

Geschäftsnummer:
8 U 115/09

2 O 75/08
Landgericht
Heidelberg



Verkündet am
26. Oktober 2010

Hettel, AI
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Karlsruhe

8. Zivilsenat

Im Namen des Volkes

Urteil

Im Rechtsstreit

- Kläger / Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

1.

- Beklagter / Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

2.

3.

4.

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte zu 2 bis 4:

wegen Feststellung

hat der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe auf die mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 2010 unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Oberlandesgericht

Richter am Oberlandesgericht

Richter am Landgericht

für **Recht** erkannt:

- I. Der Antrag des Beklagten Ziffer 1 auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der Versäumung der Berufungsfrist und der Berufungsbegründungsfrist wird zurückgewiesen.

- II. Die Berufung des Beklagten Ziffer 1 gegen das Urteil des Landgerichts Heidelberg vom 29.01.2009, AZ: 2 O 75/08, wird als unzulässig verworfen.

- III. Der Beklagte Ziffer 1 trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

- IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte Ziffer 1 kann die Vollstreckung durch den Kläger gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des gegen ihn vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger zuvor in gleicher Höhe Sicherheit leistet.

- V. Die Revision wird nicht zugelassen.

GRÜNDE

I.

Der Kläger, ein Architekt, nimmt die Beklagten, die ein Bauingenieurbüro in der Rechtsform einer GbR (ING. T... Bau - Projektmanagement; nachfolgend: ING. T...) betreiben, im Wege der Feststellungsklage auf Freistellung von Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüchen in Anspruch, die der Freistaat Sachsen aufgrund eines Vertrages über Architektenleistungen gegen den Kläger geltend macht.

Im Juni 1997 wurde der Kläger vom Freistaat Sachsen mit Architektenleistungen für das Bauvorhaben „Universität L., Fakultät Veterinärmedizin, Neubau S.-straße“ beauftragt. Zu den übertragenen Architektenleistungen gehörten auch die Leistungen der Objektüberwachung bei den Bodenbelagsarbeiten. Mit Vertrag vom 20./21.01.1999 (Anlage K 5) übertrug der Kläger diese Leistungen dem ING. T... Die Bodenbelagsarbeiten wurden im Auftrag des Freistaates Sachsen von der Firma B. GmbH durchgeführt. Bei der Ausführung der Bodenbelagsarbeiten durch die Firma B. GmbH kam es zu verschiedenen Mängeln. Mit Schreiben vom 23.10.2007 (Anlage K 4) nahm der Freistaat Sachsen deswegen den Kläger auf der Grundlage eines in einem Rechtsstreit zwischen dem Freistaat Sachsen und der B. GmbH ergangenen Teilurteils des Landgerichts L. (Anlage K 2) und eines in dem Berufungsverfahren gegen dieses Teilurteil vor dem OLG Dresden abgeschlossenen Vergleichs zwischen dem Freistaat Sachsen und der B. GmbH (Anlage K 3) auf Zahlung von 525.318,90 EUR als Gesamtschuldner neben der B. GmbH in Anspruch.

Die Beklagten rechneten ihre Leistungen aus dem Vertrag vom 20./21.01.1999 gegenüber dem Kläger mit Schlussrechnung vom 13.12.2004 ab. Ende Dezember 2004 erbrachte der Kläger auf diese Schlussrechnung eine Teilzahlung.

Der Beklagte Ziffer 1 schied aufgrund einer Auseinandersetzungsvereinbarung vom 17.06.2000 zum 30.06.2000 aus dem ING. T... aus.

Der Kläger hat vorgetragen,

er sei gegenüber dem Freistaat Sachsen nicht einstandspflichtig, da der vor dem OLG Dresden abgeschlossene Vergleich Gesamtwirkung entfalte, so dass der Kläger seinerseits nicht mehr vom Freistaat Sachsen in Anspruch genommen werden könne. Er sehe sich deshalb gegenwärtig auch gehindert, gegen die Beklagten im Wege der Leistungsklage vorzugehen. Das Anspruchsschreiben des Freistaates Sachsen vom 23.10.2007 (Anlage K 4) belege jedoch, dass eine Inanspruchnahme durch den Freistaat Sachsen noch nicht mit der nötigen Sicherheit ausgeschlossen werden könne. Der Kläger sei deshalb zur Hemmung der Verjährung seiner Rückgriffsansprüche gegen die Beklagten zur Erhebung einer Feststellungsklage berechtigt.

Der Freistaat Sachsen stehe auf dem Standpunkt, dass alle im Anspruchsschreiben vom 23.10.2007 (Anlage K 4) geltend gemachten Schäden auf ungenügender Objektüberwachung beruhten, für die der Kläger gemäß § 278 BGB einzustehen habe. Die Vielzahl der Mängel und der erhebliche Mängelbeseitigungsaufwand belegten den Ursachenzusammenhang zwischen mangelhafter Bauüberwachung durch die Beklagten und den hierdurch verursachten Schäden. Hätten die Beklagten vertragskonform gehandelt, wären die Arbeiten der B. GmbH wesentlich früher unterbunden worden und der Schaden wäre nicht aufgetreten. Die Arbeiten der B. GmbH hätten überwacht werden müssen, da es sich hierbei nicht um handwerkliche Selbstverständlichkeiten gehandelt habe.

Der Vertrag vom 20./21.01.1999 sei nicht mit dem ING. T... , sondern mit den Beklagten Ziffer 1 bis 4 persönlich abgeschlossen worden. Aber auch für den Fall, dass der Vertrag mit dem ING. T... zustande gekommen wäre, könne der Beklagte Ziffer 1 sich nicht gemäß § 160 Abs. 1 HGB analog auf eine eingetretene Freizeichnung berufen. Die maßgebliche Verbindlichkeit sei auch in diesem Fall mit dem Abschluss des Vertrages vom 20./21.01.1999 und somit deutlich vor dem Ausscheiden des Beklagten aus dem ING. T... begründet worden. Auf die konkrete Vergabe der Bauausführungsleistungen an die Firma B. GmbH durch den Bauherrn könne es nicht ankommen. Die Frist des § 160 Abs. 1 HGB beginne in Ermangelung eines GbR-Registers mit entsprechender Publizitätswirkung erst ab Kenntnis des Klägers von dem Ausscheiden des Beklagten Ziffer 1 aus dem ING. T... zu laufen. Diese Kenntnis habe der Kläger erst durch das Schreiben des Beklagten Ziffer 1 vom 17.03.2008 (I 29) erlangt.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, ihn von allen Ansprüchen des Freistaates Sachsen freizustellen, die der Freistaat Sachsen gegenüber ihm aufgrund von Mängeln bei der Ausführung der Bauüberwachungsleistungen bei den Bodenbelagsarbeiten für die Baumaßnahme „Universität L., Fakultät Veterinärmedizin, Neubau S.-straße“ oder aus im Zusammenhang mit den übertragenen Bauüberwachungsleistungen stehenden Pflichtverletzungen zu Recht geltend machen kann.

Die Beklagten Ziffer 1 bis 4 haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte Ziffer 1 hat vorgetragen,

er hafte weder allein noch zusammen mit den Beklagten Ziffer 2 bis 4, da er aufgrund der Auseinandersetzungsvereinbarung vom 17.06.2000 zum 30.06.2000 aus dem ING. T... ausgeschieden sei. Der behauptete Feststellungsanspruch wegen möglicher Verletzung der Bauüberwachung der Arbeiten der B. GmbH beziehe sich auf Bauüberwachungsleistungen, die nach dem 13.10.2000 angefallen seien, da der Bauvertrag zwischen dem Freistaat Sachsen und der B. GmbH erst zu diesem Zeitpunkt geschlossen worden sei.

Die Beklagten Ziffer 2 bis 4 haben vorgetragen,

der Klageantrag sei zu unbestimmt und das Vorbringen des Klägers sei unsubstantiiert. Der Kläger trage nicht vor, welche konkreten Überwachungsfehler er geltend mache. Allein die Behauptung, sie seien dem Kläger zur Erbringung der Leistungen verpflichtet gewesen, aus deren Folgen der Kläger selbst in Anspruch genommen werde, reiche nicht aus. Werde dem Klageantrag stattgegeben, so würde dies dazu führen, dass das Ergebnis eines außerhalb ihres Einflussbereiches liegenden Prozesses, nämlich zwischen dem Kläger und dem Freistaat Sachsen, die Haftung im Innenverhältnis festschreibe. Die im Verfahren gegen die B. GmbH behaupteten Mängel seien Ausführungsmängel, die der B. GmbH anzulasten und von dieser zu vertreten seien. Die von der B. GmbH ausgeführten und vom Bauherrn beanstandeten Arbeiten seien handwerkliche Selbstverständlichkeiten, bei denen nicht der einzelne Arbeitsvorgang kontrolliert werden müsse. Den Freistaat Sachsen treffe ein Mitverschulden, weil sich die beauftragte B. GmbH als nicht fachkundig herausgestellt habe. Die geltend gemachten

Ansprüche seien zudem verjährt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf die tatbestandlichen Feststellungen im landgerichtlichen Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt: Die Feststellungsklage sei zulässig. Das Feststellungsinteresse ergebe sich daraus, dass der Kläger mit der Feststellungsklage die Hemmung der Verjährung eines möglichen Anspruchs gegen die Beklagten erreiche. Der Anspruch des Klägers gegen die Beklagten sei bei Klagezustellung im März 2008 noch nicht verjährt gewesen. Der Feststellungsantrag sei auch hinreichend bestimmt und substantiiert. Ob dem Kläger tatsächlich ein Anspruch gegen die Beklagten zustehe, sei in einem gesonderten Rechtsstreit zu klären, weil nur die Feststellung der Verpflichtung zur Freistellung von *berechtigten* Ansprüchen beantragt werde. Die Feststellungsklage sei auch gegen den Beklagten Ziffer 1 begründet. Dieser hafte, falls der Vertrag vom 20./21.01.1999 nicht mit den Gesellschaftern persönlich, sondern mit dem ING. T... zustande gekommen wäre, jedenfalls gemäß § 160 Abs. 1 HGB analog, da die maßgebliche Verbindlichkeit mit dem Vertragsschluss vom 20./21.01.1999 und damit deutlich vor seinem Ausscheiden am 30.06.2000 begründet worden sei. Eine Verjährung sei nicht eingetreten, da die Frist des § 160 Abs. 1 HGB analog in Ermangelung eines GbR-Registers erst ab Kenntnis des Klägers vom Ausscheiden des Beklagten Ziffer 1 zu laufen beginne. Der Beklagte Ziffer 1 habe nicht nachgewiesen, dass der Kläger zu einem Zeitpunkt, der vor der Fünfjahresfrist liege, Kenntnis von seinem Ausscheiden erlangt habe.

Gegen das dem erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Beklagten Ziffer 1 bis 4 am 03.02.2009 (I 277) zugestellte Urteil hat nur der Beklagte Ziffer 1 mit am 11.08.2009 (II 1) eingegangenen Schriftsatz seines jetzigen Prozessbevollmächtigten Berufung eingelegt und vorsorglich wegen der Versäumung der Berufungsfrist und der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Zur Begründung seines Rechtsmittels und seines Wiedereinsetzungsantrags hat der Beklagte Ziffer 1 ausgeführt:

Er sei in erster Instanz nicht ordnungsgemäß vertreten gewesen. Dem für die Beklagten Ziffer 1 bis 4 in erster Instanz handelnden Rechtsanwalt sei das Urteil des Landgerichts nicht mit Wirkung gegen den Beklagten Ziffer 1 zugestellt worden, weil der Prozessvertreter keine Vertretungsmacht gehabt und den Beklagten Ziffer 1 von der Zustellung nicht unterrichtet habe. Dieser habe erst zufällig durch Zustellung einer Streitverkündung in einer vom Freistaat Sachsen gegenüber dem Kläger erhobenen Schadensersatzklage und durch das daraufhin von dem in erster Instanz aufgetretenen Rechtsanwalt am 28.07.2009 in Ablichtung zugeleitete Urteil von dessen Existenz erfahren. Eine Berufungsfrist und eine Berufungsbegründungsfrist hätten mangels Zustellung nicht in Gang gesetzt werden können. Die am 28.07.2009 eingelegte Berufung sei daher rechtzeitig. Jedenfalls sei dem Beklagten Ziffer 1 wegen nicht verschuldeter Versäumung der Berufungs- und Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

Der Beklagte Ziffer 1 sei zwar zusammen mit den übrigen Mitgliedern des ING. T... haftpflichtversichert gewesen. Mit seinem Ausscheiden aus dem ING. T... sei er aber als Versicherungsnehmer aus dem Versicherungsvertrag des ING. T... ausgeschieden und habe einen neuen Versicherungsvertrag abgeschlossen. Der Beklagte Ziffer 1 sei daher für den streitgegenständlichen Vorfall, der sich erst nach seinem Ausscheiden aus dem ING. T... und ohne sein persönliches Mittun ereignet habe, nicht haftpflichtversichert. Somit habe der Haftpflichtversicherer für den Beklagten Ziffer 1 auch keine Prozessvollmacht erteilen können. Der in erster Instanz für die Beklagten handelnde Rechtsanwalt sei im Übrigen von dem Beklagten Ziffer 2 beauftragt worden; der Haftpflichtversicherer sei an der Erteilung der Prozessvollmacht nicht beteiligt gewesen.

Der Kläger habe durch das Rundschreiben vom 18.06.2000 (Anlage BK 5) Kenntnis von dem Ausscheiden des Beklagten Ziffer 1 aus dem ING. T... zum 30.06.2000 gehabt und sich danach mit einer ausschließlichen Fortführung des Vertragsverhältnisses mit den in der GbR verbliebenen Gesellschaftern einverstanden erklärt. Der Kläger habe dies dem Geschäftsführer der für das ING. T... an dem Bauvorhaben tätig gewesenen Firma Hermes-Bau Projektentwicklungs GmbH telefonisch mitgeteilt. Eine Haftung des Beklagten Ziffer 1 aus dem Vertrag vom 20./21.01.1999 scheide somit wegen des einvernehm-

lich vereinbarten Ausscheidens des Beklagten Ziffer 1 aus dem Vertrag und wegen der bereits im Jahr 2000 erlangten Kenntnis des Klägers von dem Ausscheiden des Beklagten Ziffer 1 aus der GbR aus.

Der Beklagte Ziffer 1 beantragt,

das Urteil des Landgerichts Heidelberg vom 29.01.2009, AZ: 2 O 75/08, abzuändern und die Klage gegen den Beklagten Ziffer 1 abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger trägt zur Begründung seines Zurückweisungsantrags vor:

Die Berufung des Beklagten Ziffer 1 sei sowohl unzulässig als auch unbegründet. Der Beklagte Ziffer 1 sei in erster Instanz prozessual wirksam vertreten worden, da er wie die übrigen Beklagten dem Regulierungsvorrecht seines Berufshaftpflichtversicherers, der G... Allgemeine Versicherung AG, unterlegen sei. Es sei auch nicht richtig, dass der Beklagte Ziffer 1 vor dem 27.07.2009 keine Kenntnis von dem Urteil vom 29.01.2009 gehabt habe. Der Beklagte Ziffer 1 sei von dem Prozessbevollmächtigten des Klägers mit jeweils vorab per Telefax zugeleiteten Schreiben vom 15.04.2009 und 24.04.2009 (Anlagenkonvolut K 13) unter Hinweis auf das im vorliegenden Rechtsstreit ergangene Urteil zur Freistellung aufgefordert worden.

Die von dem Beklagten Ziffer 1 behauptete Vertragsaufhebung habe es nicht gegeben. Das Rundschreiben des Beklagten Ziffer 1 vom 18.06.2000 (Anlage BK 5) sei dem Kläger nicht zugegangen. Der Kläger habe bei seinen Recherchen jedoch mehrere Schreiben gefunden, die den Beklagten Ziffer 1 auch nach dem 30.06.2000 noch als Gesellschafter des ING. T... ausgewiesen hätten (Anlagenkonvolut K 15).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die am 11.08.2009 eingegangene Berufung des Beklagten Ziffer 1 ist unzulässig, weil der Beklagte Ziffer 1 sowohl die Berufungs- als auch die Berufungsbegründungsfrist versäumt hat.

1. Die Urteilszustellung am 03.02.2009 an die Rechtsanwälte R. und Kollegen wirkt auch gegen den Beklagten Ziffer 1, weil dieser im ersten Rechtszug durch die Rechtsanwälte R. und Kollegen aufgrund einer von dem Berufshaftpflichtversicherer des ING. T..., der G... Allgemeine Versicherung AG, erteilten Prozessvollmacht, durch die die Rechtsanwälte R. und Kollegen zur gerichtlichen Vertretung auch des Beklagten Ziffer 1 ermächtigt wurden, wirksam vertreten wurde. Mit der Zustellung des Urteils an Rechtsanwälte R. und Kollegen ist daher für den Beklagten Ziffer 1 sowohl der Lauf der Berufungsfrist als auch der Lauf der Berufungsbegründungsfrist in Gang gesetzt worden.

a. Nach § 5 Nr. 7 der sowohl dem Versicherungsvertrag zwischen dem ING. T... und der G... Allgemeine Versicherung AG als auch dem Versicherungsvertrag zwischen dem Beklagten Ziffer 1 und der G... Allgemeine Versicherung AG zugrunde liegenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB), Stand 01/95, gilt der Versicherer als bevollmächtigt, alle zur Beilegung oder Abwehr des Anspruchs ihm zweckmäßig erscheinenden Erklärungen im Namen des Versicherungsnehmers abzugeben. Dem entspricht die gleichlautende Bestimmung in § 5.2 AHB 2008. Aus der Regulierungsvollmacht des Haftpflichtversicherers ergab sich nach in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend vertretener und von dem Senat geteilter Auffassung schon vor Inkrafttreten der AHB 2008 die Befugnis des Versicherers, im Prozess einen Anwalt mit der Wahrnehmung der Interessen des Versicherungsnehmers zu beauftragen (BGHZ 112, 345, 348 zu der fast wortgleichen Regelung in § 10 Abs. 5 AKB; Voit/Knappmann, in: Prölss/Martin, VVG, 27. Aufl., § 5 AHB Rn 28). In § 5.2 Abs. 2 AHB 2008 ist dies nunmehr ausdrücklich klargestellt.

Im vorliegenden Fall hat der Beklagte Ziffer 2 den Rechtsanwälten R. und Kolle-

gen das Mandat zur Prozessführung erteilt. Der für die Rechtsanwaltssozietät handelnde Rechtsanwalt G. hat in dem Rechtsstreit daraufhin mit Schriftsatz vom 26.03.2008 (I 43 f.) die Vertretung der Beklagten Ziffer 1 bis 4 angezeigt und, wie sich aus der Klageerwidlungsschrift vom 05.05.2008 (dort Seite 2; I 61) ergibt, auch die Vertretung des Beklagten Ziffer 1 wahrgenommen. Zwar konnte die von dem Beklagten Ziffer 2 erteilte Prozessvollmacht keine Wirkung für den Beklagten Ziffer 1 entfalten. Wie aus den Schreiben von Rechtsanwalt G. an den Beklagten Ziffer 1 vom 28.07.2009 (Anlage BK 2) und vom 30.07.2009 (Anlage BK 3) hervorgeht, hat Rechtsanwalt G. aber auch mit dem Berufshaftpflichtversicherer des ING. T... und des Beklagten Ziffer 1, der G... Allgemeine Versicherung AG, korrespondiert und diesen von der Klage und der Rechtsverteidigung in Kenntnis gesetzt. Außerdem hat sich Rechtsanwalt G. an den Berufshaftpflichtversicherer mit der Frage gewandt, ob gegen das Urteil des Landgerichts Heidelberg vom 29.01.2009 Berufung eingelegt werden soll. Für den Haftpflichtversicherer war aufgrund der geführten Korrespondenz nicht nur klar, dass sich die von dem Kläger angestrebte Klage auch gegen den Beklagten Ziffer 1 gerichtet hat, er konnte aus dieser Korrespondenz und der von Rechtsanwalt G. verfassten Klageerwidlungsschrift vom 05.05.2008 (I 59 ff.) darüber hinaus ersehen, dass Rechtsanwalt G. in dem Rechtsstreit die Vertretung des Beklagten Ziffer 1 tatsächlich wahrgenommen hat. In der Reaktion des Haftpflichtversicherers, der der Prozessführung von Rechtsanwalt G. und der Vertretung des Beklagten Ziffer 1 durch ihn nicht widersprochen hat, kann daher bereits die stillschweigende Erteilung einer Prozessvollmacht zur Vertretung des Beklagten Ziffer 1 gesehen werden. Eine Prozessvollmacht ist formlos wirksam und kann deshalb auch stillschweigend erteilt werden (Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 80 Rn 5). Abgesehen hiervon hat der Berufshaftpflichtversicherer die vollmachtlose Prozessführung durch Rechtsanwalt G. aber mindestens stillschweigend genehmigt, indem er auf dessen Anfrage ausdrücklich erklärt hat, dass gegen das - auch gegen den Beklagten Ziffer 1 ergangene - Urteil des Landgerichts Heidelberg vom 29.01.2009 keine Berufung eingelegt werden solle. Dass dem Verhalten des Haftpflichtversicherers der rechtsgeschäftliche Erklärungswert der Genehmigung der Prozessführung und der Erteilung einer Prozessvollmacht beizumessen ist, rechtfertigt sich aus der in § 3 II Nr. 3 AHB, Stand 01/95, bzw. nunmehr in § 5.2 Abs. 2 AHB 2008 geregelten Verpflichtung des Versicherers, für den Versicherungsnehmer den Prozess zu führen (vgl. Voit/Knappmann, a.a.O., Rn 10).

- b. Die Wirksamkeit der von dem Berufshaftpflichtversicherer des ING. T... erteilten Prozessvollmacht zur Vertretung des Beklagten Ziffer 1 wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Beklagte Ziffer 1 mit seinem zum 01.07.2000 erfolgten Ausscheiden aus dem ING. T... einen neuen Versicherungsvertrag bei der G... Allgemeine Versicherung AG abgeschlossen hat und dass er mit Abschluss dieses neuen Versicherungsvertrages aus dem zwischen dem ING. T... und der G... Allgemeine Versicherung AG (fort)bestehenden Versicherungsverhältnis ausgeschieden ist.

Von einer Regulierungsvollmacht des Versicherers, die diesen zur Erteilung einer Prozessvollmacht für den Versicherungsnehmer ermächtigt, kann allerdings nur ausgegangen werden, wenn zugunsten des Versicherungsnehmers überhaupt eine Regulierungspflicht besteht. Zwar hält der BGH an seiner früheren Rechtsprechung, wonach die Regulierungsvollmacht nicht weiter reiche als die Regulierungspflicht (BGHZ 101, 276, 284), für den Anwendungsbereich des § 5 Nr. 7 AHB nicht mehr in dieser Allgemeinheit fest und bejaht eine umfassende Regulierungsvollmacht des Versicherers auch bei Einschränkungen der Leistungspflicht, die sich aus der begrenzten Höhe der Deckungssumme oder aus vereinbarten Selbstbehalten des Versicherungsnehmers ergeben (BGHZ 169, 232, 238 Rn 21). Im Schrifttum wird darüber hinaus die Regulierungsvollmacht des Versicherers auch bei Vorliegen der tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Leistungsfreiheit als fortbestehend angesehen, solange der Versicherer nicht unter Berufung auf Leistungsfreiheit den Versicherungsschutz endgültig verweigert (Voit/Knappmann, a.a.O., Rn 20).

Eine Regulierungsvollmacht kommt aber dann nicht in Betracht, wenn für die in Anspruch genommene Person nach den vertraglichen Vereinbarungen von vornherein kein Versicherungsschutz und damit keine Regulierungspflicht des Versicherers bestanden hat. Im vorliegenden Fall geht aus den von dem Beklagten Ziffer 1 als Anlagenkonvolut BK 11 vorgelegten Besonderen Bedingungen der G... Versicherungen für die Berufshaftpflichtversicherung von Architekten und Bauingenieuren (BBR), Stand 01/2000, die sowohl dem fortbestehenden Versicherungsvertrag des ING. T... als auch dem neu abgeschlossenen Versicherungsver-

trag des Beklagten Ziffer 1 zugrunde liegen, nicht ausdrücklich hervor, dass für den Beklagten Ziffer 1 hinsichtlich der mit der Klage verfolgten Ansprüche Versicherungsschutz besteht. Nach den BBR sind grundsätzlich nur Verstöße vom Versicherungsschutz umfasst, die der Versicherungsnehmer oder eine mitversicherte Person während der Dauer des Versicherungsvertrages begangen hat. Darüber hinaus finden sich in den BBR Bestimmungen zum Versicherungsschutz nach Ablauf des Vertrages für während der Vertragsdauer begangene Verstöße (Nachhaftungsversicherung) und zum Versicherungsschutz für Schadensfolgen aus Verstößen, die der Versicherungsnehmer vor Beginn des Versicherungsvertrages begangen hat (Rückwärtsversicherung). Dagegen enthalten die BBR keine ausdrückliche Regelung dazu, ob der von der Berufshaftpflichtversicherung gewährte Schutz auch für einen aus dem Versicherungsverhältnis ausgeschiedenen Versicherungsnehmer besteht, der - wie hier der Beklagte Ziffer 1 - als nach den §§ 128, 160 HGB gesamtschuldnerisch (nach)haftender Gesellschafter einer GbR oder oHG für einen Verstoß in Anspruch genommen wird, den der Versicherungsnehmer nicht selbst begangen hat, sondern den die in der Gesellschaft verbliebenen Gesellschafter nach dem Ausscheiden des Versicherungsnehmers aus dem Versicherungsverhältnis begangen haben. Auch in dem von dem Beklagten Ziffer 1 vorgelegten Versicherungsschein betreffend den von ihm neu abgeschlossenen Versicherungsvertrag (Anlage BK 9) und dem das Versicherungsverhältnis des ING. T... betreffenden schriftlichen Nachtrag der G... Versicherung vom 12.05.2000 (Anlagenkonvolut BK 11) findet sich dazu keine Regelung.

Die ergänzende Auslegung des Vertrages über die Berufshaftpflichtversicherung von Architekten und Ingenieuren nach §§ 133, 157 BGB ergibt indessen, dass die gesellschaftsrechtliche Nachhaftung des Beklagten Ziffer 1 nach den §§ 128, 160 HGB von dem Versicherungsschutz, den die G... Allgemeine Versicherung AG aufgrund des mit dem ING. T... bestehenden Vertragsverhältnisses zu erbringen hat, umfasst ist. Eine ergänzende Vertragsauslegung setzt voraus, dass der Vertrag eine Regelungslücke enthält. Diese ist gegeben, wenn der Vertrag eine Bestimmung vermissen lässt, die erforderlich ist, um den ihm zugrunde liegenden Regelungsplan zu verwirklichen, und wenn ohne die Vervollständigung des Vertrages eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen ist (Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl., § 157 Rn 3 m.w.N.). Auch eine festgestellte Vertragslücke in Allgemeinen Versicherungsbedingungen kann durch ergänzende

Vertragsauslegung geschlossen werden (BGHZ 175, 374, 381 Rn 22). Die ergänzende Auslegung des Versicherungsvertrages dahin, dass das Haftungsrisiko des ausgeschiedenen Gesellschafters mitversichert ist, setzt allerdings voraus, dass der oder die Versicherungsnehmer ein für den Versicherer erkennbares Interesse an der Einbeziehung dieses Risikos haben und die Erstreckung des Deckungsbereichs nicht zu einer Risikoerhöhung für den Versicherer führt. Hier sind diese Voraussetzungen erfüllt.

- aa. Wie bereits ausgeführt, enthält der Versicherungsvertrag des ING. T... keine Regelung zum Versicherungsschutz des nachhaftenden Gesellschafters für Verstöße, die von der Gesellschaft bzw. den in ihr verbliebenen Gesellschaftern in der Zeit nach dessen Ausscheiden begangen wurden. Auch im neu abgeschlossenen Versicherungsvertrag des Beklagten Ziffer 1 findet sich insoweit keine Regelung. Soweit die BBR eine Nachhaftungs- und eine Rückwärtsversicherung vorsehen, knüpfen diese Bestimmungen ausschließlich an Verstöße an, die der Versicherungsnehmer selbst begangen hat.

- bb. In dem Fehlen einer Regelung zum Versicherungsschutz des nachhaftenden Gesellschafters für Verstöße, die nicht er selbst, sondern ein ehemaliger Mitgesellschafter begangen hat, liegt eine planwidrige Unvollkommenheit des Versicherungsvertrages. Die Bestimmungen der BBR zur Nachhaftungs- und Rückwärtsversicherung bringen zum Ausdruck, dass in der Berufshaftpflichtversicherung für Architekten und Ingenieure ein möglichst lückenloser Versicherungsschutz beabsichtigt ist. Ein lückenloser Versicherungsschutz des Architekten und Ingenieurs ist aber nur gewährleistet, wenn dieser durch die Berufshaftpflichtversicherung auch gegen das Risiko einer Inanspruchnahme durch Gläubiger der Gesellschaft für Verstöße, die er nicht selbst begangen hat, für die er aber gleichwohl haften muss, versichert ist oder wenn er sich gegen dieses Risiko wenigstens durch Abschluss einer Zusatzversicherung versichern kann. Die BBR sehen Deckung für diesen Fall aber nicht vor. Soweit ersichtlich, wird auf dem Markt auch keine (Zusatz-)Versicherung gegen dieses spezielle Risiko angeboten. Vor diesem Hintergrund liegt die Annahme fern, dass eine Regelung zum Versicherungsschutz des aus der Gesellschaft und dem mit dieser fortbestehenden Versicherungsverhältnis ausge-

schiedenen Architekten bewusst deswegen unterblieben ist, weil dieses Risiko nach dem Willen der Parteien nicht versichert sein sollte. Eine angemessene und interessengerechte Lösung kann vielmehr nur erzielt werden, wenn die gesellschaftsrechtliche Nachhaftung des ausgeschiedenen Architekten oder Bauingenieurs von dem der Gesellschaft aufgrund des fortbestehenden Vertragsverhältnisses zu gewährenden Versicherungsschutz umfasst ist.

- cc. Eine Ergänzung des Vertragsinhalts, die dem Interesse des Architekten an einer solchen Versicherung Rechnung trägt, steht nicht im Widerspruch zum hypothetischen Parteiwillen des Versicherers. Denn für den Versicherer führt die Erstreckung des Versicherungsschutzes auf den ausgeschiedenen Gesellschafter einer Architektengesellschaft bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht zu einer Erweiterung des Haftungsrisikos, weil der Versicherer die Regulierung ohnehin aufgrund des mit der Gesellschaft bzw. den in der Gesellschaft verbliebenen Architekten fortbestehenden Vertragsverhältnisses schuldet und im Innenverhältnis alles für eine ausschließliche Haftung des verbliebenen Gesellschafters, der den Verstoß begangen hat, spricht. Die vorhandene Lücke ist deshalb durch ergänzende Auslegung des Versicherungsvertrages zu schließen.
- c. Der Wirksamkeit der von dem Berufshaftpflichtversicherer des ING. T... erteilten Prozessvollmacht steht auch nicht entgegen, dass der Versicherer zur Vertretung von im Versicherungsvertrag (nur) mitversicherten Personen nicht ohne weiteres befugt ist. Diese Einschränkung der Regulierungsvollmacht bei mitversicherten Personen hat ihren Grund darin, dass der Mitversicherte im Gegensatz zum Versicherungsnehmer nicht Vertragspartner des Versicherers geworden ist und deshalb sein Wille zur Bevollmächtigung des Versicherers anders als beim Versicherungsnehmer nicht bereits aus dem Abschluss des Versicherungsvertrages hergeleitet werden kann. Der Versicherer ist daher zur Vertretung des Mitversicherten nur dann ermächtigt, wenn sich seine Vollmacht aus besonderen Umständen ergibt (BGH NJW-RR 1990, 343, 344). Diese besonderen Umstände ergeben sich im vorliegenden Fall aber daraus, dass der Beklagte Ziffer 1 bis zu seinem Ausscheiden aus dem ING. T... und dem mit dem ING. T... bestehenden Versicherungsverhältnis selbst Partei des Versicherungsvertrages gewesen ist. Der Beklagte Ziffer 1 hat den Versicherer daher

mit dem Abschluss des Versicherungsvertrages bevollmächtigt. Da die Regulierungsvollmacht grundsätzlich solange andauert, wie die Regulierungspflicht besteht (BGHZ 101, 276, 282), ist sie im vorliegenden Fall auch nicht mit dem Ausscheiden des Beklagten Ziffer 1 aus dem Versicherungsverhältnis erloschen. Hinzu kommt hier, dass der Beklagte Ziffer 1 auch nach seinem Ausscheiden aus dem ING. T... eine Berufshaftpflichtversicherung bei demselben Versicherer genommen hat.

2. Wegen der Versäumung der Berufungsfrist und der Berufungsbegründungsfrist kann dem Beklagten Ziffer 1 keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden. Das vorsorglich gestellte Wiedereinsetzungsgesuch des Beklagten Ziffer 1 ist bereits unzulässig, weil es nicht innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist von zwei Wochen für die Frist zur Einlegung der Berufung und von einem Monat für die Frist zur Berufungsbegründung (§ 234 Abs. 1 ZPO) bei Gericht eingegangen ist. Die Wiedereinsetzungsfrist beginnt nach § 234 Abs. 2 ZPO mit dem Tag, an dem das Hindernis behoben ist. Das Hindernis bestand im vorliegenden Fall darin, dass der Beklagte Ziffer 1 keine Kenntnis von dem verkündeten Urteil hatte. In einem solchen Fall ist das Hindernis behoben, sobald die Partei Kenntnis davon erhält, dass ein Urteil ergangen ist (BGH FamRZ 1997, 997 Rn 13, zitiert nach Juris). Hier ist davon auszugehen, dass der Beklagte Ziffer 1 mit Erhalt des Schreibens der Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 15.04.2009 (Anlage K 13) Kenntnis von dem im vorliegenden Rechtsstreit ergangenen Urteil des Landgerichts Heidelberg vom 29.01.2009 erlangt hat. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hat in dem genannten Schreiben ausdrücklich auf das ergangene Urteil unter Angabe des Aktenzeichens Bezug genommen. Da dem Beklagten Ziffer 1 die Klage am 17.03.2008 durch Übergabe an dessen Ehefrau zugestellt worden war (Zustellungsurkunde, I 31), hatte er bereits Kenntnis von dem gegen ihn geführten Rechtsstreit und damit keinen Grund, die Angaben in dem Schreiben vom 15.04.2009 in Zweifel zu ziehen. Wie sich aus dem Schreiben vom 15.04.2009 und der von dem Kläger vorgelegten Sendebestätigung ergibt, ist das Schreiben vom 15.04.2009 dem Beklagten Ziffer 1 noch an diesem Tag vorab per Telefax übermittelt worden. Der Beklagte Ziffer 1 hat den Zugang des Schreibens vom 15.04.2009 auch nicht bestritten. Somit war die Wiedereinsetzungsfrist des § 234 Abs. 1 ZPO bei Eingang des Wiedereinsetzungsgesuchs am 11.08.2009 bereits abgelaufen.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat seine Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nicht vorliegen.

Vors. Richter am
Oberlandesgericht

Richter am
Oberlandesgericht

Richter am Landgericht