

## Wer zu spät kommt . . . haftet!

Von RA Dr. Jochen Bernhard, Maître en droit (Paris XII), Heidelberg\*

Anwaltshaftung – Aufrechnung – Pfändung in eigene Schuld – Vollstreckungsgegenklage – Kostentragung im Erkenntnisverfahren – Schadenszurechnung – Präklusion

### SACHVERHALT

Klaus Kallmann (K) kaufte am 25. Mai 2009 durch notariell beurkundeten Kaufvertrag von Veronika Vallner (V) ein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes Grundstück. Er teilte es in Eigentumswohnungen auf, von denen er eine am 29. November 2009 für 120.000,- EUR an den mit V befreundeten Daniel Deubner (D) verkaufte. D leistete den Kaufpreis an K nicht sofort, unterwarf sich aber bezüglich des Kaufpreisanspruchs durch notariell beurkundete Vereinbarung der sofortigen Zwangsvollstreckung. V beanspruchte von K noch einen Kaufpreisrest in Höhe von 90.000,- EUR. Sie trat diesen Anspruch ordnungsgemäß an D ab, der K daraufhin auf Zahlung verklagte.

K unterrichtete seinen Anwalt Hanno Hastig (H) von den Vorgängen. Er mandatierte ihn daraufhin umfassend zur Abwehr der Klage und Geltendmachung etwaiger eigener Ansprüche, wobei die Prozessvollmacht sowie sämtliche weiteren notwendigen Dokumente ordnungsgemäß ausgestellt und ausgefüllt wurden. H trug in der Folge vor Gericht die verschiedenen Verflechtungen zwischen K, V und D vor und ging davon aus, dass das Gericht von Amts wegen eine Anrechnung der Kaufpreisforderung des K gegenüber D auf den in diesem Rechtsstreit streitgegenständlichen (von V abgetretenen Anspruch) des D gegen K vornehmen würde. Das Gericht tat dies aber nicht, sondern gab der Klage des D in vollem Umfang statt. K war darüber verärgert und entzog H das Mandat. Er mandatierte daraufhin Gerhard Gründlich (G) als Rechtsanwalt seines Vertrauens. H bedauerte die Mandatsbeendigung und machte gegenüber K seine anwaltlichen Gebühren und Auslagen in ordnungsgemäßer Höhe geltend.

Auf Anraten von G ging K in Berufung. Um den Kaufpreisanspruch des K gegen D zu sichern, pfändete G im Namen des K parallel – gestützt auf die Unterwerfung zur sofortigen Zwangsvollstreckung – die von V an D abgetretene Forderung und ließ diese dem K zur Einziehung überweisen. D ließ allerdings daraufhin mit dem Titel des nach § 704 Alt. 2 ZPO vorläufig vollstreckbaren erstinstanzlichen Urteils ein Bankguthaben des K in Höhe von 35.000,- EUR pfänden.

In der nachfolgenden Berufungsverhandlung erklärte G unter Vorlage einer entsprechenden Ermächtigung die Aufrechnung mit der Forderung des K aus dem Wohnungsverkauf an D, hielt es aber aus prozesstaktischen Erwägungen nicht für tunlich, in diesem Prozess auf die von ihm veranlasste Pfändung und Überweisung der Klageforderung hinzuweisen. Das Gericht gab einen Hinweis auf § 533 ZPO, wonach die Aufrechnung des Beklagten in der Berufungsinstanz nicht mehr zulässig sei und wies die Berufung zurück.

Das Urteil wurde rechtskräftig. Nunmehr ließ sich D den von ihm zuvor gepfändeten Betrag in Höhe von 35.000,- EUR zur Einziehung überweisen. In Absprache mit K erhob G hiergegen eine Vollstreckungsgegenklage, mit der er die Erfüllung der titulierten Forderung aufgrund Aufrechnung mit der Gegenforderung aus dem Wohnungsverkauf und aufgrund der von ihm

veranlassten Pfändung der gegen K selbst gerichteten Forderung (»Selbstpfändung«) geltend machte. Die Klage wurde rechtskräftig abgewiesen. D zog daraufhin den gepfändeten Betrag in Höhe von 35.000,- EUR ein. Von der Geltendmachung etwaiger Schadensersatzforderungen wegen der erfolgten Vollstreckung riet G ab, da diese ohne Erfolgsaussichten seien.

G übersandte K seine ordnungsgemäß berechnete Honorarnote und bedauerte, dass es sich um eine »außergewöhnliche Kette von Fehlentscheidungen« der Gerichte handelte, die er nicht habe voraussehen können. K leidet aufgrund der Geschehnisse an erheblichen Schlaf- und Konzentrationsstörungen, die er sich durch ärztliches Attest hat bescheinigen lassen. Zu allem Überflus ist D inzwischen zahlungsunfähig.

### Aufgabe:

K möchte vorerst nichts mehr mit Rechtsanwälten zu tun haben und wendet sich daher vertrauensvoll an Sie. Er möchte von Ihnen in einem Gutachten wissen, ob – und wenn ja, von wem – er Schadensersatz und Schmerzensgeld verlangen kann. K fragt Sie überdies, ob er sich zur Durchsetzung seiner Ansprüche vor Gericht erneut von einem Rechtsanwalt vertreten lassen müsste.

Bearbeitervermerk: Eine Berechnung der Höhe der Gerichtskosten und Anwaltskosten nach dem GKG und RVG ist entbehrlich. Auf §§ 91, 97 ZPO und §§ 529, 531 ZPO wird hingewiesen.

### LÖSUNG

#### A. Ansprüche des K gegen H

##### I. Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, 675 I, 611 BGB<sup>1</sup>

K könnte ein Schadensersatzanspruch gegenüber H wegen Verletzung anwaltlicher Pflichten nach §§ 280 I, 675 I, 611 zustehen.

##### 1. Vorliegen eines Schuldverhältnisses nach § 280 I S. 1

Zwischen K und H müsste ein Schuldverhältnis bestehen. Ein Schuldverhältnis i. S. v. § 280 I kam durch den wirksamen Abschluss eines Anwaltsvertrags zustande. Die rechtliche Einordnung dieses gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Vertrags ist nach seiner inhaltlichen Zielrichtung zu beurteilen.

Vorliegend könnte ein Werk- oder Dienstvertrag in Betracht kommen. Für das Bestehen eines Werkvertrags wäre die Erzielung eines Werks im Sinne eines »Erfolgs« als Leistungsgegenstand nach § 651 II erforderlich. Zwar konsultiert ein Mandant seinen Rechtsanwalt regelmäßig mit der Zielsetzung, im Pro-

\* Der Autor ist Rechtsanwalt in der Sozietät Menold Bezler (Stuttgart) und Lehrbeauftragter an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der vorliegende Fall wurde dort im Wintersemester 2011/2012 in leicht erweiterter Form im Examensklausurenkurs gestellt. Die Bearbeiter erzielten im Durchschnitt 5,99 Punkte. Das erreichte Notenspektrum betrug 2 bis 12 Punkte.

<sup>1</sup> §§ ohne weitere Angaben sind solche des BGB.

zess zu obsiegen. Dennoch kommt aber ein Werkvertrag nach § 631 vorliegend nicht in Betracht, da der Anwalt im Rahmen der Prozessvertretung nicht das Obsiegen als Erfolg schuldet, sondern lediglich eine erfolgsversprechende Beratungs- und Vertretungsleistung – unabhängig vom Ausgang des Prozesses – zu erbringen hat<sup>2</sup>. Anderenfalls enthielte der Vertrag eine Vereinbarung über ein nach § 49 b II 1 BRAO grundsätzlich verbotenes Erfolgshonorar, weswegen der Vertrag nach §§ 134, 139 nichtig wäre<sup>3</sup>.

Der zwischen M und R zustande gekommene Vertrag ist folglich nur auf die Erbringung einer Dienstleistung i. S. v. § 611 ausgerichtet. Da R hier im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit selbständiger Art die fremden Vermögensinteressen des M wahrnimmt, besteht die Dienstleistung in der Erbringung einer Geschäftsbesorgung<sup>4</sup>. Somit liegt hier ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit dienstvertraglichem Einschlag nach §§ 675 I, 611 vor<sup>5</sup>.

## 2. Pflichtverletzung nach § 280 I S. 1

H müsste seine anwaltlichen Pflichten verletzt haben.

### a) Abgrenzung zu Schadensersatz statt der Leistung

In Betracht kommt zunächst die Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung. Die Schadensersatzhaftung müsste sich dann auf die Unmöglichkeit pflichtgemäßer Leistungserbringung gem. §§ 280 I, 283, 275 I nach Eintritt der Rechtskraft des Berufungsurteils beziehen<sup>6</sup>. Voraussetzung hierfür wäre allerdings, dass die Pflichtverletzung grundsätzlich hätte behoben werden können. Dem steht jedoch der besondere Charakter des Anwaltsvertrages entgegen. Es wird gerade kein Werkvertrag für jede einzelne Prozesshandlung geschlossen, zumal der Prozessverlauf oftmals von vornherein nicht vorhersehbar ist. Vielmehr richtet sich der Anwaltsvertrag auf die einheitliche Wahrnehmung der Mandanteninteressen während des gesamten Prozessverlaufs. Dementsprechend liegt es fern, dem Anwalt für jede Einzelleistung eine Nacherfüllungsmöglichkeit entsprechend § 634 zuzubilligen und erst bei nachträglicher Unmöglichkeit Schadensersatz zu gewähren<sup>7</sup>. In Betracht kommt daher vorliegend die Geltendmachung von Schadensersatz *neben* der Leistung gem. § 280 I<sup>8</sup>.

### b) Unterlassen der Aufrechnungserklärung als Pflichtverletzung

H müsste seine anwaltlichen Pflichten verletzt haben. Im Rahmen des Anwaltsvertrages hat der Prozessvertreter die Pflicht, die Interessen seines Auftraggebers in den Grenzen des erteilten Mandats nach jeder Richtung umfassend wahrzunehmen, wobei er zu berücksichtigen hat, dass der Mandant als meist Rechtsunkundiger auf das Mitdenken des Anwalts angewiesen ist und diesem vertraut<sup>9</sup>. Von mehreren Möglichkeiten hat er den Weg zu wählen, auf dem der Erfolg am sichersten und gefahrlosesten erreicht werden kann<sup>10</sup>. Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn durch das Tun oder Unterlassen des Anwalts bewirkt wird, dass sein Mandant einen Prozess verliert, den er bei sachgemäßer Vertretung gewonnen hätte<sup>11</sup>. Maßgeblich hierfür ist ausschließlich die objektive Rechtslage<sup>12</sup>.

H hätte als Prozessvertreter des Beklagten seine Pflichten aus dem Anwaltsvertrag verletzt, wenn er es trotz Vorliegens der Aufrechnungsvoraussetzungen unterlassen hätte, gegenüber der Gegenforderung des D in Höhe von 90.000,- EUR die Aufrechnung mit der Forderung des K in Höhe von 120.000,- EUR zu erklären, um den klägerischen Anspruch des D gem. § 389

zum Erlöschen zu bringen. In diesem Fall wäre die Klage des D in erster Instanz abgewiesen worden.

### aa) Aufrechnungslage

Eine Aufrechnungslage gem. § 387 müsste bestanden haben. K stand gegenüber D eine wirksame und nicht verjährte Forderung bezüglich des Kaufpreises gem. § 311 b in Höhe von 120.000,- EUR für eine Wohnung zu, die als Wohnungseigentum i. S. d. § 1 II WEG gesondert veräußert werden konnte. D war seinerseits gegenüber K Inhaber einer gem. § 271 fälligen Gegenforderung aus abgetretenem Recht der V in Höhe von 90.000,- EUR geworden, wobei die Abtretung ausweislich des Sachverhalts »ordnungsgemäß« nach §§ 398 ff. erfolgt war. Als Geldforderungen waren beide Aufrechnungsgegenstände gleichartig i. S. d. § 387.

### bb) Zulässigkeit und Erforderlichkeit der Aufrechnungserklärung

H müsste als Prozessvertreter des K durch die Prozessvollmacht nach §§ 80, 81 ZPO zur Erklärung der Aufrechnung ermächtigt gewesen sein<sup>13</sup>. Diese Voraussetzung lag vor, da K ausweislich des Sachverhalts alle notwendigen Dokumente und Vollmachten ordnungsgemäß erstellt und ausgefüllt hatte. Einer weitergehenden gesonderten Ermächtigung gem. § 174 bedurfte es nicht<sup>14</sup>.

Die Erklärung der Aufrechnung müsste überdies gem. § 388 erforderlich gewesen sein. Eine Aufrechnungserklärung muss nicht zwingend ausdrücklich abgegeben werden<sup>15</sup>. Jedoch muss bei einer Aufrechnung im Prozess der Aufrechnungswille für das Gericht klar und eindeutig erkennbar sein<sup>16</sup>. H hat »die verschiedenen Verflechtungen zwischen den Parteien« vorgebracht. Trägt der Prozessvertreter einer Partei lediglich die verschiedenen Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien vor, genügt dies für eine Aufrechnungserklärung grundsätzlich nicht. Aus Insolvenzgesichtspunkten mag es nämlich für eine Partei (etwa im Fall drohender eigener Zahlungsunfähigkeit) sinnvoll sein, mit einer gleichartigen Forderung der Gegenseite gerade nicht aufzurechnen. Sofern die Parteierklärung nicht gem. §§ 133, 157 eindeutig nach dem tatsächlichen Willen der Partei ausgelegt werden kann, darf das Gericht im Falle einer

2 MünchKommBGB/Heermann (5. Aufl. 2009), § 675 Rdn. 26 ff.; anders hingegen bei nicht-prozessualen Handlungen (Vertragsgestaltung etc.), bei denen regelmäßig ein Erfolg geschuldet wird und auch das Verbot des Erfolgshonorars nicht besteht, vgl. Grams, BRAK-Mittlg. 2001, 28, 28.

3 BGH NJW 2009, 3297, 3298; BGH NJW 2004, 1169, 1170; Vogeler, JA 2011, 321, 322.

4 Vgl. Looschelders, Schuldrecht BT (6. Aufl. 2011), Rdn. 821.

5 Vgl. BGH NJW 2004, 2817, 2817; Jauernig/Mansel, BGB (14. Aufl. 2011), § 675 Rdn. 12.

6 Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille/Fahrendorf, Die Haftung des Rechtsanwalts (8. Aufl. 2010), Rdn. 934; Zugehör, Beraterhaftung nach der Schuldrechtsreform (2006), Rdn. 190.

7 BGH NJW 2004, 2817, 2817; BGH NJW-RR 2006, 1490, 1490.

8 Vgl. BGH NJW 2011, 2649, 2650; Vollkommer/Greger/Heinemann, Anwalts haftungsrecht (3. Aufl. 2009), § 1 Rdn. 1.

9 BGH NJW 2007, 2485, 2486; Borgmann, NJW 2008, 412, 414.

10 BGHZ 129, 386, 396; BGH NJW 2009, 2949, 2950; Römermann, NJW 2009, 2924, 2926.

11 BGH NJW 2009, 987, 988; BGH NJW 2011, 2649, 2651.

12 Grams, BRAK-Mittlg. 2001, 76, 76.

13 Vgl. RGZ 50, 426, 427; BFH DStR 2008, 95, 97; Musielak, JuS 1994, 817 (822).

14 Vgl. BGH NJW 2003, 963, 964; Zöller/Vollkommer (29. Aufl. 2012), § 81 Rdn. 10; a. A. OLG Karlsruhe, NJW-RR 1991, 54, 54.

15 BGH NJW 1958, 666, 666; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2004, 1177, 1178.

16 Palandt/Grüneberg, BGB (71. Aufl. 2012), § 388 Rdn. 1.

Einrede auch keine Anrechnung von Amts wegen durchzuführen<sup>17</sup>. Dies ergibt sich schon aus der zivilprozessualen Dispositionsmaxime, wonach es den Parteien im Prozess frei steht, eine Handlung vorzunehmen oder nicht<sup>18</sup>. Das Gericht hat das Parteivorbringen daher sowohl in positiver Weise (Parteivortrag) als auch in negativer Weise (fehlender Parteivortrag) zu berücksichtigen. Vorliegend fehlte es daher an der erforderlichen Aufrechnungserklärung des H.

### c) Zwischenergebnis

Durch das Unterlassen der rechtlich zulässigen und erforderlichen Aufrechnungserklärung hat H seine anwaltlichen Pflichten verletzt.

### 3. Vertretenmüssen nach § 280 I S. 2

H müsste die Pflichtverletzung zu vertreten haben. Ein Anwalt hat gem. § 276 vorsätzliches und fahrlässiges Fehlverhalten zu vertreten. Vorliegend käme eine Widerlegung der Verschuldensvermutung des § 280 I 2 nur dadurch in Betracht, dass H das Vorliegen eines für ihn unvorhersehbaren Fehlers des Gerichts nachweist, dem er nicht entgegenwirken konnte<sup>19</sup>. Ein derartiger gerichtlicher Fehler liegt jedoch hier nicht vor. Insbesondere bedurfte es auch keines – im weiten Ermessen des Gerichts stehenden – richterlichen Hinweises nach § 139 II ZPO, da das Gericht bei einem Anwalt, der zwei juristische Staatsexamina bestanden hat, davon ausgehen durfte, dass sich ihm das Erfordernis der Aufrechnungserklärung geradezu aufdrängen musste<sup>20</sup>.

### 4. Schaden nach §§ 249, 251

K müsste aufgrund der mangelhaften anwaltlichen Beratung einen zurechenbaren Schaden i. S. v. §§ 249 I, 251 I erlitten haben. Der Schaden des K bemisst sich nach der Differenz zwischen der hypothetischen Vermögenslage bei pflichtgemäßer Prozessvertretung und der Vermögenslage nach dem tatsächlichen Geschehensablauf (»Differenzhypothese«)<sup>21</sup>.

#### a) Anwalts- und Gerichtskosten erster Instanz

Ein Schaden des K könnte in Höhe der Anwalts- und Gerichtskosten der ersten Instanz entstanden sein.

#### aa) Schadensentstehung

Hätte H die Aufrechnung mit der Forderung des K in Höhe von 120.000,- EUR gegenüber D erklärt, wäre die Forderung des D in Höhe von 90.000,- EUR gem. § 389 vollständig erloschen. In diesem Fall wäre die Klage abgewiesen worden. K wären keine Anwalts- und Gerichtskosten für die erste Instanz entstanden, denn gem. § 91 ZPO wäre D als Unterlegener zur Tragung der gesamten Gerichts- und Anwaltskosten nach den gesetzlichen Gebühren- und Auslagensätzen verpflichtet gewesen. Die Anwalts- und Gerichtskosten der ersten Instanz sind folglich als Schaden des K zu betrachten.

#### bb) Schadenszurechnung

Fraglich ist, ob dem H dieser Schaden zuzurechnen ist. Grundsätzlich haftet ein Rechtsanwalt nur dann für entstandene Schäden, wenn ihm deren Entstehung bei wertender Betrachtung, insbesondere mit Rücksicht auf den Schutzzweck der verletzten Pflicht, haftungsrechtlich zuzurechnen ist<sup>22</sup>. Hierzu dürfte der Zurechnungszusammenhang nicht durch ein eigenverantwortliches Dazwischentreten Dritter unterbrochen worden sein<sup>23</sup>.

#### (1) Mandatierung eines neuen Anwalts

Fraglich ist, ob die Mandatierung eines neuen Anwalts als eigenverantwortliches Dazwischentreten des K zu qualifizieren ist. Die Anwalts- und Gerichtskosten erster Instanz resultierten zwar unmittelbar aus der Klageabweisung mit der Kostenfolge nach § 91 ZPO, die durch die unterlassene Aufrechnungserklärung des H verursacht wurde. Allerdings wäre bei einer erfolgreichen Berufung die Ausgangsentscheidung aufgehoben worden. Durch die Beendigung des Mandatsverhältnisses und die Mandatierung des neuen Anwalts G wurde dem H aber von vornherein die Möglichkeit genommen, noch einen Erfolg in der Berufung zu erzielen.

Ein Wechsel des Anwalts während des laufenden Prozesses lässt als eigener selbständiger Willensakt des Mandanten die Schadenszurechnung nur dann entfallen, wenn es sich um ein nicht vertretbares, völlig unsachgemäßes Verhalten handelt<sup>24</sup>. Die Beauftragung eines anderen Anwalts, weil der Mandant meint, mit dessen Beratung höhere Erfolgsaussichten als mit dem ursprünglichen Berater zu haben, kann aber in der Regel nicht als ungewöhnliche, unangemessene Entschließung gewertet werden. Vielmehr fordert dies ein Anwalt, der naheliegende materiell-rechtliche oder prozessuale Handlungen pflichtwidrigerweise nicht vornimmt, geradezu heraus, ohne dass diese Reaktion ungewöhnlich oder gänzlich unangemessen wäre<sup>25</sup>. Selbst wenn dem ursprünglich tätigen Anwalt durch die Beendigung des Mandats die Möglichkeit genommen wird, Versäumtes nachzuholen, lässt dies die Schadenszurechnung nicht entfallen<sup>26</sup>.

Da H seiner anwaltlichen Pflicht nicht hinreichend nachkam, ist es sachgemäß, dass K die Mandatsbeziehung von sich aus beendet und für einen Fortgang des Prozesses einen neuen Anwalt eingeschaltet hat. Der Zurechnungszusammenhang wird folglich hierdurch nicht unterbrochen.

#### (2) Fehlverhalten des neuen Anwalts

Eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs könnte vorliegend jedoch in Betracht kommen, wenn der von K neu mandatierte Anwalt G durch eine eigene Willensentschließung eine weitere Fehlberatung vorgenommen hätte. Ein Fehler des neu hinzugezogenen Anwalts unterbricht den Zurechnungszusammenhang aber dann nicht, wenn die erneute Fehlberatung bei wertender Betrachtungsweise in einem inneren Zusammenhang mit der vom ursprünglichen Rechtsanwalt zu vertretenden Pflichtverletzung steht<sup>27</sup>.

17 Im Falle der Anrechnung stehen sich nicht zwei Forderungen gegenüber, sondern es besteht nur eine einzige Forderung, so etwa im Falle der Saldotheorie oder der Differenztheorie bei großem und kleinem Schadensersatz, vgl. MünchKommBGB/Schlüter (5. Aufl. 2007), § 387 Rdn. 50.

18 Hk-ZPO/Saenger (4. Aufl. 2011), Einführung Rdn. 64; Wieser, NJW 1988, 665, 668.

19 Vgl. Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille/Fahrendorf, Die Haftung des Rechtsanwalts (8. Aufl. 2010), Rdn. 713, 717.

20 Vgl. RGZ 165, 226, 235; Stürmer, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess (1982), S. 59; a. A. LG Aachen, NJW 1966, 207, 207.

21 BGH NJW 2001, 673, 674.

22 Zugehör, NJW 2003, 3225, 3227.

23 BGHZ 57, 25, 29; MünchKommBGB/Oetker (5. Aufl. 2007), § 249 Rdn. 152 ff.; Bernhard, JURA 2010, 62, 63.

24 BGH NJW 2002, 1117, 1120; BGH NJW 1994, 2822, 2823.

25 BGH NJW-RR 1990, 1241, 1244; Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille/Fahrendorf, Die Haftung des Rechtsanwalts (8. Aufl. 2010), Rdn. 817.

26 BGH NJW 2002, 1117, 1120; BGH NJW-RR 2005, 1146, 1147.

27 BGH NJW 2002, 1117, 1120; Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille/Fahrendorf, Die Haftung des Rechtsanwalts (8. Aufl. 2010), Rdn. 830.

G reagierte hier durch die Einlegung der Berufung nur auf das vorherige Fehlverhalten des H<sup>28</sup>. Auch war die Einlegung der Berufung nicht von vornherein aussichtslos. G versuchte zunächst, die Aufrechnungserklärung in der Berufungsverhandlung nachzuholen, was aber aufgrund der Präklusion nach § 533 ZPO ohne Erfolg blieb<sup>29</sup>.

Um trotz versäumter Aufrechnungserklärung des H seinem Mandanten K noch zu Erfolg zu verhelfen, pfändete G im Übrigen die gegen K gerichtete Forderung des D in Höhe von 90.000,- EUR, trug dies aber nicht im Prozess vor. Auch diese Vorgehensweise steht noch in einem inneren Zusammenhang mit der von K versäumten Aufrechnungserklärung.

Folglich wurde der Zurechnungszusammenhang weder durch die Einlegung der Berufung durch G noch durch dessen Verhalten in der Berufung unterbrochen. Der Schaden in Höhe der Anwalts- und Gerichtskosten der ersten Instanz ist dem H folglich vollständig zurechenbar.

#### *b) Anwalts- und Gerichtskosten der Berufungsinstanz*

H könnte auch für die Anwalts- und Gerichtskosten der Berufungsinstanz schadensersatzpflichtig sein.

##### *aa) Schadensentstehung*

Hätte H die Aufrechnung mit der Forderung des K in Höhe von 120.000,- EUR gegenüber D erklärt, hätte K in erster Instanz obsiegt und die Einlegung der Berufung wäre nicht erforderlich gewesen. Die Berufung hätte in diesem Fall auch nicht kostenpflichtig gem. §§ 91, 97 ZPO zurückgewiesen werden können. K wären in diesem Fall auch keine Anwalts- und Gerichtskosten für die Berufungsinstanz entstanden. In der Höhe dieser Kosten hat K folglich ebenfalls einen Schaden erlitten.

##### *bb) Schadenszurechnung*

Fraglich ist, ob der Kostenschaden aus der Berufungsinstanz kausal gegenüber H zurechenbar ist. Das Unterliegen in der Berufungsinstanz beruhte nicht unmittelbar auf der versäumten Aufrechnungserklärung des H, sondern auf einem erneuten Versäumnis des G, nämlich der fehlenden Erklärung des Einwands der Selbstpfändung.

Die Anwalts- und Gerichtskosten der Berufungsinstanz entstanden äquivalent kausal aufgrund des fehlerhaften Prozessverhaltens des H, da sämtliche Vermögensschäden sine qua non auf seiner fehlenden Aufrechnungserklärung beruhten<sup>30</sup>. Nach dem Grundsatz der adäquaten Kausalität dürfte der Verlauf der Schädigung nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegen<sup>31</sup>. Es ist jedoch nicht ungewöhnlich, dass in der Folge eines in erster Instanz verlorenen Prozesses ein neuer Anwalt mandatiert wird und dass dieser eine prozessuale Handlung versäumt. Der in der Berufungsinstanz entstandene Kostenschaden beruht daher äquivalent und adäquat kausal auf dem ursprünglichen Fehlverhalten des H.

Die Anwalts- und Gerichtskosten zweiter Instanz müssten im Übrigen auch nach dem Schutzzweck der Anwaltshaftung zurechenbar sein. Diese Kosten wurden zwar erst durch die kostenpflichtige Zurückweisung der Berufung gem. §§ 91, 97 ZPO verursacht. Allerdings erfolgte die Zurückweisung der Berufung – wie obenstehend geprüft – infolge eines Verhaltens des G, das in einem inneren Zusammenhang mit der versäumten Aufrechnungserklärung des H in erster Instanz stand. Dementsprechend wurde auch diesbezüglich der Zurechnungszusammenhang nicht unterbrochen. Auch die Anwalts- und Gerichtskosten der Berufungsinstanz sind dem H als Schaden zuzurechnen.

#### *c) Pfändungssumme in Höhe von 35.000,- EUR*

K könnte auch in Höhe des gepfändeten Betrags in Höhe von 35.000,- EUR einen Schaden erlitten haben.

##### *aa) Schadensentstehung*

Hätte H die Aufrechnung mit der Forderung des K in Höhe von 120.000,- EUR gegenüber D erklärt, so hätte K in erster Instanz obsiegt und D hätte kein vorläufig vollstreckbares Urteil als Vollstreckungstitel i. S. v. § 704 Alt. 2 ZPO für die Pfändung des Bankguthabens des H in Höhe von 35.000,- EUR gem. § 829 ZPO erlangt. In diesem Fall wäre es auch nicht zu einem Berufungsurteil gekommen, das in Rechtskraft erwuchs und so dem D eine risikolose Einziehung der nach § 829 ZPO gepfändeten Guthabenforderung gem. § 836 I ZPO ermöglichte.

Fraglich ist allerdings, ob K durch diese Pfändung tatsächlich ein Schaden entstand. Der Bestand des Bankguthabens des K in Höhe von 35.000,- EUR (Guthabenforderung gegenüber der Bank aus Zahlungsdienstvertrag gem. § 675 f) wurde zwar von D nach Erlangung eines wirksamen Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses nach §§ 829, 835, 836 I ZPO eingezogen und ist daher in der Vermögensmasse des K nicht mehr existent. Allerdings hat sich infolge dieser Einziehung auch die Zahlungsverpflichtung des K gegenüber D gem. § 835 II ZPO auf 55.000,- EUR reduziert und K steht infolge seiner Pfändung weiterhin ein Zahlungs- bzw. Befriedigungsanspruch gegenüber D in Höhe von 120.000,- EUR zu. Ein solcher Befriedigungsanspruch gegenüber einer Privatperson ist aber in der Regel weniger werthaltig als ein Auszahlungsanspruch gegenüber einer Bank aus Girovertrag, da die Privatperson im Gegensatz zur Bank nicht mit Absicherungsmechanismen (Bankensicherungsfonds, Eigenkapitalverpflichtungen etc.) ausgestattet ist. Das Risiko eines Zahlungsausfalls ist somit für K in Höhe von 35.000,- EUR von der Bank auf D übergegangen und damit gestiegen. Aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des D hat sich dieses Risiko zu einem Zahlungsausfallschaden tatsächlich auch verwirklicht.

Auch unter Berücksichtigung des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots ist ein Schaden des K zu bejahen, denn die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs gegen H in Höhe von 35.000,- EUR führt nicht zu einer ungerechtfertigten Besserstellung des K. Vielmehr steht H im Gegenzug ein Anspruch auf Abtretung der Teilforderung des K gegenüber D in Höhe von 35.000,- EUR gem. § 255 zu<sup>32</sup>. K ist folglich in Höhe von 35.000,- EUR ein Schaden entstanden.

##### *bb) Schadenszurechnung*

Der durch die Pfändung des Bankguthabens verursachte Schaden müsste dem H auch zuzurechnen sein. Die Pfändung konnte erst mittels des vorläufig vollstreckbaren Urteils erster Instanz als Vollstreckungstitel gem. § 704 Alt. 2 ZPO erfolgen. Dass die Pfändung nicht infolge eines Obsiegens in der Berufungsinstanz wieder aufgehoben wurde, beruht zwar auf dem

<sup>28</sup> Ebenso zur Berufungseinlegung als »Anknüpfung« zum erstinstanzlichen Prozess BGH NJW 2011, 1594, 1595.

<sup>29</sup> BGH NJW 2011, 2649, 2650 f.; OLG Jena, Urt. v. 14. 4. 2010, Az. 8 U 316/09 (unveröffentl.), Rdn. 7; a. A. Musielak/Ball, ZPO (8. Aufl. 2011), § 533 Rdn. 15, wonach die Aufrechnung im Falle einer in erster Instanz unrichtigen Rechtsauffassung noch in der Berufungsinstanz zuzulassen sei.

<sup>30</sup> Vgl. Hirsch, Schuldrecht AT (7. Aufl. 2011), Rdn. 1035.

<sup>31</sup> Grunewald, Bürgerliches Recht (8. Aufl. 2009), § 34 Rdn. 1; Bernhard, JURA 2010, 62, 63.

<sup>32</sup> Vgl. OLG Jena, Urt. v. 14. 4. 2010, Az. 8 U 316/09 (unveröffentl.), Rdn. 9.

Verhalten des G im Berufungsprozess. Allerdings stand dieses Verhalten in einem inneren Zusammenhang zu der unterlassenen Aufrechnungserklärung des H, so dass auch bezüglich dieser Schadensposition der Zurechnungszusammenhang nicht unterbrochen wurde. Der Schaden in Höhe von 35.000,- EUR ist dem H daher ebenfalls zuzurechnen.

*d) Vollstreckungszugriff in Höhe von 55.000,- EUR*

In Höhe der verbleibenden 55.000,- EUR der Forderung des D ist dem K nunmehr nach Eintritt der Rechtskraft des Berufungsurteils sowohl die Aufrechnungsmöglichkeit gegenüber D (aufgrund § 533 ZPO) als auch die Anrechnungsmöglichkeit (aufgrund § 767 II ZPO) versagt. Sofern D auch in Höhe der weiteren 55.000,- EUR in das Vermögen des K vollstrecken sollte, bestünde auch in dieser Höhe ein Schaden.

Allerdings ist diesbezüglich bislang noch kein Schaden entstanden, da D noch keine Vollstreckungsmaßnahmen eingeleitet hat und auch kein Anzeichen für deren unmittelbares Bestehen ersichtlich ist. Eine Geltendmachung im Wege der Schadensersatzklage gegenüber H scheidet daher vorliegend (noch) aus.

*e) Anwalts- und Gerichtskosten der Vollstreckungsgegenklage*

Ein Schaden des H könnte jedoch in Höhe der Anwalts- und Gerichtskosten der Vollstreckungsgegenklage entstanden sein.

*aa) Schadensentstehung*

Hätte H die Aufrechnung mit der Forderung des K in Höhe von 120.000,- EUR gegenüber D erklärt, hätte K in erster Instanz obsiegt und D hätte kein vorläufig vollstreckbares Urteil als Vollstreckungstitel für die Pfändung des Bankguthabens des H in Höhe von 35.000,- EUR gem. § 704 Alt. 2 ZPO erlangt. In diesem Fall wäre es auch nicht zur Überweisung der gepfändeten Guthabenforderung gem. § 835 ZPO gekommen und hiergegen hätte keine Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO eingelegt werden können. K wären dementsprechend auch keine Kosten gem. § 91 ZPO wegen der Abweisung der Vollstreckungsgegenklage entstanden. Diese Kosten sind daher als Schaden des K zu qualifizieren.

*bb) Schadenszurechnung*

Fraglich ist, ob diese Schadensposition gegenüber H zurechenbar ist. Zu berücksichtigen ist hier, dass sich die Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) gegen den Überweisungsbeschluss zu Gunsten des D gem. §§ 835, 836 ZPO richtete. D veranlasste die Überweisung zur Einziehung erst, nachdem das Berufungsurteil in Rechtskraft erwachsen war. Die Berufung wurde zurückgewiesen, weil G in der Berufungsinstanz den Einwand der Selbstpfändung nicht geltend gemacht hatte. Im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage versuchte G nunmehr, diesen Einwand nachzuholen. Dieser war aber gem. § 767 II ZPO präkludiert.

G reagierte folglich im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage nicht mehr auf ein prozessuales Fehlverhalten des H, sondern vielmehr auf ein eigenes fehlerhaftes Verhalten im Prozess, nämlich den versäumten Einwand der Selbstpfändung. Es handelt sich daher um ein eigenverantwortliches Dazwischentreten eines Dritten, das in keinem hinreichenden inneren Zusammenhang mit dem ursprünglichen Fehlverhalten des H steht. Folglich werden die Gerichts- und Anwaltskosten der Vollstreckungsgegenklage nicht mehr von der Schadensersatzpflicht des H umfasst.

*f) Schmerzensgeld*

K könnte auch ein Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld als immaterieller Schaden gem. § 253 II zustehen. Massive Schlaf- und Konzentrationsstörungen sind eine hinreichend gravierende körperliche und psychische Beeinträchtigung i. S. v. § 253 II, die an sich geeignet sein könnte, einen Schmerzensgeldanspruch auszulösen<sup>33</sup>.

Zweifelhaft ist aber, ob unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der verletzten anwaltlichen Leistungspflicht eine Haftung auf Schmerzensgeld besteht. Hierfür spricht zunächst, dass eine anwaltliche Fehlberatung in gleicher Weise immaterielle Schäden, insbesondere seelischer Art, auslösen kann wie die mangelhafte Erbringung einer anderen Dienstleistung mit weitreichenden Folgen<sup>34</sup>. Dies gilt insbesondere aufgrund der Vermögensbetreuungspflicht des Anwalts gegenüber seinem Mandanten und des damit verbundenen Vertrauensverhältnisses. Dem steht aber entgegen, dass ein Rechtsanwalt vertraglich im Rahmen einer Verletzung der Hauptleistungspflicht nur für solche Nachteile einzustehen hat, zu deren Abwendung er die aus dem Mandat folgenden Pflichten übernommen hat<sup>35</sup>.

Vorliegend betraf das Mandat ausschließlich die Wahrnehmung der vermögensrechtlichen Interessen des K, d. h. die Abwehr und Geltendmachung von Zahlungsansprüchen im Zusammenhang mit dem von K erworbenen Grundstück. Auch schließt § 253 II nicht von vornherein aus, unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm die Haftung für immaterielle Schäden einzuschränken. Folglich kommt im Rahmen der Anwaltshaftung die Haftung für immaterielle Schäden nur dann in Betracht, wenn der Schutzzweck der anwaltlichen Beratung im konkreten Fall auch solche Beeinträchtigungen miteinschließt, so etwa im Falle der Strafverteidigung eines Inhaftierten, die auch die Wahrung seiner Freiheitsrechte mitumfasst<sup>36</sup>. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Ein Schmerzensgeldanspruch des K besteht daher nicht.

**5. Ergebnis**

K steht gem. §§ 280 I, 675 I, 611 ein Schadensersatzanspruch gegen H in Höhe der Anwalts- und Gerichtskosten erster und zweiter Instanz sowie bezüglich der gepfändeten Forderungssumme in Höhe von 35.000,- EUR zu.

**II. Schadensersatzanspruch gem. § 823 I**

Ein deliktsrechtlicher Schadensersatzanspruch des K gegenüber H besteht nicht. In Bezug auf die durch H verursachten Vermögensschäden scheidet ein Anspruch von vornherein aus, da das Vermögen nicht als »absolutes Recht« nach § 823 I geschützt ist<sup>37</sup>. Hinsichtlich der körperlichen Schäden des K wären diese zwar grundsätzlich als Schutzgut von § 823 I umfasst. Allerdings ist das Deliktsrecht grundsätzlich haftungsbeschränkend ausgestaltet, um das Verhalten der Wirtschaftsteilnehmer nicht aufgrund von Haftungsrisiken übermäßig einzuschränken<sup>38</sup>. Aufgrund der daraus folgenden Beschränkung des Schutzzwecks der Anwaltshaftung auf den Gegenstand der konkreten anwalt-

33 Keiser, NJW 2007, 3387, 3388; BGH NJW 1995, 2412, 2413.

34 Gsell, ZJS 2011, 389, 390 f.

35 BGH NJW 2009, 3025, 3026; Borgmann, NJW 2008, 412, 413.

36 BGH NJW 2009, 3025, 3027.

37 Vgl. BGHZ 41, 123, 127; Palandt/Sprau, BGB (71. Aufl. 2012), § 823 Rdn. 11.

38 Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2 (13. Aufl. 1994), § 77 II 4 a (S. 436).

lichen Beratung scheidet ein Schmerzensgeldanspruch nach § 823 I folglich ebenfalls aus<sup>39</sup>.

## B. Ansprüche des K gegen G

### I. Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, 675 I, 611

Aufgrund einer fehlerhaften Beratung in der Berufungsinstanz könnte K auch ein Schadensersatzanspruch gegenüber G zu stehen.

#### 1. Schuldverhältnis gem. § 280 I S. 1

Auch bei dem für die weitere Prozessvertretung abgeschlossenen Vertrag mit G handelt es sich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit dienstvertraglichem Einschlag gem. §§ 675 I, 611.

#### 2. Pflichtverletzung gem. § 280 I S. 1

G müsste seine anwaltlichen Pflichten verletzt haben.

##### a) Einlegung der Berufung

Der Rat, Berufung einzulegen, wäre dann eine Pflichtverletzung des G, wenn die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hätte. Vorliegend sind aber die Voraussetzungen einer Berufung gem. § 511 ZPO erfüllt, da K durch das für ihn nachteilige erstinstanzliche Urteil beschwert ist und der Wert des Beschwerdegegenstands 600,- EUR übersteigt. Auch wäre es möglich gewesen, den klägerischen Anspruch im Wege der Berufung noch zu Fall zu bringen, indem die Klageforderung gepfändet und der daraus folgende Verlust der Aktivlegitimation des Pfändungsschuldners D im Prozess vorgetragen wird. Die Berufung hätte daher Aussicht auf Erfolg gehabt. Eine Pflichtverletzung durch die bloße Einlegung der Berufung besteht somit nicht.

##### b) Aufrechnungserklärung im Berufungsprozess

G könnte seine anwaltlichen Pflichten hingegen verletzt haben, wenn die durch ihn abgegebene Aufrechnungserklärung in der Berufungsinstanz nachteilig für K wäre. Das Gericht hatte die Aufrechnung wegen der Präklusion gem. § 533 ZPO zurückgewiesen, da D weder gem. § 533 Nr. 1 ZPO in die Zulassung der Aufrechnung eingewilligt hatte noch das Gericht die verspätete Aufrechnung ihm Rahmen seines Ermessens gem. § 533 Nr. 2 ZPO als sachdienlich erachten musste<sup>40</sup>.

K steht hierdurch aber nicht schlechter als ohne die erfolgte Aufrechnungserklärung, denn der materiell-rechtlichen Wirksamkeit einer anderweitigen Geltendmachung seiner zur Aufrechnung gestellten Forderung steht § 533 ZPO nicht entgegen<sup>41</sup>. Es stünde K daher trotz der verspätet erklärten Aufrechnung des G weiterhin offen, die zur Aufrechnung gestellte Forderung im Wege der Leistungsklage einzuklagen oder gegenüber einer – im gegenwärtigen Prozess nicht gegenständlichen – Gegenforderung erneut gem. § 389 aufzurechnen<sup>42</sup>. Eine Pflichtverletzung durch die präkludierte Aufrechnungserklärung in der Berufungsinstanz durch G besteht daher nicht.

##### c) Unterlassener Einwand der Selbstpfändung im Berufungsprozess

Eine Pflichtverletzung des G könnte jedoch darin liegen, dass er es unterlassen hat, den Einwand der Selbstpfändung im Berufungsprozess vor dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung vorzutragen.

Eine Pflicht zum Vortrag dieses Einwands im Prozess ergibt sich aus dem anwaltlichen Beratungsvertrag, wonach der Rechtsanwalt verpflichtet ist, die Interessen seines Auftraggebers nach jeder Richtung umfassend wahrzunehmen. G hätte seine anwaltlichen Pflichten folglich verletzt, wenn die Selbstpfändung wirksam war und der Berufung bei entsprechendem Vortrag der Selbstpfändung im Prozess stattgegeben worden wäre.

##### aa) Zulässigkeit der Pfändung in eigene Schuld

Fraglich ist, ob die Pfändung einer gegen sich selbst gerichteten Forderung zulässig ist. Die allgemeinen Voraussetzungen der Forderungspfändung gem. § 829 ZPO liegen vor: Die Pfändung erfolgt auf Grundlage einer mit einer Vollstreckungsklausel versehenen Unterwerfungsurkunde als Titel gem. § 794 I Nr. 5 ZPO. Sofern der Antrag auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses auf die Forderung des K bezogen war, so war dieser Antrag auch hinreichend bestimmt. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss wurde K zugestellt.

Zweifelhaft ist aber, ob ein Rechtsschutzbedürfnis für die Pfändung einer gegen sich selbst gerichteten Forderung besteht. Nach allgemeiner Meinung kann ein Vollstreckungsgläubiger grundsätzlich auch eine gegen sich selbst gerichtete Forderung pfänden. In diesem Fall sind Gläubiger und Drittschuldner identisch, d. h. der Gläubiger pfändet eine Forderung, in der er Drittschuldner gegenüber seinem Schuldner ist. Der Gläubiger muss den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss dann wegen § 829 Abs. 3 ZPO an sich selbst zustellen lassen. Teilweise wird die Ansicht vertreten, die Selbstpfändung sei ohne jede Einschränkung zulässig<sup>43</sup>. Ein Rechtsschutzbedürfnis besteht hiernach in jedem Fall, denn die Pfändung der Gegenforderung hat für den Gläubiger erhebliche Vorteile gegenüber der Aufrechnung. Sie verschafft dem Gläubiger insbesondere als Hoheitsakt größere Klarheit und Rechtssicherheit<sup>44</sup>. Nach anderer Auffassung soll die Selbstpfändung hingegen nur dann zulässig sein, sofern nicht materiell-rechtliche Aufrechnungsverbote (§§ 393 ff.) umgangen werden<sup>45</sup>.

Der überwiegende Teil der Literatur und Rechtsprechung hält die Selbstpfändung jedenfalls dann für zulässig, wenn die Aufrechnung aus materiellen oder prozessualen Gründen nicht möglich ist<sup>46</sup>. Anderenfalls fehlt es am Rechtsschutzbedürfnis, da dann die Aufrechnung der einfachere und schnellere Weg zur Befriedigung der titulierten Forderung ist. Diese Auffassung ist vorzuzugewandigt, da sich die Präklusion nach § 533 ZPO nur auf die Aufrechnung, nicht aber den Einwand der Selbstpfändung bezieht und daher keine Umgehungsgefahr droht. Einschränkungen würden dazu führen, dass dem Vollstreckungsgläubiger in der Zwangsvollstreckung Vermögensbestandteile des Vollstreckungsschuldners entzogen würden. Stellt die gegen den Vollstreckungsgläubiger gerichtete Forderung den einzigen Vermögensbestandteil des Vollstreckungsschuldners dar,

<sup>39</sup> Vgl. BGH NJW 2011, 2649, 2652; a. A. Gsell, ZJS 2011, 389, 391.

<sup>40</sup> Vgl. BGH NJW 1955, 907, 907 f.

<sup>41</sup> Vgl. Musielak/Ball, ZPO (8. Aufl. 2011), § 533 Rdn. 26.

<sup>42</sup> BGH NJW 1994, 2769, 2770.

<sup>43</sup> OLG Köln, NJW-RR 1989, 190, 191; Schuschke/Walker/Schuschke, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz (5. Aufl. 2011), § 829 Rdn. 11.

<sup>44</sup> Rimmelspacher/Spellenberg, JZ 1973, 271, 273.

<sup>45</sup> Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl. 2004, § 829 Rdn. 124

<sup>46</sup> RGZ 20, 365, 371 ff.; BGH NJW 2011, 2649, 2651; LG Düsseldorf MDR 1964, 332, 332; MünchKommZPO/Smid (3. Aufl. 2007), § 829 Rdn. 77; Musielak/Becker, ZPO (8. Aufl. 2011), § 829 Rdn. 8; Lackmann, Zwangsvollstreckungsrecht (9. Aufl. 2010), Rdn. 273.

wäre dem Vollstreckungsgläubiger jede Möglichkeit genommen, in das Vermögen des Vollstreckungsschuldners zu vollstrecken. Dafür gibt es keinen rechtfertigenden Grund.

Vorliegend war dem K eine Aufrechnung in der Berufungsinstanz wegen Präklusion gem. § 533 ZPO nicht mehr möglich. Es bestand folglich ein Rechtsschutzbedürfnis für die Pfändung der gegen K selbst gerichteten Forderung. Die Selbstpfändung wäre somit zulässig gewesen.

#### *bb) Wirkung des Vortrags der Selbstpfändung im Prozess*

Fraglich ist, ob der Einwand der Pfändung in eigene Schuld im Prozess vorgetragen werden muss. Hierzu müsste zunächst der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss wirksam sein. Der Vortrag der Selbstpfändung im Prozess müsste zudem materiell-rechtliche Auswirkungen haben.

Vorliegend hat K die gegen sich selbst gerichtete Forderung in Höhe von 90.000,- EUR wirksam gem. § 829 ZPO gepfändet. Denn bezüglich der nach § 794 I Nr. 5 ZPO sofortig vollstreckbaren Forderung in Höhe von 120.000,- ist K Vollstreckungsgläubiger des D. D ist in dieser Höhe Vollstreckungsschuldner. In Bezug auf die Forderung in Höhe von 90.000,- EUR war K Drittschuldner, d. h. Schuldner des Vollstreckungsschuldners. Als Vollstreckungsgläubiger ist K zur Pfändung jeglicher nicht den gesetzlichen Pfändungsverboten unterliegenden Forderungen des D berechtigt. Darunter fällt auch die gegen K selbst gerichtete Forderung in Höhe von 90.000,- EUR.

In der Folge hat sich K die wirksam gepfändete Forderung gemäß § 835 I Alt. 1 ZPO zur Einziehung überweisen lassen. Die Überweisung als solche führt aber entgegen dem Wortlaut des § 835 II ZPO noch nicht zur Befriedigung des Gläubigers, sondern erst der tatsächliche Eingang der Zahlungen des Drittschuldners beim Gläubiger<sup>47</sup>. Da K als Drittschuldner aber nicht an sich selbst als Vollstreckungsgläubiger zahlen kann, hätte im Falle der Selbstpfändung – um die Einziehung der Forderung nach außen erkennbar zu machen – die Erklärung des K gegenüber D genügt, die Forderungen zu verrechnen<sup>48</sup>. Infolge des Überweisungsbeschlusses hätte D als ursprünglicher Forderungsinhaber seine Aktivlegitimation in Bezug auf die Einziehung der Forderung verloren und hätte diese Forderung daher auch nicht mehr im Prozess geltend machen können. Die Aktivlegitimation wäre auf den Pfandgläubiger K übergegangen<sup>49</sup>. In Höhe der Pfändungssumme wären die jeweiligen Forderungen durch das Zusammenfallen in der Person des K im Wege der Konfusion erloschen<sup>50</sup>.

G hat den Einwand der Selbstpfändung des K gegenüber D aber im Prozess nicht erklärt. Ebenso wenig wurde das Gericht in anderer Weise über die Selbstpfändung in Kenntnis gesetzt. Aufgrund der im Zivilprozess geltenden Verhandlungsmaxime hat das Gericht nur die Tatsachen zu berücksichtigen, die die Parteien vorgetragen haben. Eine Ermittlung entscheidungserheblicher Tatsachen von Amts wegen findet nicht statt<sup>51</sup>. Folglich war das Berufungsgericht mangels Kenntnis der Selbstpfändung des K vorliegend nicht in der Lage, dessen Pfändung in eigene Schuld bei der Urteilsfindung zu berücksichtigen. Wäre das Berufungsgericht über die Selbstpfändung des K in Kenntnis gesetzt worden, so hätte es die fehlende Einziehungsberechtigung des D bezüglich der (inzwischen durch K gepfändeten) Forderung in Höhe von 90.000,- EUR berücksichtigen und der Berufung wegen fehlender Aktivlegitimation des D stattgeben müssen. K hätte in diesem Fall im Prozess obsiegt.

*cc) Keine Präklusion des Vortrags der Selbstpfändung*  
K hätte mit dem Einwand der Selbstpfändung im Berufungsprozess nicht präkludiert sein dürfen.

#### *(1) Präklusion nach § 533 ZPO*

Nach § 533 ZPO ist nur die Zulässigkeit von Klageänderung, Widerklage und Aufrechnungserklärung im zweiten Rechtszug beschränkt. Um einen solchen prozessualen Rechtsbehelf hätte es sich bei dem neuen Vortrag über die Pfändung und Überweisung der streitgegenständlichen Forderung nicht gehandelt<sup>52</sup>. Auch eine analoge Anwendung des § 533 ZPO kommt nicht in Betracht, da der Einwand der Selbstpfändung als Verteidigungsmittel in die Präklusionsregelung nach §§ 529 I Nr. 2, 531 II S. 1 Nr. 3 ZPO miteinbezogen werden kann und es daher an einer Regelungslücke fehlt. Der Einwand der Selbstpfändung wäre daher nicht nach § 533 ZPO präkludiert gewesen.

#### *(2) Präklusion nach §§ 529 I Nr. 2, 531 II S. 1 Nr. 3 ZPO*

Maßgeblich wäre hier aber, ob die Selbstpfändung bei entsprechendem Vortrag noch als neues Verteidigungsmittel nach §§ 529 I Nr. 2, 531 II S. 1 Nr. 3 ZPO im zweiten Rechtszug hätte berücksichtigt werden müssen oder ob sie als verspätetes Vorbringen gem. §§ 530, 296 I ZPO<sup>53</sup> präkludiert gewesen wäre. In Bezug auf die Verspätung des Vorbringens wird zwar bei Gestaltungsrechten darauf abgestellt, ob das Recht bereits bis zum Schluss der letzten erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung hätte geltend gemacht werden können<sup>54</sup>. Der Einwand der Selbstpfändung ist aber kein solches Gestaltungsrecht, sondern setzt vielmehr eine Zwangsvollstreckungshandlung voraus: G hätte erst nach erfolgter Pfändung und Überweisung der gegen K gerichteten Forderung den Einwand der Selbstpfändung erheben können. Daher ist für die Präklusion nach §§ 529 I Nr. 2, 531 II S. 1 Nr. 3 ZPO allein der Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses nach § 829 Abs. 3 ZPO maßgeblich<sup>55</sup>. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss zu Gunsten des K wurde erst nach dem Schluss der letzten erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung wirksam. Folglich hätte es sich bei dem nachfolgenden Einwand der Selbstpfändung um ein neues Verteidigungsmittel gehandelt, das im ersten Rechtszug nicht hätte geltend gemacht werden können. Der Einwand der Selbstpfändung wäre daher vorliegend auch nach §§ 529 I Nr. 2, 531 II S. 1 Nr. 3 ZPO nicht präkludiert gewesen.

#### *dd) Zwischenergebnis*

G hat es somit pflichtwidrig unterlassen, gegen die Zahlungsklage des D in der Berufungsinstanz geltend zu machen, dass K nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils die von V an D abgetretene Forderung in Höhe von 90.000,- EUR gegen sich hatte pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Auf diese Weise hätte er die weitere Vollstreckung durch D verhindern

47 BGH NJW 2011, 2649, 2651; Schuschke/Walker/Schuschke, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz (5. Aufl. 2011), § 835 Rdn. 4.

48 Stein/Jonas/Brehm, ZPO (22. Aufl. 2004), § 835 Rdn. 15.

49 Thomas/Putzo/Seiler, ZPO (32. Aufl. 2011), § 835 Rdn. 3; Lackmann, Zwangsvollstreckungsrecht (9. Aufl. 2010), Rdn. 343.

50 K. Schmidt, JuS 2011, 1032, 1033.

51 Musielak/Musielak, ZPO (8. Aufl. 2011), Einleitung Rdn. 35 f.

52 BGH NJW 2011, 2649, 2651.

53 BGH NJW-RR 1986, 1317, 1317; Oberheim, Zivilprozessrecht (8. Aufl. 2009), § 25 Rdn. 14; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO (32. Aufl. 2011), § 527 Rdn. 1.

54 BGH NJW 2004, 1252, 1254; Heinrich, LMK 2004, 172, 173.

55 BGH NJW 2011, 2649, 2651.

können, da das vorläufig vollstreckbare Urteil erster Instanz aufgehoben worden wäre. Auch die darauf beruhende Pfändung des Bankguthabens des K in Höhe von 35.000,- EUR hätte nachfolgend aufgehoben werden müssen. Das Vorgehen des G, die rechtskräftige Titulierung des Zahlungsanspruchs des D hinzunehmen, um die weitere Vollstreckung im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage für unzulässig erklären zu lassen, war risikobehaftet und entsprach damit nicht dem Erfordernis, den »sichersten Weg« zu gehen. G verletzte somit seine Pflichten aus dem Anwaltsvertrag.

*d) Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO ohne Erfolgsaussicht*

G könnte seine anwaltlichen Pflichten dadurch verletzt haben, dass er gegen die Überweisung der gepfändeten Forderung eine Vollstreckungsgegenklage ohne Aussicht auf Erfolg erhoben hat. Ein Anwalt ist nicht nur verpflichtet, für seine Partei erfolgversprechende Rechtsbehelfe und Rechtsmittel zu ergreifen. Gleichmaßen trifft ihn auch die Pflicht, die Einlegung von Rechtsbehelfen und Rechtsmitteln ohne Erfolgsaussichten zu unterlassen, um seinen Mandanten vor unnötigen Kosten zu bewahren<sup>56</sup>.

*aa) Grundsätzliche Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 I ZPO*

Die Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage wäre in Bezug auf die Geltendmachung materiell-rechtlicher Einwände gegenüber dem dem Vollstreckungstitel zugrunde liegenden Anspruch nach § 767 I ZPO auch in Bezug auf die erfolgte Selbstpfändung grundsätzlich zulässig gewesen.

*bb) Präklusion des Einwands der Selbstpfändung gem. § 767 II ZPO*

Allerdings könnte der Einwand der Selbstpfändung vorliegend gem. § 767 II ZPO präkludiert gewesen sein. Hiernach dürfen Einwendungen im Zwangsvollstreckungsverfahren nicht mehr vorgetragen werden, wenn sie bereits im Erkenntnisverfahren hätten erhoben werden können. Vorliegend erfolgte die Pfändung in eigene Schuld noch vor der Berufungsverhandlung und hätte daher bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz als Einwendung vorgetragen werden können. Sie war daher präkludiert. Die Vollstreckungsgegenklage war von Vorherein ohne Aussicht auf Erfolg. G hat durch ihre Erhebung erneut seine anwaltlichen Pflichten verletzt.

*e) Abraten von einer Klage wegen Titelausnutzung gem. § 826*

Eine weitere Pflichtverletzung des G könnte darin liegen, dass er K davon abgeraten hat, eine Klage auf Schadensersatz in Höhe von 35.000,- EUR wegen sittenwidriger Ausnutzung eines Vollstreckungstitels gem. § 826 zu erheben. Eine solche Klage hätte Aussicht auf Erfolg haben müssen.

*aa) Grundsätzliche Zulässigkeit*

Eine Schadensersatzklage gem. § 826 wegen Titelausnutzung wird durch die Rechtsprechung und Teile der Literatur grundsätzlich anerkannt, um evidenten Unrecht zu verhindern und um Rechtsmissbrauch abzuwehren<sup>57</sup>. Eine Konkurrenz zu § 767 ZPO als speziellerem Rechtsbehelf besteht dabei nicht. Denn die Schadensersatzklage nach § 826 wird auf die Unrichtigkeit des Titels selbst gestützt, während mit der Vollstreckungsgegenklage nachträglich entstandene materiell-rechtliche Einwen-

dungen gegen den Titel geltend gemacht werden<sup>58</sup>. Im Falle der Ausnutzung eines ursprünglich richtigen Urteils, das nachträglich unrichtig wurde, muss der Vollstreckungsschuldner aufgrund von ihm nicht zu vertretenden Umständen daran gehindert gewesen sein, gegen das Urteil bzw. gegen dessen Vollstreckung vorzugehen<sup>59</sup>. Im Übrigen findet der Rechtsgedanke des § 582 ZPO insoweit auf die Schadensersatzklage nach § 826 Anwendung, als ein Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist, wenn der Betroffene bei sorgfältiger Prozessführung die Unrichtigkeit des Urteils hätte vermeiden können<sup>60</sup>.

*bb) Fehlende Erfolgsaussichten im vorliegenden Fall*

Vorliegend sind die Erfolgsaussichten einer Schadensersatzklage nach § 826 aus mehreren Gründen nicht gegeben: Es fehlt von vornherein an einer materiell-rechtlich unrichtigen erstinstanzlichen Entscheidung. Darüber hinaus wurde diese auch nicht durch die nachfolgende Selbstpfändung des K unrichtig. Im Übrigen hätte eine Schadensersatzklage nach § 826 keine Aussicht auf Erfolg gehabt, da es die Prozessvertreter des K nachlässigerweise unterlassen hatten, gegenüber D die Aufrechnung oder den Einwand der Selbstpfändung zu erklären, obwohl ihnen dies möglich gewesen wäre.

G hat somit nicht pflichtwidrig gehandelt, als er von der Erhebung einer Schadensersatzklage nach § 826 abriet.

**3. Vertretenmüssen nach § 280 I S. 2**

G müsste die Pflichtverletzungen gem. § 280 I 2 zu vertreten haben. Vorliegend hat G weder einen für ihn unvorhersehbaren Fehler des Gerichts vorgetragen noch liegt ein entschuldbarer Irrtum des G vor. G hat die Pflichtverletzung daher zu vertreten.

**4. Schaden nach §§ 249, 251**

K hat – wie obenstehend erörtert – einen Vermögensschaden in Höhe der Anwalts- und Gerichtskosten der ersten und zweiten Instanz sowie bezüglich der erfolglosen Vollstreckungsklage erlitten. Ebenso ist ihm ein Schaden in Höhe der Pfändungssumme von 35.000,- EUR entstanden.

Sämtliche Positionen sind äquivalent und adäquat kausal aufgrund des Fehlverhaltens des G entstanden. Dies gilt auch für die Kosten der ersten Instanz, denn hätte K in zweiter Instanz obsiegt, so wäre das Urteil der ersten Instanz aufgehoben worden und D hätte gem. § 91 ZPO die gesamten Kosten des Rechtsstreits tragen müssen<sup>61</sup>.

**5. Ergebnis**

Ein Schadensersatzanspruch des K gegenüber G besteht in Höhe der Kosten der ersten und zweiten Instanz und der Vollstreckungsgegenklage sowie bezüglich der Pfändungssumme in Höhe von 35.000,- EUR.

<sup>56</sup> BGH NJW 2011, 1594, 1594.

<sup>57</sup> RGZ 156, 265, 269; 165, 26, 28; BGHZ 40, 130, 132; MünchKommZPO/Gottwald (5. Aufl. 2008), § 322 Rdn. 228; Palandt/Sprau, BGB (71. Aufl. 2012), § 826 Rdn. 52; kritisch Schilken, Zivilprozessrecht (6. Aufl. 2010), Rdn. 1072; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO (70. Aufl. 2012), Einf. §§ 322–327, Rdn. 30 ff.

<sup>58</sup> Lackmann, Zwangsvollstreckungsrecht (9. Aufl. 2010), Rdn. 491.

<sup>59</sup> BGH NJW 1983, 2317, 2317.

<sup>60</sup> BGH NJW-RR 1988, 957, 959; BGH NJW 1996, 57, 59.

<sup>61</sup> Näher Hk-ZPO/Gierl (4. Aufl. 2011), § 97 Rdn. 8. Ein Rückgriff auf § 97 II ZPO scheidet nach der hier vertretenen Auffassung aus, da der Einwand der Selbstpfändung ein neues Vorbringen ist, das mangels zugrunde liegenden Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses in der ersten Instanz nicht hätte geltend gemacht werden können (vgl. oben B.I.2.c)(3)(b)).

G und H tragen den Schadensersatz für die Kosten der ersten und zweiten Instanz sowie die Pfändungssumme in Höhe von 35.000,- EUR als Gesamtschuldner gem. § 421<sup>62</sup>. Die Kosten der Vollstreckungsgegenklage hat G allein zu tragen.

## II. Schadensersatzanspruch gem. § 823 I

Mangels Erfassung durch den Schutzzweck der Anwaltshaftung steht K auch gegenüber G kein deliktsrechtlicher Schadensersatzanspruch zu.

## C. Anwaltliche Vertretung des K in einem Anwaltshaftungsprozess

Fraglich ist, ob K in einem etwaigen Anwaltshaftungsprozess gegen H und G verpflichtet wäre, sich vor Gericht erneut von einem Rechtsanwalt vertreten zu lassen.

Die Postulationsfähigkeit einer Partei vor Gericht richtet sich nach §§ 78, 79 ZPO. Gem. § 79 ZPO bedarf es keiner anwalt-

lichen Vertretung im Prozess, wenn dies nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist. Nach § 78 ZPO besteht Anwaltszwang im Prozess vor Landgerichten und Oberlandesgerichten.

Ob K einer anwaltlichen Vertretung bedürfte, hängt folglich von der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts ab. Gem. § 1 ZPO i. V. m. §§ 23, 71 GVG richtet sich die sachliche Zuständigkeit grundsätzlich nach dem Zuständigkeitsstreitwert (§§ 2 ff. ZPO). Liegt dieser höher als 5.000,- EUR, ist gem. §§ 71 I, 23 GVG grundsätzlich das Landgericht zuständig. Vorliegend beträgt der Zuständigkeitsstreitwert mehr als 35.000,- EUR. Eine abweichende gesetzliche Zuständigkeitsregelung besteht nicht. Folglich wäre das Landgericht sachlich zuständig.

K müsste sich daher gem. § 78 ZPO im Anwaltshaftungsprozess erneut von einem Rechtsanwalt vertreten lassen.

<sup>62</sup> BGH NJW 2009, 987, 988.