


Anmerkung zu:	OLG Hamburg 9. Zivilsenat, Urteil vom 07.02.2020 - 9 U 202/19
Autor:	Gabriela Johannes, RA'in
Erscheinungsdatum:	12.11.2020
Quelle:	
Normen:	§ 675 BGB, § 128 HGB, § 287 ZPO, § 278 BGB, § 242 BGB ... mehr
Fundstelle:	jurisPR-VersR 11/2020 Anm. 1
Herausgeber:	Prof. Dr. Peter Schimikowski, RA
Zitiervorschlag:	Johannes, jurisPR-VersR 11/2020 Anm. 1

Haftung des Rechtsanwalts wegen unzutreffender Beratung über die Erfolgsaussichten eines Berufungsverfahrens

Orientierungssätze zur Anmerkung

1. Bei der Prüfung der Aussichten eines beabsichtigten Prozesses muss der um eine Beratung ersuchte Rechtsanwalt den ihm vorgetragenen Sachverhalt insbesondere daraufhin überprüfen, ob er geeignet ist, den von dem Auftraggeber erstrebten Erfolg zu begründen. Sofern die Prüfung ergibt, dass die beabsichtigte Klage nahezu sicher oder jedenfalls mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit aussichtslos ist, muss der Rechtsanwalt von sich aus hinreichend deutlich zu dem Grad des Risikos und der Wahrscheinlichkeit des Prozessverlusts Stellung nehmen und auf den damit verbundenen Grad der Gefahr eines Prozessverlusts hinweisen.

2. Der Umstand, dass der Mandant rechtsschutzversichert ist, führt nicht zu einer Verschiebung des Maßstabs für die anwaltliche Pflichtverletzung. Die vertraglichen Pflichten eines Rechtsanwalts gegenüber seinem Mandanten werden nicht dadurch modifiziert oder gar eingeschränkt, dass der Mandant rechtsschutzversichert ist.

3. Dem Rechtsschutzversicherer ist es nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB nicht verwehrt, trotz erteilter Deckungszusage im Falle des Prozessverlusts Schadenersatzansprüche gegen den Rechtsanwalt des Versicherungsnehmers geltend zu machen.

A. Problemstellung

Das OLG Hamburg befasst sich mit einem Anwaltsregress durch einen Rechtsschutzversicherer, welcher den geschuldeten Umfang der anwaltlichen Aufklärungs- und Beratungspflichten im rechtsschutzversicherten Mandat hinsichtlich der Erfolgsaussichten einer beabsichtigten Rechtsverfolgung nach erteilter Deckungszusage zum Gegenstand hat.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die beklagten Rechtsanwälte werden als Gesamtschuldner von der Rechtsschutzversicherung ihrer Mandanten auf Schadenersatz aus den §§ 675, 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG, § 128 HGB analog in Anspruch genommen.

I. Die Rechtsschutzversicherung macht geltend, die Mandanten seien von den beklagten Rechtsanwälten nicht zutreffend über die Erfolgsaussichten der Berufung gegen das Urteil des Landgerichts im Vorprozess aufgeklärt worden. Gegenstand des Vorprozesses war ein Schadensersatzanspruch der Mandanten gegen ein Versicherungsmaklerunternehmen, welches dafür haftbar gemacht werden sollte, dass es seine nach Abschluss des Versicherungsvertrages bestehenden Betreuungspflichten verletzt haben soll. Das Landgericht im Vorprozess hatte die Klage abgewiesen, weil es der Auffassung war, dass eine schadensersatzbegründende Pflichtverletzung des beklagten Versicherungsmaklerunternehmens nicht gegeben sei. Hiergegen legten die Mandanten – vertreten durch die im Regressprozess nunmehr beklagten Rechtsanwälte – Berufung ein. Das OLG Hamburg wies die Berufung – nach erfolgter mündlicher Verhandlung – zurück.

II. In dem von der Rechtsschutzversicherung der Mandanten initiierten Regressprozess wegen behaupteter anwaltlicher Falschberatung hinsichtlich der Erfolgsaussichten der Berufung im Vorprozess hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

Auf die Berufung der Rechtsschutzversicherung hat das OLG Hamburg das klageabweisende Urteil des Erstgerichts abgeändert und die beklagten Rechtsanwälte wegen anwaltlicher Falschberatung zu einer Schadensersatzzahlung in Höhe der Kosten für das Berufungsverfahren im Vorprozess verurteilt.

Die beklagten Rechtsanwälte hätten ihre Mandanten nicht zutreffend über die Erfolgsaussichten der Berufung gegen das im Vorprozess ergangene Urteil des Landgerichts belehrt und damit ihre Pflicht zur umfassenden Beratung ihrer Mandanten verletzt. Bei der Prüfung der Aussichten eines beabsichtigten Prozesses müsse der um eine Beratung ersuchte Rechtsanwalt den ihm vorgetragenen Sachverhalt insbesondere daraufhin überprüfen, ob er geeignet sei, den von dem Auftraggeber erstrebten Erfolg zu begründen. Auf mögliche Bedenken gegen die Erfolgsaussichten einer Klage müsse er den Auftraggeber hinweisen. Sofern die Prüfung ergebe, dass die beabsichtigte Klage nahezu sicher oder jedenfalls mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit aussichtslos ist, müsse der Rechtsanwalt von sich aus hinreichend deutlich zu dem Grad des Risikos und der Wahrscheinlichkeit des Prozessverlusts Stellung nehmen und auf den damit verbundenen Grad der Gefahr eines Prozessverlusts hinweisen. Bei Aussichtslosigkeit der beabsichtigten Rechtsverfolgung sei diese klar herauszustellen; von einer völlig aussichtslosen Rechtsverfolgung sei abzuraten.

Die beklagten Rechtsanwälte hätten das Risiko, im Berufungsverfahren zu unterliegen, zu Unrecht nur als „erheblich“ bezeichnet. Diese Einschätzung werde dem hier konkret vorliegenden Grad der Gefahr eines Unterliegens im Berufungsverfahren nicht gerecht. Vielmehr hätten die Beklagten ihre Mandanten mit der gebotenen Deutlichkeit darauf hinweisen müssen, dass das Berufungsverfahren im Vorprozess keine Aussicht auf Erfolg habe.

Ferner sei unstreitig keine Aufklärung der Mandanten über das Risiko erfolgt, im Berufungsverfahren wegen des Fehlens schlüssigen Vortrags zur Höhe des geltend gemachten Schadens zu unterliegen. Auch der Hinweis auf eine mögliche Zurückweisung neuen Vortrags wegen Verspätung sei nicht hinreichend konkret auf den behaupteten Schaden zugeschnitten gewesen.

Der Umstand, dass die Mandanten bei der Klägerin rechtsschutzversichert gewesen seien, führe nicht zu einer Verschiebung des Maßstabs für die anwaltliche Pflichtverletzung. Die vertraglichen Pflichten eines Rechtsanwalts gegenüber seinem Mandanten würden nicht dadurch modifiziert oder gar eingeschränkt, dass der Mandant rechtsschutzversichert sei.

Hinsichtlich der nach § 287 ZPO von dem Mandanten zu beweisenden haftungsausfüllenden Kausalität sei nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises zu dessen Gunsten zu vermuten, dass dieser bei pflichtgemäßer Beratung den Hinweisen des Rechtsanwalts gefolgt wäre, sofern im Falle sachgerechter Aufklärung aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig

eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahegelegen hätte. Für die Fälle rechtsschutzversicherter Mandanten sei jedoch in der Rechtsprechung anerkannt, dass nach der Erteilung einer Deckungszusage kein Anscheinsbeweis für beratungsgerechtes Verhalten des Mandanten eingreife, wenn zumindest geringe Erfolgsaussichten bestünden. Denn auch ein vernünftig handelnder Mandant würde bei Vorliegen einer Deckungszusage seiner Rechtsschutzversicherung das Wagnis einer nur gering oder wenig Erfolg versprechenden Prozessführung eingehen. Dies gelte allerdings nicht, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung aussichtslos sei. Vielmehr bestehe dann ein Anscheinsbeweis dafür, dass der Mandant den Anspruch nicht verfolgt hätte, wenn der Rechtsanwalt ihm pflichtgemäß davon abgeraten hätte. Denn wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine Aussicht auf Erfolg habe, liege mangels Wahrnehmung berechtigter Interessen keine erforderliche Leistung des Rechtsschutzversicherers i.S.v. § 125 VVG vor, so dass kein Anspruch auf Rechtsschutz bestehe.

Ob die klagende Rechtsschutzversicherung vor Erteilung einer Deckungszusage eine Pflicht zur sorgfältigen Prüfung der Sach- und Rechtslage getroffen und diese vorliegend bei Erteilung der Deckungszusage gegen diese Pflicht verstoßen habe, könne dahinstehen. Denn jedenfalls müssten sich die Mandanten ein entsprechendes Mitverschulden nicht gemäß den §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 BGB zurechnen lassen, da die klagende Rechtsschutzversicherung nicht als Erfüllungsgehilfin der Mandanten im Pflichtenkreis des mit den beklagten Rechtsanwälten geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrages tätig geworden sei.

Auch sei es der klagenden Rechtsschutzversicherung nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB nicht verwehrt, trotz ihrer ursprünglichen Deckungszusage und des etwaigen Einverständnisses Schadensersatzansprüche gegen die Beklagten geltend zu machen.

C. Kontext der Entscheidung

Das OLG Hamburg bejaht zu Unrecht einen Regressanspruch der klägerischen Rechtsschutzversicherung gegenüber den beklagten Rechtsanwälten wegen behaupteter Falschberatung der Versicherungsnehmer hinsichtlich der Erfolgsaussichten der Berufung im Vorprozess.

I. Das Urteil des OLG Hamburg vermag bereits deshalb nicht zu überzeugen, da es sich nicht mit sämtlichen Voraussetzungen der *cessio legis* nach § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG dezidiert auseinandersetzt. So befasst sich der Senat in seiner Urteilsbegründung an keiner Stelle mit der durchaus wichtigen Frage, ob es sich vorliegend bei den beklagten Rechtsanwälten im Verhältnis zu den Mandanten bzw. Versicherungsnehmer überhaupt um „Dritte“ i.S.d. § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG handelt und damit tatbestandlich ein gesetzlicher Übergang etwaiger Ersatzansprüche auf den Rechtsschutzversicherer überhaupt möglich ist. Diese Rechtsfrage ist höchst strittig und bislang vom BGH nicht entschieden. „Dritter“ i.S.d. § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG ist grundsätzlich jeder, der nicht aus demselben Versicherungsvertrag berechtigt ist, aus welchem der Regressanspruch herührt (vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 26.11.2018 - 11 W 22/18; Muschner in: HK-VVG, 4. Aufl. 2020, § 86 Rn. 14). „Dritter“ ist mithin jeder, der nicht Versicherungsnehmer oder Versicherter ist, wobei insoweit maßgeblich ist, ob und inwieweit das Interesse des „Nicht-Dritten“ durch die Versicherung geschützt ist; dies ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln (vgl. BGH, Urt. v. 05.03.2008 - IV ZR 89/07 - VersR 2008, 634; BGH, Urt. v. 30.04.1959 - II ZR 126/57 - NJW 1959, 1221; OLG Hamm, Beschl. v. 09.11.2011 - I-20 U 191/11). Die Auslegung des Rechtsschutzvertragsverhältnisses anhand der ARB-Klauseln legt erkennbar nahe, dass der Rechtsanwalt in das Rechtsschutzverhältnis gewissermaßen mit eingebunden ist. So wird der Rechtsanwalt laut Nr. 4.1.6 ARB 12 sogar ausdrücklich (als Repräsentant) mit dem Versicherungsnehmer verknüpft. Der Rechtsanwalt steht im Rechtsschutzversicherungsverhältnis somit im Verbund mit dem Versicherungsnehmer und wird durch die Obliegenheitsklauseln der gängigen ARB sogar fest dem Versicherungsnehmer zugeordnet. (Cornelius-Winkler, RuS 2020, 431, 433) sieht jedenfalls eine Sonderverbin-

dung des Rechtsanwalts zum Rechtsschutzversicherungsverhältnis, zumal der Rechtsanwalt laut den gängigen ARB hier auch als Stichentscheidsperson integriert ist.

Armbrüster (in: Prölss/Martin, VVG, 30. Aufl. 2018, § 86 Rn. 23) deklariert den Repräsentanten des Versicherungsnehmers dann als „Dritten“ i.S.v. § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG, wenn nicht dessen Sachersatzinteresse geschützt sei. Der Repräsentant des Versicherungsnehmers wäre demnach jedenfalls dann „Nicht-Dritter“, wenn sein Interesse durch die Versicherung mitgeschützt ist. Gerade in der Rechtsschutzversicherung dient der Kostenschutz (§ 125 VVG) auch der Deckung der anwaltlichen Vergütung. Auch Lorenz (VersR 2000, 2) sieht den Repräsentanten grundsätzlich als „Nicht-Dritten“ an, da er „Alter Ego“ des Versicherungsnehmers sei.

Zu klären ist daher noch, ob der Rechtsanwalt des Rechtsschutz-Versicherungsnehmers dessen Repräsentant ist (vgl. hierzu Lehmann, RuS 2019, 361, 367 m.w.N.). Das OLG Düsseldorf (Beschl. v. 10.12.2019 - 4 W 38/19, unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 14.03.2007 - IV ZR 102/03 - RuS 2007, 273 und BGH, Urt. v. 10.07.1996 - IV ZR 287/95 - VersR 1996, 1229) entschied jüngst, dass der Rechtsanwalt des Rechtsschutz-Versicherungsnehmers als dessen Vertragsverwalter und damit Repräsentant anzusehen sei, wenn er mit der umfassenden Betreuung des Vertragsverhältnisses im Verhältnis zum Versicherer betraut werde, ihm mithin in Bezug auf das Mandat die Verwaltung des Versicherungsvertrages überlassen worden sei (vgl. hierzu die kritische Anm. v. Schimikowski, RuS 2020, 335; a.A. auch Cornelius-Winkler, RuS 2020, 545, 550). In der anwaltlichen Praxis dürfte in den weit überwiegenden Mandatsbeziehungen die mandatsbezogene Abwicklung und Verwaltung des Rechtsschutzversicherungsvertrages vollständig dem Rechtsanwalt überlassen sein, so dass nach OLG Düsseldorf der Rechtsanwalt in den meisten Fällen als Repräsentant des Rechtsschutz-Versicherungsnehmers anzusehen ist.

Herdter (in: Looschelders/Paffenholz, ARB, 2014, § 17 Rn. 154) vertritt die Auffassung, dass der Rechtsschutzversicherer im Wege des Forderungsübergangs stets gegen den Rechtsanwalt vorgehen könne, was impliziert, dass er den Rechtsanwalt als „Dritten“ qualifiziert.

Letztlich sprechen gute Argumente dafür, im Rahmen des Dreiecksverhältnisses „Rechtsschutzversicherer - Versicherungsnehmer - Rechtsanwalt“, den Rechtsanwalt als Repräsentanten des Rechtsschutz-Versicherungsnehmers und „Nicht-Dritten“ i.S.v. § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG anzusehen (vgl. hierzu auch Graf/Johannes, VersR 2020, 871, 876 f.). Möchte sich daher der Rechtsschutzversicherer im Falle eines Prozessverlusts seines Versicherungsnehmers schadlos halten, muss er sich – so auch die Verfechter der Bereicherungsrechtslösung – hinsichtlich der Rückzahlung der erbrachten Versicherungsleistung bzw. der Geltendmachung eines etwaigen Schadensersatzanspruches direkt an den Versicherungsnehmer bzw. seinen Vertragspartner wenden; der Versicherungsnehmer wiederum kann sodann seinen Vertragspartner, den Rechtsanwalt, ggf. regressieren (zur Wirkung des Dreiecksverhältnisses und zur Bereicherungsrechtslösung vgl. Graf/Johannes, VersR 2020, 871, 873 ff. m.w.N.).

II. Weiterhin ist zu sehen, dass Schadensersatzansprüche über § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG nur dann übergangsfähig sind, soweit sie zur Versicherungsleistung kongruent sind, d.h. einen Schaden betreffen, der einer Beeinträchtigung des versicherten Risikos gleichsteht; nur soweit der Ersatzanspruch und der versicherungsrechtliche Deckungsanspruch kongruent, also auf den Ersatz des gleichen Schadens gerichtet sind, kann ein Forderungsübergang stattfinden (LG München I, Beschl. v. 27.01.2020 - 31 T 18460/19 m.w.N.; Schneider in: Harbauer, Rechtsschutzversicherung: ARB, 9. Aufl. 2018, ARB 2010, Teil C § 17 Rn. 169). Insoweit dürfte vorliegend ein etwaiger Regressanspruch des Rechtsschutzversicherers gegen den Rechtsanwalt des Versicherungsnehmers auch daran scheitern, dass dieser zur Versicherungsleistung nicht ohne weiteres kongruent ist, denn der Rechtsschutzversicherer will einen Anspruch auf Schadensersatz aufgrund anwaltlicher Pflichtverletzung geltend machen (§§ 280, 249 BGB), welcher schon begrifflich nicht mit dem An-

spruch auf Kostenschutz i.S.d. § 125 VVG kongruent sein kann (a.A. Dallwig, RuS 2020, 181, 183 f. m.w.N.; vgl. hierzu auch Graf/Johannes, VersR 2020, 871, 879 ff.).

Jedenfalls fehlt es beim üblichen bedingten Anwaltsauftrag grundsätzlich am Schaden. Denn der rechtsschutzversicherte Mandant (und Versicherungsnehmer) erteilt dem Rechtsanwalt den Mandatsauftrag üblicherweise unter der Bedingung der Kostenschutzzusage des Rechtsschutzversicherers. In solchen Fällen einer bedingten Beauftragung wird der Versicherungsnehmer im Moment des Bedingungseintritts zwar formal zum Kostenschuldner, dem steht jedoch innerhalb der gleichen juristischen Sekunde der Befreiungsanspruch gegen den Rechtsschutzversicherer gegenüber, so dass die Vermögensbilanz sozusagen von Anfang an ausgeglichen ist, bzw. es zu keinem Zeitpunkt zu einem Schaden gekommen ist, mithin § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG tatbestandlich ausscheidet (Cornelius-Winkler, RuS 2020, 431, 432).

III. Das OLG Hamburg hat zudem verkannt, dass bei solchen Regressansprüchen der Rechtsschutzversicherer bei zuvor erteilter Deckungszusage stets der Treuwidrigkeitseinwand erheblich sein kann, denn der Versicherer schafft mit seiner Zusage einen Vertrauenstatbestand, auch gegenüber dem Rechtsanwalt.

Die Frage, wie sich eine vom Rechtsschutzversicherer erteilte Deckungszusage auf einen späteren Anwaltsregress auswirkt, ist heftig umstritten (vgl. hierzu Dallwig, RuS 2020, 181 m.w.N.; Cornelius-Winkler, RuS 2020, 431 m.w.N.). Die besseren Argumente dürften dafür sprechen, im Falle einer erteilten Deckungszusage einen Regressverzicht des Rechtsschutzversicherers anzunehmen (vgl. AG Köln, Urt. v. 04.06.2018 - 142 C 59/18); jedenfalls dürfte ein Anwaltsregress insoweit widersprüchlich und damit treuwidrig sein (vgl. OLG Celle, Beschl. v. 05.07.2010 - 3 U 83/10; a.A. nunmehr OLG Celle, Beschl. v. 19.09.2018 - 4 U 104/18).

1. Zum einen spricht bereits die Natur der Deckungszusage für einen solchen Treuwidrigkeitseinwand. Eine Deckungszusage des Rechtsschutzversicherers stellt ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis dar, welches spätere Einwendungen und Einreden des Rechtsschutzversicherers ausschließt, die ihm bei Abgabe der Deckungszusage bekannt waren oder die er zumindest für möglich gehalten hat bzw. aufgrund des ihm bekannten Sachverhalts hätte erkennen müssen (vgl. OLG Köln, Urt. v. 08.11.2016 - 9 U 38/16 - RuS 2017, 472; OLG Saarbrücken, Urt. v. 16.11.2005 - 5 U 1/05 - RuS 2006, 151; Schneider in: Harbauer, Rechtsschutzversicherung: ARB, § 17 Rn. 17; Münkel in: HK-VVG, 4. Aufl. 2020, ARB 2010 § 17 Rn. 24; Armbrüster in: Prölss/Martin, VVG, ARB 2010 § 17 Rn. 10a). Denklogisch darf sich dann derjenige Rechtsschutzversicherer, der (womöglich zwecks Meidung von Prüf-/Personal- und Kostenaufwand) unter Missachtung seiner aus § 128 VVG sowie den ARB zu entnehmenden Pflicht zur sorgfältigen Prüfung der Sach- und Rechtslage leichtfertig (unzureichend geprüft bzw. ungeprüft) Deckungszusagen erteilt, nicht dadurch schadlos halten, indem er im Falle des Prozessverlusts den Rechtsanwalt seines Versicherungsnehmers in Regress nimmt und sich hierdurch die gezahlten Versicherungsleistungen „zurückholt“. Entscheidend ist, dass auch ein Rechtsschutzversicherer zu einer sorgfältigen Prüfung der Sach- und Rechtslage verpflichtet ist, bevor er eine Deckungszusage erteilt; kommt er dieser Prüfungspflicht nicht oder nur unzureichend nach, ist er an seine Deckungszusage gebunden (vgl. OLG Jena, Urt. v. 05.07.2019 - 4 U 359/18 m.w.N.).

2. Zum anderen spricht auch die Sonderverbindung zum Rechtsanwalt des Rechtsschutz-Versicherungsnehmers für einen solchen Treuwidrigkeitseinwand. Der durch die Erteilung einer Deckungszusage geschaffene Vertrauenstatbestand im Sinne eines „venire contra factum proprium“ – insbesondere hinsichtlich der Einschätzung der Erfolgsaussichten – wirkt dabei auch zugunsten des Rechtsanwalts (vgl. OLG Celle, Urt. v. 05.07.2010 - 3 U 83/10). Es kann der Rechtsschutzversicherer nämlich das Entstehen eines Schadens durch den Einwand fehlender Erfolgsaussichten und/oder Mutwilligkeit vollständig verhindern (vgl. § 128 VVG), denn im Vorfeld stehen ihm meh-

rere Einwendungsmöglichkeiten zur Verfügung, er ist gerade nicht schutzlos (vgl. Cornelius-Winkler, RuS 2020, 431, 432). Insoweit bejaht Cornelius-Winkler zutreffend das Bestehen einer Sonderverbindung zwischen Rechtsanwalt und Rechtsschutzversicherung, im Rahmen derer der Treuwidrigkeitseinwand entgegengesetzt werden kann. Eine explizite höchstrichterliche Leitentscheidung zum Bestehen oder Nichtbestehen einer solchen Sonderverbindung zwischen Rechtsanwalt und Rechtsschutzversicherung existiert bislang zwar nicht. Ausreichend dürfte indes insoweit bereits jeder „qualifizierte soziale Kontakt“ zwischen den Parteien sein (vgl. Grüneberg in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 242 Rn. 5). Letztlich muss sich auch der Rechtsanwalt mit der Deckungszusage darauf verlassen können, dass der Rechtsschutzversicherer seines Mandanten seine Einschätzung der Rechtslage und der gebotenen Antragsstellung teilt bzw. keine Regressansprüche geltend macht, wenn sich die Einschätzung des Rechtsanwalts nicht bestätigt (Cornelius-Winkler, RuS 2020, 431, 432).

IV. Auch ist die Entscheidung des OLG Hamburg deshalb angreifbar, da die Anforderungen an die anwaltlichen Aufklärungs- und Beratungspflichten gegenüber rechtsschutzversicherten Mandanten überspannt werden (vgl. hierzu Weinbeer, AnwBl 2020, 26).

Unstreitig haben die beklagten Rechtsanwälte im Fall des OLG Hamburg das Unterliegensrisiko in ihrer Rechtsberatung gegenüber ihren Mandanten ausdrücklich als „erheblich“ eingestuft. Mit Blick darauf, dass ihnen im Vorprozess die Rechtsverfolgung im Wege der Berufung nicht als offensichtlich aussichtslos erschien, was (ex post) insbesondere dadurch bestätigt wird, dass das OLG Hamburg im Vorprozess gerade nicht von der Möglichkeit des § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO Gebrauch gemacht, sondern mündlich verhandelt und die Klägerpartei ausführlich befragt hat, ist eine anwaltliche Sorgfaltspflichtverletzung insoweit nicht erkennbar. Denn es darf der rechtsschutzversicherte Versicherungsnehmer auch „erheblich“ risikobehaftete Prozesse führen, da er so agieren darf, wie ein nicht rechtsschutzversicherter Rechtssuchender, der auf Kostenüberlegungen keine (!) Rücksicht nehmen muss bzw. bei dem finanzielle Überlegungen keine (!) Rolle spielen (vgl. OLG Jena, Urt. v. 31.01.2020 - 9 U 845/18; OLG Hamm, Urt. v. 31.10.2018 - 20 U 35/18; OLG Stuttgart, Urt. v. 14.07.2016 - 7 U 60/16 - VersR 2016, 1439).

Doukoff sieht in Berufungssachen eine abgemilderte Beratungspflicht des Rechtsanwalts immer dann, wenn der Mandant rechtsschutzversichert ist und eine Deckungszusage vorliegt, zudem stellt Doukoff klar, dass die anwaltliche Beratung anlässlich der Rechtsdurchsetzung in zweiter Instanz gerade auch alle Erfolgchancen beinhalten muss und (im Umkehrschluss) ein Abraten zur Haftungsfalle für den Rechtsanwalt werden kann, zumal eine solche „Abrateberatung“ laut BGH gerade nicht nachdrücklich erfolgen müsse (Doukoff, Zivilrechtliche Berufung, 6. Aufl. 2018, § 10 Rn. 875 f. und 878 m.w.N.).

Das OLG Hamburg verkennt, dass im Regressprozess die klägerische Rechtsschutzversicherung die volle Beweislast für eine schuldhaftige Beratungspflichtverletzung innehat, sie muss darlegen und (zweifelsfrei i.S.d. § 286 ZPO) beweisen, dass aus Sicht des beratenden Anwalts vor Einlegung der Berufung im Vorprozess keinerlei hinreichende Erfolgsaussichten i.S.d. § 128 VVG, § 114 ZPO vorliegen konnten und für den Anwalt eine absolute Aussichtslosigkeit der Rechtsdurchsetzung in zweiter Instanz offensichtlich gewesen ist. Denn das Vorliegen hinreichender Erfolgsaussichten ist (anders als im PKH-Verfahren) keine Anspruchsvoraussetzung, sondern stellt umgekehrt eine Einwendung des Versicherers i.S.d. § 128 VVG dar (vgl. Cornelius-Winkler, RuS 2020, 431, 433). Dies führt im Regressprozess dazu, dass bereits (ex ante vorliegende) plausible Anhaltspunkte für einen möglichen Erfolg (der beabsichtigten Rechtsdurchsetzung) den Regressanspruch des Rechtsschutzversicherers zu Fall bringen. Im konkreten Fall des OLG Hamburg ist zusätzlich relevant, dass im Vorprozess das Berufungsgericht die Parteien im Termin sogar beweisrechtlich angehört hat, so dass (auch ex post betrachtet) durchaus Anhaltspunkte für ein mögli-

ches Obsiegen in zweiter Instanz vorgelegen hatten, so dass der Senat durchaus Zweifel an der absoluten Aussichtslosigkeit der Rechtsdurchsetzung hätte haben müssen.

Aber selbst im Falle des Vorliegens einer objektiven Pflichtwidrigkeit hätte vom Senat noch das Verschulden der nunmehr beklagten Anwälte geprüft und bezweifelt werden müssen, weil die Rechtsmeinung des Berufungsgerichts letztlich nur durch eine tatsächliche Berufung in Erfahrung gebracht werden kann (Cornelius-Winkler, RuS 2020, 431, 432, mit Verweis auf LG Berlin, Urt. v. 29.12.2015 - 2 O 298/15). Cornelius-Winkler stellt zutreffend klar, dass auch die Existenz einer „h.M.“ bei einer gut begründeten Klage (bzw. Berufung) hinreichende Erfolgsaussichten nicht ausschließe, und es gerade für die Rechtsschutzversicherung nicht selten sei, dass der BGH anhand seiner Auslegungskriterien auch gegen eine Jahrzehnte alte Rechtsprechung entscheide. Vieles von dem, was der BGH und die Oberlandesgerichte (oft eher unerwartet und überraschend) an Weiterentwicklung der Rechtsprechung erarbeitet hätten, habe seine wesentliche Ursache darin, dass Rechtsanwälte Standpunkte durchgekämpft hätten, die vor der von ihnen erstrittenen Grundsatzentscheidung objektiv als eher weniger erfolgversprechend angesehen werden mussten (Cornelius-Winkler, RuS 2020, 431, 432, mit Verweis auf LG Berlin, Urt. v. 29.12.2015 - 2 O 298/15); als aktuelles Beispiel sei die unerwartete und „bahnbrechende“ Entscheidung des BGH zur Zulässigkeit von ärztlichen Aufklärungsfehlern im selbstständigen Beweisverfahren genannt (vgl. auf der Heiden, NJW 2020, 2276; Graf/Johannes/Schwuchow, VersR 2020, 1355).

Zudem muss gesehen werden, dass jeder rechtsschutzversicherte Mandant von seinem Rechtsanwalt erwarten darf, dass dieser ihn – sofern eine Deckungszusage vorliegt – auch in sehr schwierigen Tat- und Rechtsfragen vertritt, anstatt hiervoor aus Angst vor Regressen des Rechtsschutzversicherers zurückzuschrecken; der Rechtsanwalt ist letztlich verpflichtet, auch „mutig“ neue Wege für seinen rechtsschutzversicherten Mandanten zu gehen, was freilich ein erhebliches Risiko in sich bergen kann (§ 241 Abs. 2 BGB).

V. Schließlich sei hingewiesen auf BGH, Urt. v. 09.07.2020 - IX ZR 289/19, juris, wonach nur bei ausreichendem Näheverhältnis des Dritten zur Hauptleistung ein Rechtsberatungsvertrag eine Schutzwirkung für Dritte entfaltet (so auch BGH, Urt. v. 23.07.2019 - VI ZR 307/18). Übertragen auf die Konstellation „Rechtsschutzversicherer - Versicherungsnehmer/Mandant - Rechtsanwalt“ bedeutet dies, dass der Rechtsanwalt keine Schutzpflichten gegenüber dem Rechtsschutzversicherer hat und nur den wirtschaftlichen Interessen seines Mandanten verpflichtet ist; nur danach hat sich dessen anwaltliche Beratung – welche beim rechtsschutzversicherten Mandanten freilich anders ausfallen darf als beim nicht rechtsschutzversicherten Mandanten – auszurichten.

VI. Selbst wenn man hier den Tatbestand der *cessio legis* nach § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG (Dritter?, Kongruenz?, Schaden?) als erfüllt ansehen und zudem dem Rechtsanwalt eine anwaltliche Beratungspflichtverletzung sowie ein Verschulden und auch die haftungsbegründende *Causa* anlasten sowie den Treuwidrigkeitseinwand abschneiden will, dann müsste – so zutreffend Cornelius-Winkler – jedenfalls das Mitverschulden des Rechtsschutzversicherers erheblich anspruchskürzend auf den Plan treten, weil der Rechtsschutzversicherer „sehenden Auges“ zuvor die Deckungszusage erteilt und somit die (angeblich aussichtslose) Rechtsverfolgung zuvor ausdrücklich gebilligt hat. Richtigerweise stellt Cornelius-Winkler insoweit klar, dass dies mit der Frage, ob der Versicherer vertraglicher Erfüllungsgehilfe des Versicherungsnehmers sei, nichts zu tun habe, weil es um eine Verletzung von Treu und Glauben und um § 254 Abs. 2 BGB in der Sonderverbindung Rechtsanwalt/Versicherer gehe (Cornelius-Winkler, RuS 2020, 431, 433).

D. Auswirkungen für die Praxis

Festzustellen ist, dass die Rechtsschutzversicherer zunehmend systematisch versuchen, trotz zuvor unterlassener bzw. unzureichender Prüfung des Rechtsschutzfalls (§ 128 VVG) und daraufhin erteilter Deckungszusage (mit Wirkung eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses, vgl.

BGH, Urt. v. 16.07.2014 - IV ZR 88/13 - NJW 2014, 3030) ihr Risiko nach einem Prozessverlust auf die Berufshaftpflichtversicherer der Anwälte abzuwälzen. Damit entledigen sie sich im Nachhinein ihres vertraglichen Leistungsversprechens, indem sie Anwälte wegen angefallener Rechtsverfolgungskosten (später) mit einer Schadensersatzklage überziehen (vgl. hierzu Weinbeer, AnwBl 2020, 26). Dieses Schicksal kann in Zukunft vor allem die Rechtsanwälte, die in zweiter und dritter Instanz für ihre Mandanten „kämpfen“, treffen. Diese Anwälte haben daher durchaus zu befürchten, über die Legalzession des § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG künftig häufiger mit Regressklagen der Rechtsschutzversicherer ihrer Mandanten konfrontiert zu werden.

Wenn man bedenkt, dass (a) weniger als 7% der eingelegten Nichtzulassungsbeschwerden überhaupt zur Revisionszulassung durch den BGH führen (vgl. Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des BGH im Jahr 2019 unter https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Service/Statistik/statistik_node.html, abgerufen am 04.11.2020) und (b) davon wiederum nur ein kleiner Teil in der Revision erfolgreich sein werden, dann wird klar, dass die Erfolgswahrscheinlichkeit dieses Rechtsmittels per se eher „gering“ ist. Würde man dem OLG Hamburg folgen, so müsste der BGH-Anwalt auch den rechtsschutzversicherten Mandanten grundsätzlich davon abraten, in die dritte Instanz zu gehen, da er andernfalls stets zu befürchten hätte, von den Rechtsschutzversicherern seiner Mandanten regelmäßig regressiert zu werden.

Dass dieses (fast schon absurde) Ergebnis den allgemeinen Justizgewährungsanspruch (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip) und damit (im Ergebnis) Grundrechte beschneidet, dürfte auf der Hand liegen. Es wäre jedenfalls fatal, wenn Anwälte künftig aus Angst vor einem späteren Regress durch die Rechtsschutzversicherer ihrer Mandanten grundsätzlich davon Abstand nehmen würden, risikobehaftete Prozesse (vor allem in zweiter und dritter Instanz) zu führen und Grundsatzentscheidungen zu erstreiten. Denn dann stellt sich auch die Frage, wie es künftig zu einer Weiterentwicklung der höchstrichterlichen und obergerichtlichen Rechtsprechung kommen soll (Cornelius-Winkler, RuS 2020, 431, 432, mit Verweis auf LG Berlin, Urt. v. 29.12.2015 - 2 O 298/15).

Fakt ist, der Rechtsschutzversicherer ist ein sog. Risikoversicherer, das Schwergewicht seiner Versicherungsleistung liegt mithin in der Übernahme des Kostenrisikos, das die Erledigung der Rechtsangelegenheit des Versicherungsnehmers in sich birgt. Er hat demnach nicht nur Versicherungsbeiträge von den Kunden zu vereinnahmen, sondern auch das volle Kostenrisiko von solchen Rechtsstreitigkeiten zu tragen (vgl. Graf/Johannes, VersR 2020, 871, 890).