingetretenen Berufsunfähigkeit des Klägers zum 19.02.1994 die Krankentagegeldzahlungen ein. 9
- Unter dem 28.12.1993 erstellten die Hausärzte Dr. X2 / Dr. T eine ärztliche Bescheinigung, wonach aufgrund der "beruflichen Einschränkungen (der Patient ist nur noch in der Lage, auf ebener Fläche zu arbeiten und zu gehen) unseres Erachtens eine Berufsunfähigkeit von deutlich mehr als 50 %" gegeben sei. Für seinen zuletzt ausgeübten Beruf als Bauklempner sei er nicht mehr einsatzfähig. Unter Übersendung dieser Bescheinigung an die M Versicherung mit Schreiben vom 10.01.1994 erklärte sich der Kläger mit dem Ergebnis der Begutachtung nicht einverstanden. Mit Schreiben vom 17.01.1994, auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird, wies die M Versicherung die Einwände des Klägers gegen die eingeholten Gutachten unter Berufung auf die Qualifikation der Sachverständigen zurück. 10
- Am 15.02.1994 beauftragte der Kläger jedenfalls den Beklagten zu 1., nach seiner Behauptung die Sozietät der Beklagten, mit der Geltendmachung seiner Ansprüche aus der BUZ. Mit Schreiben vom 16.02.1994 bestellten sich die Beklagten bei der Versicherung für den Kläger und erklärten, sie kämen nach weiteren Feststellungen zum Gesundheitszustand des Klägers unaufgefordert auf den Vorgang zurück. Der Beklagte zu 1. forderte den Kläger mit Schreiben vom 16.02.1994 auf, weitere Unterlagen vorzulegen. Mit Schreiben vom 27.04.1994 teilte der Kläger den Beklagten mit, dass zwei Gutachten existierten, ohne diese vorzulegen. In der Folgezeit bat der Kläger die Beklagten mehrfach, die Ansprüche gegenüber der M Versicherung klageweise geltend zu machen. Der Beklagte zu 1. wies den Kläger mehrfach darauf hin, dass ein Anspruch wegen seiner fortdauernden, gleichbleibenden Tätigkeit für die L GmbH nicht gegeben sei, er sich vielmehr strafbar mache. 11
- Unter dem 25.01.1999 fertigte der Beklagte zu 1. den Entwurf einer Klageschrift, ohne die Klage zu erheben. Mit Schreiben vom 10.11.1999 setzte der Kläger gegenüber dem Beklagten zu 1. eine letzte Frist bis Ende des Monats zur Klageerhebung. Falls er aus moralischen Gründen noch nicht zur Klage bereit sei, bitte er ihn, das Mandat abzugeben. In einem Besprechungstermin vom 17.11.1999 wurde zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1. über die Ansprüche aus der BUZ gesprochen, wobei der Inhalt des Gesprächs streitig ist. Mit Schreiben vom 14.03.2000 legte der Beklagte zu 1. unter Bezugnahme auf frühere mündliche Erörterungen dar, dass er für eine Klage keine Erfolgsaussicht sehe, da der Kläger im Hinblick auf seine fortdauernde Berufstätigkeit eine Berufsunfähigkeit als Dachdecker bzw. Bauklempner nicht glaubhaft darlegen könne. Es könne auch zu Schwierigkeiten mit seiner Zulassung kommen. 12
- Der Kläger beauftragte die Rechtsanwälte M2 pp. aus I, seine erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten, die sich mit Schreiben vom 23.03.2000 gegenüber den Beklagten und der Versicherung bestellten. Die M Versicherung erklärte unter dem 18.05.2000 unter Bezugnahme auf die Verjährungsfrist des § 12 Abs. 1 VVG, dass es dem Mandanten bei einer Verschlechterung seines Gesundheitszustandes freistehe, einen erneuten Leistungsantrag zu stellen. 13
- Nach Einholung eines unfallchirurgischen Gutachtens des Dr. C aus N am 02.03.2001, der zu dem Ergebnis kam, dass eine mehr als 50prozentige Berufsunfähigkeit bestehe, stellte der Kläger am 23.03.2001 bei der M Versicherung aufgrund einer Verschlechterung seines Gesundheitszustandes einen neuen Leistungsantrag. Der Kläger einigte sich in der Folgezeit mit der Versicherung, die sich bis zum 31.12.1999 auf Verjährung berief, auf Zahlung von 50 14

% der Berufsunfähigkeitsleistung und 50 % Beitragsredzierung ab dem 01.03.2000.

Die Beklagten erklärten auf die Geltendmachung von Regressansprüchen durch den Kläger mit Schreiben vom 23.09.2002 einen Verzicht auf die Verjährungseinrede bis 30.09.2003, sofern noch keine Verjährung eingetreten sei. 15

Der Kläger hat behauptet, dass eine Berufsunfähigkeit von mehr als 50 % bereits bei Beauftragung der Beklagten für die Tätigkeit als Dachdecker und Bauklempner vorgelegen habe. Die vollschichtige Tätigkeit gehe zu Lasten seiner Gesundheit. Eine Umorganisation des Betriebs sei nicht möglich. 16

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass die Beklagten eine Pflichtverletzung begangen hätten, indem sie die bis Ende 1999 laufende Verjährungsfrist gem. § 12 I VVG nicht unterbrochen hätten. In einem Klageverfahren wäre die M Versicherung zu Rentenleistungen aus der BUZ verurteilt worden. 17

Der Kläger hat beantragt, 18

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 232.884,63 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 11.09.2002 zu zahlen. 19

Die Beklagten haben beantragt, 20

die Klage abzuweisen. 21

Die Beklagten haben behauptet, dass ein Vertragsverhältnis nur mit dem Beklagten zu 1. zustande gekommen sei, da der Kläger von diesem ständig seit 10 Jahren anwaltlich worden und freundschaftlich verbunden sei. In dem Gespräch vom 17.11.1999 habe der Beklagte zu 1. dem Kläger erklärt, er werde ihn nicht in einem Prozess gegen die Versicherung vertreten und habe ihn auf die Verjährung hingewiesen. Der Kläger habe erklärt, er werde einen anderen Anwalt beauftragen. Die Höhe des Anspruchs gegen die Versicherung haben sie bestritten. 22

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dr. X vom 27.11.2003, auf das verwiesen wird. In der mündlichen Verhandlung des Landgerichts vom 16.09.2004 hat der Sachverständige Dr. X sein Gutachten erläutert und die Kammer hat eine Vernehmung des Klägers als Partei durchgeführt. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll vom 16.09.2004 Bezug genommen. 23

Das Landgericht hat mit Urteil vom 16.09.2004 der Klage bis auf eine geringfügige Zinsmehrforderung stattgegeben. Der Auftrag sei beiden Beklagten erteilt worden. Eine Pflichtverletzung der Beklagten liege vor, da sie keine Klage gegen die Versicherung erhoben hätten. Dem Kläger sei auch ein Schaden entstanden, da ihm die Zahlungen aus der BUZ zugestanden hätten. Der Kläger sei berufsunfähig, wie sich aus dem Gutachten des Sachverständigen Dr. X ergebe. 24

Mit der Berufung gegen dieses Urteil verfolgen die Beklagten ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens weiter. Der Anwaltsvertrag sei nur mit dem Beklagten zu 1. zustande gekommen. Der Beklagte zu 1. habe in dem Termin vom 17.11.1999 das Mandat niedergelegt und habe den Kläger auf die Verjährung zum 31.12.1999 hingewiesen. Sie bestreiten die von dem Kläger abgegebene Tätigkeitsbeschreibung und den Anteil der Tätigkeitsbereiche. Zudem stehe der 25

Berufsunfähigkeit entgegen, dass der Kläger seine Berufstätigkeit uneingeschränkt fortführe.	
Die Beklagten erheben die Einrede der Verjährung. Sie sind der Auffassung, dass die erstmalige Erhebung der Verjährungseinrede im Berufungsverfahren aufgrund des zugrunde liegenden unstreitigen Sachverhalts zulässig sei.	26
Die Beklagten beantragen,	27
unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage abzuweisen.	28
Der Kläger beantragt,	29
die Berufung zurückzuweisen.	30
Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil. Der Beklagte zu 1. habe in der Besprechung vom 17.11.1999 nicht das Mandat niedergelegt. Der Kläger sei bis zum Schreiben vom 14.03.2000 davon ausgegangen, dass die Beklagten die Klage erheben würden. Die Berufsunfähigkeit des Klägers sei gegeben. Die Weiterarbeit des Klägers stehe der Berufsunfähigkeit nicht entgegen, da sie überobligatorisch auf eigene Gefahr erfolge.	31
Die Erhebung der Verjährungseinrede in zweiter Instanz sei gem. § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Zudem hätte das Schreiben vom 10.11.1999 den Beklagten Veranlassung geben müssen, ein Fehlverhalten zu überprüfen und hierauf hinzuweisen, bevor andere Anwälte mit der Geltendmachung von Regressansprüchen beauftragt worden seien. Die Berufung auf die Verjährungseinrede sei zudem treuwidrig.	32
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Der Senat hat den Kläger und die Beklagten zu 1. und 2. persönlich angehört. Wegen des Ergebnisses der Parteianhörung und der von dem Vorsitzenden des Senats im Termin ergänzend erteilten Hinweise wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nebst Berichterstattevermerk vom 13.12.2005 Bezug genommen.	33
<u>B.</u>	34
Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet.	35
I.	36
Der Kläger hat gegen die Beklagten keinen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung des Anwaltsvertrages i.V.m. §§ 675 Abs. 1, 611 BGB auf Schadensersatz in Höhe von 232.884,63 €.	37
Anwendung findet, da das Mandatsverhältnis im Februar 1994 begründet worden ist, nach Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB das vor dem 01.01.2002 geltende alte Schuldrecht des BGB. Auch Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB, wonach für Dauerschuldverhältnisse das neue Schuldrecht ab dem 01.01.2003 gilt, greift hier nicht, da das Mandat vor den Stichtagen bereits beendet war.	38
1.	39
Zwar bestand ein Mandatsverhältnis des Klägers sowohl zu dem Beklagten zu 1. als auch dem Beklagten zu 2. als Anwaltssozietät. Denn die durch den Kläger am 15.02.1994 erfolgte Auftragserteilung zur Geltendmachung seiner Ansprüche aus der Berufsunfähigkeits-	40

Zusatzversicherung gegen die M Versicherung richtete sich nicht nur an den Beklagten zu 1., sondern an die Anwaltssozietät.

a) Ist der beauftragte Rechtsanwalt Mitglied einer Sozietät, ist im Zweifel davon auszugehen, dass die Anwaltssozietät beauftragt wird, da grundsätzlich von dem Willen auszugehen ist, das Mandatsverhältnis mit der Sozietät zu begründen (BGHZ 124, 47, 48 f; BGH, NJW 1995, 1841; Terbille in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts, 7. Aufl. 2005, Rn. 112). Ein Einzelmandat kann im Einzelfall gegeben sein, wenn die Gesamtumstände ausnahmsweise eine entsprechende Würdigung rechtfertigen (BGH, NJW 2003, 231; Terbille in: Rinsche u.a., a.a.O., Rn. 122; Zugehör-Sieg, Handbuch der Anwaltshaftung, 1999, Rn. 355). Diese Ausgestaltung des Mandatsvertrags bedarf einer eindeutigen und klaren Individualvereinbarung (Terbille in Rinsche u.a., a.a.O., Rn. 122).

b) Diese Anforderungen sind vorliegend nicht erfüllt, so dass ein Mandat der Anwaltssozietät gegeben war.

Eine konkrete Individualvereinbarung über ein Einzelmandat des Beklagten zu 1. ist nicht getroffen worden. Soweit der Beklagte zu 1. den Kläger seit mehr als 10 Jahren in beruflichen und privaten Rechtsstreitigkeiten vertreten hatte und mit ihm – im Rahmen der beruflichen Kontakte - freundschaftlich verbunden war, kann hieraus nicht geschlossen werden, dass der Kläger auch ausschließlich den Beklagten zu 1. mandatieren wollte. Aus den genannten Umständen ergibt sich nicht, dass der Kläger durch dessen alleinige Beauftragung auf die Haftung der Sozietät insgesamt verzichten wollte. Soweit die Schreiben des Klägers vom 27.04.1994 und 10.11.1999 ausschließlich an den Beklagten zu 1. und nicht an die Sozietät gerichtet sind, ist diese Anrede durch den Kläger zwanglos daraus erklärbar, dass die Ausführung des Auftrags durch den Beklagten zu 1. erfolgte, er also sein Ansprechpartner war.

Zudem hat auch der Beklagte zu 1. ersichtlich das Mandat selbst so verstanden, dass die Sozietät beauftragt werden sollte. Die Prozessvollmacht vom 15.02.1994 ist auf beide Beklagten ausgestellt, was zumindest indizielle Bedeutung hat (vgl. Terbille in: Rinsche u.a., a.a.O., Rn. 123). Darüber hinaus hat der Beklagte zu 1. sich gegenüber der M Versicherung mit Schreiben vom 16.02.1994 auf dem Briefbogen der Sozietät derart bestellt, dass der Kläger "von uns" anwaltlich beraten und vertreten wird und im weiteren Brief auch immer mit "wir" formuliert. Dies spricht deutlich dafür, dass er von einer Beauftragung der Sozietät ausging (vgl. Terbille in: Rinsche, Rn. 123; Zugehör, Rn. 357). Gleiches gilt für das Anschreiben an die Rechtsschutzversicherung vom 20.08.1999, in der ebenfalls "wir" durch den Beklagten zu 1. formuliert wird. Auch in den Schreiben gegenüber dem Kläger vom 16.02.1994 und 14.03.2000 ist er auf dem Briefbogen der Sozietät mit der Formulierung "wir" aufgetreten.

2.

Ein etwaiger Regressanspruch des Klägers gegen die Beklagten aus diesem mit der Sozietät geschlossenen Anwaltsvertrag aufgrund einer Pflichtverletzung, die Verjährung des Anspruchs des Klägers aus der Berufsunfähigkeitsversicherung nicht durch Klageerhebung gegen die M Versicherung rechtzeitig unterbrochen zu haben, ist jedoch verjährt.

a) Die durch die Beklagten erstmals im Berufungsverfahren erhobene Einrede der Verjährung ist zu berücksichtigen. Der für die Zulassung neuen Verteidigungsvorbringens maßgebliche § 531 Abs. 2 ZPO steht nicht entgegen.

aa) Zwar hat der Senat in einer früheren Entscheidung wie auch weitere Oberlandesgerichte (Senat, Urteil vom 13.01.2004, 28 U 74/03; OLG Düsseldorf, GE 2004, 625; IBR 2004, 200; OLG Frankfurt, OLGR 2004, 249; OLG Oldenburg, Nds.Rpfl. 2004, 104; OLG Brandenburg, BauR 2003, 1256) die Auffassung vertreten, dass es sich bei der Erhebung der Verjährungseinrede als Verteidigungsmittel in zweiter Instanz um ein neues Verteidigungsmittel handelt (so auch Palandt-Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, § 214 Rn. 3; Schenkel, MDR 2005, 726). Demgegenüber ist von ein anderer Teil der Rechtsprechung der Ansicht (OLG Karlsruhe, MDR 2005, 412; OLG Naumburg, NJOZ 2005, 3651, 3653), dass die Erhebung der Verjährungseinrede in zweiter Instanz dann zulässig ist, wenn der zugrunde liegende Sachverhalt unstreitig ist. Dieser letztgenannten Auffassung schließt sich der Senat an.

bb) Nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 2005, 291), der der Senat folgt, ist neuer, 49
unstreitiger Tatsachenvortrag in der Berufungsinstanz zu berücksichtigen, auch wenn dadurch eine Beweisaufnahme erforderlich wird. Der Begriff der neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel gem. § 531 Abs. 2 ZPO, der deren Zulassung im Berufungsverfahren regelt, ist nach dem bisherigen Recht auszulegen (BGH, NJW 2005, 291, 292; NJW 2006, 152, 153). Danach findet § 531 Abs. 2 ZPO nur auf streitiges und deswegen beweisbedürftiges Vorbringen Anwendung und erfasst in zweiter Instanz vorgebrachte unstreitige Tatsachen nicht.

Soweit der BGH (NJW-RR 2005, 866, 867) in einer nachfolgenden Entscheidung 50
ausdrücklich hat dahinstehen lassen, ob die in zweiter Instanz erhobene Verjährungseinrede zu berücksichtigen war, hat er insoweit auf die vorgenannte Entscheidung (BGH, NJW 2005, 291) bezüglich der Zulassung unstreitigen Vorbringens Bezug genommen. Darüber hinaus hat der BGH (NJW 2006, 298, 299) bezüglich der Berufung der Versicherung auf den Ablauf der Klagefrist gem. § 12 Abs. 3 VVG erstmals in zweiter Instanz ebenfalls für die Zulassung dieses Vorbringens unter Bezugnahme auf die erstgenannte Entscheidung darauf abgestellt, dass die Berufung auf den Fristablauf als auch die zugrunde liegenden Prozesstatsachen, aus denen sich die Fristversäumnis ergibt, unstreitig seien und auch hier auf BGH, NJW 2005, 291 verwiesen.

cc) Danach ist unter Heranziehung dieser Rechtsprechung des BGH auch eine erst in zweiter 51
Instanz erhobene Verjährungseinrede zulässig, wenn – wie im hier zu entscheidenden Fall – die zugrunde liegenden Tatsachen unstreitig sind.

Der Senat verkennt dabei nicht, dass die Einrede der Verjährung als Einrede grundsätzlich 52
ein Verteidigungsmittel im Sinne der §§ 282, 296 und 531 Abs. 2 ZPO darstellt, so dass dessen Anforderungen für die Zulassung der erstmaligen Erhebung in zweiter Instanz erfüllt sein müssten. Jedoch steht eine Auslegung des § 531 Abs. 2 ZPO, nach der das Gericht sehenden Auges auf einer falschen, von keiner Partei vorgetragenen tatsächlichen Grundlage entscheiden müsste, im Widerspruch zu den in der Feststellung und Verwirklichung subjektiver Rechte bestehenden Zweck des Zivilprozesses (BGH, NJW 2005, 291, 293). Auch ist im Gesetzgebungsverfahren zur Zivilprozessreform wiederholt das Interesse an einer zutreffenden Tatsachenfeststellung und damit einer materiell gerechten Entscheidung hervorgehoben worden (BT-Ds. 14/6036, S. 118, 124).

Mit dem im Zivilprozess geltenden Verhandlungsgrundsatz, wonach die Parteien über den 53
der gerichtlichen Entscheidung zu Grunde zu legenden Prozessstoff bestimmen, ist es im Interesse einer materiell richtigen Entscheidung nicht zu vereinbaren, die Parteien an dem Vorbringen neuen unstreitigen Sachvortrags im Berufungsverfahren zu hindern (BGH, NJW 2005, 291, 293). Nach dem Willen des Reformgesetzgebers dient die Berufung dazu, das

erstinstanzliche Urteil auf die korrekte Anwendung des materiellen Rechts sowie auf Richtigkeit und Vollständigkeit der getroffenen Feststellungen zu überprüfen und etwaige Fehler zu beseitigen (BT-Ds. 14/4722, S. 64). Ob das im Berufungsverfahren zu überprüfenden erstinstanzliche Urteil objektiv fehlerhaft ist, muss dabei nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung des Berufungsgerichts beurteilt werden (BGH, NJW 2004, 2152; NJW 2005, 291, 293).

Wenn danach die der Erhebung der Verjährungseinrede zugrunde liegenden Tatsachen als unstreitig zu berücksichtigen sind, ist auch die zweitinstanzliche Einrede der Verjährung zulässig. Die Erhebung der Verjährungseinrede im Prozess stellt ohnehin für sich genommen unstreitiges Vorbringen dar. Im Interesse einer materiell richtigen Entscheidung ist dann jedoch auf der Grundlage eines unstreitigen Sachvortrags zum Verjährungstatbestand die Erhebung der Einrede auch im Berufungsverfahren noch zu berücksichtigen. Blicke die Verjährungseinrede außer Acht, würde das Urteil im Berufungsverfahren trotz des Fortbestehens der zugrunde liegenden Forderung des Klägers materiell unrichtig (anders Schenkel, MDR 2005, 726, 726 f.). 54

Denn der Eintritt der Verjährung verschafft dem Schuldner ein Gegenrecht, nämlich die Befugnis, die Leistung zu verweigern (§ 214 Abs. 1 BGB). Die Geltendmachung dieses Gegenrechts, die Erhebung der Einrede der Verjährung, ist nach allgemeiner Meinung eine geschäftsähnliche Handlung des sachlichen Rechts (BGH, NJW 2004, 164 m.w.N.), durch die die bestehende, für das Gericht verbindliche Rechtslage, dass nämlich dem Verlangen des Gläubigers auf Erbringung der Leistung eine Verjährung nicht entgegensteht, zum Nachteil des Gläubigers und zu Gunsten des Schuldners verändert wird (BGH, NJW 2004, 164; ebenso Meller-Hannich, JZ 2005, 656, 657, 661; Palandt-Heinrichs, a.a.O., § 214, Rn. 1, 2). Daran, es nämlich mit einer Einrede des materiellen Rechts zu tun zu haben, die gem. § 214 Abs. 1 BGB ein dauerndes Leistungsverweigerungsrecht begründet (a.a.O.), ändert sich nichts dadurch, dass Einredeerhebung wie auch Einredetatbestand in den Prozess durch Vortrag eingeführt werden müssen, wobei, wird die Einrede nur innerhalb des Prozesses erhoben, materielle Handlung und prozessualer Vortrag zusammenfallen (vgl. Meller-Hannich, JZ 2005, 656, 661). 55

Kann danach die Forderung materiellrechtlich nicht durchgesetzt werden und ist die materielle Rechtslage durch die Erhebung der Verjährungseinrede dahingehend verändert worden, dann entspricht bei unstreitigem Sachvortrag ihre Berücksichtigung auch noch im Berufungsverfahren dem Streben nach einer materiell richtigen und gerechten Entscheidung, so dass dem auch schützenswerte Interessen der klagenden Partei nicht entgegenstehen (so auch Meller-Hannich, JZ 2005, 656, 665; im Ergebnis so auch BGH, NJW-RR 2005, 866, 867; NJW 2006, 298, 299; nicht konsequent daher Palandt-Heinrichs, a.a.O., Rn. 3). 56

b) Die Verjährung eines etwaigen Regressanspruchs des Klägers gegen die Beklagten ist auch eingetreten. 57

aa) Nach § 51 b 1. Alt. BRAO tritt die Verjährung eines Regressanspruchs in drei Jahren von dem Zeitpunkt an ein, in dem der Anspruch entstanden ist. Nach der "Risiko-Schaden-Formel" tritt ein Schaden dann ein, wenn über eine bloße Vermögensgefährdung hinaus eine objektive Verschlechterung der Vermögenslage des Betroffenen eingetreten ist (BGH, NJW 2000, 1263, 1264; NJW 2002, 1421, 1424; Fahrenndorf in: Rinsche u.a., a.a.O., Rn. 1010). Lässt der Rechtsanwalt pflichtwidrig eine Mandantenforderung gegen einen Dritten verjähren, versäumt er also insbesondere eine Hemmung der Verjährung durch Rechtsverfolgung gem. § 204 BGB oder nach früherem Recht eine Verjährungsunterbrechung gem. § 209 BGB a.F., beginnt die Verjährung des darauf gestützten Regressanspruches gem. § 51 b 1. Alt. BRAO 58

bereits mit dem Ablauf der Verjährungsfrist der Mandantenforderung (BGH, NJW 1994, 2822, 2823 f.; NJW 2000, 2661, 2662 f.; NJW 2001, 3543, 3544; Fahrendorf in: Rinsche u.a., a.a.O., Rn. 1034).

bb) Die Verjährung der Ansprüche des Klägers gegen die M aus der Berufsunfähigkeitszusatzversicherung zur Lebensversicherung, mit deren Geltendmachung die Beklagten beauftragt waren und deren Verjährung sie danach durch rechtzeitige geeignete Maßnahmen hätten verhindern müssen (vgl. Fahrendorf in Rinsche u.a., a.a.O., Rn. 1525, 1749 f.), trat mit dem 07.08.1998 ein. Gem. § 12 Abs. 1 VVG beträgt die Verjährungsfrist 5 Jahre, da es sich hierbei um Ansprüche aus der Lebensversicherung handelt. Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in welchem die Leistung verlangt werden kann. Nach § 12 Abs. 2 VVG ist die Verjährung jedoch, wenn ein Anspruch des Versicherungsnehmers bei dem Versicherer angemeldet worden ist, bis zum Eingang der schriftlichen Entscheidung des Versicherers gehemmt. 59

(1) Der Unfall des Klägers erfolgte am 16.05.1992 und ist bei der Versicherung unter dem 25.08.1992 angemeldet worden. Die Verjährung begann danach mit Ablauf des 31.12.1992 und endete grundsätzlich am 31.12.1997. Da bei Beginn der Verjährung die Ansprüche bereits angemeldet waren, waren diese bis zur schriftlichen Entscheidung des Versicherers gem. § 12 Abs. 2 VVG gehemmt. Gem. § 205 BGB a.F. war der Zeitraum der Hemmung, einschließlich des Tages der Entstehung und des Wegfalls der Hemmung, nicht in die Verjährung einzurechnen (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 60. Aufl. 2001, § 205 Rn. 1; Römer/Langheid, VVG, 2. Aufl. 2003, § 12 Rn. 28). 60

(2) Die Hemmung endet gem. § 12 Abs. 2 VVG mit dem Eingang der schriftlichen Entscheidung des Versicherers. Hierbei muss es sich um eine eindeutige, abschließende Stellungnahme des Versicherers zu Grund und Umfang der Leistungspflicht handeln. Der Versicherungsnehmer muss aus dem Bescheid eindeutig erkennen können, dass sich der Versicherer erschöpfend und abschließend zu dem Anspruch erklären wollte (Römer/Langheid, a.a.O., § 12 Rn. 24). Treten die Parteien nach dem ablehnenden Bescheid des Versicherers in erneute Verhandlungen ein, hemmen diese die Verjährung nur, wenn der Versicherer zu erkennen gibt, er wolle die ablehnende Entscheidung nicht aufrechterhalten. Beantwortet der Versicherer Gegenvorstellungen des Versicherungsnehmers, kann daraus alleine kein Abgehen von der früheren Ablehnung gesehen werden, selbst wenn sich der Versicherer erneut mit der Frage der Leistungspflicht auseinandersetzt (OLG Hamm, VersR 2001, 1269; Römer/Langheid, a.a.O., § 12 Rn. 29). 61

(3) Nach diesen Grundsätzen ist eine schriftliche Entscheidung der M Versicherung im Sinne des § 12 Abs. 2 VVG mit dem Schreiben vom 04.08.1993 erfolgt. 62

Die Versicherung hat mit diesem Schreiben für den Kläger erkennbar abschließend einen Anspruch aus der Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung abgelehnt. Die Versicherung hat ihre Ablehnung mit der nach den eingeholten Gutachten nur festgestellten Berufsunfähigkeit von 40 % begründet und eindeutig ausgesprochen, dass die Leistungsvoraussetzungen beim Kläger nicht erfüllt seien. Indem die Versicherung erklärt hat, dass sie aufgrund des geschilderten Sachverhalts derzeit keine Möglichkeit sehe, Leistungen aus der Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung zu vergüten, hat sie deutlich eine abschließende ablehnende Stellungnahme zu dem von dem Kläger geltend gemachten Leistungsanspruch abgegeben. Soweit sie im vorletzten Satz ausgeführt hat, dass sie, wenn sich neue Gesichtspunkte ergäben, bereit sei, diese zu prüfen und bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen, bedeutet dies nach dem Zusammenhang nur, dass die Versicherung bei einer Änderung der Umstände, insbesondere einer Verschlechterung des Zustands, eine 63

erneute Prüfung vornehmen will, jedoch nicht, dass sie ihre getroffene Entscheidung ohne Änderung noch überdenken will. Dies lässt sich auch dem von der Versicherung ausgesprochenen Bedauern entnehmen, dem Kläger keinen günstigeren Bescheid geben zu können, worin gerade die Bezugnahme auf eine getroffene Entscheidung liegt. Der Satzesatz "für die Zukunft wünschen wir Ihnen alles Gute" ist auch eindeutig als abschließend und das Verfahren beendend zu verstehen.

Soweit die Versicherung auf das Schreiben des Klägers vom 10.01.1994, mit dem er erneut ein Gutachten seiner Hausärzte Dr. X2 pp. eingereicht hat, noch einmal mit Schreiben vom 17.01.1994 ihre Ablehnung begründet hat, ist die Versicherung hiermit nur auf die Gegenvorstellung des Klägers unter Vorlage der abweichenden ärztlichen Bescheinigung eingegangen. Sie formuliert in ihrem Schreiben vom 17.01.1994 nicht einmal erneut ihre Entscheidung der Ablehnung des Anspruchs des Klägers, sondern begründet nur, warum die Einwände des Klägers – gegen die bereits vorher getroffene Entscheidung - nicht durchgreifen, indem sie die von ihr eingeholten Gutachten gegen die Angriffe des Klägers unter Vorlage einer weiteren ärztlichen Bescheinigung verteidigt. Hierin liegt nicht erst eine von der Versicherung getroffene Entscheidung und auch keine neuen Verhandlungen der Versicherung mit dem Kläger, sondern nur ein Eingehen auf seine Eingabe als Gegenvorstellung. 64

(4) Danach war die Verjährung gem. § 12 Abs. 2 VVG bis zum Erhalt des Schreibens der Versicherung vom 04.08.1993 durch den Kläger gehemmt. Wird von einem Zugang dieses Schreibens spätestens nach drei Tagen am 07.08.1993 ausgegangen, war bis dahin die Verjährung gehemmt, so dass der Zeitraum vom 01.01.1993 bis zum 07.08.1993 der am 31.12.1997 ablaufenden Verjährung hinzuzurechnen ist und diese dem gemäß am 07.08.1998 ablief. Denn die Hemmung erfasst auch bei einer ansonsten mit dem Schluss des Jahres beginnenden Verjährungsfrist wie gem. § 12 Abs. 1 S. 2 VVG nur den konkreten Zeitraum, der außer Betracht zu bleiben hat, also im Ergebnis hinzugerechnet wird. Nach Beendigung der Hemmung läuft die Frist sofort weiter und nicht erst – wie es das Landgericht unrichtig berechnet hat – mit dem Schluss des Jahres (vgl. BGHZ 86, 103; 93, 294; Palandt-Heinrichs, BGB, 60. Aufl. 2001, § 201 Rn. 1). 65

cc) Mit Ablauf der Verjährung des Anspruchs des Klägers aus der Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung am 07.08.1998 begann danach die Primärverjährung eines Regressanspruches gegen die seit dem 15.02.1994 mit der Geltendmachung der Ansprüche des Klägers beauftragten Beklagten gem. § 51 b 1. Alt. BRAO. Die Verjährungsfrist von drei Jahren seit Eintritt des Schadens lief damit am 07.08.2001 ab. Durch die Zustellung des Mahnbescheids gegen die Beklagten im vorliegenden Verfahren am 08.11.2002 konnte die Verjährungsfrist danach nicht mehr gem. § 204 Abs. 1 Nr. 3 ZPO gehemmt werden. 66

dd) Auch ein Anspruch gegen die Beklagten aus Sekundärhaftung kommt nicht in Betracht. Zwar ist dem Anwalt die Berufung auf die Einrede der Primärverjährung verwehrt, wenn der Anwalt es innerhalb der Primärverjährungsfrist bei einem begründeten Anlass, seine Regresspflicht in Erwägung zu ziehen, schuldhaft unterlassen hat, den Mandanten rechtzeitig vor Ablauf der Verjährung auf den gegen ihn bestehenden Schadensersatzanspruch und die kurze Verjährung hinzuweisen (BGH, NJW 1985, 2250, 2252; NJW 2000, 1263, 1264; Fahrendorf in Rinsche u.a., a.a.O, Rn. 1064). 67

Eine derartige sekundäre Hinweispflicht des Anwalts entfällt jedoch, wenn der Mandant innerhalb der Primärverjährungsfrist einen anderen Anwalt gerade auch wegen der Regressfrage mandatiert (BGH, NJW 2003, 822; Fahrendorf in: Rinsche u.a., a.a.O., Rn. 1095). Insoweit kommt es nicht darauf an, ob der Anwalt zuvor einen begründeten Anlass zu 68

einem Sekundärhinweis gehabt hätte, da mit der Beauftragung eines neuen Anwalts mit der Geltendmachung von Regressansprüchen gegen ihn die Schutzbedürftigkeit des Mandanten entfällt.

Da der Kläger die Rechtsanwälte M2 pp. aus I, die sich mit Schreiben vom 23.03.2000 gegenüber den Beklagten bestellten und mit Schreiben vom 06.11.2000 erstmals ihnen gegenüber Regressansprüche geltend machten, noch weit vor Ablauf der Primärverjährungsfrist zum 07.08.2001 gerade auch mit der Verfolgung von Regressansprüchen mandatiert hat, bestand eine Pflicht der Beklagten zum Sekundärhinweis gegenüber den Klägern nicht mehr. 69

ee) Die Berufung der Beklagten auf die Verjährungseinrede ist auch nicht gem. § 242 BGB treuwidrig. 70

(1) Soweit die Beklagten mit Schreiben vom 23.09.2002 auf die Verjährungseinrede bis zum 30.09.2003 verzichtet haben, erfolgte diese Erklärung ausdrücklich nur, soweit die Verjährung noch nicht eingetreten war, so dass sich hierauf kein Vertrauen des Klägers gründen konnte, dass ein Verjährungseintritt – der tatsächlich schon eingetreten war - noch nicht erfolgt war. 71

(2) Indem die Beklagten im vorliegenden Verfahren selbst in Übereinstimmung mit dem Kläger und dem Landgericht davon ausgegangen sind, dass die Verjährung des Anspruches aus der Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung erst Ende 1999 eingetreten sei, so dass auch die Verjährungsfrist des Regressanspruches bis Ende 2002 gelaufen wäre, hindert dies die Berufung auf die Verjährungseinrede gem. § 242 BGB nicht. 72

Denn durch die Geltendmachung dieser – unzutreffenden – Rechtsansicht der Beklagten wurde der Kläger nicht daran gehindert, seinen Anspruch rechtzeitig vor Ablauf der Verjährung geltend zu machen. Während des vorliegenden Verfahrens, in dem diese Ansicht vertreten wurde, war die Verjährung des Regressanspruches ohnehin bereits abgelaufen, so dass die Verjährung ohnehin nicht mehr hätte gehemmt werden können. Die Beklagten haben durch ihre erst im Verfahren geäußerte Auffassung auch nicht etwa den Kläger zur Geltendmachung des – verjährten - Anspruches ihnen gegenüber veranlasst. 73

II. 74

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO. 75

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 76

Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst, da die Voraussetzungen des § 543 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Ob die Berücksichtigung der Verjährungseinrede im Berufungsverfahren zu Recht erfolgt ist, kann im Rahmen einer Revision ohnehin nicht gerügt werden, da die Beachtung der Voraussetzungen 77

des § 531 Abs. 2 ZPO im Revisionsverfahren nicht zu überprüfen ist (BGH, NJW-RR 2005, 866, 867, NJW 2004, 1458). 78
