

Keine Freizeichnung von Haftung bei Deckungszusage

Aussichtslose Verfahren bleiben aussichtslos – Erwiderung auf Weinbeer, AnwBl 2020, 26*

Rechtsanwältin Sarah Sroczyński, Berlin**

Anwältinnen und Anwälte erleben es immer häufiger: Obwohl der Rechtsschutzversicherer Deckungszusage erteilt hatte, nimmt er die Kanzlei nach verlorenem Prozess in Regress, weil das Verfahren von Anfang an aussichtslos gewesen sei. Alexander Weinbeer hatte im Januar-Heft des Anwaltsblatts (AnwBl 2020, 26) diese Rechtsprechung kritisiert, weil sie so Anwaltspflichten im Interesse der Rechtsschutzversicherer schaffe. Die Autorin widerspricht: Aussichtslose Verfahren werden durch die Deckungszusage nicht aussichtsreicher. Klarheit könnte demnächst der Bundesgerichtshof schaffen, falls er in einem der Regressfälle die Revision zulässt. Konkrete Tipps, wie Anwältinnen und Anwälte über die Prozessausichten in rechtsschutzversicherten Mandaten belehren können, gibt Philipp Martin im Heft Juli/August (AnwBl 2020, 420).

I. Ausgangspunkt: Zwei Urteile aus Hamburg

Entgegen der bundesweit nahezu einheitlichen obergerichtlichen Rechtsprechung¹ hat jüngst Alexander Weinbeer (AnwBl 2020, 26) dem OLG Jena (AnwBl 2020, 44) folgend für ein Haftungsprivileg zugunsten von Rechtsanwälten und Rechtsanwältinnen plädiert, die zuvor eine Deckungszusage von dem Rechtsschutzversicherer ihres Mandanten erhalten hatten.

Im Fokus stand in diesem Zusammenhang u.a. auch ein Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 27. September 2018 – 1 U 2/18. Dieses weise, so hieß es sinngemäß, Unschärfen bei der Subsumtion des Begriffs der Aussichtslosigkeit auf und gehe fehlerhaft von dem Vorliegen eines Kostenschadens aus. Zu Unrecht, wie nun der 9. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts am 7. Februar 2020 – 9 U 202/19 klargestellt hat, welcher über den Kostenschaden der Berufung desselben Vorprozesses zu befinden hatte. Wegen der besonderen Bedeutung der Angelegenheit für alle rechtsschutzversicherten Mandate sei eine kurze Stellungnahme derjenigen erlaubt, die beide Urteile für den Rechtsschutzversicherer erstritten hat:

1. Unschlüssigkeit aus mehreren Gründen

Das kritisierte Urteil des 1. Senats des OLG Hamburg war nach meiner Auffassung in der Sache richtig. Anders als in dem oben zitierten Beitrag dargestellt, war die Klage im Vorprozess, der beiden Entscheidungen des OLG Hamburg zugrunde lag, nicht nur aus einem Grund, sondern unter mehreren Gesichtspunkten unschlüssig und von vornherein offensichtlich aussichtslos, was in den Urteilsgründen (1 U 2/18) auch ausgeführt ist. Zwar war einer dieser Gründe bei

Klageerhebung wohl noch nicht deutlich erkennbar, weil es hierzu erst später entsprechende Rechtsprechung gab, die Klage musste indessen bereits wegen der anderen Gesichtspunkte – vor allem mangels eines kausalen Schadens – ersichtlich scheitern. In dem dortigen Maklerhaftungsprozess hatte man es insbesondere von Beginn an versäumt, schlüssig darzulegen, dass der vermeintliche Schaden versicherbar gewesen sei und falls ja, zu welchen Prämien.

2. Bedeutung der mündlichen Verhandlung

Nicht zuzustimmen ist *Weinbeer darin*, dass ex post nicht von einer Aussichtslosigkeit der Berufung und sogar der Klage im Vorprozess des OLG Hamburg (a.a.O.) ausgegangen werden könne, weil das Berufungsgericht des Vorprozesses nicht im Beschlusswege nach § 522 Abs. 2 ZPO verfahren sei. Für die Beurteilung dieser Frage kommt es vielmehr auf die ex ante Sicht vor Erhebung der Klage bzw. der Einlegung des Rechtsmittels an, als der Senat bzw. die Kammer noch keine verfahrensleitenden Anordnungen getroffen haben konnten. Im Übrigen verbietet sich ein solcher Rückschluss auch deshalb, weil die (Ermessens-)Entscheidung des Senats gegen eine Zurückweisung der Berufung im Beschlusswege gemäß § 522 Abs. 2 ZPO auch andere Beweggründe haben kann – wie etwa den, dass eine mündliche Verhandlung wegen der (existentiellen) Bedeutung der Sache für die Parteien für geboten erachtet wird (vgl. § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO)².

3. Bedeutung der Deckungszusage

In dem Vorprozess, der den o.g. Urteilen des OLG Hamburg (a.a.O.) zugrunde lag, hatten sowohl die Kanzlei, die in erster Instanz beauftragt war, als auch jene, die den Mandanten in der Berufung vertrat, die anwaltliche Handlungsempfehlung fehlerhaft nicht von der Sach- und Rechtslage abhängig gemacht, sondern alleine von der Deckungszusage des Rechtsschutzversicherers. Anstatt von dem Prozess abzuraten, hatte man dem Mandanten wahrheitswidrig suggeriert, dass es eben doch noch eine Chance gäbe, diesen zu gewinnen und er keinerlei Nachteile habe, weil aufgrund der Deckungszusage kein Kostenrisiko zu befürchten sei. Die im Prozess (OLG Hamburg a.a.O.) streitige Behauptung, dass der Mandant in dem Vorprozess „unbedingt“ klagen wollen, bedurfte keiner Feststellung, weil diese Behauptung nur dann relevant gewesen wäre, wenn er den Prozess trotz Abratens unbedingt hätte führen wollen. Da unstrittig vom Prozess nicht abgeraten worden war, konnte sich der Mandant auch nicht atypisch hierzu verhalten haben.

* Die Autorin hat auf Seiten des Rechtsschutzversicherers die hier mitbesprochenen Urteile des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 27. September 2018 – 1 U 2/18 und vom 7. Februar 2020 – 9 U 202/19 erstritten.

** Die Autorin dankt Rechtsanwalt Lutz Paschen, Berlin für seine Unterstützung beim Verfassen des Beitrags und seine Hinweise zum Thema.

1 OLG Koblenz, Urteil vom 16. Februar 2006 5 U 271/05 und vom 16. Februar 2011 – 1 U 358/10; OLG Bamberg, Urteil vom 20. November 2018 – 6 U 19/18; Hanseatisches OLG, Urteil vom 27. September 2018 – 1 U 2/18 und vom 7. Februar 2020 – 9 U 202/19; OLG Düsseldorf Urteil vom 4. Juli 2016 – I-9 U 102/14; OLG Hamm Urteil vom 23. August 2016 – I-28 U 57/15 und 18. Februar 2016 – I-28 U 73/15; OLG Celle Urteil vom 19. September 2018 – 4 U 104/18; OLG Köln Urteil vom 23. Mai 2019 – 24 U 122/18; OLG Stuttgart, Urteil vom 13. August 2019 – 12 U 48/19; OLG Frankfurt vom 23. August 2019 – 7 U 99/18; OLG Nürnberg, Beschluss vom 14. Januar 2019 – 13 U 916/17; a.A. OLG Jena vom 5. Juli. 2019 4 U 359/18, AnwBl 2020, 44.

2 Vgl. OLG Hamm a.a.O.

4. Kein Mitverschulden des Rechtsschutzversicherers wegen Verletzung einer Prüfpflicht

Abgelehnt hat der 9. Senat des OLG (a.a.O.) auch die Annahme, der Schaden sei im Wege eines Mitverschuldens des Rechtsschutzversicherers zu kürzen. Eine Prüfpflicht [des Rechtsschutzversicherers, Anm. der Autorin] könne sich – wenn überhaupt – nur auf die Voraussetzungen der Einstandspflicht aus dem Rechtsschutzversicherungsvertrag beziehen und daher sei gerade keine vollständige Prüfung der Sach- und Rechtslage in Bezug auf die Erfolgsaussichten der beabsichtigten Rechtsverfolgung erforderlich. Dem ist beizupflichten, denn die Deckungszusage stellt weder eine zusätzliche rechtliche Beratung dar, noch einen Ersatz für die anwaltliche Beratung des vom Versicherungsnehmer beauftragten Rechtsanwalts. Ein etwaiges Mitverschulden des Versicherers kommt nach zutreffender Bewertung der Richter auch deshalb nicht in Betracht, weil eine Fehleinschätzung durch ihn mangels Sonderverbindung zwischen Versicherer und Mandant letzterem auch nicht über § 278 BGB zuzurechnen wäre³. Der Rechtsschutzversicherer ist kein Erfüllungsgehilfe des Mandanten im Verhältnis zu seinem Rechtsanwalt. Dieser leistet nicht im Namen des Mandanten an den Rechtsanwalt oder Dritte, sondern – einen Rechtsgrund vorausgesetzt – vielmehr auf dem Weg über die Freistellung an seinen Versicherungsnehmer.

Die gegenteilige Auffassung, die zur Begründung einer vermeintlichen Prüfpflicht auf § 128 VVG verweist, verkennt, dass die Eintrittspflicht mit den Erfolgsaussichten grundsätzlich nicht korrespondiert.

Mit § 128 VVG ist das Erfordernis der EU-Richtlinie 87/344/EWG des Rates vom 22. Juni 1987 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Rechtsschutzversicherung umgesetzt worden, bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Rechtsschutzversicherer und seinem Versicherten hinsichtlich des Vorgehens zur Beilegung des Streitfalls eine bindende Entscheidung durch einen objektiven und qualifizierten Dritten zu erlangen, und zwar durch ein Gutachterverfahren *oder* ein Stichentscheidungsverfahren (in aller Regel wählt die RSV letztere Variante). Eine Prüfung ist gerade nicht Pflicht⁴, was schon anhand des Wortlauts „Für den Fall, dass...“ deutlich wird. Ein für eine summarische Prüfung anzulegender Maßstab, wonach die Eintrittspflicht wegen fehlender Erfolgsaussicht ausgeschlossen wäre, wenn der Versicherer von seinem Prüfungsrecht Gebrauch macht, ist in § 128 VVG nicht geregelt. Dieser wird vielmehr durch die originäre Aufgabe des Rechtsschutzversicherers gebildet, die in der Prüfung seiner grundsätzlichen Eintrittspflicht und der Freistellung von Kosten besteht – nicht jedoch in der Rechtsberatung.

Keineswegs sind dem Rechtsschutzversicherer die Fähigkeiten und Befugnisse von Rechtsanwälten zu unterstellen, insbesondere da bei den Rechtsschutzversicherern ganz überwiegend (Versicherungs-)Kaufleute und nicht etwa Juristen das Tagesgeschäft in der Leistungsabteilung betreiben. Sofern nicht für jedermann – nicht nur für Rechtskundige – erkennbar fernliegende oder aussichtslose Rechtsverfolgungsziele verfolgt werden, kann dem Rechtsschutzversicherer die Deckungszusage nicht zum Nachteil gereichen. Sie wirkt daher gegenüber dem Versicherungsnehmer zwar wie ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis, allerdings nur unter Berücksichtigung der Einwendungen, die der Versicherer kennt und mit denen er rechnet⁵.

II. Müssen Kanzleien Kostendeckungsanfragen in aussichtslosen Fällen verhindern?

Weinbeer meint weiter, dass auch über die Aussichtslosigkeit belehrte Versicherungsnehmer von der Möglichkeit einer Kostendeckungsanfrage Gebrauch machen könnten, da sie einen Regress des Versicherers nach den Sanktionsmöglichkeiten des VVG nicht zu fürchten hätten. Dies ist indessen nach meiner Überzeugung unzutreffend, weil § 1 ARB 2010 und § 125 VVG die Leistungspflicht des Versicherers auf „erforderliche Leistungen“ beschränken. Erforderlich sind Kosten, aber nur, wenn sie sich auf eine auch objektiv notwendige Interessenwahrnehmung beziehen⁶.

An dieser Voraussetzung fehlt es aber, wenn die Interessenwahrnehmung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat oder mutwillig erscheint. Eine hinreichende Aussicht auf Erfolg liegt schon dann nicht vor, wenn die Gewinnchance nicht mindestens so groß ist, wie das Verlustrisiko⁷. Die Grenze ist also nicht erst bei Arglist oder Betrug zu ziehen, sondern spätestens bei offensichtlicher Aussichtslosigkeit oder Mutwilligkeit. Wenn dem Versicherungsnehmer im Gegensatz zum Rechtsschutzversicherer die Aussichtslosigkeit gewahr ist, kann er sich redlicherweise auch nicht mehr auf die Deckungszusage als deklaratorisches Schuldanerkenntnis berufen⁸. Denn dann ist der Versicherer auch nicht vollständig und wahrheitsgemäß über den Sachverhalt informiert und hat keine Kenntnis von den diesbezüglichen Einwendungen.

Der Rechtsanwalt hat daher im Rahmen seiner Beratung über die Aussichtslosigkeit des Prozesses gerade auch im Interesse des Mandanten bereits von der Deckungsanfrage beim Rechtsschutzversicherer abzuraten⁹. Vor der Obliegenheit des Versicherungsnehmers bezüglich vollständiger Sachverhaltsangaben und der Schadenminderung darf der Rechtsanwalt nicht einfach die Augen verschließen, sondern hat den Mandanten vor den Nachteilen bei Nichteinhaltung der Obliegenheiten zu bewahren, da vermeidbare Kosten, wie die gesetzlich normierte Schadenminderungsobliegenheit in § 82 VVG verdeutlicht, nicht erstattet werden¹⁰. Ein Anwalt, der dies beachtet, handelt somit im Interesse des Versicherungsnehmers und läuft auch nicht etwa Gefahr, seine Berufspflichten zu verletzen.

Der Versicherer kann das deklaratorische Schuldanerkenntnis kondizieren, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass es Gründe für die Leistungsverweigerung gibt¹¹. Dies hat das

3 OLG Koblenz, Urteil v. 16. Februar 2006 zum Az. 5 U 271/05; OLG Koblenz Urteil vom 16. Februar 2011 – 1 U 358/10.

4 OLG Koblenz, Urteil v. 16. Februar 2006 zum Az. 5 U 271/05; OLG Koblenz Urteil vom 16. Februar 2011 – 1 U 358/10; OLG Düsseldorf, Urteil vom 4. Juli 2016 zum Az. 9 U 102/14.

5 BGH Urteil vom 16. Juli 2014 – IV ZR 88/13; OLG Braunschweig, Beschluss vom 4. März 2013 – 3 U 89/12; ; OLG Koblenz, Urteil vom 16. Februar 2011 – 1 U 358/10; KG Berlin, Urteil vom 12. Juli 1996 – 6 U 1977/95.

6 BGH, Urteil vom 4. Mai 2005 – IV ZR 135/04.

7 BGH, Urteil vom 16. September 1987 – IVa ZR 76/86 –, juris; Pröls/Martin, VVG 30. Aufl. 2018 ARB § 1 Rn. 9.

8 Fahrendorf/Mennemeyer, Die Haftung des Rechtsanwalts 9. Aufl. 2017 Rn. 102.

9 OLG Hamm Urteil vom 18. Februar 2016 – I-28 U 73/15, 28 U 73/15; Urteil vom 23. August 2016 – I-28 U 57/15; 28 U 57/15; Fahrendorf/Mennemeyer, Die Haftung des Rechtsanwalts 9. Aufl. 2017 Rn. 592.

10 Harbauer, Rechtsschutzversicherung 9. Aufl. 2018 ARB 2010 § 1 Rn. 45, 46; Pröls/Martin, VVG 30. Aufl. 2018 ARB § 1 Rn. 26.

11 BGH Urteil vom 16. Juli 2014 – IV ZR 88/13; Harbauer, RSV 9. Aufl. 2018 ARB 2010 § 1 Rn. 31.

Thüringer Oberlandesgericht¹² ersichtlich übersehen, als es die undifferenzierte Vermutung aufstellte, dass der Mandant bei Vorliegen einer Deckungszusage „*keinerlei Kostenrisiko mehr tragen*“ würde. Diese unzutreffende Behauptung und die damit verbundene, kaum verhohlene Aufforderung an Versicherungsnehmer, ihren Rechtsschutzversicherer auch dann zur Kostendeckung aufzufordern, wenn sie selbst nach erfolgter Belehrung über die Aussichtslosigkeit nicht mehr von einer realistischen Erfolgchance ausgehen müssen, ist schon vor diesem Hintergrund abzulehnen.

III. Prozessflut bei Legal Tech-Einsatz

Es ist auch sachgerecht, den Versicherer im Interesse der Versichertengemeinschaft an möglichst niedrigen Prämien und im allgemeinen Interesse an einer Eindämmung der Prozessflut nicht allzu gewagte Rechtsstreitigkeiten finanzieren zu lassen¹³. Hier liefert der von *Weinbeer* in Bezug genommene Fall des OLG Jena ein gutes Beispiel. Der dort entschiedene Fall ist nur einer von einer Vielzahl von gleichgelagerten Regressfällen, die derzeit in Jena anhängig sind. Hintergrund ist, dass eine Kanzlei mehrere tausend gleich gelagerte kapitalanlagerechtliche Fälle in Einzelklagen anhängig gemacht hat, die fast ausnahmslos gescheitert sind. Mehrere Rechtsschutzversicherer nehmen diese Kanzlei nun wegen anwaltlicher Beratungspflichtverletzung in Regress, wobei die Erkennbarkeit der Aussichtslosigkeit dort höchst umstritten ist. In der Tat zeigt sich hier ein Dilemma, das bei Massen- und Streuschäden immer deutlicher wird (vor allem, wenn Legal Tech zum Einsatz kommt): Das Vergütungsmodell des RVG – das auch der Rechtsschutzversicherung zugrunde liegt – bildet das Haftungsrisiko und den Arbeitsaufwand in Kanzleien häufig nicht mehr adäquat ab.

IV. Risikoadäquates Handeln

Für die Frage, ob die Kausalität der anwaltlichen Beratungspflichtverletzung aufgrund der Deckungszusage entfällt, ist herauszustellen, dass zwischen nur erhöhten Prozessrisiken und der Aussichtslosigkeit von kostenauslösenden prozessualen Maßnahmen streng zu unterscheiden ist. Die Eingehung eines nur erhöhten Prozessrisikos hat sich der Versicherungsnehmer mit seinen Prämien erkaufte, so dass die Bewertung von Deckungszusagen in dieser Konstellation außer Betracht bleiben kann. Anders ist dies aber bei offensichtlich aussichtslosen oder sogar mutwilligen Prozessen.

Die von *Weinbeer* in Bezug genommenen Ausführungen des Thüringer Oberlandesgerichts sowie des Berliner Kammergerichts¹⁴ erfolgten unter der Prämisse, dass in den zitierten Fällen nach Auffassung der Gerichte noch Erfolgsaussichten bestanden, so dass die Fragen zur Bindungswirkung der Deckungszusage, der Kausalität und des Eingreifens eines Anscheinsbeweises bei Aussichtslosigkeit dort gerade nicht beantwortet werden.

Bei Aussichtslosigkeit sieht auch der rechtsschutzversicherte Mandant vernünftigerweise von der Rechtsverfolgung ab. Die Prozessführung ist kein Selbstzweck. Dem redlichen Mandanten kommt es darauf an, ob er – wenn auch geringe – Erfolgchancen hat. Diese Chancen steigen unter objektiven Gesichtspunkten durch eine Deckungszusage nicht, so dass eine aussichtslose Prozessführung selbst bei Eintrittspflicht des Versicherers keinen Mehrwert für den Mandanten liefert.

Ganz im Gegenteil droht in diesem Falle der Verlust des Versicherungsschutzes durch Kündigung oder die Rückforderung der Versicherungsleistung mangels Eintrittspflicht wegen mutwilliger Herbeiführung des Versicherungsfalles.

Durch die Deckungszusage wird bei Aussichtslosigkeit keine zusätzliche Handlungsalternative geschaffen. Die Erfolgsaussichten richten sich vielmehr nach der Sach- und Rechtslage und nicht danach, ob der Mandant rechtsschutzversichert ist. Die Deckungszusage lässt die Kausalität bei Aussichtslosigkeit mithin nicht entfallen.

V. Rechtsschutz- und Berufshaftpflichtversicherer: Wen trifft es?

Bei Aussichtslosigkeit sind die Handlungsalternativen auf eine einzige reduziert, nämlich die Vermeidung von zwecklosen und vermeidbaren Prozesskosten¹⁵. Es bleibt folglich im Regressprozess beim Anscheinsbeweis, dass der Mandant nach der Vermutung beratungsrechten Verhaltens dem einzig richtigen Rat gefolgt und von der kostenauslösenden Maßnahme abgesehen hätte.

Das vom Rechtsschutzversicherer abgedeckte allgemeine Prozessrisiko umfasst nicht das Risiko einer anwaltlichen Beratungspflichtverletzung. Dieses Risiko hat der Berufshaftpflichtversicherer zu tragen und nicht der Rechtsschutzversicherer. Der Rechtsschutzversicherungsvertrag entfaltet keine Schutzwirkung zu Gunsten des Rechtsanwalts¹⁶, dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass dieser weder vom Deckungsschutz erfasst ist, noch Prämien gezahlt hat.

Vielmehr steht der Rechtsschutzversicherer im Lager des Versicherungsnehmers und nimmt dessen Interessen auch gegenüber dem Rechtsanwalt wahr¹⁷ – zum Beispiel die Abwehr von unberechtigten Gebührenansprüchen.

VI. Schaden

Schließlich verdient – wie der 9. Senat des OLG Hamburg in seiner Entscheidung vom 7. Februar 2020 zutreffend feststellt – vor diesem Hintergrund auch die Ansicht, dass wegen der Freistellung des Mandanten von Prozesskosten kein erstattungsfähiger kausaler Schaden entstanden sei, keine Zustimmung. Selbstverständlich hat der im Zivilprozess unterlegene Mandant eine unfreiwillige Vermögenseinbuße erlitten. Der Schaden besteht in der Belastung mit einer Verbindlichkeit¹⁸, die mit Blick auf die versicherungsvertragliche Schadenminderungsobliegenheit nach lebensnaher Betrachtung auch nicht freiwillig und bewusst vom Mandanten in Kauf genommen wird. Anderenfalls würde der Schädiger privilegiert, obwohl nicht dieser, sondern der Versicherungsnehmer von der Rechtsschutzversicherung profitieren soll.

12 Urteil vom 5. Juli 2019 – 4 U 359/18.

13 *Prölss/Martin*, VVG 30. Aufl. 2018 ARB § 1 Rn. 8.

14 KG Berlin Urteil vom 23. September 2013 – 8 U 173/12

15 BGH-Urteil vom 15. Mai 2014 - IX ZR 267/12; BGH-Urteil vom 30. September 1993 - IX ZR 73/93; BGH-Urteil vom 1. März 2007 - IX ZR 261/03; OLG Düsseldorf, Urteil vom 4. Juli 2016 - I-9 U 102/14; OLG Hamburg a.a.O.

16 OLG Koblenz, Urteil v. 16. Februar 2006 zum Az. 5 U 271/05; OLG Celle Urteil vom 19. September 2018 – 4 U 104/18.

17 i.E. *Harbauer*, RSV 9. Aufl. 2018 § 1 ARB 2010 Rn. 7, 12

18 Vgl. BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 – VI ZR 481/17 Rn. 26 m.w.N.; OLG Düsseldorf 4. Juli 2016 - 9 U 102/14 m.w.N.

Auch der Mandant soll nicht etwa dadurch bereichert werden, dass er die Versicherungsleistung und zusätzlich Schadensersatz vom Schädiger erhält¹⁹. Die Rechtsschutzversicherung ist eine Schadenversicherung, die nach dem Willen des Gesetzgebers nach § 86 VVG einen Ersatz für die Versicherungsleistung erlangen können soll. Wenn der Schaden *durch* die Freistellung entfiel, würde § 86 VVG leer laufen.

Den Einwand, dass der Schaden ohnehin entstanden wäre, hat der 6. Senat des OLG Bamberg²⁰ zu recht als Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens klassifiziert. Im Schadensersatzrecht aber besteht Einigkeit darüber, dass es sich bei der so genannten hypothetischen Kausalität – ebenso wie beim Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens²¹ – nicht um ein Problem der Kausalität, sondern um eine Frage der Schadenszurechnung handelt. Dass der durch das haftungsbezügliche Ereignis real bewirkte Schaden später durch einen anderen Umstand (die Reserveursache) ebenfalls herbeigeführt worden wäre, kann an der Kausalität der realen Ursache nichts ändern.²² Grundsätzlich ist die hypothetische Schadensentstehung, von wenigen Ausnahmefällen abgesehen, zu der die Anwaltshaftung nicht gehört,²³ nach ganz herrschender Meinung unbeachtlich²⁴.

Wenn als einzig richtige Handlungsalternative des Rechtsanwalts zur Vermeidung eines Kostenschadens das Abraten von der prozessualen Maßnahme übrig bleibt und er dieses versäumt hat, ist also im Rahmen der Kausalität danach zu fragen, was geschehen wäre, wenn dem Mandanten richtigerweise abgeraten worden wäre. Das ist nach dem vom Schädiger zu widerlegenden Anscheinsbeweis das Absehen von kostenauslösenden Maßnahmen. In dem vom OLG Bamberg entschiedenen Fall wurde demgegenüber u.a. eingewandt, dass der Schaden ohnehin eingetreten sei, wenn die dort zu beurteilende Klage in unverjährter Zeit erhoben worden wäre. Es ging also um die Behauptung eines rechtmäßigen Alternativ-Verhaltens, das mit der vorgeworfenen Pflichtverletzung nicht in Zusammenhang stand.

Die versäumte Handlung bestand indessen nach zutreffender Ansicht des OLG nicht darin, dass der Anwalt zu spät Klage erhoben hatte, sondern darin, dass er, als es bereits zu spät für eine Verjährungshemmung war, von der kostenauslösenden Maßnahme nicht abgeraten hatte. Daher war der Schaden bereits real eingetreten²⁵ und wurde von einem hypothetischen Verlauf nicht mehr berührt.

VII. Fazit: Aussichtslos bleibt aussichtslos

Nach alledem lässt sich feststellen: Bei völliger Aussichtslosigkeit eines Verfahrens muss der Rechtsanwalt von weiteren kostenauslösenden Maßnahmen abraten – ob der Mandant rechtsschutzversichert ist oder nicht. Wer sich leichtfertig oder sogar wider besseres Wissen auf die Deckungszusage des Rechtsschutzversicherers verlässt, wiegt sich in trügerischer Sicherheit und handelt sich das Risiko ein, später hierfür selber in Regress genommen zu werden.

¹⁹ Pröls/Martin, VVG 30. Aufl. 2018 § 86 Rn.1

²⁰ OLG Bamberg Urteil vom 20. November 2018 – 6 U 19/18.

²¹ BGH, Urteil vom 17. Oktober 2002 - IX ZR 3/01.

²² BGH, Urteil vom 20. Juli 2006 - IX ZR 94/03 Rn. 22; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 12. Juni 2001 – 11 U 151/00; *Grüneberg/Palandt*, BGB 79. Aufl. 2020 vor § 249 Rn. 55, 56.

²³ *Grüneberg/Palandt*, BGB 79. Aufl. 2020 vor § 249 Rn. 57.

²⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 11. Juli 1963 - III ZR 44/62; BGH, Urteil vom 25. November 1992 – VIII ZR 170/91 –, BGHZ 120, 281-290; *Grüneberg/Palandt* BGB 79. Aufl. 2020 vor § 249 Rn. 55, 56.

²⁵ BGH, Urteil vom 13. November 2008 – IX ZR 69/07, Rn. 9; OLG Hamm – Urteil vom 5. März 1981 – 28 U 178/80.



Rechtsanwältin Sarah Sroczynski, Berlin

Die Autorin ist als Rechtsanwältin im Berliner Büro von PASCHEN Rechtsanwälte tätig und betreut Rechtsschutzversicherer bei der Durchsetzung ihrer Regressansprüche.

Leserreaktion an anwaltsblatt@anwaltverein.de