
Datum: 31.03.2011
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-28 U 63/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2011:0331.I28U63.10.00

Vorinstanz: Landgericht Hagen, 4 O 227/09

Schlagworte: Rechtsanwaltschaftung, Streitwertbeschwerde, Gegenvorstellung, Zurechnungszusammenhang, Gerichtsfehler

Normen: BGB § 199, § 215, § 280 Abs.1; GKG § 45 Abs. 1 Satz 1, 3, § 61, § 63 Abs. 3, § 68 Abs. 1

Leitsätze:

Der Rechtsanwalt muss mit Rücksicht auf seine Verpflichtung, im Interesse des Mandanten, vermeidbare Mehrkosten zu vermeiden, Streitwertbeschwerde gegen eine überhöhte gerichtliche Streitwertfestsetzung einlegen. Der nur erstinstanzlich bevollmächtigte Anwalt hat auch für Mehrkosten einzustehen, die in den Rechtsmittelinstanzen entstehen, wenn der Fehler (hier: Addition des Streitwerts von Klage und Widerklage, die denselben Gegenstand betreffen) dort wiederholt wird.

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird - unter Zurückweisung des weiter-gehenden Rechtsmittels - das am 26. März 2010 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Hagen abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte 53.959,47 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem je-weiligen Basiszinssatz aus 2.000 € seit dem 21. Januar 2010

und aus 51.959,47 € seit dem 2. November 2010 zu zahlen.

Die weitergehende Widerklage wird abgewiesen.

Die Kosten des Berufungsrechtszugs tragen die Klägerin zu 1/7 und die die Beklagte zu 6/7.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Beklagte darf die Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin, eine Anwaltssozietät in der Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, nimmt die Beklagte auf Zahlung von Honorar für die erstinstanzliche Vertretung in einem bankrechtlichen Rechtsstreit in Anspruch. Die Beklagte verlangt widerklagend Schadensersatz unter Berufung auf anwaltliche Pflichtverletzungen.

Die Beklagte und ihr Sohn waren Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Recht (nachfolgend: GbR), die eine Geschäftsbeziehung zur D (im Folgenden: Bank) unterhielt. Die Geschäfte der GbR führte der generalbevollmächtigte Ehemann der Beklagten. Die GbR wollte - kreditfinanziert - ein Mehrfamilienhaus errichten lassen und zu diesem Zweck eine Generalunternehmerin, die I GmbH & Co. KG, beauftragen. Diese sollte eine Vertragserfüllungsbürgschaft beibringen.

In diesem Zusammenhang übernahm am 11. Juli 1996 die damalige E (nachfolgend Bürgin) eine zeitlich befristete selbstschuldnerische Bürgschaft auf erstes schriftliches Anfordern bis zu 400.000 DM [204.516,75 €]. Die Bürgin erklärte u.a.:

"Vereinbarungsgemäß hat ...[die Generalunternehmerin] ... die Kontrakterfüllung abzusichern....

... Wir werden aus dieser Bürgschaft auf erstes schriftliches Anfordern Zahlung leisten, 7
sofern der Auftraggeber [die GbR] uns mitteilt, dass der Auftragnehmer seinen vertraglichen
Verpflichtungen nicht nachgekommen ist. ...

.. Die Bürgschaft erlischt mit der Rückgabe dieser Urkunde an uns, spätestens jedoch am 8
31.08.1997, wenn und soweit uns nicht spätestens an diesem Tag eine Inanspruchnahme
vorliegt."

Am 15. Juli/12. August 1996 schloss die GbR den Generalunternehmervertrag (Bl. 121 ff. 9
d.A.). Mit der Generalunternehmerin war der 31. August 1997 als Fertigstellungszeitpunkt
vereinbart. Eine zeitliche Befristung für die von der Generalunternehmerin zu stellende
Vertragserfüllungsbürgschaft war nicht vereinbart. § 15 Nr. 1 des
Generalunternehmervertrags sah vor: "Abtretungen werden nicht anerkannt".

Die Bank erhielt eine Abschrift des Generalunternehmervertrags. Zur Finanzierung des 10
Bauvorhabens schloss die GbR mit der Bank am 30. September 1996 einen
Darlehensvertrag ("Kreditbestätigung"). Dort erklärte die Bank unter anderem:

"Als Sicherheit dienen uns bzw. erhalten wir... 11

3. Abtretung der Rechte und Ansprüche aus einer Vertragserfüllungsbürgschaft gemäß 12
Generalunternehmer-Werkvertrag vom 15.07./ 12.08.1996.... über DM 400.000..."

Sicherungsfall für die Inanspruchnahme von Sicherheiten war der Verzug der GbR mit der 13
Zahlung der Darlehensraten (Nr. 11 der einbezogenen, für Baufinanzierungen geltenden
Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank).

Mit Schreiben vom 4. November 1996 bat die Bank die Generalunternehmerin, ihr die 14
Bürgschaftsurkunde zu übersenden. Die Bank wies auf eine Absprache mit der GbR hin,
wonach die Generalunternehmerin zur Einsparung eines Postwegs die Bürgschaftsurkunde
nicht der GbR, sondern direkt der Bank zur Verfügung stellen sollte (Beiakte K 25). In der
Folgezeit übersandte die Generalunternehmerin der Bank die Bürgschaftsurkunde.

Am 19. November 1996 unterzeichnete die Beklagte für die GbR eine entsprechende 15
Abtretungserklärung zugunsten der Bank zur Sicherung aller bestehenden und künftigen
Ansprüche der Bank gegen die GbR. Gegenstand der sog. "Einmaligen Abtretungserklärung
mit sofortiger Offenlegung" waren "Rechte und Ansprüche aus der
Kontrakterfüllungsbürgschaft Nr.der ... [Bürgin] ... über DM 400.000". Unter Nr. 3 Satz 1
der Abtretungserklärung heißt es nach der Überschrift "Übertragung weiterer Rechte und
Sicherheiten" formularmäßig:

"...Mit der abgetretenen Forderung gehen die Rechte aus den zugrundeliegenden 16
Rechtsgeschäften auf die Bank über..."

Ebenfalls mit Schreiben vom 19. November 1996 informierte die Bank die Beklagte, dass sie 17
die Urkunde über die Vertragserfüllungsbürgschaft erhalten habe und übersandte der GbR
eine Kopie der Bürgschaftsurkunde sowie eine Kopie der Abtretungserklärung. Aufgrund
dessen wusste der Ehemann der Beklagten, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft bis zum
31. August 1997 befristet war.

Die Fertigstellung des Bauvorhabens verzögerte sich. Dies wurde der Bank bekannt, wie sich aus ihrem Schreiben vom 8. Juli 1997 an die Beklagte ergibt (Bl. 199 f. d.A.). Zum vereinbarten Fertigstellungstermin am 31. August 1997 hatte die Generalunternehmerin wesentliche Teile des Gebäudes nicht errichtet. Die Bank ließ den Termin verstreichen, ohne die Bürgschaft in Anspruch zu nehmen.	
Eine weitere "Kreditbestätigung" der Bank datiert vom 5. Dezember 1997 (Bl. 195 ff. d.A.). Unter anderem teilte die Bank der Beklagten ein unzutreffendes Befristungsdatum mit, wonach die Bürgschaft bis zum 31. Mai 1998 befristet sei. In dem vorgenannten Schreiben der Bank an die Beklagte heißt es:	19
"... unter Bezugnahme auf die mit Ihnen und Ihrem Gatten geführten Gespräche bestätigen wir vor dem Hintergrund der Bauverzögerungen und Verteuerung im Nebenkostenbereich, dass wir Ihnen mit folgenden Krediten zur Verfügung stehen: ...	20
Als Sicherheiten für diese Kredite und alle anderen Forderungen aus unserer Geschäftsbeziehung dienen uns bzw. erhalten wir:	21
....	22
DM 400.000 Abtretung der Rechte und Ansprüche aus einer Vertragserfüllungsbürgschaft gemäß Generalunternehmervertrag vom 15.07.96/ 12.08.1996	23
- befristet bis zum 31.05.1998..."	24
Die Generalunternehmerin befand sich zu dieser Zeit in Zahlungsschwierigkeiten. Am 19. Januar 1998 stellte das Unternehmen Insolvenzantrag, der mangels Masse abgelehnt wurde (10 N 11/98 und 12/98 - AG Arnsberg).	25
Der Ehemann der Beklagten hatte - nach dem unstreitigen Teil des Tatbestands des angefochtenen Urteils (LGU 5) - bis Februar 1998 keine Kenntnis davon, dass die Bank die für die Bürgschaft geltende Frist hatte verstreichen lassen, ebenso wenig die Beklagte. Dies änderte sich im Rahmen eines Gesprächs des Ehemanns mit dem Filialdirektor der Bank im Februar 1998. Der Filialdirektor teilte dem Ehemann mit, dass die Bürgschaft verfristet sei.	26
Die GbR stellte das Gebäude bis Ende 1998 fertig. Durch die Verspätung entstanden ihr Mehrkosten in Höhe von 542.509,79 DM.	27
Im Jahr 2001 macht die Beklagte einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 400.000 DM gegen die Bank mit dem Vorwurf geltend, dass diese die Ansprüche aus der Bürgschaft habe verfristen lassen (Beiakte K 29).	28
Mit Kündigungsschreiben vom 6. Februar 2002 kündigte die Bank nicht nur die hier interessierende Baufinanzierung, sondern aufgrund von Zahlungsrückständen ihre gesamte Geschäftsbeziehung mit der GbR (Anlage K 2 im Vorprozess). Die Bank kündigte die Verwertung von Sicherheiten an; dies betraf mehrere Grundschulden. Die Beklagte wollte die Darlehen und die Grundschulden ablösen. In der Folgezeit leisteten die Beklagte bzw. die GbR Zahlungen auf die offenen Forderungen der Bank.	29
Am 30. April 2004 mandatierte der Ehemann der Beklagten in deren Namen die Klägerin. Sachbearbeiter war Rechtsanwalt Dr. Q. Er wandte sich mit mehreren Schreiben an die Bank und legte dar, dass die Bank zum Teil überzahlt sei bzw. ein Überschuss zugunsten der Beklagten bestehe. Ferner stritt er mit der Bank um Leistungsbestimmungen von	30

Geldzahlungen, einen nicht verzeichneten Zahlungseingang und beanstandete eine "krankende" Forderungsberechnung der Bank. Wegen der Einzelheiten wird auf die Schreiben vom 5. Mai 2004, 21. Mai 2004 und 16. Juli 2004 Bezug genommen (Beiakte K 10, K 15; Bl. 548, 551 d.A.).

Die Bank verlangte von der Beklagten mit Schreiben vom 5. August 2004 (Bl. 247 ff. d.A.), das an Rechtsanwalt Dr. Q gerichtet war, mehrere offene Rechnungen zu begleichen. Die Bank verlangte ferner, dass die Beklagte ein vorbereitetes notarielles Schuldanerkenntnis nebst Vollstreckungsunterwerfung im Hinblick auf mehrere Darlehensforderungen unterzeichne, unter anderem eine Forderung über 609.416,86 €. Rechtsanwalt Dr. Q und der Ehemann der Beklagten erörterten dies. Die Beklagte gab kein Schuldanerkenntnis ab. 31

Rechtsanwalt Dr. Q bereitete in Gesprächen mit dem Ehemann der Beklagten eine Klage gegen die Bank vor. Am 19. August 2004 reichte Rechtsanwalt Dr. Q im Namen der jetzigen Beklagten die Klageschrift bei dem Landgericht Hagen ein (10 O 118/04; nachfolgend: Vorprozess). Der Klageantrag richtete sich ursprünglich auf Rückgewähr einer Grundschuld; ferner auf Rückzahlung einer angeblichen Überzahlung und auf Feststellung der Schadensersatzpflicht im Zusammenhang mit einem Antrag der Bank auf Zwangsverwaltung eines Grundstücks. 32

Die Bank machte geltend, dass die Darlehen nicht getilgt seien. Mit der Widerklage verfolgte die Bank Zahlungsansprüche in Höhe von insgesamt 430.000 € aufgrund rückständiger Darlehen. Ferner beantragte die Bank, die hiesige Beklagte zu verurteilen, wegen der offenen Darlehensforderungen die Zwangsvollstreckung in fünf Grundschulden zu dulden. 33

Rechtsanwalt Dr. Q und der Ehemann der Beklagten erörterten, worin Pflichtverletzungen der Bank zu sehen sein könnten. Unter anderem betraf dies die Verfristung der Vertragserfüllungsbürgschaft. Rechtsanwalt Dr. Q wies den Ehemann der Beklagten nach dem unstreitigen Teil des Tatbestands des angefochtenen Urteils darauf hin, dass mit dem "Bürgschaftskomplex" ein nicht zu übersehendes Prozessrisiko verbunden sei. 34

Am 24. November 2004 trat die GbR ihre (vermeintlichen) Ansprüche gegen die Bank an die Beklagte ab. Mit Schriftsatz vom 30. November 2004 erweiterte Rechtsanwalt Dr. Q die Klage. Die jetzige Beklagte verlangte von der Bank nunmehr: 35

- Rückabtretung vier weiterer Grundschulden, die ebenso wie die Grundschuld, deren Rückgewähr bereits mit der Klageschrift des Vorprozesses verlangt worden war, schon Gegenstand der Widerklage der Bank waren; 36

- Zahlung in Höhe von 378.331,50 €; darin war ein Schadensersatzanspruch gegen die Bank im Zusammenhang mit der Verfristung der Rechte aus der Vertragserfüllungsbürgschaft enthalten; die hiesige Beklagte vertrat dazu die Auffassung, dass die Bank die Rechte aus der Bürgschaft spätestens am 31. August 1997 hätte geltend machen müssen; 37

- Feststellung der Schadensersatzpflicht im Zusammenhang mit der Zwangsverwaltung eines Grundstücks in J2; dieser Anspruch ist im hier zu entscheidenden Honorar-/Regressprozess nicht von Belang. 38

Das Landgericht setzte den Streitwert durch Beschluss vom 7. Dezember 2004 mit näherer Begründung vorläufig auf 2.756.240,64 € fest (Bl. 101 der Beiakten). Die Kammer addierte den Streitwert von Klage und Widerklage und führte dazu aus, dass die Ansprüche der hiesigen Beklagten auf Rückgewähr von fünf Grundschulden und die von der Bank 39

widerklagend beantragte Duldung der Zwangsvollstreckung aus diesen Grundschulden auf unterschiedliche Willenserklärungen gerichtet seien. Mit Kostenrechnung vom 13. Dezember 2004 forderte die Kostenbeamtin einen weiteren Gerichtskostenvorschuss von der hiesigen Beklagten (Bl. 102 der Beiakten). Die Kostenrechnung ging am 14. Dezember bei der Klägerin ein.

Durch Urteil vom 12. Mai 2005 wies das Landgericht die Klage gegen die Bank ab. Die Widerklage der Bank hatte Erfolg. Mit dem ebenfalls am 12. Mai 2005 verkündeten Streitwertbeschluss vom 10. Mai 2005 setzte die Kammer den Streitwert für die erste Instanz auf 2.756.240,64 € fest (Bl. 189 der Beiakten). 40

Mit der Kostenrechnung vom 16. Juni 2005 an die GbR, zu Händen der Beklagten, stellte die Sozietät die nunmehr streitgegenständliche Forderung von 28.824,03 € in Rechnung. Im Wesentlichen handelte es sich um eine Verfahrens- und eine Terminsgebühr nach dem vom Landgericht festgesetzten Streitwert. 41

Die Klägerin nahm am 10. August 2005 einen Antrag auf Berichtigung des Tatbestands des erstinstanzlichen Urteils zurück. Die jetzige Beklagte mandatierte andere Anwälte, die in ihrem Auftrag Berufung einlegten. Die zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der jetzigen Beklagten erörterten mit deren Ehemann die Frage, ob die Abtretung der Rechte aus der Kontrakterfüllungserfüllungsbürgschaft wirksam sei. 42

Das Berufungsgericht setzte den Streitwert für die Berufung der hiesigen Beklagten durch Beschluss vom 5. September 2005 vorläufig auf 2.216.773,75 € fest (Bl. 315 der Beiakten) Der Ehemann der Beklagten wandte sich daraufhin erneut an Rechtsanwalt Dr. Q und beanstandete, dass das Landgericht den Streitwert höher festgesetzt habe. In einem Aktenvermerk vom 6. Februar 2006 hielt Rechtsanwalt Dr. Q fest (Bl. 589 f. d.A.): 43

"Die Zusammensetzung dieses Streitwerts aus diversen Einzelstreitwerten bedarf noch der Überprüfung ... Wir sind so verblieben, dass ich mir die Streitwertproblematik noch einmal in Ruhe ansehe, überprüfe und berichte. Das gilt auch für die Frage, ob die Streitwertfestsetzung ‚unabänderlich‘ sei". 44

Dies teilte Rechtsanwalt Dr. Q der Beklagten durch Schreiben vom 8. Februar 2006 mit (Bl. 591 f. d.A.). Durch Urteil vom 16. Februar 2006 wies das Berufungsgericht die Berufung zurück; die von der Bank eingelegte Anschlussberufung hatte überwiegend Erfolg (5 U 78/05 - OLG Hamm; veröffentlicht in juris und BeckRS 2008, 00474). Im Hinblick auf die Vertragserfüllungsbürgschaft führte das Berufungsgericht im Wesentlichen aus (Bl. 21 bis 23 des Berufungsurteils = juris, Rn. 101 bis 111): Wegen des fruchtlosen Ablaufs der befristeten Bürgschaft stehe der hiesigen Beklagten mangels Pflichtverletzung der Bank kein Schadensersatzanspruch zu. Die Bank habe die Bürgin nicht vor Ablauf des 31. August 1997 in Anspruch nehmen müssen; die Bank habe auch nicht für eine Verlängerung der Bürgschaft sorgen müssen. Mit der Sicherungsabtretung sei kein Eintritt in die Vertragsbeziehung zwischen der GbR und der Generalunternehmerin verbunden gewesen. Die Bank sei nicht verpflichtet gewesen, Rechtshandlungen zum Erhalt der Werthaltigkeit der Sicherheit vorzunehmen. Die GbR hätte dafür Sorge tragen müssen, dass die Bürgschaft nicht wertlos werde. Die GbR, die die Befristung der Bürgschaft gekannt habe, sei auch ohne die Bank in der Lage gewesen, eine Verlängerung der Bürgschaft zu fordern. 45

Den Streitwert für die Berufung der jetzigen Beklagten und der von der Bank eingelegten Anschlussberufung setzte das Berufungsgericht abschließend auf insgesamt 2.526.559,93 € fest (Bl. 480 der Beiakten). 46

Die jetzige Beklagte ließ gegen das Berufungsurteil Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof einlegen. Zur Begründung führten ihre Prozessbevollmächtigten im Hinblick auf die Vertragserfüllungsbürgschaft mit Schriftsatz vom 3. Juli 2006 im Wesentlichen aus (NZB 13 ff.): Zwar sei die isolierte Abtretung der Rechte aus einer Bürgschaft unwirksam. Dennoch habe die Abtretungsvereinbarung vom 19. November 1996 zwischen der GbR und der Bank rechtliche Bedeutung. Die Bank sei nach dem Gebot der Rücksichtnahme auf die Belange des Darlehensnehmers (Nr. 17 AGB-Banken) gehalten, die Bürgschaft zu verwerten, bevor sie in das übrige Vermögen des Darlehensnehmers, z.B. dessen Grundvermögen, vollstrecke. Die Bank hätte die Bürgin daher vor Ablauf des 31. August 1997 in Anspruch nehmen müssen. Die Darlehensnehmerin sei daher so zu stellen, als wäre die Bank aus der Bürgschaft befriedigt worden. Die Darlehensforderung der Bank sei in Höhe der Bürgschaftssumme (204.516,75 €) erloschen. Dadurch habe sich die Widerklageforderung der Bank reduziert. 47

Der Prozessbevollmächtigte der Bank im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren erwiderte, soweit hier von Interesse, im Wesentlichen: Die Bürgschaftsansprüche seien isoliert und damit nicht wirksam abgetreten worden. Zwar enthalte die Abtretungsvereinbarung die Bestimmung, dass mit der abgetretenen Forderung auch die Rechte aus den zugrunde liegenden Rechtsgeschäften auf die Bank übergehen sollten. Dies bewirke jedoch keinen Übergang der durch die Bürgschaft besicherten Forderung auf die Bank. Die Bürgschaft habe den Anspruch gegen die Generalunternehmerin auf Vertragserfüllung besichert. Der Generalunternehmervertrag enthalte jedoch ein Abtretungsverbot. Der Vertragserfüllungsanspruch habe daher nicht wirksam an die Bank abgetreten werden können. Mangels wirksamer Abtretung sei die Bank nicht verpflichtet gewesen, die Bürgin in Anspruch zu nehmen. 48

Darüber hinaus machte der Prozessbevollmächtigte der Bank geltend: Selbst wenn die Ansprüche aus der Bürgschaft wirksam an die Bank abgetreten worden wären, könne die Darlehensnehmerin keine Ersatzansprüche gegen die Bank aus der unterlassenen Inanspruchnahme der Bürgin herleiten. Der Sicherungsfall sei erst mit der Kündigung der Darlehen am 6. Februar 2002 eingetreten. Zu diesem Zeitpunkt sei die Bürgschaft bereits erloschen gewesen. Vor Eintritt des Sicherungsfalls sei die Bank nicht berechtigt und schon gar nicht verpflichtet gewesen, aus der Bürgschaft Befriedigung zu suchen. 49

Der Bundesgerichtshof wies die Nichtzulassungsbeschwerde durch Beschluss vom 10. Juli 2007 zurück (XI ZR 96/06; veröffentlicht in BeckRS 2007, 12303) und führte unter anderem aus: 50

"Die Beschwerde ... gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 5. Zivilsenats⁵¹ des Oberlandesgerichts Hamm vom 16. Februar 2006 wird zurückgewiesen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts sowie die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern...

Die isolierte Abtretung der Vertragserfüllungsbürgschaft war unwirksam; überdies war die ...[Bank] ... jedenfalls vor Eintritt des Sicherungsfalles zur Geltendmachung der Bürgschaftsforderung nicht verpflichtet. Zur Zahlungsgarantie sind die Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 BGB a.F. nicht schlüssig dargelegt. ... 52

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren beträgt 2.526.559,93 €". 53

Mit zwei Schreiben vom 25. Oktober 2007 überreichte Rechtsanwalt Dr. Q der Beklagten den Kostenfestsetzungsbeschluss für die Kosten der zweiten und dritten Instanz des Vorprozesses und teilte mit: "Die festgesetzten Kosten sind sachlich und rechnerisch zutreffend ermittelt worden" (Bl. 537, 543 d.A.).

Die sozietätsangehörigen Anwälte haben im vorliegenden Prozess Klage auf Zahlung ihres Anwaltshonorars für die erstinstanzliche Vertretung der Beklagten im Vorprozess erhoben. Die Beklagte hat sich mit Schadensersatzansprüchen aufgrund vermeintlicher Pflichtverletzungen von Rechtsanwalt Dr. Q verteidigt. Ferner hat sie Widerklage erhoben, zunächst in Höhe eines geringen Teilbetrags der Regressforderung. 55

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 28.824,03 € nebst Rechtshängigkeitszinsen verurteilt, und zwar an "die Kläger als Gesamtgläubiger". Die Widerklage hat das Landgericht abgewiesen. Die Kammer hat anwaltliche Pflichtverletzungen verneint. Auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil wird Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO). 56

Die dagegen gerichtete Berufungsbegründung der Beklagten macht insbesondere geltend, dass sie die Vertragserfüllungsbürgschaft wegen des Abtretungsverbots im Generalunternehmervertrag isoliert - und damit unwirksam - an die Bank abgetreten habe. Die Berufungsbegründung meint, dass die Bank verpflichtet gewesen sei, die Rechte aus der Bürgschaft fristgerecht geltend zu machen. Die Bank hätte die Auszahlung des Darlehens nicht von einer unwirksamen Abtretung der Bürgschaft abhängig machen dürfen. Zudem habe die Bank die Bürgschaft verfristen lassen und der Beklagten bzw. der GbR ein falsches Verfristungsdatum mitgeteilt. Die Beklagte bzw. die GbR hätten davon ausgehen dürfen, dass die Bank die Rechte aus der Bürgschaft fristgerecht geltend mache oder sich um deren Verlängerung kümmere. Es sei unerheblich, ob die Beklagte Kenntnis von der Verfristung gehabt habe. Die Beklagte selbst sei nicht verpflichtet und - bei einer wie hier offenen Zession - auch nicht berechtigt gewesen, die Rechte aus der Bürgschaft durchzusetzen. Der Beklagten sei die Möglichkeit genommen worden, diese Sicherheit durchzusetzen. 57

Als weitere Gesichtspunkte führt die Berufungsbegründung im Wesentlichen an: Die Beklagte habe im Vorprozess das Ziel verfolgt, Schadensersatz von der Bank zu verlangen. Die Berufungsbegründung stellt zur Überprüfung, ob die auf Abtretung gerichteten Klageanträge geeignet gewesen seien, dieses Ziel zu erreichen. Vorprozessual hätte Rechtsanwalt Dr. Q der Beklagten bzw. der GbR zudem raten müssen, als Reaktion auf das Schreiben der Bank vom 5. August 2004 ein Schuldanerkenntnis abzugeben. Dann wäre die Beklagte im Vorprozess nicht auf die Widerklage der Bank verurteilt worden. Die damit verbundenen Verfahrenskosten wären nicht angefallen, sondern nur geringe Notarkosten und eine anwaltliche Geschäftsgebühr. 58

Die Streitwertfestsetzung durch das Landgericht in Höhe von 2.756.240,64 € sei überhöht gewesen. Bei der Streitwertbemessung sei, so führt die Berufungsbegründung aus, nicht auf den Nennbetrag der Grundschulden abzustellen. Die Valutenstände der grundschuldgesicherten Darlehen hätten sich auf nur noch 609.416,86 € belaufen, während nominell 3.5 Millionen DM eingetragen gewesen seien. Rechtsanwalt Dr. Q hätte deshalb im Vorprozess Streitwertbeschwerde einlegen müssen. Dann hätten sich die Anwalts- und Gerichtskosten bereits in erster Instanz des Vorprozesses erheblich reduziert, nämlich um 38.538,75 €. 59

Die Beklagte hat den Antrag angekündigt, 60

das am 26. März 2010 verkündete Urteil des Landgerichts Hagen abzuändern und	
1. die Klage abzuweisen	62
sowie widerklagend die Klägerin verurteilen, an sie	63
2. Schadensersatz wegen Beratungspflichtverletzungen im Zusammenhang mit einer Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe eines Teilbetrages von 1.000 € nebst Zinsen in Höhe von 6,2% seit dem 31. August 1997 bis zum 21. März 2002 und in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 22. März 2002 sowie	64
3. Schadensersatz wegen Beratungspflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Vertretung aus gekündigter Geschäftsbeziehung in Höhe eines Teilbetrages von 1.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 9. November 2009 zu zahlen.	65
Die Beklagte hat die Widerklage sodann auf Zahlung von insgesamt 599.063,58 € erweitert und beantragt nunmehr,	66
1. die Klage abzuweisen sowie	67
2. widerklagend die Klägerin zu verurteilen, an sie 599.063,58 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	68
Die Widerklageforderung setzt sich aus Teilbeträgen in Höhe von 380.157,85 € und 218.905,73 € zusammen. Der Teilbetrag von 380.157,85 € besteht aus einer Schadensersatzforderung in Höhe von 204.516,75 € für die verlustig gegangenen Rechte aus der Vertragserfüllungsbürgschaft und Zinsen aus dem Nichteinzug der Bürgschaft (57.698,10 € sowie weitere 117.943 €). Der Teilbetrag von 218.905,73 € bezieht sich auf die gesamten Verfahrenskosten des Vorprozesses. Diese wären nach Meinung der Beklagten vermeidbar gewesen, wenn sie vorprozessual ein Schuldanerkennntnis abgegeben hätte. Nach der Berechnung der Beklagten seien insgesamt Gerichts- und Anwaltskosten von 247.129,76 € angefallen, von denen die Beklagte das Anwaltshonorar der Klägerin von 28.824,03 € absetzt.	69
Soweit die Beklagte Schadensersatz wegen der verfristeten Vertragserfüllungsbürgschaft verlangt, geht sie, wie im Senatstermin vom 3. März 2011 klar gestellt worden ist, aus abgetretenem Recht der GbR vor. Im Übrigen geht sie aus eigenem Recht vor.	70
Die Klägerin beantragt,	71
die Berufung zurückzuweisen.	72
Die Berufungserwiderung führt zur Verteidigung des angefochtenen Urteils unter anderem aus: Das Abtretungsverbot sei aktenkundig gewesen. Rechtsanwalt Dr. Q habe diese rechtliche Wertung nicht ausdrücklich wiederholen müssen. Die Bank hätte unter diesem Gesichtspunkt nicht erfolgreich in Anspruch genommen werden können. Die Abtretung sei wirksam, denn mit dem Abtretungsverbot sei nach dem Vortrag der hiesigen Beklagten im Vorprozess nur bezweckt gewesen, die Generalunternehmerin an der Abtretung seiner Rechte gegen die GbR zu hindern.	73
Auch bei unwirksamer Abtretung sei keine anwaltliche Pflichtverletzung anzunehmen. Die Bank sei, worauf im Vorprozess bereits der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung über	74

die Nichtzulassungsbeschwerde hingewiesen habe, nicht verpflichtet gewesen, die Bürgschaft vor Eintritt des Sicherungsfalls geltend zu machen. Die Bank, die eine wirksame Abtretung und werthaltige Sicherheit gewünscht habe, habe eine unwirksame Abtretung weder verlangt noch akzeptiert. Nicht die Bank, sondern die GbR habe den "Rechtsschein" einer wirksamen Abtretung gesetzt. Die Bank sei gegenüber der GbR nicht verpflichtet gewesen, die Wirksamkeit der Abtretung zu prüfen.

Auch andere Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Vertragserfüllungsbürgschaft seien, wie die Berufungsbeantwortung im Einzelnen näher ausführt, nicht gegeben. Der Vortrag der Beklagten zu dem nicht abgegebenen Schuldanerkenntnis sei unsubstanziert. Die Beklagte habe die Forderungen der Bank im Vorprozess bestritten, sei also nicht bereit gewesen, ein Schuldanerkenntnis abzugeben. 75

Rechtsanwalt Dr. Q habe im Vorprozess keine Streitwertbeschwerde gegen den erstinstanzlichen Streitwertbeschluss einlegen müssen. Der Streitwert habe sich nach § 6 ZPO gerichtet. Konkrete Umstände, die eine Abweichung rechtfertigen könnten, seien hier nicht dargetan. Auch die Rechtsmittelgerichte hätten den Streitwert später auf rund 2.5 Millionen € festgesetzt. 76

Später hat die Beklagte geltend gemacht, dass die Klägerin jedenfalls für überhöhte Prozesskosten in Höhe von 76.085,72 € verantwortlich sei. Dies sei die Differenz zwischen den tatsächlich angefallenen Rechtsverfolgungskosten des Vorprozesses und den hypothetischen Kosten eines Streitwertes in der Stufe zwischen 1.35 bis 1.4 Millionen €, der anzusetzen gewesen wäre, wenn die Gegenstandswerte von Klage und Widerklage im Vorprozess nicht in vollem Umfang addiert worden wären. 77

Der Senat hat Rechtsanwalt Dr. Q und den Ehemannes der Beklagten als deren Vertreter persönlich angehört. Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, die Beiakten 10 O 118/04 - LG Hagen = 5 U 78/05 - OLG Hamm = XI ZR 96/06 - BGH, die Sitzungsprotokolle sowie Berichterstattevermerke zu den Senatsterminen vom 4. November 2010 und vom 3. März 2011 Bezug genommen. 78

II. 79

Die Berufung der Beklagten hat zum Teil Erfolg. Sie führt zur Abweisung der Honorarklage. Die Widerklage ist zum Teil begründet. 80

A. 1. Die Honorarklage ist von den der Sozietät angehörenden Anwälten erhoben worden. Vertragspartner des Mandanten ist jedoch die Sozietät, die nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit seinem Urteil vom 29. Januar 2001 (II ZR 331/00, BGHZ 146, 341) als Außengesellschaft rechts- und parteifähig ist. Das gilt auch für die Anwaltssozietät in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Mennemeyer in: Fahrendorf/ Mennemeyer/ Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts, 8. Aufl., Rn. 116; Vollkommer/ Greger/ Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, 3 Aufl., § 4 Rn. 6 f.). Die Honorarforderung steht der Anwaltssozietät zu. Forderungen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts können nur von der Gesellschaft eingeklagt werden, nicht von den Gesellschaftern als Streitgenossen. Wird dennoch - wie hier - eine Honorarklage von den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit erhoben, ist das Klagerubrum dahingehend zu berichtigen, dass Klägerin die Gesellschaft ist, die aus den in der Klageschrift aufgeführten Personen besteht (BGH, Beschluss vom 8. November 2007 – IX ZR 191/06, BeckRS 2007, 65048, Rn. 2; siehe auch BGH, Urteile vom 14. September 2005 - VIII ZR 117/04, NJW-RR 81

2006, 42; vom 15. Januar 2003 – XII ZR 300/99, NJW 2003, 1043, unter I b; Müller-Rabe in: Gerold/Schmidt, RVG, 19. Aufl., VV 1008 Rn. 64; Fahrendorf in: Fahrendorf/ Mennemeyer/ Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts, 8. Aufl., Rn. 1416). Eine Rubrumsberichtigung ist auch in der Rechtsmittelinstanz vorzunehmen (MünchKomm-ZPO/Lindacher, 3. Aufl., Vor §§ 50 ff. Rn. 21).

2. Gegen die Honorarforderung, die die Klägerin gemäß §§ 675, 611 BGB, § 10 RVG beansprucht, ist unter spezifisch gebührenrechtlichen Gesichtspunkten für sich gesehen nichts zu erinnern. 82

a) Entgegen der Ansicht der Klägerin hat die Beklagte kein "Anerkenntnis" abgegeben, welches sie darin hindern könnte, sich mit einer Gegenforderung aus anwaltlicher Pflichtverletzung zu verteidigen. 83

b) Die Berufungsbegründung der Beklagten meint zwar zu Recht, dass die Verjährungsfrist für den Honoraranspruch der Klägerin verstrichen ist, weil das Mandat im Jahr 2005 beendet war. Die Beklagte hat jedoch bis zum 30. Juni 2009 auf die Einrede der Verjährung verzichtet. Die Klägerin hat die Frist gewahrt. Die Honorarklage ist am 29. Juni 2009 bei dem Landgericht eingegangen und der Beklagten "demnächst", nämlich am 2. Juli 2009, zugestellt worden (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, § 167 ZPO). Diese Bestimmungen sind auch bei einem zeitlich begrenzten Verjährungsverzicht anwendbar (BGH, Urteil vom 20. Februar 1986 - VII ZR 142/85, NJW 1986, 1861, zu § 270 Abs. 3 ZPO a.F.; Fahrendorf, aaO, Rn. 1388, m.w.N.). Die in zweiter Instanz erhobene Verjährungseinrede der Beklagten bleibt daher ohne Erfolg. 84

B. Die Beklagte hat nach den Feststellungen des Landgerichts die Hauptaufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch wegen anwaltlicher Pflichtverletzungen erklärt. Insoweit handelt es sich allerdings nicht um eine Aufrechnung. Die Verpflichtung des Auftraggebers zur Zahlung der Gebühren entfällt, wenn die Belastung mit der Honorarverbindlichkeit Bestandteil eines Schadens ist, der aus einer Pflichtverletzung resultiert, die mit dem betreffenden anwaltlichen Mandant verbunden ist (§ 280 Abs. 1 BGB; siehe BGH, Urteile vom 4. Februar 2010 – IX ZR 18/09, BGHZ 184, 209, Rn. 56; vom 15. Juli 2004 - IX ZR 256/03, NJW 2004, 2817; vom 7. März 2002 - III ZR 12/01, NJW 2002, 1571, unter II 1 a; Zugehör in: Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Aufl., Rn. 877). Einen durch die Pflichtverletzung verursachten Schadensersatzanspruch, der auf Befreiung vom Gebührenanspruch gerichtet ist, kann der Auftraggeber dem Gebührenanspruch des Anwalts nämlich unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB entgegenhalten (*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*; BGH, Urteil vom 15. Juli 2010 – IX ZR 227/09, NJW 2011, 229, Rn. 7, 13; ebenso Senatsurteil vom 18. Oktober 2007 – 28 U 49/07, BeckRS 2008, 2062; OLG Stuttgart, OLGR 2003, 34, 35; Mennemeyer, aaO, Rn. 1010, 1448; Fahrendorf, aaO, Rn. 1757, m.w.N.; für Aufrechnung hingegen Vollkommer/Greger/Heinemann, aaO, § 12 Rn. 33; Teumer, VersR 2009, 333, 335). 85

In der Sache beanstandet die Beklagte mehrere anwaltliche Pflichtverletzungen. Zum einen, so meint die Beklagte ohne Erfolg, hätte ein auf die Unwirksamkeit der Abtretung der Vertragserfüllungsbürgschaft und deren Verfristung gestützter Schadensersatzanspruch gegen die Bank bei pflichtgemäßer anwaltlicher Beratung durchgesetzt werden können. Zudem beruhe es auf einer anwaltlichen Pflichtverletzung, dass sie vorprozessual kein Schuldanerkenntnis abgegeben habe (unten 1. bis 3.). 86

Eine anwaltliche Pflichtverletzung ist hingegen unter einem anderen von der Beklagten geltend gemachten Gesichtspunkt zu bejahen, nämlich im Hinblick auf den im Vorprozess wegen überhöhter Streitwertfestsetzung entstandenen Kostenschaden. Der dadurch 87

entstandene Kostenschaden ist höher als die mit der Klage geltend gemachte Vergütungsforderung, so dass die Klage abzuweisen war (unten 4.).

1. a) Rechtsanwalt Dr. Q als Sachbearbeiter der klagenden Anwaltssozietät musste im Vorprozess nicht geltend machen, dass die isolierte Abtretung der Rechte aus der Vertragserfüllungsbürgschaft an die Bank unwirksam gewesen sei. Eine anwaltliche Pflichtverletzung liegt insoweit nicht vor. 88

aa) Der Gläubiger der Hauptforderung und der Bürgschaftsgläubiger muss ein und dieselbe Person sein. Eine isolierte Abtretung allein der Rechte aus einer Bürgschaft ohne die Rechte aus der Hauptforderung ist grundsätzlich unwirksam (st. Rspr., BGH, Urteil vom 19. September 1991 – IX ZR 296/90, BGHZ 115, 177; siehe auch Schmitz/Wassermann/Nobbe in: Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., § 91 Rn. 30). Das gilt auch bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern (BGH, Urteil vom 3. März 2003 - IX ZR 287/99, NJW 2003, 2231, unter II 1 a, b). 89

bb) Die Abtretungserklärung vom 19. November 1996 betraf für sich gesehen eine isolierte Abtretung nur der Bürgschaftsforderung. Die GbR trat der Bank nur die Rechte aus der Vertragserfüllungsbürgschaft ab. Etwas anderes ergibt sich nicht aus der Formularbestimmung, wonach "... mit der abgetretenen Forderung ... die Rechte aus den zugrundeliegenden Rechtsgeschäften auf die Bank übergehen". Denn dem stand das Abtretungsverbot im Generalunternehmervertrag zwischen der GbR und dem Generalunternehmer entgegen (§ 399 Alt. 2 BGB). 90

Auch der Bundesgerichtshof hat im Vorprozess in seinem Beschluss vom 10. Juli 2007 (XI ZR 96/06) die Abtretung auf der Grundlage des vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts als isoliert und deshalb unwirksam angesehen. Diese Bewertung war dem Revisionsgericht möglich, obwohl im Berufungsurteil das Abtretungsverbot im Generalunternehmervertrag nicht ausdrücklich erörtert worden ist. Das Berufungsurteil hat den Generalunternehmervertrag aber in Bezug genommen, indem es auf die Anlage K 21 des Vorprozesses verwiesen hat (Bl. 21 des Berufungsurteils = juris, Rn. 102). Der Inhalt des Generalunternehmervertrags war dem Bundesgerichtshof, der gemäß § 559 ZPO an die Feststellungen des Berufungsgerichts gebunden ist, dadurch zugänglich. Denn zum festgestellten Parteivorbringen im Sinne von § 559 BGB gehören auch in Bezug genommene Anlagen (MünchKomm-ZPO/Wenzel, aaO, § 559 Rn. 3; Musielak/Ball, ZPO, 7. Aufl., § 559 Rn. 14; Hk-ZPO/Kayser, 4. Aufl., § 559 Rn. 1). 91

cc) Die Beklagte meint, dass das Berufungsgericht im Vorprozess von einer isolierten Abtretung ausgegangen sei; dies sei aus der Formulierung zu folgern, wonach mit der Sicherungszession kein Eintritt in die Vertragsbeziehung zwischen der Generalunternehmerin und der GbR verbunden gewesen sei (BU 22 = juris, Rn. 106). Das Berufungsgericht hat dazu im Vorprozess aber keine Feststellungen getroffen. Insbesondere hat es nicht verwertet, dass der Geschäftsführer der Generalunternehmerin mit der Abtretung einverstanden war. Dies hat die hiesige Beklagte als Klägerin des Vorprozesses schriftsätzlich vorgetragen (Bl. 135 der Beiakten): Der Ehemann der Beklagten habe mit dem Geschäftsführer der Generalunternehmerin eine vom Abtretungsverbot abweichende Vereinbarung getroffen; sie hätten abgesprochen, dass die GbR die Vertragserfüllungsbürgschaft an die Bank abtritt. An diesen Informationen durfte Rechtsanwalt Dr. Q sich orientieren (siehe BGH, Urteil vom 22. September 2005 - IX ZR 23/04, NJW 2006, 501, unter II 2 a bb). Rechtsanwalt Dr. Q hat dementsprechend in erster Instanz des Vorprozesses vorgetragen und vorsorglich Beweis durch Zeugnis des Ehemanns der Beklagten sowie des Geschäftsführers der Generalunternehmerin angeboten (Schriftsatz vom 8. April 2005). Auch der zweitinstanzliche Prozessbevollmächtigte der hiesigen Beklagten hat dies im Vorprozess in der 92

Das entspricht dem schriftsätzlichen Vortrag der Beklagten im Streitfall; danach habe die Generalunternehmerin "jedenfalls konkudent der Abtretung zugestimmt" (Bl. 437 d.A.). Dies deckt sich mit den Angaben des Ehemanns der Beklagten bei seiner Anhörung im Senatstermin. Er hat erklärt, dass er und die Bank über das Abtretungsverbot im Generalunternehmervertrag "Bescheid gewusst" hätten. Er habe darüber mit dem Geschäftsführer der Generalunternehmerin gesprochen. Dieser habe erklärt: "Mir ist es egal"; die Generalunternehmerin habe auf das Abtretungsverbot bezüglich der Bürgschaft verzichtet. 93

Bei interessengerechter Auslegung (§§ 133, 157 BGB) bezog sich diese Vereinbarung zwischen dem Ehemann der Beklagten und der Generalunternehmerin nicht nur auf die Abtretung der Vertragserfüllungsbürgschaft, sondern auch auf die zugrundeliegenden Ansprüche der GbR. Dem steht nicht entgegen, dass die Bank sich nicht als neue Auftraggeberin der Generalunternehmerin gerierte und sich nicht um den Baufortschritt kümmerte. Dazu bestand keine Veranlassung, weil die Bank dies der GbR überlassen konnte. Bereits das Landgericht hat in diesem Zusammenhang zutreffend darauf abgestellt, dass die GbR die Geschäfte aufgrund einer stillschweigend erteilten Vollmacht der Bank weiterhin wahrnahm (LGU 11). Dafür spricht auch, dass das im Generalunternehmervertrag vorgesehene Abtretungsverbot ohnehin nur den Zweck hatte, dass die Generalunternehmerin ihre Forderungen gegen die GbR nicht anderweitig abtritt. Auch das hat die hiesige Beklagte bereits im Vorprozess vorgetragen (Bl. 134 der Beiakten). Das Abtretungsverbot sollte nicht dazu dienen, das Sicherungsbedürfnis der GbR zu beschneiden. Nur die Bürgschaft vom Abtretungsverbot auszunehmen, entsprach nicht der Interessenlage der GbR, weil die isolierte Abtretung der Vertragserfüllungsbürgschaft unwirksam und damit sinnlos war. Im Zweifel wollen die Parteien einer vertraglichen Vereinbarung aber nicht, dass sich die vereinbarte Regelung als sinnlos erweist (BGH, Urteile vom 7. März 2005 - II ZR 194/03, NJW 2005, 2618, unter II 2 a bb; vom 1. Oktober 1999 – V ZR 168/98, NJW 1999, 3704, unter III 2a; MünchKomm-BGB/Busche, 5. Aufl., § 133 Rn. 60; Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., § 133 Rn. 26). Die Abtretung der Sicherheit an die Bank war nur gemeinsam mit der Abtretung der Ansprüche der GbR aus dem Grundgeschäft zu erreichen. Zudem war, wie der Ehemann der Beklagten erklärt hat, dem Geschäftsführer der Generalunternehmerin die Abtretung ohnehin "egal". Daher ist bei interessengerechter Beurteilung die vereinbarte Einschränkung des Abtretungsverbots nicht auf die Vertragserfüllungsbürgschaft zu beschränken. 94

dd) Tatsächlich ist die Vertragserfüllungsbürgschaft danach nicht isoliert abgetreten worden. Das Berufungsgericht hat im Vorprozess jedoch insoweit keine Feststellungen getroffen. Daher konnte der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs dies revisionsrechtlich nicht zugrunde legen. Dem steht nicht entgegen, dass Rechtsanwalt Dr. Q die dem Abtretungsverbot entgegenstehende Absprache zwischen dem Ehemann der Beklagten und dem Geschäftsführer der Generalunternehmerin im Vorprozess schriftsätzlich vorgetragen hat. Der Inhalt der Schriftsätze ist in der Revisionsinstanz nicht verwertbar, auch nicht mit Rücksicht darauf, dass die Parteien ihn mit der Antragstellung in der Berufungsverhandlung durch konkludente Bezugnahme mündlich vortragen, denn dies liefe dem Normzweck des § 559 Abs. 1 ZPO zuwider (Hk-ZPO/Kayser, aaO, § 559 Rn. 4; Musielak/Ball, aaO, § 559 Rn. 14, m.w.N.). Dementsprechend hat der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren die von Rechtsanwalt Dr. Q schriftsätzlich vorgetragene abweichende Vereinbarung nicht berücksichtigt. 95

ee) Vor diesem Hintergrund liegt keine anwaltliche Pflichtverletzung vor. Die Abtretung war, wie ausgeführt, tatsächlich wirksam, weil die GbR und die Generalunternehmerin das Abtretungsverbot eingeschränkt haben. Dem steht der Inhalt des Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 10. Juli 2007 (XI ZR 96/06) nicht entgegen, weil dieser auf anderen Feststellungen beruht. Rechtsanwalt Dr. Q war daher nicht gehalten, die Unwirksamkeit der isolierten Abtretung im Vorprozess geltend zu machen.

ff) Die Beklagte meint somit Unrecht, dass die Bank eine isolierte Abtretung nicht hätte verlangen dürfen und dass die Bank sie jedenfalls darüber hätte aufklären müssen, dass die isolierte Abtretung unwirksam gewesen sei. Diese Überlegung greift schon deshalb nicht durch, weil die Abtretung nicht unwirksam war. 97

b) Selbst wenn die Abtretung unwirksam gewesen wäre, lässt sich daraus keine anwaltliche Pflichtverletzung herleiten. Denn selbst eine unwirksame Abtretung begründete keinen Schadensersatzanspruch der Darlehensnehmerin gegen die Bank. 98

aa) Die Bank war nicht verpflichtet, die Bürgschaftsforderung vor Eintritt des Sicherungsfalls geltend zu machen. Darauf hat im Vorprozess bereits der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seinem Beschluss vom 10. Juli 2007 abgestellt. Sicherungsfall für die Inanspruchnahme von Sicherheiten war der Verzug der GbR mit der Zahlung der Darlehensraten (Nr. 11 der für Baufinanzierungen geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank). Bis zum 31. August 1997 war die GbR jedoch nicht in Zahlungsverzug geraten. 99

bb) Auch die weiteren Gesichtspunkte, die die Beklagte in diesem Zusammenhang anführt, vermögen keinen Anwaltsregress zu begründen. 100

(1) Eine etwaige Unwirksamkeit der Abtretung wurde nicht von der Bank verursacht, denn das vertragliche Abtretungsverbot hat nicht die Bank zu verantworten. Es war die GbR, die das Abtretungsverbot in dem Generalunternehmervertrag vereinbart hat. Es war damit entgegen der Annahme der Beklagten nicht die Bank, die einen Gefährdungstatbestand für ihren Kunden geschaffen hat, sondern die GbR, und damit der Kunde selbst. Die Bank durfte erwarten, eine werthaltige Sicherheit zu erhalten. Damit war es die GbR, die ihre vertraglichen Pflichten gegenüber der Bank verletzt hat, wenn sie der Bank eine Sicherheit abtrat, die einem Abtretungsverbot unterlag (siehe Ganter in: Bankrechts-Handbuch, aaO, § 96 Rn. 36). 101

(2) Da das Abtretungsverbot im Generalunternehmervertrag ebenso wie die Befristung der Vertragserfüllungsbürgschaft allen Beteiligten rechtzeitig vor Ablauf der Frist bekannt wurde, hatte die Bank auch keinen Wissensvorsprung, wie die Beklagte meint. Die Kenntnis des die GbR vertretenden Ehemannes der Beklagten ist den Gesellschaftern zuzurechnen (§ 166 Abs. 1 BGB). Das Abtretungsverbot war der Beklagten somit auf diese Weise von Anfang an bekannt; von der Befristung der Vertragserfüllungsbürgschaft erfuhr sie noch vor Ablauf der Befristung. 102

(3) Das Berufungsgericht hat zudem bereits im Vorprozess zutreffend ausgeführt, dass die GbR als Sicherungsgeberin dafür hätte sorgen müssen, dass die Bürgschaft nicht wertlos wird. Die GbR, die die Befristung der Bürgschaft kannte, sei auch ohne die Bank in der Lage gewesen, eine Verlängerung der Bürgschaft zu fordern (Bl. 22 des Berufungsurteils im Vorprozess = juris, Rn. 107). Daher war es Aufgabe der GbR, für die Verlängerung der Bürgschaft zu sorgen. Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat das Berufungsurteil des Vorprozesses gebilligt. Es stimmt auch mit der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des 103

Bundesgerichtshofs überein, wonach der Zedent [hier: die GbR] bei einer – wie hier offen gelegten Abtretung – auch ohne Einwilligung des Zessionars [hier: die Bank], die abgetretene Forderung zu dessen Gunsten geltend machen kann (BGH, Urteil vom 13. Dezember 1990 – IX ZR 118/90, BGHZ 113, 169, 172; siehe auch Ganter in: Bankrechts-Handbuch, aaO, § 96 Rn. 74).

(4) Erstmals in zweiter Instanz hat der Ehemann der Beklagten bei seiner Anhörung im Senatstermin behauptet, er habe die Bank im Juni 1997 informiert, dass mit erheblichen Bauverzögerungen zu rechnen sei; er habe sie gebeten, die Bürgschaft zu verlängern; der Zweigstellenleiter habe ihm erklärt, sich darum zu kümmern. Das hat die Klägerin bestritten. Der in zweiter Instanz neue Sachvortrag der Beklagten sowie das Beweisangebot, ihren Ehemann dazu als Zeugen zu vernehmen, sind gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO nicht zu berücksichtigen, weil es die Beklagte aus Nachlässigkeit unterlassen hat, dies bereits in erster Instanz vorzutragen und unter Beweis zu stellen. 104

Zudem hat die Klägerin behauptet, dass ihr die Beklagte bzw. ihr Ehemann ihr davon nichts von der vorgenannten Unterredung berichtet habe. Etwas anderes zeigt die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht auf noch tritt sie dafür Beweis an. 105

(5) Aus dem Schreiben der Bank vom 8. Juli 1997 an die Beklagte (Bl. 199 f. d. A.) folgt nicht, dass sich die Bank um eine Verlängerung der Vertragserfüllungsbürgschaft kümmern werde. Dies ist im Senatstermin erörtert worden. Die Bank bat die Beklagte lediglich, für die Verlängerung einer anderen Sicherheit zu sorgen, nämlich einer Bankgarantie, die mit der hier streitgegenständlichen Vertragserfüllungsbürgschaft nicht in Zusammenhang steht. Die Beklagte konnte aus der an sie gerichteten Bitte der Bank, für die Verlängerung der anderen Sicherheit zu sorgen, nicht schlussfolgern, dass die Bank von sich aus die Verlängerung der Vertragserfüllungsbürgschaft veranlassen werde oder veranlasst habe. 106

(6) Bis zum Ablauf der auf dem 31. August 1997 befristeten Vertragserfüllungsbürgschaft haben die Beklagte und ihr Ehemann keine Initiative entfaltet, die Bürgschaft verlängern zu lassen, obwohl der Ehemann der Beklagten die Befristung kannte, und zwar spätestens durch das Schreiben der Bank vom 19. November 1996. Dies hat er bei seiner erstinstanzlichen Anhörung eingeräumt (Bl. 255 d.A.). 107

(a) Soweit sich die Beklagte darauf beruft, dass die Bank ihr mit Schreiben vom 5. Dezember 1997 fälschlich mitgeteilt habe, dass die Bürgschaft bis zum "31. Mai 1998" befristet sei, geht dies ins Leere, weil die Beklagte am 5. Dezember 1997 ohnehin annehmen musste, dass die Bürgschaft am 31. August 1997 bereits abgelaufen war. Aus dem Schreibfehler bzw. Irrtum der Bank kann die Beklagte daher nichts zu ihren Gunsten herleiten. Insbesondere hat die Bank die Beklagte nicht davon abgehalten, die Bürgschaft vor Fristablauf zu verlängern. 108

(b) Die Beklagte zeigt nicht einmal auf, dass ihr bzw. ihrem Ehemann das falsche Datum damals aufgefallen ist. Aus dem übrigen Inhalt des Schreibens vom 5. Dezember 1997 erschließt sich ebenfalls nicht, dass die Bank die Bürgschaft verlängert habe oder sich um eine Verlängerung kümmern werde. 109

(c) Unbeschadet dessen lässt sich aus dem Irrtum bzw. Schreibfehler der Bank keine anwaltliche Pflichtverletzung herleiten. Die Klägerin behauptet, dass ihr das Schreiben der Bank vom 5. Dezember 1997 während der Dauer des Mandats nicht vorgelegt worden sei; die Beklagte bzw. ihr Ehemann hätten gegenüber Rechtsanwalt Dr. Q auch niemals den Schreibfehler im Hinblick auf das Datum angesprochen; der Ehemann der Beklagten habe das vorgenannte Schreiben erst im Berufungsverfahren des Vorprozesses vorgelegt. Die 110

insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte zeigt nichts auf, das geeignet wäre, dieses Vorbringen der Klägerin zu widerlegen.

2. Die Berufungsbegründung macht geltend, das Interesse der Beklagten sei im Vorprozess auf Schadensersatz gerichtet gewesen; die von Rechtsanwalt Dr. Q formulierten Klageanträge hätten sich jedoch vornehmlich auf Abtretung von Grundschulden bzw. Herausgabe von Grundschuldbriefen gerichtet. Dies entsprach jedoch der Interessenlage der Beklagten als damaliger Klägerin, weil die Bank zuvor angekündigt hatte, die Grundschulden zu verwerten, während es der hiesigen Beklagten um Rückgewähr von Grundschulden ging, weil sie die zugrundeliegenden Kredite als getilgt ansah. 111

3. Die Berufungsbegründung meint ferner, Rechtsanwalt Dr. Q hätte der Beklagten im Vorfeld des Vorprozesses zur Abgabe eines Schuldanerkenntnisses zugunsten der Bank raten müssen. Denn die Darlehensforderungen der Bank seien "dem Grunde nach unstreitig" gewesen (Bl. 363 d.A. = BB 20). Im weiteren Verlauf des Berufungsverfahrens hat die Beklagte behauptet, dass die Darlehensforderungen der Bank "vollständig unstreitig" gewesen seien (Bl. 530 d.A.). Die Widerklage der Bank sei, so meint die Beklagte, ausgelöst worden, weil sie selbst das ihr angebotene Schuldanerkenntnis vom 5. August 2004 nicht unterzeichnet habe. 112

a) Mit diesen Überlegungen lässt sich keine anwaltliche Pflichtverletzung begründen. Der Höhe nach waren die Darlehensforderungen der Bank nicht unstreitig. Die Beklagte hat die Höhe der Darlehensforderungen im Vorprozess bestritten (Bl. 86/87 der Beiakten). Im Berufungsurteil des Vorprozesses heißt es dazu: 113

"Die Klägerin [hiesige Beklagte] sowie deren Ehemann und die GbR leisteten in der Folgezeit diverse Zahlungen auf die verschiedenen Kreditverbindlichkeiten, die teilweise sowohl hinsichtlich der Höhe der Tilgungsleistungen als auch insbesondere bezüglich der Abrechnungsmodalitäten zwischen den Parteien streitig sind. ... " (BU 4 = juris, Rn. 5). 114

Ein Schuldanerkenntnis war vor diesem Hintergrund nicht angezeigt, weil die Höhe der Tilgungen und deren Verrechnung im Streit waren. Eine der Zahlungsforderungen der Beklagten im Vorprozess bezog sich sogar auf die Rückforderung einer angeblichen Überzahlung. Im Vorprozess vertrat die hiesige Beklagte nämlich die Auffassung: "Die ...[hiesige Beklagte] ist der Auffassung ...nicht ... [sie] ..., sondern die ...[Bank] habe vor diesem Hintergrund noch Zahlungen zu leisten." (BU 4 = juris, Rn. 8). Deshalb kam ein Schuldanerkenntnis nicht in Betracht. 115

b) Erstmals in zweiter Instanz behauptet die Beklagte und stellt durch das Zeugnis ihres Ehemanns unter Beweis, dass ihr Ehemann und die Bank schon im Vorfeld des Schreibens der Bank vom 5. August 2004 abgestimmt hätten, dass sie - bzw. ihr Ehemann für sie - ein Schuldanerkenntnis zugunsten der Bank unterzeichnen solle. Die Klägerin hat dies bestritten. Die Behauptung der Beklagten ist in zweiter Instanz neu. In dem Schreiben der Bank vom 5. August 2004 ist von einer Abstimmung im Vorfeld nicht die Rede. Dies folgt entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht daraus, dass die Bank das vorgenannte Schreiben an die Klägerin adressiert hat. Die in zweiter Instanz neue Behauptung der Beklagten ist gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO nicht zu berücksichtigen, weil es auf Nachlässigkeit der Beklagten beruht, dies nicht bereits in erster Instanz vorgetragen zu haben. 116

Zudem hat die Klägerin nicht nur bestritten, dass es eine entsprechende Vereinbarung zwischen der Bank und der Beklagten gegeben habe. Die Klägerin hat auch bestritten, dass die Beklagte bzw. ihr Ehemann dies Rechtsanwalt Dr. Q mitgeteilt haben. Die Beklagte hat 117

weder vorgetragen, dass sie bzw. ihr Ehemann Rechtsanwalt Dr. Q oder einen anderen Anwalt der Klägerin darüber unterrichtet haben, noch hat die Beklagte dafür Beweis angeboten.

4. Die Verteidigung der Beklagten gegen die Honorarforderung der Klägerin hat im Hinblick auf den Kostenschaden Erfolg, der ihr durch den überhöht festgesetzten Streitwert des verloren gegangenen Vorprozesses entstanden ist. Das Landgericht Hagen hat den erstinstanzlichen Streitwert im Vorprozess nach der Klageerweiterung zunächst vorläufig und am Ende der Instanz schließlich endgültig auf 2.756.240,64 € festgesetzt (Streitwertstufe bis zu 2.8 Millionen €; Bl. 101, 189 der Beiakten). Das beruht auf folgenden Erwägungen:

Klageschrift: - Anspruch auf Rückgewähr einer Grundschuld (Nennbetrag 76.693,78 € = 150.000 DM)	76.693,78 €	119
- Feststellungsantrag (Feststellung der Schadensersatzpflicht wegen eines Zwangsverwaltungsantrags der Bank)	5.000,00 €	
Widerklage der Bank: - auf Darlehensrückzahlung gerichteter Zahlungsantrag	430.000,00 €	
- Duldung der Zwangsvollstreckung im Hinblick auf die Grundschuld, die schon Gegenstand der Klage war, sowie vier weiterer Grundschulden (Nennbeträge von 76.693,78 € plus 894.760,79 €)	971.454,57 €	
Klageerweiterung: - Den bereits mit der Klage geltend gemachten Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen angeblicher Überzahlung der Darlehensforderung in Höhe von 2.462,39 € erweiterte die hiesige Beklagte auf 3.451,57 €. - Hinzu kam eine Forderung in Höhe von 374.789,93 € als verbleibende Restforderung eines Gesamtanspruchs von 881.745,93 € nach einer Aufrechnung mit einer Teilforderung von 506.955,44 €.	378.331,50 €	
- Rückgewähr vier weiterer Grundschulden, die bereits Gegenstand der Widerklage der Bank waren (Nennbeträge von insgesamt 894.760,79 € = 1.75 Millionen DM)	894.760,79 €	
Erstinstanzlicher Gesamtstreitwert des Vorprozesses	= 2.756.240,64 €	

Die Beklagte hält dies für überhöht und meint, dass Rechtsanwalt Dr. Q für vermeidbare Mehrkosten (mit-)verantwortlich sei. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen.

a) Die Beklagte ist der Auffassung, als Streitwert sei nicht der Nennbetrag der eingetragenen Grundschulden maßgeblich, sondern das restliche valutierende Darlehen, das die Beklagte mit 609.416,86 € angibt. Dieser Überlegung ist allerdings nicht beizupflichten.

Die hiesige Beklagte hat im Vorprozess Abtretung mehrerer Grundschulden verlangt. Der Streitwert richtet sich gemäß § 6 ZPO nach dem Nennbetrag des Grundpfandrechts und nicht nach dem Betrag der zu sichernden Forderung (Zöller/Herget, ZPO, 28. Aufl., § 3 Rn. 16 Stichwort: Abtretung; Anders/Gehle/ Kunze, Streitwertlexikon, 4. Aufl., Stichwort: Hypothek, Rn. 1). Denn das im Grundbuch eingetragene Grundpfandrecht hindert den Eigentümer daran, die vom Grundpfandrecht eingenommene Rangstelle zu nutzen, z.B. durch Aufnahme eines Kredits (Schneider/Herget, Streitwertkommentar, 12. Aufl., Rn. 131).

- Für einen besonders gelagerten Ausnahmefall der Löschung einer Sicherungshypothek über 2.4 Millionen DM bei einer Gegenforderung rund 1% des Nennbetrags hat das Bundesverfassungsgericht auf die Kosten der Löschung abgestellt, weil andernfalls der verfassungsrechtliche Justizgewährungsanspruch gefährdet sei (Beschluss vom 16. November 1999 - 1 BvR 1821/94, NJW-RR 2000, 946; siehe dazu Schneider/Herget, aaO, Rn. 2600; Gehle in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 3. Aufl., § 6 Rn. 3). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Das gilt umso mehr, weil das Bundesverfassungsgericht auf das wirtschaftliche Interesse des Eigentümers abgestellt hat. Dieses richtet sich aber, wie ausgeführt, auch darauf, die vom Grundpfandrecht eingenommene Rangstelle zu nutzen. 123
- b) Die landgerichtliche Streitwertfestsetzung ist aus anderen Gründen zu beanstanden. Zwei Additionsverboten wurde nicht Rechnung getragen. 124
- aa) Die Widerklage der Bank umfasste eine Darlehensrückzahlungsforderung sowie einen Antrag auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Das Landgericht hat im Vorprozess einen Streitwert von jeweils 430.000 € und 971.454,57 € angenommen und beide Beträge addiert. Dem ist nicht zu folgen. 125
- (1) Bei der Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung (§§ 1147, 1192 BGB) bemisst sich der Wert gemäß § 6 Satz 1 Alt. 2, Satz 2 ZPO nach der Forderung, wegen welcher vollstreckt wird bzw. nach dem geringeren Wert des Vollstreckungsobjektes. Der Streitwert richtet sich somit nach dem Nennbetrag der Forderung wegen der vollstreckt werden soll (BGH, Beschluss vom 22. April 1999 - IX ZR 292/98, NJW-RR 1999, 1080; Schneider/Herget, aaO, Rn. 1220; Zöller/Herget, aaO, § 3 Rn. 16 Stichwort: Duldung, § 6 Rn. 8; MünchKomm-ZPO/Wöstmann, aaO, § 6 Rn. 17). Auch der auf Duldung der Zwangsvollstreckung gerichtete Antrag hatte daher einen Streitwert von nur 430.000 €. 126
- (2) Allerdings waren nicht zweimal 430.000 € anzusetzen, sondern nur einmal. Wird neben der Duldung der Zwangsvollstreckung auf Zahlung geklagt, findet keine Wertaddition gemäß § 5 Halbsatz 1 ZPO statt, weil wirtschaftliche Identität besteht (OLG Celle, OLGR 2002, 11; MünchKomm-ZPO/Wöstmann, aaO, § 5 Rn. 4; Zöller/Herget, aaO, § 5 Rn. 8; Gehle, aaO, § 5 Rn. 5; Thomas/ Putzo/Hüßtege, ZPO, 31. Aufl., § 5 Rn. 8). 127
- (3) Als Streitwert der Widerklage sind daher nur 430.000 € anzunehmen. 128
- bb) Entscheidend ist das zweite nicht beachtete Additionsverbot. Im Vorprozess hat die hiesige Beklagte Rückgewähr von zunächst einer und später von vier weiteren Grundschulden verlangt, insgesamt von fünf Grundschulden. Die Bank hat widerklagend die Duldung der Zwangsvollstreckung aus diesen Grundschulden beantragt. Die Streitwerte von Klage und Widerklage waren insoweit nicht zu addieren, weil sie denselben Gegenstand betreffen (§ 45 Abs. 1 Satz 1, 3 GKG). Die Ansprüche auf Rückabtretung einerseits und Duldung der Zwangsvollstreckung andererseits richteten sich zwar auf "unterschiedliche Willenserklärungen", wie das Landgericht bei der Streitwertfestsetzung im Vorprozess angenommen hat (Bl. 101 der Beiakten). Das ist aber nicht maßgeblich. Entscheidend ist, ob die Ansprüche einander ausschließen und damit notwendigerweise die Zuerkennung des einen Anspruchs mit der Aberkennung des anderen verbunden ist (BGH, Urteil vom 5. Mai 2010 - III ZR 209/09, BGHZ 185, 310, Rn. 26; Beschlüsse vom 6. Oktober 2004 - IV ZR 287/03, NJW-RR 2005, 506, unter III 1; vom 27. Februar 2003 - III ZR 115/02 - NJW-RR 2003, 713; vom 30. Januar 1992 - IX ZR 222/91, NJWRR 1992, 1404; siehe bereits Urteil vom 16. Dezember 1964 - VIII ZR 47/63, BGHZ 43, 31, 33; aus dem Schrifttum: Schneider/Herget, aaO, Rn. 3100 ff.; Gehle, aaO, § 5 Rn. 25; Enders in: Hartung/Schons/Enders, RVG, 2011, § 23 Rn. 59). 129

Der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus einem Grundpfandrecht setzt voraus, dass zugunsten des Anspruchstellers ein Grundpfandrecht besteht (MünchKomm-BGB/Eickmann, aaO, § 1147 Rn. 26). Dem Duldungsanspruch des Grundpfandgläubigers steht es aber entgegen, wenn der Grundpfandgläubiger das Grundpfandrecht an den Grundstückseigentümer zurückgewähren muss. Die Beklagte hatte im Vorprozess geltend gemacht, dass die Darlehensforderungen der Bank befriedigt seien und die Bank deshalb zur Rückgewähr der Grundschulden verpflichtet gewesen sei. Die Bank hatte hingegen geltend gemacht, dass noch grundschulldgesicherte Darlehensansprüche bestünden. Der Anspruch auf Rückgewähr der Grundschulden einerseits und der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung andererseits schließen sich somit aus, weil sie nicht nebeneinander bestehen können. Wirtschaftlich wurde der Streit um den Bestand der Sicherheit geführt (siehe Dörndorfer in: Binz/Dörndorfer/Petzold/Zimmermann, GKG, 2. Aufl., § 45 Rn. 8), ferner um die Frage, wem die Sicherheit zustand. Daher war der Betrag von 971.454,57 € nur einmal zu berücksichtigen. Das Landgericht hat ihn im Vorprozess jedoch zweimal angesetzt. 130

cc) Die Beklagte hat die vorgenannten rechtlichen Gesichtspunkte zwar in der Berufungsbegründung nicht beanstandet. Das ist jedoch unschädlich, denn es war bereits in erster Instanz Streitgegenstand, dass Rechtsanwalt Dr. Q einen Kostenschaden verursacht hat, weil er die überhöhte Streitwertfestung nicht verhindert hat. Auch insoweit hat die Berufungsbegründung das erstinstanzliche Urteil angegriffen, wenn auch unter einem anderen rechtlichen Blickwinkel (BB 22). Das Berufungsgericht ist aber gehalten, das Begehren der Partei in den Grenzen des gestellten Antrags unter jedem nach dem Vortrag der betreffenden Partei in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkt zu prüfen (siehe nur BGH, Beschluss vom 2. November 2010 – VIII ZR 287/09, BeckRS 2010, 30815, Rn. 7). 131

dd) Danach hätte das Landgericht im Vorprozess den Streitwert wie folgt festsetzen müssen: 132

Feststellungsantrag in der Klageschrift	5.000,00 €	133
Zahlungsantrag im Klageerweiterungsschriftsatz	378.331,50 €	
Klage auf Abtretung von fünf Grundschulden; eine Addition mit der Widerklage auf Duldung der Zwangsvollstreckung wegen der betreffenden Grundschulden unterbleibt; auch der Darlehensrückzahlungsanspruch in Höhe von 430.000 € ist wegen wirtschaftlicher Identität nicht mit dem Widerklageantrag der Bank auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu addieren.	971.454,57 €	
Hypothetischer Gesamtstreitwert	= 1.354.786,07 €	

Soweit der Senat in der mündlichen Verhandlung vom 4. November 2010 von einer geringfügig höheren Summe von 1.357.248,46 € ausgegangen ist, beruht dies darauf, dass ein Zahlungsantrag von 2.462,39 € in der Klageschrift des Vorprozesses gesondert angesetzt wurde, obwohl er später in dem mit der Klageerweiterung geltend gemachten Zahlungsantrag von 378.331,50 € aufgegangen war. Das ändert indes nichts an der Streitwertstufe von 1.35 Millionen € bis zu 1.4 Millionen €. 134

ee) Zur Wahrung der Interessen seiner Mandantin musste Rechtsanwalt Dr. Q vermeidbare Mehrkosten verhindern (zu dieser Pflicht des Rechtsanwalts siehe Fahrendorf, aaO, Rn. 135

(1) Die anwaltliche Pflichtverletzung liegt unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles allerdings nicht schon darin, dass Rechtsanwalt Dr. Q es entgegen § 61 Satz 1 GKG unterlassen hat, im Klageerweiterungsschriftsatz vom 30. November 2004 Angaben zum Streitwert zu machen. Die Vorschrift, die im Streitfall in der Fassung vom 1. Juli 2004 maßgeblich ist, sieht vor, dass bei jedem Antrag der Streitwert anzugeben ist, sofern dieser nicht in einer bestimmten Geldsumme besteht, kein fester Wert bestimmt ist oder sich nicht aus früheren Anträgen ergibt. Es handelt sich um eine prozessfördernde Ordnungsvorschrift (Dörndorfer, aaO, § 61 GKG Rn. 1). Die gebotene Angabe des Streitwertes der eigenen Klageanträge ist aber nicht gleichzusetzen mit der Frage, ob dieser Wert mit dem der Widerklageanträge der Bank zu addieren ist. Dazu verlangt die Bestimmung keine Angaben. Daher ist es unschädlich, dass Rechtsanwalt nicht bereits im Klageerweiterungsschriftsatz Angaben zum Additionsverbot gemacht hat. 136

(2) Rechtsanwalt Dr. Q musste im Klageerweiterungsschriftsatz vom 30. November 2004 auch nicht vorsorglich zur Vermeidung eines etwaigen Fehlers des Gerichts darauf hinweisen, dass den erweiterten Anträgen kein eigenständiger, den Streitwert erhöhender Wert zu kommt. Es gab objektiv keine Anzeichen, dass ein etwaiger Gerichtsfehler zu erwarten war. Daher musste Rechtsanwalt Q nicht vorsorglich Angaben machen, die über den Anwendungsbereich des § 61 GKG hinausgehen, zumal ein etwaiger Gerichtsfehler unschwer zeitnah durch eine Gegenvorstellung hätte beseitigt werden können. Die Gebote der Prozesswirtschaftlichkeit und Prozessförderung wären dadurch nicht beeinträchtigt worden. 137

(3) Aufgrund der vorläufigen Streitwertfestsetzung hat die Kostenbeamtin mit Kostenrechnung vom 13. Dezember 2004 einen weiteren Gerichtskostenvorschuss von der hiesigen Beklagten (damals Klägerin) angefordert. Die jetzige Klägerin meint, dadurch sei bereits ein den Verjährungsbeginn auslösender Teilschaden entstanden. Darauf kommt es jedoch nicht an, weil es – wie ausgeführt – bereits an einer vorangehenden Pflichtverletzung fehlt. 138

(4) Allerdings ist eine anwaltliche Pflichtverletzung darin zu sehen, dass Rechtsanwalt Dr. Q gegen den vorläufigen Streitwertbeschluss vom 7. Dezember 2004 keinen Rechtsbehelf unter Hinweis auf die Additionsverbote eingelegt hat. Zwar eröffnet § 68 GKG ein Beschwerderecht erst bei endgültiger Streitwertfestsetzung (OLG Hamm, Beschluss vom 13. Februar 2008 - 33 W 18/07, BeckRS 2008, 05858; OLG Koblenz, NJW-RR 2009, 499; Kroiß, NJW 2011, 498, 499). Mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (§ 287 Abs. 1 ZPO) hätte aber bereits eine Gegenvorstellung zu einer Herabsetzung des vorläufig festgesetzten Streitwerts geführt (zur Gegenvorstellung gegen die Streitwertfestsetzung siehe AnwKomm-RVG/N. Schneider, 5. Aufl., § 32 Rn. 106; Enders in: Hartung/Schons/Enders, aaO, § 32 Rn. 28). Es kann daher dahinstehen, ob gemäß § 67 Abs. 1 GKG auch eine Beschwerde gegen die Höhe der Vorschussanforderung geboten gewesen wäre (siehe OLG Hamm, Beschluss vom 13. Februar 2008, aaO). 139

(5) Eine anwaltliche Pflichtverletzung liegt zudem darin, dass Rechtsanwalt Dr. Q es unterlassen hat, gemäß § 68 Abs. 1 GKG Streitwertbeschwerde gegen die Streitwertfestsetzung durch den am 12. Mai 2005 verkündeten, instanzabschließenden Streitwertbeschluss des Landgerichts Hagen vom 10. Mai 2005 einzulegen und unter Hinweis auf die Additionsverbote zu begründen. 140

c) Durch das Unterlassen eines Rechtsbehelfs, sei es in Gestalt einer Gegenvorstellung gegen die vorläufige Streitwertfestsetzung oder einer Streitwertbeschwerde gegen die 141

abschließende Festsetzung, ist die überhöhte Streitwertfestsetzung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit mitverursacht worden (§ 287 Abs. 1 ZPO).

aa) Der Zurechnungszusammenhang wird nicht dadurch unterbrochen, dass das Landgericht 142 im Vorprozess den Streitwert nicht richtig festgesetzt hat. Der Anwalt ist verpflichtet, den Mandanten vor gerichtlichen Fehlentscheidungen zu schützen (BGH, Urteil vom 15. November 2007 – IX ZR 44/04, BGHZ 174, 205, Rn. 12 ff.). Zwar kann auch das Rechtsmittelgericht den Streitwert der Vorinstanz von sich aus ändern (§ 63 Abs. 3 Satz 1 GKG). Der Schadensbeitrag der Gerichte im Vorprozess überwiegt aber nicht den anwaltlichen Verursachungsbeitrag so weit, dass letzterer dahinter zurücktritt (zu diesem Kriterium siehe BGH, Urteile vom 18. Dezember 2008 - IX ZR 199/07, NJW 2009, 987, Rn. 22; vom 17. September 2009 – IX ZR 74/08, NJW 2010, 73, Rn. 15 ff.; vom 16. September 2010 – IX ZR 203/08, NJW 2010, 3576, Rn. 20). Zur Vermeidung unnützer Kosten hatte Rechtsanwalt Dr. Q mehrere Möglichkeiten, den Streitwert zugunsten der Mandantin herabsetzen zu lassen. Der Gerichtsfehler hätte dadurch ohne Weiteres korrigiert werden können, entweder durch eine Gegenvorstellung oder spätestens durch eine Streitwertbeschwerde gegen den am 12. Mai 2005 verkündeten Streitwertbeschluss des Landgerichts vom 10. Mai 2005. Auch in den Folgeinstanzen wäre der Streitwert dann mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht überhöht festgesetzt worden.

bb) Der Zurechnungszusammenhang ist nicht dadurch unterbrochen worden, dass die 143 hiesige Beklagte in den Folgeinstanzen andere Prozessbevollmächtigte beauftragt hat, und diese den Fehler wiederholt haben.

(1) Die Fehler der von der Beklagten später beauftragten Anwälte schließen es nicht aus, die 144 Schadensfolge der Klägerin als derjenigen zuzurechnen, die die Kausalkette in Gang gesetzt hat. Greifen weitere Personen in ein schadensträchtiges Geschehen ein, entlasten sie damit regelmäßig nicht den Erstschädiger, sondern begründen zum Schutz des Geschädigten allenfalls eine eigene, zusätzliche Haftung. Das Verhalten Dritter und die von ihnen eigenständig gefassten Entschlüsse beseitigen allgemein die Schadenszurechnung im Verhältnis zu früheren Verursachern nur, sofern es als gänzlich ungewöhnliche Beeinflussung des Geschehensablaufs zu werten ist. Dementsprechend wird der Zurechnungszusammenhang grundsätzlich nicht dadurch unterbrochen, dass nach dem pflichtwidrig handelnden Anwalt andere rechtskundige Personen mit der Angelegenheit befasst worden sind, die noch in der Lage gewesen wären, den Schadenseintritt zu verhindern, die ihnen obliegende Sorgfaltspflicht jedoch ihrerseits nicht beachtet haben (BGH, Urteil vom 7. April 2005 - IX ZR 132/01, NJW-RR 2005, 1146, unter II 3 b; Fahrenndorf, aaO, Rn. 830, 834, jew. m.w.N.). Eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs kommt nur dann in Betracht, wenn ein Dritter in völlig ungewöhnlicher und unsachgemäßer Weise in den schadensträchtigen Geschehensablauf eingreift und eine weitere Ursache setzt, die den Schaden erst endgültig herbeiführt (siehe BGH, Urteil vom 17. Juni 1993 - IX ZR 206/92, NJW 1993, 2797, unter II 3). Davon kann hier nicht ausgegangen werden. Die von der Beklagten später mandatierten Rechtsanwälte haben allenfalls den gleichen Fehler begangen wie die Anwälte der Klägerin, denn auch die später beauftragten Anwälte mussten im Blick behalten, dass der Streitwert nicht zuungunsten ihrer Mandantin zu hoch festgesetzt wird.

(2) Auch das Ende des Anwaltsmandats der Klägerin hat den Zurechnungszusammenhang 145 nicht unterbrochen. Das gilt schon wegen der im laufenden Mandat möglich gewesenen Gegenvorstellung. Zwar war die Klägerin durch das Mandatsende gehindert, Streitwertbeschwerde zugunsten der Beklagten zu erheben. Sie hätte jedoch entweder die

Beklagte aufgrund einer nachvertraglichen Pflicht belehren müssen, dass eine Streitwertbeschwerde noch sechs Monate nach Eintritt der Rechtskraft möglich ist (§ 68 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1, § 63 Abs. 3 Satz 2 Alt. 1 GKG), oder alternativ die neuen Anwälte der Beklagten auf den überhöhten Streitwert hinweisen müssen (siehe Fahrendorf, aaO, Rn. 834; zu nachvertraglichen Hinweispflichten nach Mandatsende vgl. auch Vollkommer/Greger/Heinemann, aaO, § 6 Rn. 14). Das gilt im vorliegenden Fall umso mehr, weil Rechtsanwalt Dr. Q dem Ehemann der Beklagten noch nach Mandatsende erklärt hat, dass er die Streitwertfestsetzung überprüfen werde. Dies hielt Rechtsanwalt Dr. Q in einem Aktenvermerk vom 6. Februar 2006 fest.

cc) Eine Beschränkung des ersatzfähigen Kostenschadens auf den Umfang der erstinstanzlichen Mehrkosten unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der verletzten vertraglichen Pflicht kommt nicht in Betracht. 146

(1) Grundsätzlich haftet derjenige, der für ein schädigendes Ereignis verantwortlich ist, dem Geschädigten für alle adäquat kausal ausgelösten Schadensfolgen. Als Ausnahme von diesem Grundsatz ist auch für das Vertragsrecht anerkannt, dass eine Pflichtverletzung nur zum Ersatz der Schäden führen kann, deren Vermeidung die verletzte Pflicht bezweckt. Auch bei einer anwaltlichen Pflichtverletzung sind nur solche Nachteile zu ersetzen, zu deren Abwendung die verletzte Vertragspflicht übernommen worden ist (BGH, Urteile vom 15. Januar 2009 - IX ZR 166/07, NJW 2009, 1589, Rn. 9; vom 13. Februar 2003 - IX ZR 62/02; NJW-RR 2003, 1035, unter II 1; vom 6. Juni 2002 - III ZR 206/01, NJW 2002, 2459, unter II 1; Fischer in: Zuehör/Fischer/Sieg/ Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Aufl., Rn. 1032 ff., jew. m.w.N.). Der Schutzzweck der verletzten vertraglichen Pflicht ergibt sich aus dem für den Anwalt erkennbaren Ziel, das der Mandant mit der Beauftragung verfolgt, und ist objektiv aus Inhalt und Zweck der vom Anwalt geschuldeten Tätigkeit zu bestimmen (BGH, Urteile vom 9. Juli 2009 - IX ZR 88/08, NJW 2009, 3025, Rn. 12; vom 26. Juni 1997 - IX ZR 233/96, NJW 1997, 2946, unter I 3 a; vom 10. Oktober 1996 - IX ZR 294/95, NJW 1997, 250, unter B II; Fahrendorf, aaO, Rn. 798 ff.). 147

(2) Nach diesen Maßstäben befreit der Schutzzweck der hier verletzten Vertragspflicht, Mehrkosten durch überhöhte Streitwertfestsetzung zu vermeiden, den nur erstinstanzlich mandatierten Anwalt nicht davon, auch für vermeidbare Kosten der Rechtsmittelinstanzen eintreten zu müssen. Denn das Interesse des Mandanten, vor vermeidbaren Kosten geschützt zu werden, beschränkt sich ersichtlich nicht nur auf die erste Instanz. Das ist auch dem nur erstinstanzlich mandatierten Anwalt erkennbar. Zudem erhöhte sich durch das Fehlverhalten von Rechtsanwalt Dr. Q voraussehbar das Risiko, dass sich der Fehler fortsetzt. Denn das Additionsverbot von Klage und Widerklage war - wie die besonderen Umstände des gegebenen Falles zeigen - nur schwerlich in den Blick zu nehmen. 148

Zwar wird der Streitwert in den Rechtsmittelinstanzen aufgrund eigenständiger Entscheidungen der Rechtsmittelgerichte festgesetzt. Dass Entscheidungen Dritter den Zurechnungszusammenhang nicht unterbrechen, wurde aber bereits oben ausgeführt. Auch die Urteilsfindung in den Rechtsmittelinstanzen beruht auf eigenständigen Entscheidungen, die den nur erstinstanzlich tätigen Anwalt ebenfalls nicht von der Haftung für die Folgen eines Fehlverhaltens befreien, wenn der gleiche Fehler wiederholt wird. Danach besteht unter den Umständen der hier gegebenen Fallgestaltung ein innerer Zusammenhang zwischen der durch den Anwaltsfehler geschaffenen Gefahrenlage (hier: unterlassener Rechtsbehelf gegen die Streitwertfestsetzung erster Instanz) und dem in den Rechtsmittelinstanzen eingetretenen Kostenschaden. 149

d) Die Pflichtverletzung von Rechtsanwalt Dr. Q beruht auf Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 2 BGB, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Er hat weder das Verbot der Wertaddition bei wirtschaftlicher Identität im Blick gehabt noch das Additionsverbot von Klage und Widerklage, wenn diese denselben Gegenstand betreffen. Es entlastet den Anwalt nicht, dass auch Kollegialgerichte dem Fehler unterlegen sind (siehe BGH, Urteil vom 27. März 2003 - IX ZR 399/99, NJW 2003, 2022, unter II 2). Das gilt auch dann, wenn nicht nur ein erstinstanzliches Kollegialgericht, sondern übergeordnete Kollegialgerichte mit dem Fall befasst sind. Das hat der Bundesgerichtshof bereits für den Fall eines Berufungsgerichts entschieden (BGH, Urteil vom 25. Juni 1974 – VI ZR 18/73, NJW 1974, 1865, unter II 3). Für die dritte Instanz kann nichts anderes gelten.

e) Der Schaden der Beklagten, der ihr durch überhöhte Prozesskosten entstanden ist, übersteigt die Honorarforderung der Sozietät. Das gilt schon für die erstinstanzlichen Prozesskosten des Vorprozesses. 151

aa) Bei einem Streitwert von 2.756.240,64 € fielen erstinstanzlich folgende Kosten an: 152

Anwaltskosten der hiesigen Beklagten	28.824,03 €	153
zugunsten der Anwälte der Bank festgesetzte Kosten (28.727,11 € Anwaltskosten + 14.784,00 € Gerichtskosten; Bl. 208, 225 der Beiakten)	43.511,11 €	
Gerichtskosten der Beklagten (Bl. V der Beiakten)	14.784,00 €	
Gesamtkosten der ersten Instanz	= 87.119,14 €	

bb) Bei einem Streitwert bis zu 1.4 Millionen € wären Kosten hingegen nur in folgendem Umfang angefallen: 154

Anwaltskosten der hiesigen Beklagten 1,3-Verfahrensgebühr: 7.404,80 € 1,2-Terminsgebühr: 6.835,20 € = 14.240,00 € + Auslagen: 20 € + Dokumentenpauschale: 88,30 € (Bl. 80 d.A.) = 14.348,30 € + 16% Umsatzsteuer (2.295,73 €)	16.644,03 €	155
Anwaltskosten der gegnerischen Anwälte der Bank 1,3-Verfahrensgebühr: 7.404,80 € 1,2-Terminsgebühr: 6.835,20 € = 14.240,00 € + Auslagen: 24,75 € = 14.264,75 € + 16% Umsatzsteuer (2.282,36 €)	16.547,11 €	
drei Gerichtsgebühren	16.968,00 €	
Hypothetische Gesamtkosten der ersten Instanz	= 50.159,14 €	

Danach hat die Beklagte erstinstanzlich 36.960,00 € zu viel entrichtet (87.119,14 € - 50.159,14 €). 156

cc) Der Kostenschaden ist, anders als die Klägerin meint, der Beklagten selbst entstanden, weil sie die Klagepartei des Vorprozesses und Mandantin der klägerischen Anwaltssozietät 157

war. Soweit es den Kostenschaden betrifft, hat die Beklagte bereits in erster Instanz geltend gemacht, dass er ihr selbst entstanden ist (Bl. 104 d.A.). Dies hat sie in zweiter Instanz erneut erklärt.

f) Der auf den Kostenschaden durch die überhöhte Streitwertfestsetzung gerichtete Regressanspruch der Beklagten ist nicht verjährt. 158

aa) Maßgeblich ist die Regelverjährungsfrist des § 195, § 199 Abs. 1 BGB (n.F.). Die Vorgängerbestimmung des § 51b BRAO a.F. wurde mit Wirkung vom 15. Dezember 2004 aufgehoben (Art. 4 des Gesetzes zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9. Dezember 2004, BGBl. I S. 3214). § 51b BRAO a.F. ist zwar anwendbar, wenn der Schadenersatzanspruch bereits vor dem 15. Dezember 2004 entstanden ist (Art. 229 § 12 Abs. 1 Nr. 3 i.V. mit § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB; siehe BGH, Urteil vom 13. November 2008 - IX ZR 69/07, NJW 2009, 1350, Rn. 8). So war es hier jedoch nicht. Die Vermögenslage des Mandanten verschlechtert sich in der Regel zwar spätestens mit der ersten nachteiligen Gerichtsentscheidung infolge des anwaltlichen Fehlverhaltens (st. Rspr.; BGH, Urteil vom 21. Februar 2002 – IX ZR 127/00, NJW 2002, 1414, unter I 1 a aa; Beschluss vom 14. Oktober 2010 – IX ZR 4/10, BeckRS 2010, 26524; Gehrlein, MDR 2010, 1225, 1227; Zugehör, aaO, Rn. 1347; Fahrendorf, aaO, Rn. 1214, jew. m.w.N.). Der durch eine anwaltliche Pflichtverletzung verursachte Kostenschaden ist im Streitfall jedoch nicht bereits durch den Beschluss über die vorläufige Streitwertfestsetzung vom 7. Dezember 2004 entstanden (§ 51b Alt. 1 BRAO a.F.). Wie oben ausgeführt, hat Rechtsanwalt Dr. Q seine anwaltlichen Pflichten erst danach verletzt. 159

Wann der Klägerin der Beschluss über die vorläufige Streitwertsetzung zugestellt worden ist, lässt sich nicht feststellen, weil sich der Beschluss nach Angaben der Klägerin nicht bei ihren Handakten befindet. Jedenfalls war Rechtsanwalt Dr. Q im Anschluss an den Zugang des Beschlusses über die vorläufige Streitwertfestsetzung zunächst eine gewisse Überlegungszeit zu gewähren, um die Rechtslage zu prüfen; erst dann war er gehalten, Gegenvorstellung einzulegen. Da das Additionsverbot des § 45 Abs. 1, 3 GKG in der vorliegenden Fallgestaltung nicht leicht zu Tage trat, wie der Umstand zeigt, dass es auch später übersehen wurde, war Rechtsanwalt Dr. Q eine Prüfungsfrist von mindestens zwei Wochen zu gewähren, bevor eine anwaltliche Pflichtverletzung angenommen werden kann. Dafür spricht auch, dass das Gesetz für eine Gegenvorstellung ohnehin keine Frist vorsieht, so dass sie jedenfalls noch innerhalb der Frist des § 63 Abs. 3 Satz 2 GKG zulässig ist (siehe Enders in: Hartung/ Schons/ Enders, aaO, § 32 Rn. 28; Mayer in: Gerold/Schmidt, aaO, § 32 Rn. 99). Daraus ergibt sich, dass eine anwaltliche Pflichtverletzung erst nach dem 15. Dezember 2004 anzunehmen ist, so dass der dadurch verursachte Kostenschaden erst nach diesem Datum entstanden ist. 160

bb) Spätestens entstand der Kostenschaden mit der instanzabschließenden Streitwertfestsetzung durch den am 12. Mai 2005 verkündeten Streitwertbeschluss vom 10. Mai 2005 (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). 161

cc) Von der anwaltlichen Pflichtverletzung, das Additionsverbot von Klage und Widerklage bei gleichem Gegenstand (§ 45 Abs. 1 Satz 1 und 3 GKG) übersehen zu haben, hatte die Beklagte bis zur mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz der Honorar-/Regressklage am 4. November 2010 keine Kenntnis (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 BGB). 162

Unschädlich ist, dass die Beklagte unter einem anderen Gesichtspunkt gewusst haben mag, dass die erstinstanzliche Streitwertfestsetzung überhöht war. Denn das Berufungsgericht hatte den Streitwert der Widerklageanträge der Bank zwar addiert, aber nur zweimal 430.000 € 163

angesetzt und nicht 430.000 € plus weitere 971.454,57 €, wie noch das Landgericht im Vorprozess. Dieser Umstand war dem Ehemann der Beklagten aufgrund der vorläufigen Streitwertfestsetzung durch das Berufungsgericht durch Beschluss vom 5. September 2005 aufgefallen; er erörterte dies mit Rechtsanwalt Dr. Q, der ihm ankündigte, den Streitwert zu überprüfen.

Dieser Gesichtspunkt bildet eine andere, selbständige Pflichtverletzung. Da die Verjährung für jede selbständige Pflichtverletzung gesondert beginnt (BGH, Urteile vom 9. November 2007 - V ZR 25/07, NJW 2008, 506, Rn. 16; vom 19. November 2009 - III ZR 169/08, juris, Rn. 15; Fahrendorf, aaO, Rn. 1104), begründet der Vorgang allenfalls Kenntnis nur dieses einen, nicht aber Kenntnis aller Fehler der Streitwertfestsetzung. Eine zutreffende rechtliche Würdigung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwar grundsätzlich nicht notwendig (BGH, Beschluss vom 19. März 2008 – III ZR 220/07, NJW-RR 2008, 1237, Rn. 7; Urteile vom 8. Mai 2008 – VII ZR 106/07, NJW 2008, 2427, Rn. 12; vom 23. September 2008 – XI ZR 253/07, NJW-RR 2009, 544, Rn. 32 f.; Palandt/Ellenberger, aaO, § 199 Rn. 27; siehe auch Zugehör, WM Sonderbeilage 1/2010, Seite 27; Fahrendorf, aaO, Rn. 1108, 1111). Das Additionsverbot von Klage und Widerklage war aber überhaupt noch nicht in den Blick der hiesigen Beklagten gerückt. Es kam im vorläufigen Streitwertbeschluss des Berufungsgerichts im Vorprozess nicht zum Ausdruck. Weder die Beklagte noch ihr Ehemann haben es als solches zu dieser Zeit registriert. 164

dd) Die anwaltliche Pflichtverletzung, das Additionsverbot von Klage und Widerklage bei gleichem Gegenstand nicht im Blick gehabt zu haben, war der Beklagten nicht grob fahrlässig unbekannt. Grob fahrlässige Unkenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB liegt vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis deshalb fehlt, weil er ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen (BGH, Urteil vom 8. Juli 2010 – III ZR 249/09, BGHZ 186, 152 Rn. 28, m.w.N.). Dies ist hier schon deshalb abzulehnen, weil das vorgenannte Additionsverbot angesichts der umfassenden Klage- und Widerklageanträge im Vorprozess nicht leicht zu Tage trat. 165

g) Die Honorarklage bliebe auch dann ohne Erfolg, wenn der Regressanspruch verjährt wäre. Die Verjährungseinrede wäre, auch wenn sie begründet wäre, unerheblich, weil sich die Honorarforderung der Klägerin und der Regressanspruch der Beklagten in unverjährter Zeit gegenüberstanden (§ 215 Alt. 1 BGB analog). Die unmittelbare Anwendung von § 215 Alt. 1 BGB setzt eine vor Eintritt der Verjährung bestehende Aufrechnungslage voraus. Daran fehlt es zwar, weil es sich, wie oben ausgeführt, nicht um einen Fall der Aufrechnung handelt, wenn sich der Mandant gegen die Gebührenforderung damit verteidigen kann, dass die Belastung mit dem Honorar Bestandteil eines Schadens ist (siehe oben B). Es ist aber nicht gerechtfertigt, dies anders als eine Aufrechnung zu behandeln, weil die Wirkung identisch ist. Daher liegt eine dem Normtatbestand des § 215 Alt. 1 BGB vergleichbare Konstellation vor. Die Möglichkeit, eine Gegenforderung trotz Eintritts der Verjährung zu berücksichtigen, ist sogar erst recht dort geboten, wo diese Verbindung noch enger ist als bei einer Aufrechnung, etwa dann, wenn die Gegenforderung der Hauptforderung z.B. durch Verrechnung (Staudinger/Peters/Jacoby, BGB [2009], § 215 Rn. 10) oder - wie hier - über den "dolo-agit"-Einwand entgegengesetzt wird. 166

§ 215 BGB ist analogiefähig. Das hat der Bundesgerichtshof bereits für die Vorgängervorschrift entschieden (Urteil vom 8. Juli 1982 - VII ZR 13/81, NJW 1982, 2250, zu § 390 Satz 2 BGB a.F.). § 215 BGB enthält zudem eine planwidrige Regelungslücke. Die zu entscheidende Fallgestaltung ist vom Gesetzgeber weder bedacht noch geregelt worden. Den Gesetzesmaterialien ist nicht zu entnehmen, dass die Vorschrift für der Aufrechnung 167

ähnliche Mechanismen ausgeschlossen ist. Der Reformgesetzgeber hat die Zielrichtung der Bestimmung sogar gestärkt, indem er gebilligt hat, dass sie auch auf das Zurückbehaltungsrecht mit einer verjährten Forderung zu erstrecken ist (BT-Drucksache 14/6040, Seite 122). Der hier zu beurteilende Sachverhalt ist daher in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass von § 215 BGB, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (zu diesem Kriterium siehe BGH, Urteil vom 19. März 2009 - IX ZR 58/08, BGHZ 180, 185, Rn. 8, m.w.N.).

C. Die Widerklage hat zum Teil, nämlich wegen des die Honorarforderung übersteigenden Kostenschadens, Erfolg. 168

1. Die Erweiterung des Widerklageantrags in zweiter Instanz ist gemäß § 264 Nr. 2 ZPO zulässig. § 533 ZPO ist insoweit nicht anwendbar (zur Erhöhung des Klagebetrags in der Berufungsinstanz siehe BGH, Urteil vom 22. April 2010 - IX ZR 160/09, NJW-RR 2010, 1286, Rn. 6). 169

2. Die Widerklage ist begründet, soweit es den Kostenschaden aufgrund des überhöhten Streitwerts betrifft. Der Kostenschaden ist höher als das mit der Klage geforderte Anwaltshonorar. Das gilt, wie oben aufgezeigt, schon für die erstinstanzlichen Prozesskosten. Zudem ist auch der in zweiter und dritter Instanz entstandene Kostenschaden durch die Anwälte der Klägerin mitverursacht worden und ihnen zuzurechnen. Es wurde bereits oben ausgeführt, dass der Zurechnungszusammenhang nicht dadurch unterbrochen worden ist, dass die hiesige Beklagte in den Folgeinstanzen andere Prozessbevollmächtigte beauftragt hat, und diese den Fehler wiederholt haben (B II 4 c). Im Einzelnen ist in den Rechtsmittelinstanzen des Vorprozesses der nachfolgend dargestellte Kostenschaden entstanden: 170

a) Berufungsinstanz 171

aa) Das Berufungsgericht hat im Vorprozess den Streitwert der Berufung der hiesigen Beklagten sowie der Anschlussberufung der Bank durch Beschluss vom 13. Februar 2006 wie folgt festgesetzt (Bl. 480 der Beiakten): 172

Rückgewähr einer Grundschuld (Nennbetrag 150.000 DM)	76.693,78 €	173
Bezifferter Zahlungsantrag	380.318,78 €	
Feststellungsantrag	5.000,00 €	
Rückgewähr vier weiterer Grundschulden (Nennbeträge von 1.750.000 DM)	894.760,79 €	
Abweisung der Widerklage der Bank (Zahlungsantrag 430.000 €; Antrag auf Duldung der Zwangsvollstreckung: 430.000 €)	860.000,00 €	
Streitwert der Berufung der hiesigen Beklagten (damalige Klägerin)	= 2.216.773,35 €	
Anschlussberufung der Bank	309.786,58 €	
Gesamtstreitwert der Berufungsinstanz	= 2.526.559,93 €	

bb) Nach diesem Streitwert sind in zweiter Instanz des Vorprozesses folgende Kosten entstanden:

Gegnerische Anwaltskosten (Bl. 541 d.A.; Bl. 524 der Beiakten)	29.729,41 €	175
Anwaltskosten der hiesigen Beklagten (Bl. 105 d.A.)	29.729,41 €	
Gerichtskosten (Bl. VII der Beiakten)	36.424,00 €	
Gesamtkosten der zweiten Instanz des Vorprozesses	= 95.882,82 €	

cc) Hätte Rechtsanwalt Dr. Q einen Rechtsbehelf bereits gegen die erstinstanzliche Streitwertfestsetzung eingelegt, wäre der zweitinstanzliche Streitwert mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (§ 287 Abs. 1 ZPO) wie folgt festgesetzt worden: 176

Bezifferter Zahlungsantrag	380.318,78 €	177
Feststellungsantrag	5.000,00 €	
Rückgewähr einer Grundschuld (Nennbetrag von 150.000 DM)	76.693,78 €	
Rückgewähr vier weiterer Grundschulden (Nennbeträge von 1.750.000 DM)	894.760,79 €	
Der Streitwert der Widerklageanträge der Bank (Darlehensrückzahlung und Duldung der Zwangsvollstreckung wegen der Darlehenschuld) war, wie ausgeführt, wegen wirtschaftlicher Identität nicht zu addieren (§ 5 ZPO).		
Insbesondere war der Streitwert der gesamten Widerklage der Bank, wie ausgeführt, gemäß § 45 Abs. 1 Satz 1, 3 GKG nicht zu dem Streitwert der Klage zu addieren.		
Anschlussberufung der Bank	309.786,58 €	
Hypothetischer Gesamtstreitwert der Berufungsinstanz	= 1.666.559,93 €	

Ob der Streitwert der Anschlussberufung der Bank im Vorprozess zutreffend festgesetzt worden ist, ist ohne Belang. Dies macht die Beklagte nicht geltend. 178

dd) Bei einem Streitwert von bis zu 1.7 Millionen € wären in zweiter Instanz des Vorprozesses folgende Kosten angefallen: 179

Gegnerische Anwaltskosten (2,8 Gebühren gemäß Nr. 3200, 3202 VV RVG = 18.468,80 €, + 20 € Post- und Telefonpauschale, + 16 % Mehrwertsteuer (2.958,21 €))	21.447,01 €	180
Anwaltskosten der hiesigen Beklagten	21.447,01 €	
Gerichtskosten (KV 1220)	26.224,00 €	

Hypothetische Gesamtkosten der Berufungsinstanz	= 69.118,02 €
---	---------------------

ee) In zweiter Instanz ist somit ein Kostenschaden von 26.764,80 € entstanden (95.882,82 € - 181 69.118,02 €).

b) Nichtzulassungsbeschwerde 182

aa) Im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren sind nach einem Streitwert von 2.526.559,93 € 183 folgende Kosten entstanden:

Gegnerische Anwaltskosten (Bl. 546 d.A.)	25.056,40 €	184
Anwaltskosten der hiesigen Beklagten (Bl. 105 d.A.)	25.056,40 €	
Gerichtskosten (Bl. 105 d.A.)	18.212,00 €	
Gesamtkosten	= 68.324,80 €	

bb) Hätte Rechtsanwalt Dr. Q einen Rechtsbehelf bereits gegen die erstinstanzliche 185 Streitwertfestsetzung eingelegt, wäre auch der Streitwert des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (§ 287 Abs. 1 ZPO) für die hiesige Beklagte günstiger festgesetzt worden. Nach einem Streitwert von bis zu 1.7 Millionen € wären folgende Kosten entstanden:

Gegnerische Anwaltskosten (2,3-Verfahrensgebühr gemäß Nr. 3508 VV RVG = 15.170,80 €, + 20 € Post- und Telefonpauschale, + Mehrwertsteuer nach dem nunmehr maßgeblichen Steuersatz von 19% (2.886,25 €))	18.077,05 €	186
Anwaltskosten der hiesigen Beklagten	18.077,05 €	
Gerichtskosten (KV 1242)	13.112,00 €	
Hypothetische Gesamtkosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde	= 49.266,10 €	

cc) Im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren ist somit ein Kostenschaden von 19.058,70 € 187 entstanden (68.324,80 € - 49.266,10 €).

c) Durch den überhöht festgesetzten Streitwert ist im Vorprozess insgesamt folgender 188 Kostenschaden verursacht worden:

erste Instanz	36.960,00 €	189
Berufungsinstanz	26.764,80 €	

Nichtzulassungsbeschwerde	19.058,70 €
gesamter, durch die überhöhte Streitwertfestsetzung verursachter Kostenschaden	= 82.783,50 €

Aus dem vorgenannten Gesamtbetrag von 82.783,50 € sind 28.824,03 € durch die Verteidigung gegen die Honorarforderung der Klägerin verbraucht. Es verbleiben 53.959,47 €. 190

Dem steht nicht entgegen, dass die Beklagten die überhöhten Prozesskosten nur mit 76.085,72 € beziffert. Darauf ist ihr Berufungsantrag nicht beschränkt, denn die Beklagte beziffert die überflüssigen Prozesskosten des Vorprozesses insgesamt mit 247.129,76 €, von denen 218.905,73 € Gegenstand der Widerklage sind. 191

d) Dem Anspruch steht die Einrede der Regressverjährung nicht entgegen (§ 214 BGB). Das hat der Senat bereits oben ausgeführt (B 4 f). Kenntnis von der Pflichtverletzung in Gestalt des übersehenden Additionsverbots vom Klage und Widerklage im Vorprozess hatte die Beklagte erst seit der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz der Honorar-/Regressklage am 4. November 2010. Erst damit begann die Verjährung im Hinblick auf diese Pflichtverletzung. Die Widerklage wurde der Klägerin jedoch schon am 21. Januar 2010 (als Teilklage) und am 2. November 2010 (in erweiterter Form) zugestellt. 192

3. Die über den Kostenschaden aufgrund überhöhter Streitwertfestsetzung hinausgehende Widerklage bleibt ohne Erfolg. 193

a) Der Beklagten steht kein Schadensersatzanspruch wegen einer vermeintlichen Beratungspflichtverletzung im Zusammenhang mit der Abtretung und Nichtverlängerung der Vertragserfüllungsbürgschaft zu. Erst recht steht ihr kein Anspruch auf Schadensersatz im Zusammenhang mit dem nicht abgegebenen Schuldanerkennnis zu. Dies wurde bereits oben ausgeführt. 194

b) Zudem hat die von der Klägerin erhobene Einrede der Regressverjährung im Hinblick auf diese (vermeintlichen) Pflichtverletzungen Erfolg. Die Beklagte hat die Widerklage durch Schriftsatz vom 22. Oktober 2010 von einer Teilklage in Höhe von zweimal 1.000 € auf insgesamt 599.063,58 € erweitert. Zu dieser Zeit war die dreijährige Regelverjährungsfrist im Hinblick auf die angeblichen Beratungspflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Abtretung und Nichtverlängerung der Vertragserfüllungsbürgschaft und dem nicht abgegebenen Schuldanerkennnis bereits verstrichen. 195

aa) Maßgeblich ist insoweit die Regelverjährungsfrist des §§ 195, 199 Abs. 1 BGB. Die Verjährung beginnt, wie ausgeführt, für jede selbstständige Pflichtverletzung gesondert (B 4 f cc). Ein Schaden der Beklagten wäre insoweit durch das Urteil des Landgerichts im Vorprozess vom 12. Mai 2005 durch die erstinstanzliche Abweisung ihrer Klage gegen die Bank und durch den Erfolg der Widerklage der Bank entstanden. Zu dieser Zeit war § 51b BRAO a.F. bereits aufgehoben. Der Schaden trat nicht erst mit dem rechtskräftigen Abschluss des Vorprozesses ein. Die Vermögenslage des Mandanten verschlechtert sich, wie oben ausgeführt (B 4 f aa), in der Regel spätestens bereits mit der ersten nachteiligen Gerichtsentscheidung infolge des anwaltlichen Fehlverhaltens. 196

bb) Die subjektiven Verjährungsvoraussetzungen liegen im Hinblick auf die hier in Rede stehenden Pflichtverletzungen vor (zu den subjektiven Voraussetzungen des 197

Verjährungsbeginns siehe BGH, Urteil vom 15. Juni 2010 – XI ZR 306/09, NJW-RR 2010, 1574, Rn. 12; Zugehör, WM Sonderbeilage 1/2010, Seite 27; derselbe in: Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Aufl., Rn. 1463, m.w.N.).

(1) Spätestens durch die Überlassung der Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde ihrer Prozessbevollmächtigten durch Schriftsatz vom 3. Juli 2006 hatte die Beklagte bzw. der die GbR vertretende Ehemann Kenntnis von der vermeintlichen Unwirksamkeit der Abtretung der Erfüllungsbürgschaft (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, § 166 Abs. 1 BGB). Die Kenntnis wurde vertieft durch die Beschwerdeerwiderung des Prozessbevollmächtigten der Bank mit Schriftsatz vom 8. September 2006, denn die Beschwerdeerwiderung stellte erneut darauf ab, dass die Abtretung der Rechte aus der Vertragserfüllungsbürgschaft unwirksam gewesen sei. Der Senat ist überzeugt (§ 286 Abs. 1 ZPO), dass der Beklagten beide Schriftsätze zeitnah, jedenfalls noch im Lauf des Jahres 2006, überlassen worden sind und die Beklagte bzw. ihr Ehemann den Inhalt und damit die Unwirksamkeit der Abtretung als solche zur Kenntnis genommen haben. Das hat die Beklagte nicht in Abrede gestellt, nachdem die Klägerin vorgetragen hat, dass die Beklagte durch die Beschwerdebegründung ihres im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren mandatierten Anwalts Kenntnis von der Unwirksamkeit der Abtretung erlangt hat. Alles andere läge sehr fern. 198

(2) Allerdings hat die Beklagte in erster Instanz ausgeführt, sie selbst habe "erst unmittelbar im Zusammenhang mit der Verkündung des ... Beschlusses des Bundesgerichtshofs" durch einen Hinweis ihres beim Bundesgerichtshof zugelassenen Anwalts Kenntnis von der Unwirksamkeit von der isolierten Abtretung erhalten (Bl. 289 d.A. = Seite 15 des Schriftsatzes vom 22. März 2010). Das ist ohne Belang, denn von der Unwirksamkeit der isolierten Abtretung war, wie oben ausgeführt, bereits in der Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde und der Beschwerdeerwiderung die Rede. 199

Sofern die Beklagte mit der vorgenannten, nicht konkretisierten Formulierung zum Ausdruck bringen will, dass sie den Inhalt der Beschwerdebegründung erst Monate später, nämlich in zeitlicher Nähe zum 10. Juli 2007 zur Kenntnis genommen habe, erfüllt dies wegen grober Fahrlässigkeit ebenfalls die subjektiven Voraussetzungen des Verjährungsbeginns. Grob fahrlässige Unkenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB liegt, wie ausgeführt, vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis deshalb fehlt, weil er ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen, wie etwa dann, wenn der Gläubiger leicht zugängliche Informationsquellen nicht genutzt hat (BGH, Urteil vom 8. Juli 2010 – III ZR 249/09, aaO, Rn. 28, m.w.N.). Hier drängte es sich für die Beklagte auf, den Inhalt der von ihr selbst in Auftrag gegebenen Beschwerdebegründung zur Kenntnis zu nehmen und nicht monatelang zu ignorieren. 200

(3) Die Beklagte meint, wie im Senatstermin vom 3. März 2011 erörtert worden ist, sie habe Kenntnis von der (vermeintlichen) Unwirksamkeit der Abtretung der Vertragserfüllungsbürgschaft erst durch den Inhalt des Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 10. Juli 2007 erlangt. Dem ist nicht beizutreten. Zwar hat der Bundesgerichtshof in dem vorgenannten Beschluss unter anderem ausgeführt: "...Die isolierte Abtretung der Vertragserfüllungsbürgschaft war unwirksam...". Das bestätigt jedoch allein das Vorbringen der Revisionsanwälte. Wäre der vorgenannte Satz in der Begründung des Beschlusses unterblieben oder hätte der Bundesgerichtshof von einer Begründung gem. § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO insgesamt abgesehen, wäre, sofern man der Auffassung der Beklagten Folge leistete, überhaupt keine Verjährung in Gang gesetzt worden, obwohl beide Revisionsanwälte die (vermeintliche) Unwirksamkeit der Abtretung betont haben. 201

(4) Es ist unerheblich, ob es der Beklagten zumutbar war, während des laufenden Vorprozesses eine Feststellungsklage gegen die Klägerin zu erheben. Dies war entbehrlich, weil die Verjährung des Regressanspruchs durch eine Streitverkündung hätte gehemmt werden können (§ 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB).

(5) Damit waren der Beklagten die für die anwaltliche Pflichtverletzung anspruchsbegründenden Umstände bekannt oder jedenfalls grob fahrlässig nicht bekannt. Eine zutreffende rechtliche Würdigung ist, wie ausgeführt (B 4 f cc), grundsätzlich nicht notwendig. Die dreijährige Regelverjährung trat daher mit Ablauf des Jahres 2009 ein, soweit die Beklagte mit der Erweiterung der Widerklage Schadensersatz im Zusammenhang mit der Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 380.157,85 € verlangt. 203

cc) Die subjektiven Verjährungsvoraussetzungen liegen auch vor, soweit die Beklagte den unterbliebenen Rat zur Abgabe bzw. den von ihr behaupteten Rat zur Nichtabgabe eines Schuldanerkenntnisses zugunsten der Bank beanstandet. Bereits bei Klageerhebung im Vorprozess am 19. August 2004 wusste die Beklagte nach ihren Angaben, dass die Darlehensforderung der Bank (angeblich) unstreitig war und Rechtsanwalt Dr. Q ihr - nach ihrer Behauptung - dennoch von einem Schuldanerkenntnis abgeraten bzw. ihr nicht zugeraten hatte. Da der Schaden, wie ausgeführt, insoweit schon mit der erstinstanzlichen Urteilsverkündung am 12. Mai 2005 entstand, lief die dreijährige Regelverjährungsfrist bereits mit Ende des Jahres 2008 ab, soweit die Beklagte ihre Schadensersatzforderung auf angeblich vermeidbare Verfahrenskosten im Zusammenhang mit dem nicht abgegebenen Schuldanerkenntnis stützt. 204

dd) Für eine anwaltliche Sekundärhaftung, die ihren Anwendungsbereich im Rahmen der früheren kenntnisunabhängigen Verjährungsschrift des § 51b BRAO a.F. hatte, ist entgegen der Ansicht der Beklagten unter Geltung der kenntnisabhängigen Regelverjährung des Bürgerlichen Gesetzbuchs kein Raum. Die Grundsätze über die Sekundärverjährung sind nur auf Altfälle anzuwenden, nicht aber auf Ansprüche, die nach dem 14. Dezember 2004 entstanden sind (Zugehör, aaO, Rn. 1445, unter Hinweis auf BR-Drs. 436/04, Seite 25; Palandt/Ellenberger, aaO, vor § 194 Rn. 21; Fahrendorf, aaO, Rn. 1089). 205

ee) Unbeschadet dessen verjährte auch in Altfällen, das heißt, selbst bei einem etwaigen Schadenseintritt vor dem 15. Dezember 2004, ein Sekundäranspruch spätestens drei Jahre nach Mandatsende (BGH, Urteile vom 23. Mai 1985 – IX ZR 102/04, BGHZ 94, 380, 389 f.; vom 21. September 1995 - IX ZR 228/94, NJW 1996, 48, unter II 4; vom 16. November 1995 - IX ZR 148/94, NJW 1996, 661, unter II 2 b; Zugehör, aaO, Rn. 1404; Palandt/ Ellenberger, aaO, vor § 194 Rn. 22). Das Mandat endet mit der Erledigung der Aufgabe des Rechtsanwalts, also dann, wenn von ihm keine weiteren Handlungen in Erfüllung des Auftrags mehr zu erwarten sind. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls. Dabei ist insbesondere von Bedeutung, ob der Anwalt selbst seinen Auftrag als erfüllt ansieht oder nicht (BGH, Beschlüsse vom 13. November 2008 – IX ZR 24/06, BeckRS 2008, 24485, Rn. 2; vom 21. Juni 2007 - IX ZR 171/04, BeckRS 2007, 11516). 206

Das Mandat der Klägerin endete mit der Rücknahme des Tatbestandsberichtigungsantrags am 10. August 2005. Weitere Handlungen in Erfüllung des Auftrags waren danach nicht mehr zu erbringen und wurden von der Klägerin auch nicht erbracht. Daran ändert der Umstand nichts, dass der Ehemann der Beklagten sich, nachdem das Berufungsgericht den Streitwert etwas niedriger als das Landgericht festgesetzt hatte, noch einmal an Rechtsanwalt Dr. Q wandte und dieser ihm im Februar 2006 versprach, den Streitwert zu überprüfen. Die Parteien zeigen nicht auf, dass dadurch ein neues Mandat entstand. Das liegt auch fern, denn es ging lediglich um die Überprüfung der Streitwertfestsetzung (vgl. Fahrendorf, aaO, 207

Rn. 1244). Der Sekundäranspruch verjährt demnach spätestens drei Jahre nach Ende des Mandats am 10. August 2005. Danach wäre Sekundärverjährung mit Ablauf des 10. August 2008 eingetreten. Verjährungshemmende Maßnahmen hat die Beklagte bis dahin nicht eingeleitet, auch nicht im weiteren Verlauf des Jahres 2008.

4. In zweiter Instanz hat die Beklagte eine weitere Pflichtverletzung von Rechtsanwalt Dr. Q beanstandet, die nach Meinung der Beklagten ebenfalls einen Kostenschaden ausgelöst habe. Die Beklagte beanstandet die von Rechtsanwalt Dr. Q in erster Instanz des Vorprozesses erklärte Aufrechnung mit vermeintlichen Ansprüchen gegen die Bank in Höhe eines Teilbetrages von 506.955,44 €. Die Beklagte weist darauf hin, dass die Bank die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen formularmäßig ausgeschlossen habe, soweit sie nicht unstreitig oder von der Bank anerkannt worden sind (§ 4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank). Der Vorwurf, dass Rechtsanwalt Dr. Q dies übersehen habe, geht indes ins Leere. Selbst wenn insoweit eine anwaltliche Pflichtverletzung vorläge, wäre dadurch kein Schaden ausgelöst worden. Der Betrag von 506.955,44 € hat sich nicht streitwerterhöhend ausgewirkt, denn das Landgericht hat im Vorprozess die Aufrechnung nicht streitwerterhöhend berücksichtigt. Darauf hat es in seinem Beschluss über die vorläufige Festsetzung des Streitwertes ausdrücklich hingewiesen (Bl. 101 der Beiakten). 208

5. a) Die Beklagte beanstandet nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist darüber hinaus noch einen weiteren vermeintlichen Kostenschaden. Hintergrund ist folgender Sachverhalt: Rechtsanwalt Dr. Q machte im Vorprozess unter anderem einen Anspruch gegen die Bank aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen einer von der Bank nicht gewährten Zahlungsgarantie geltend. Dies war einer der Gründe, warum der Ehemann der Beklagten einen Anwalt aufsuchte (Seite 4 des Berichterstattervermerks). Die Beklagte meint nunmehr, dass die Klage im Vorprozess auch wegen eines Teilbetrages von 146.996,42 € (287.500 DM) mangels Erfolgsaussichten nicht hätte erhoben werden dürfen; die Klägerin sei für den dadurch entstandenen Kostenschaden verantwortlich. 209

b) Die Beklagte hat auch in erster Instanz geltend gemacht, dass insoweit eine anwaltliche Pflichtverletzung anzunehmen sei (Bl. 279, 291, 296 d.A. = Seiten 5, 17, 22 des Schriftsatzes vom 22. März 2010). Sie hat jedoch keinen Kostenregress geltend gemacht, sondern einen Sachregress und zur Begründung angeführt, dass der Klägerin sämtliche Informationen vorgelegen hätten, um die Anspruchsvoraussetzungen bereits in erster Instanz ordnungsgemäß vorzutragen. Im Gegensatz dazu macht die Beklagte nunmehr geltend, dass der Anspruch im Vorprozess nicht hätte erhoben werden dürfen (Bl. 528 d. A.). Damit wechselt sie den Streitgegenstand. Der Vorwurf, einen Kostenschaden durch eine aussichtslose Klage erlitten zu haben, bildet einen anderen Streitgegenstand als der Vorwurf, einen aussichtsreichen Rechtsstreit aufgrund anwaltlicher Pflichtverletzungen verloren zu haben, z.B. durch unschlüssigen oder unsubstanzierten Sachvortrag, obwohl schlüssiger Vortrag möglich gewesen wäre, (siehe BGH, Urteil vom 13. März 2008 – IX ZR 136/07, NJW-RR 2008, 1235, Rn. 24; Fahrendorf, aaO, Rn. 926, 1365, m.w.N.). Weder unter dem einem noch unter dem anderen Gesichtspunkt ist der Beklagten insoweit ein Regressanspruch zuzuerkennen. 210

c) aa) Das Landgericht hat den in erster Instanz geltend gemachten Regressanspruch, soweit er auf unzureichenden anwaltlichen Sachvortrag im Vorprozess gestützt war, in dem angefochtenen Urteil zutreffend als unsubstanziert zurückgewiesen (LGU 13/14). Das hat die Beklagte mit der Berufungsbegründung nicht angegriffen. Die Berufungsbegründung befasst sich nicht mit einem Anspruch der Beklagten im Zusammenhang mit der Zahlungsgarantie. Da jede selbständige anwaltliche Pflichtverletzung, die einen eigenen Schaden auslöst, ein 211

eigener prozessualer Anspruch ist, wäre aber ein eigenständiger Berufungsangriff erforderlich (siehe BGH, Urteil vom 26. Januar 2006 - I ZR 1212/03, NJW-RR 2006, 1044, Rn. 22; vom 5. Dezember 2006 - VI ZR 228/05, NJW-RR 2007, 414, Rn. 10; Musielak/Ball, aaO, § 520 Rn. 28; Hk-ZPO/Wöstmann, aaO, § 520 Rn. 23; Zöller/Heßler, aaO, § 520 Rn. 37).

bb) Zudem wäre ein auf unzureichenden anwaltlichen Sachvortrag im Vorprozess gestützter Regressanspruch verjährt. Das Landgericht hat im Vorprozess in seinem Urteil vom 12. Mai 2005 einen Anspruch der hiesigen Beklagten mangels schlüssigen Vortrags zur Schadensverursachung verneint (unter A III 2 der Entscheidungsgründe). Der Schaden trat spätestens mit der erstinstanzlichen Klageabweisung im Vorprozess ein (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). 212

Zwar hat auch das Berufungsgericht im Vorprozess in seinem Urteil vom 16. Februar 2006 einen Anspruch der hiesigen Beklagten gegen die Bank im Zusammenhang mit der Zahlungsgarantie abgelehnt (Bl. 23 ff. des Berufungsurteils = juris, Rn. 112 ff.). Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in seinem Beschluss über die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde ergänzend ausgeführt, dass die Voraussetzungen des § 326 BGB a.F. nicht schlüssig vorgetragen seien. Das schiebt den Verjährungsbeginn jedoch nicht hinaus. 213

cc) Die subjektiven Verjährungsvoraussetzungen liegen im Hinblick auf diese (vermeintliche) anwaltliche Pflichtverletzung in Gestalt unzureichenden Sachvortrags vor. Durch die erstinstanzliche Klageabweisung mit Urteil vom 12. Mai 2005 wusste die Beklagte, dass Rechtsanwalt Dr. Q die Anspruchsvoraussetzungen nicht in vollem Umfang schlüssig vorgetragen hat. Dies hat, wie oben aufgezeigt, bereits das Landgericht im Vorprozess in den Entscheidungsgründen deutlich gemacht. Auf diese Weise kannte die Beklagte die anspruchsbegründenden Voraussetzungen des Regressanspruchs (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 BGB). 214

d) Erstmals in zweiter Instanz, macht die Beklagte insoweit nunmehr einen Kostenschaden geltend. Auch das bleibt ohne Erfolg. 215

aa) Die Beklagte zeigt bereits keine anwaltliche Pflichtverletzung auf. Sie trägt nicht schlüssig vor, warum der Anspruch im Vorprozess nicht hätte erhoben werden dürfen. Aus dem Umstand, dass die Anspruchsvoraussetzungen nicht schlüssig vorgetragen gewesen sein mögen, folgt nicht, dass von einer Klageerhebung von vornherein hätte Abstand genommen werden müssen. 216

bb) Zudem steht auch einem Regressanspruch unter dem Blickwinkel des Kostenschadens die von der Klägerin umfassend erhobene Verjährungseinrede entgegen. 217

(1) Die Regressverjährung beginnt bereits mit der Klageerhebung, wenn der erhobene Anspruch von vornherein aussichtslos war (BGH, Urteile vom 3. Februar 2011 - IX ZR 105/10, BeckRS 2011, 04819, Rn. 10; vom 13. November 2008 - IX ZR 69/07, NJW 2009, 1350, Rn. 9; vom 21. Juni 2001 - IX ZR 73/00, NJW 2001, 3543, unter A II 2 b, insoweit in BGHZ 148, 156 nicht abgedruckt; Fahrendorf, aaO, Rn. 1218, m.w.N.). Die schriftsätzliche Formulierung, dass die Klage im Vorprozess insoweit "nicht hätte erhoben werden dürfen" (Bl. 528 d.A.), spricht ersichtlich dafür, dass die Beklagte nunmehr geltend macht, der Anspruch sei aussichtslos gewesen. Der Kostenschaden trat daher bereits mit der Klageerhebung am 19. August 2004 ein, soweit er darauf gründet werden soll, dass die Klage um 146.996,42 € (287.500 DM) überhöht gewesen sei. 218

- (2) Im August 2004 war, wie ausgeführt, noch § 51b BRAO a.F. in Kraft. Die dreijährige Primärverjährung war daher mit Ablauf des 19. August 2007 eingetreten (§ 51b Alt. 1 BRAO a.F.). Ein Sekundäranspruch steht der Beklagten nicht zu, weil auch dieser verjährt ist. Das Mandat der Klägerin endete am 10. August 2005. Da die Verjährung des Sekundäranspruchs spätestens drei Jahre nach Ende des Mandats beginnt (§ 51b Alt. 2 BRAO a.F.), trat Sekundärverjährung am 10. August 2008 ein.
- D. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1, 92 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 220
- E. Die Revision ist nicht zuzulassen (§ 543 ZPO). Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. 221
1. Die Beklagte meint, die Revision sei zulassen, weil der Senat von dem Beschluss des Bundesgerichtshof vom 10. Juli 2007 (XI ZR 96/06) abweiche. Dort hat der Bundesgerichtshof, wie oben ausgeführt, aufgrund des vom Berufungsgericht im Vorprozess festgestellten Sachverhalts die Voraussetzungen einer (unzulässigen) isolierten Abtretung der Vertragserfüllungsbürgschaft bejaht. Da der Senat, wie ausgeführt, andere Tatsachenfeststellungen getroffen hat (B 1 a), ergibt sich jedoch keine Divergenz. 222
- Unbeschadet dessen hat der Senat darauf abgestellt, dass selbst eine unwirksame isolierte Abtretung keinen Schadensersatzanspruch gegen die Bank begründete (B 1 b). Überdies ist der auf diese Pflichtverletzung gestützte Regressanspruch verjährt (C 3 b cc). 223
2. Ein Zulassungsgrund ergibt sich entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht aus einer etwaigen Divergenz zu der Streitwertfestsetzung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren des Vorprozesses. Die Zulassung der Revision setzt stets die Entscheidungserheblichkeit einer zu klärenden Rechtsfrage voraus (Hk-ZPO/Kayser, aaO, § 543 Rn. 41). Für die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch den Bundesgerichtshof war es aber nicht entscheidungserheblich, wie der Streitwert des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens festzusetzen war. Der Streitwertbeschluss in dem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren war eine Nebenentscheidung, die nicht dazu bestimmt war, einen Rechtssatz aufzustellen. 224
3. Die Ausführungen zur entsprechenden Anwendung des § 215 BGB (oben B 4 g) könnten für sich allein gesehen zwar wegen grundsätzlicher Bedeutung zulassungsrelevant sein. Es sind jedoch nicht tragende Zusatzerwägungen. Hinsichtlich der Hauptbegründung, wonach der Regressanspruch, soweit er auf die nicht eingelegte Streitwertbeschwerde bzw. Gegenvorstellung gestützt wird, nicht verjährt ist, ist kein Zulassungsgrund gegeben. Daher ist die Revision insgesamt nicht zuzulassen (BGH, Beschluss vom 17. Juli 2010 - IX ZR 169/08, BeckRS 2010, 18213, Rn. 2; Hk-ZPO/Kayser, aaO, § 543 Rn. 45, jew., m.w.N.). 225