

Graf, Michael/Johannes, Gabriela: Übergang des Anspruchs auf Auskehrung der vom Rechtsschutzversicherer gezahlten (unverbrauchten) Gerichtskosten nach § 86 VVG (Anmerkung von Michael Graf und Gabriela Johannes)	Vers R 2021 1372'
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------

Übergang des Anspruchs auf Auskehrung der vom Rechtsschutzversicherer gezahlten (unverbrauchten) Gerichtskosten nach § 86 VVG (Anmerkung von Michael Graf und Gabriela Johannes)

VVG §§ 86 Abs. 1, 125; BGB §§ 667, 675 Abs. 1; GKG § 6

1. Hat der Rechtsschutzversicherer Gerichtskosten gezahlt und erstattet die Gerichtskasse unverbrauchte Gerichtskosten an den Rechtsanwalt, geht der Anspruch des rechtsschutzversicherten Mandanten gegen seinen Rechtsanwalt, alles herauszugeben, was er aus der anwaltlichen Geschäftsbesorgung erlangt, insoweit auf den Rechtsschutzversicherer über.

2. Für Erstattungsansprüche aufgrund überzahlter Gerichtskosten besteht in der Rechtsschutzversicherung kein Quotenvorrecht des VN.

BGH, Urt. vom 10.06.2021 - IX ZR 76/20

Die Autoren, Michael Graf / Gabriela Johannes, sind Rechtsanwälte in der Kanzlei Graf Johannes Patientenanwälte, Freiburg.

Anmerkung

A. Problemstellung

Der BGH befasst sich in seiner vorliegenden Entscheidung (BGH v. 10.6.2021 – IX ZR 76/20, VersR 2021, 1024) mit der kontrovers diskutierten und praxisrelevanten Thematik des gesetzlichen Forderungsübergangs auf den Rechtsschutzversicherers gem. § 86 Abs. 1 S. 1 VVG hinsichtlich von der Rechtsschutzversicherung überzahlter Gerichtskosten, welche von der Gerichtskasse an den Rechtsanwalt des VN (= Mandant) ausgekehrt werden. Ferner werden vom BGH das Quotenvorrecht des VN gem. § 86 Abs. 1 S. 2 VVG und zudem auch die Aufrechnungsmöglichkeiten des Rechtsanwalts (§§ 387, 404, 406, 407 BGB) beleuchtet.

Insoweit bejaht der BGH (erstens) – aber ohne dezidierte Darlegung aller Tatbestandsmerkmale des § 86 Abs. 1 S. 1 VVG – einen gesetzlichen Forderungsübergang auf den Rechtsschutzversicherer (es lässt der BGH bspw. offen, inwiefern es sich bei dem Rechtsanwalt des rechtsschutzversicherten Mandanten um einen „Dritten“ handelt) und lehnt (zweitens) ein Quotenvorrecht des VN ab, wobei er sich dabei leider mit den Argumenten der durchaus gewichtigen Gegenansichten nicht auseinandersetzt.

Allerdings bestätigt der BGH, dass nach einem gesetzlichen Übergang von Forderungen des VN auf den Versicherer gem. § 86 Abs. 1 S. 1

Graf, Michael/Johannes, Gabriela: Übergang des Anspruchs auf Auskehrung der vom Rechtsschutzversicherer gezahlten (unverbrauchten) Gerichtskosten nach § 86 VVG (Anmerkung von Michael Graf und Gabriela Johannes)(VersR 2021, 1372)	1373
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

VVG eine Aufrechnung des Rechtsanwalts mit eigenen Gebührenansprüchen, die er dem Versicherer rechtsvernichtend entgegenhalten kann, möglich ist.

B. Sachverhalt und Verfahrensgang

Im vorliegenden Streitfall machte die Kl. (= Rechtsschutzversicherer der Mandanten) gegenüber den bekl. Rechtsanwälten aus übergegangenem Recht (§ 86 Abs. 1 S. 1 VVG) einen Anspruch auf

Herausgabe der von der Kl. überbezahlten und von der Gerichtskasse an die Rechtsanwälte zurückerstatteten unverbrauchten Gerichtskosten geltend.

Der dem Rechtsschutzfall zugrunde liegende Rechtsstreit der rechtsschutzversicherten Mandanten endete durch einen Vergleich, wodurch gebührenrechtlich eine Reduzierung der gerichtlichen Verfahrensgebühr eintrat. Von der Gerichtskasse wurden nach Abschlussberechnung am Ende des Verfahrens die unverbrauchten Gerichtskosten auf das Konto der Rechtsanwälte erstattet. Die Rechtsanwälte nahmen daraufhin für die Mandanten eine Verrechnung mit den von den Mandanten gezahlten Rechtsanwaltskosten für die außergerichtliche Tätigkeit im Rechtsschutzfall und für die (gebührenrechtlich davon gesonderte) Einholung der Deckungszusage vor; den Restbetrag überwiesen sie an den Rechtsschutzversicherer.

Der Rechtsschutzversicherer forderte von den Rechtsanwälten die Herausgabe der von ihm überzahlten und von der Gerichtskasse ausgekehrten Gerichtskosten.

Das erstinstanzlich zuständige AG (AG Bremen v. 12.9.2018 – 23 C 33/18, n.v.) wies die Klage des Rechtsschutzversicherers ab. Auf die Berufung der Kl. erfolgte die antragsgemäße Verurteilung der Bekl. durch das LG (LG Bremen v. 6.3.2020 – 4 S 227/18, VersR 2020, 902). Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision wendeten sich die bekl. Rechtsanwälte gegen ihre Verurteilung.

C. Würdigung der Argumente des BGH

I. Forderungsübergang auf den Rechtsschutzversicherer gem. § 86 Abs. 1 S. 1 VVG

Zunächst bejaht der BGH einen gesetzlichen Forderungsübergang auf den Rechtsschutzversicherer nach § 86 Abs. 1 S. 1 VVG für den Fall, dass von der Gerichtskasse an den Rechtsanwalt des rechtsschutzversicherten VN von dem Rechtsschutzversicherer gezahlte Gerichtskosten erstattet werden. Insoweit gehe der Anspruch des VN gegen seinen Rechtsanwalt, gem. §§ 667, 675 BGB alles herauszugeben, was er aus der anwaltlichen Geschäftsbesorgung erlangt, auf den Rechtsschutzversicherer über.

1. Übergangsfähiger „Ersatzanspruch“ des VN aus §§ 667, 675 BGB

Klar ist, dass zunächst der VN (= Mandant) Inhaber eines „Ersatzanspruchs“ nach § 86 Abs. 1 S. 1 VVG sein muss (vgl. *Schimikowski*, Versicherungsvertragsrecht, 6. Aufl. 2017, Rz. 352; *Looschelders/Pohlmann*, VVG, 2. Aufl. 2011, § 86 Rz. 10) bzw. der Anspruch des Mandanten vor dem Übergang in seiner Person konkret bestanden haben muss (*Langheid* in Rixecker/Langheid, VVG, 6. Aufl. 2019, § 86 Rz. 13; *Armbrüster* in Prölss/Martin, VVG, 31. Aufl. 2021, § 86 Rz. 21). Der BGH konstatiert, dass die Auszahlung der unverbrauchten Gerichtskosten nach § 29 Abs. 4 KostVfg grundsätzlich an den Rechtsanwalt des rechtsschutzversicherten Mandanten erfolge, es sich hierbei aber rechtlich um eine Leistung der Gerichtskasse an den Mandanten handle und der Rechtsanwalt insoweit nur als „Zahlstelle“ fungiere. Mit Eingang des Geldes auf dem Bankkonto des Rechtsanwalts stünde dem Mandanten ein Auszahlungsanspruch in Höhe der nicht verbrauchten Gerichtskosten gegenüber seinem Rechtsanwalt aus §§ 667, 675 BGB zu. Auf die Streitfrage, ob der Rechtsanwalt in dieser Konstellation i.S.v. § 667 BGB überhaupt etwas „aus der Geschäftsbesorgung erlangt“ hat und der Rechtsanwalt damit gegenüber dem Rechtsschutzversicherer überhaupt Herausgabeschuldner ist, geht der BGH indes nicht näher ein. Aus Sicht der Verfasser wäre diese durchaus wichtige Rechtsfrage näher zu untersuchen gewesen (vgl. hierzu ausführlich *Graf Johannes*, VersR 2020, 871, 873 ff. m.w.N.).

2. Rechtsanwalt des VN als „Dritter“

Ebenso wenig hat sich der BGH in seiner hier zu besprechenden Entscheidung mit der zentralen Rechtsfrage auseinandergesetzt, ob es sich im vorliegenden Fall bei dem Rechtsanwalt des rechtsschutzversicherten Mandanten überhaupt um einen „Dritten“ i.S.v. § 86 Abs. 1 S. 1 VVG handelt (vgl. hierzu ausführlich *Graf/Johannes*, VersR 2020, 871, 876 ff. sowie *Cornelius-Winkler*, r+s 2020, 431; *Graf*, jurisPR-VersR 3/2021 Anm. 5; *Johannes*, jurisPR-VersR 11/2020 Anm. 1).

a) Zu sehen ist, dass die Rechtsschutzversicherung eine Schadensversicherung ist, so dass die grundsätzliche Anwendbarkeit des gesetzlichen Forderungsübergangs nach § 86 Abs. 1 S. 1 VVG im Rechtsschutzversicherungsrecht zwar zu bejahen sein kann, jedoch ist stets in jedem Einzelfall – unter Berücksichtigung des konkreten ARB-Klauselwerks – zu prüfen, ob der Rechtsanwalt im konkreten Mandat (aus Sicht des VN) tatsächlich *als „Dritter“ fungiert*.

aa) „Dritter“ i.S.d. § 86 Abs. 1 S. 1 VVG ist grundsätzlich jeder, der nicht aus demselben Versicherungsvertrag berechtigt ist, aus welchem der Regressanspruch herrührt (vgl. OLG Brandenburg v. 26.11.2018 – 11 W 22/18, juris; *Muschner* in HK-VVG, 4. Aufl. 2020, § 86 Rz. 14). „Dritter“ ist mithin jeder, der nicht VN 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, und zwar einfallbezogen (vgl. BGH v. 5.3.2008 – IV ZR 89/07, VersR 2008, 634; BGH v. 30.4.1959 – II ZR 126/57, NJW 1959, 1221; OLG Hamm v. 9.11.2011 – 20 U 191/11, VersR 2013, 55). Die Auslegung des Rechtsschutzvertragsverhältnisses anhand der heute gängigen 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 VN verknüpft. Der Rechtsanwalt steht im Rechtsschutzversicherungsverhältnis somit im Verbund mit dem VN und wird insbesondere durch die Obliegenheitsklauseln der gängigen ARB sogar fest dem VN zugeordnet.

bb) Auch *Cornelius-Winkler* (r+s 2020, 431, 433) sieht jedenfalls eine Sonderverbindung des Rechtsanwalts zum Rechtsschutzversicherungsverhältnis. Insoweit ist zu ersehen, dass der Rechtsanwalt gemäß den gängigen ARB hier auch als Stichentscheidsperson des VN (vertraglich) integriert ist.

cc) *Armbrüster* (in Prölss/Martin, a.a.O., § 86 Rz. 23) spricht dem Repräsentanten des VN nur dann die Eigenschaft eines „Dritten“ i.S.v. § 86 Abs. 1 S. 1 VVG zu, wenn im Schuldverhältnis dessen Sachersatzinteresse nicht geschützt werde. Der Repräsentant des VN wäre immer dann sog. „Nicht-Dritter“, wenn (auch) sein Interesse durch das Schuldverhältnis geschützt sei. Da gerade in der Rechtsschutzversicherung der Kostenschutz (§ 125 VVG) auch der Deckung und Er-

Graf, Michael/Johannes, Gabriela: Übergang des Anspruchs auf Auskehrung der vom Rechtsschutzversicherer gezahlten (unverbrauchten) Gerichtskosten nach § 86 VVG (Anmerkung von Michael Graf und Gabriela Johannes)(VersR 2021, 1372)	1374
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

stattung der anwaltlichen Vergütung und damit auch dem Schutz des Rechtsanwalts dient, wäre der Rechtsanwalt sog. „Nicht-Dritter“.

dd) Auch *Lorenz* (VersR 2000, 2) sieht den Repräsentanten des VN grundsätzlich als sog. „Nicht-Dritten“ an, da er „Alter Ego“ des VN sei.

b) Mithin ist zu sehen, dass der Rechtsanwalt des Rechtsschutz-VN durchaus eine gewisse Repräsentantenstellung bzw. Beteiligung am Rechtsschutzversicherungsverhältnis innehat (vgl. hierzu *Lehmann*, r+s 2019, 361, 367 m.w.N.).

Das OLG Düsseldorf (v. 10.12.2019 – 4 W 38/19, VersR 2020, 980 unter Hinweis auf BGH v. 14.3.2007 – IV ZR 102/03, VersR 2007, 673 und BGH v. 10.7.1996 – IV ZR 287/95, VersR 1996, 1229) entschied jüngst, dass der Rechtsanwalt des Rechtsschutz-VN als dessen Vertragsverwalter

und damit Repräsentant anzusehen sei (vgl. hierzu die kritische Anm. v. *Schimikowski*, r+s 2020, 335; a.A. auch *Cornelius-Winkler*, r+s 2020, 545, 550).

c) Letztlich sprechen gute Argumente dafür, im Rahmen des Dreiecksverhältnisses „Rechtsschutzversicherer – VN – Rechtsanwalt“, den Rechtsanwalt als (Quasi-)Repräsentanten und damit als sog. „Nicht-Dritten“ i.S.v. § 86 Abs. 1 S. 1 VVG anzusehen, jedenfalls dann, wenn das konkrete Bedingungsnetz des Rechtsschutzversicherers den Rechtsanwalt in das Schuldverhältnis auf die Seite des VN zieht und den Rechtsanwalt damit in dieses einbezieht (vgl. hierzu ausführlich *Graff Johannes*, VersR 2020, 871, 876 ff.).

3. Zwischenergebnis

Aus Sicht der Verfasser kann im Einzelfall (je nach Ausgestaltung der ARB) ein gesetzlicher Forderungsübergang auf den Rechtsschutzversicherer nach § 86 Abs. 1 S. 1 VVG durchaus am Nichtvorliegen des Tatbestandsmerkmals „Dritten“ scheitern mit der Folge, dass der Rechtsschutzversicherer für einen Herausgabeanspruch gegen den Rechtsanwalt bereits nicht aktivlegitimiert ist, er sich mithin dann direkt an seinen Vertragspartner, den VN, zu wenden hat und seine Ansprüche dort geltend machen bzw. kondizieren muss.

II. Kein Quotenvorrecht des VN nach § 86 Abs. 1 S. 2 VVG

Der BGH verneint vorliegend ein Quotenvorrecht des VN, da es hier lediglich um Herausgabeansprüche des Rechtsschutzversicherers wegen zu viel bezahlter Gerichtskostenvorschüsse gehe. Diese – so der BGH – seien nicht dem Schutz des § 86 Abs. 1 S. 2 VVG unterworfen, da der VN in diesem Fall von vornherein keine Vermögenseinbuße erleide und der Übergang dieser Forderung auf den Rechtsschutzversicherer daher nie zum Nachteil des VN erfolgen könne.

Die Anwendung des Quotenvorrechts ist in dieser Konstellation indes durchaus streitig (vgl. hierzu ausführlich *Graff Johannes*, VersR 2020, 871, 878 ff.).

Der BGH schließt sich in seiner vorliegenden Entscheidung der von ihm als „überwiegend“ betitelten Auffassung an, welche ein Quotenvorrecht des VN verneint (vgl. etwa *Obarowski* in MünchKomm/VVG, 2. Aufl. 2017, 600. Rechtsschutzversicherung Rz. 148; *Obarowski* in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2015, § 37 Rz. 590). Für Erstattungsansprüche aufgrund überzahlter Gerichtskosten bestehe hiernach in der Rechtsschutzversicherung kein Quotenvorrecht des VN.

Die Begründung des BGH vermag jedoch nicht zu überzeugen.

1. Gerichtskosten als Schaden im Sinne der Rechtsschutzversicherung

Zutreffend stellt der BGH zunächst klar, dass das für die Schadensversicherung anerkannte Quotenvorrecht einem VN ermöglichen soll, seinen entstandenen Schaden vollständig zu befriedigen, soweit die Ansprüche kongruent (deckungsgleich) sind (Rz. 26); insoweit gilt der Grundsatz „Kongruenz vor Differenz“ (vgl. *Armbrüster* in Prölss/Martin, a.a.O., § 86 Rz. 50 ff.). Laut BGH komme die Anwendung des Quotenvorrechts mithin nur bei der Erstattung eines Schadens in Betracht. Hierzu führt der BGH in seiner vorliegenden Entscheidung aus, dass im Rahmen der Rechtsschutzversicherung der Schaden in der Kostenbelastung des VN bestehe, „welche die gerichtliche Verfahrensgebühr in der jeweils anfallenden Höhe umfasst“ (Rz. 22). Auch an anderer Stelle stellt der BGH fest: „handelt es sich (...) bei der (...) mit Einreichung der Klageschrift fälligen 3,0-Gebühr für das Verfahren im Allgemeinen (...) um einen Schaden. (...) Der Versicherer ersetzt dem VN in der Rechtsschutzversicherung auch dann einen Schaden, wenn die

Höhe der Kosten der Rechtsverfolgung noch nicht endgültig feststeht" (Rz. 11); „dass die Kl. ihren VN bereits mit der Zahlung auf die Verfahrensgebühr einen Schaden ersetzte" (Rz. 12).

Der BGH unterstreicht damit den Schadenscharakter des Gerichtskostenvorschusses.

2. Kein Quotenvorrecht für Erstattungsansprüche wegen überzahlter Gerichtskosten?

a) Nicht ganz überzeugend führt der BGH zur Begründung der Ablehnung eines Quotenvorrechts dann aber aus, dass es in diesen Fällen (aufgrund von Wertungsgesichtspunkten) nicht darum gehe, „den bei Abschluss der Rechtsverfolgung für den VN bestehenden Schaden zu ersetzen, sondern dass sich die zu Beginn oder während der Rechtsverfolgung zunächst vorläufige Schadenshöhe unabhängig vom Erfolg der Rechtsverfolgung als geringer erweist als ursprünglich angenommen" (Rz. 27).

Im zugrunde liegenden, von der Rechtsschutzversicherung gedeckten, gerichtlichen Rechtsstreit, resultierte die Gerichtskostenerstattung aber gerade aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Vergleich. Der Erfolg der Rechtsverfolgung wirkt sich damit eben auch auf die von den Parteien getroffene Kostentragungsregelung und mithin auch auf die Verteilung der Gerichtskosten aus, so dass sich die konkrete Gerichtskostenerstattung gerade nicht „unabhängig vom Erfolg der Rechtsverfolgung als geringer erweist als ursprünglich angenommen"; mithin sind die (überzahlten) Gerichtskosten nach vorzugswürdiger Auffassung durchaus Teil des zu ersetzenden Schadens i.S.d. §§ 125, 86 Abs. 1 VVG.

b) Gerichtskosten hätten – so der BGH weiter – nur einen „Vorschusscharakter“.

Erstattungsansprüche wegen überzahlter Gerichtskosten würden nicht dazu dienen, „einen auch nach Abschluss der Rechtsverfolgung noch bestehenden Schaden auszugleichen" (Rz. 28).

Es erscheint aber inkonsequent, beim Forderungsübergang (§ 86 Abs. 1 S. 1 VVG) den Schadenscharakter der Gerichtskostenvorschüsse zu bejahen, diesen jedoch auf der Ebene des Quotenvorrechts (§ 86 Abs. 1 S. 2 VVG) wieder einzuschränken, weil der VN hier angeblich nicht schutzbedürftig sei.

Ausgangspunkt muss hier der Wortlaut des Gesetzes zu § 86 Abs. 1 S. 2 VVG sein: „Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers geltend gemacht werden.“

Graf, Michael/Johannes, Gabriela: Übergang des Anspruchs auf Auskehrung der vom Rechtsschutzversicherer gezahlten (unverbrauchten) Gerichtskosten nach § 86 VVG (Anmerkung von Michael Graf und Gabriela Johannes)(VersR 2021, 1372)	1375
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

Der Wortlaut ist eindeutig, d.h. jegliche kongruente Benachteiligung des VN verhindert hiernach den gesetzlichen Forderungsübergang. Das Quotenvorrecht dient somit gerade dem „ultimativen Schutz" des VN; auf eine etwaige Schutzwürdigkeit des Rechtsschutzversicherers (der Risikoversicherer ist) kann und darf es insoweit nicht ankommen. Dies bedeutet, dass im Fall von kongruenten Ersatzansprüchen gegenüber Dritten zunächst der VN hinsichtlich der ihm persönlich entstandenen Kosten (bspw. wegen Anwaltsvergütung) zu befriedigen ist, bevor der Rechtsschutzversicherer den gesetzlichen Forderungsübergang geltend machen kann.

c) Nach *K. Schneider* (in Harbauer, Rechtsschutzversicherung, 9. Aufl. 2018, ARB 2010, § 17 Rz. 174) und AG Wetzlar (AG Wetzlar v. 27.6.2006 – 30 C 588/06, juris), könne sich der VN auf das Quotenvorrecht gerade auch gegenüber einem Rückerstattungsanspruch nicht verbrauchter Gerichtskosten, der ihm gegen die Staatskasse zustehe, berufen (vgl. zur Pflicht des Rechtsanwalts zur Wahrung des Quotenvorrechts *Graf/Johannes*, VersR 2020, 871, 881 m.w.N.).

d) Nach vorzugswürdiger Auffassung wird das Quotenvorrecht den VN, bei dem noch RVG-Kostennachteile oder andere kongruente Vermögensnachteile bestehen, auch bei Vorliegen eines

Erstattungs- bzw. Herausgabeanspruchs wegen nicht verbrauchter Gerichtskosten vor der Geltendmachung des gesetzlichen Forderungsübergangs durch den Rechtsschutzversicherer schützen, d.h. der VN darf sich insoweit zunächst aus diesen Geldern befriedigen bzw. schadlos halten, nur ein etwaiger Rest wäre an den Rechtsschutzversicherer auszukehren.

e) Selbst wenn man in dieser Konstellation mit der Ansicht des BGH gehen würde und das Quotenvorrecht bzgl. rückerstatteter unverbrauchter Gerichtskosten (ausnahmsweise) nicht zur Anwendung bringen mag, so bliebe immer noch die Frage zu klären, ob und wie der Rechtsanwalt nicht dennoch aus dem Anwaltsvertrag i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet sein kann, den Mandanten vor einem Nachteil (hier die restliche RVG-Verbindlichkeit) zu bewahren.

3. Zwischenergebnis

Der BGH verneint – mit aus Sicht der Verfasser nicht überzeugender Argumentation – ein Quotenvorrecht des VN nach § 86 Abs. 1 S. 2 VVG hinsichtlich eines Anspruchs auf Erstattung bzw. Herausgabe nicht verbrauchter Gerichtskosten. Sofern der BGH das Quotenvorrecht insoweit nicht zur Anwendung bringen will, ist dies aus Sicht der Verfasser nicht zu befürworten. Denn betrachtet man rein den „nackten“ Wortlaut des § 86 Abs. 1 S. 2 VVG, kann der Übergang nun einmal nicht zum Nachteil des VN geltend gemacht werden. Eine Einschränkung dieses in der Schadensversicherung elementaren Grundsatzes lässt sich weder dem Wortlaut noch dem Zweck der Norm entnehmen (vgl. zum Quotenvorrecht des VN *Graff Johannes*, VersR 2020, 871, 878 ff. m.w.N.).

III. Gegenrechte des Rechtsanwalts

Der BGH bestätigt jedoch, dass nach einem Übergang von Forderungen des VN auf den Versicherer gem. § 86 Abs. 1 S. 1 VVG grundsätzlich eine Aufrechnung des Rechtsanwalts mit eigenen Gebührenansprüchen gegen den VN in Betracht kommt.

Im vorliegenden Streitfall des BGH konnte dahinstehen, ob die Voraussetzungen für den Schutz einer zugunsten der Rechtsanwälte bestehenden Aufrechnungslage nach §§ 406, 407 BGB erfüllt sind. Denn die Rechtsanwälte haben im Streitfall weder eine Aufrechnung mit eigenen Gebührenansprüchen gegen die VN erklärt noch sich auf eine solche von ihnen zuvor erklärte Aufrechnung berufen, da die Gebührenansprüche der Rechtsanwälte bereits durch Erfüllung erloschen waren, weil die Mandanten (= VN) die Gebührenrechnungen bereits beglichen hatten. Die Besonderheit im Streitfall war also, dass die Rechtsanwälte allein eine Aufrechnung mit gegen den Rechtsschutzversicherer gerichteten Ansprüchen der Mandanten (= VN) aus dem Versicherungsvertrag (§ 125 VVG) erklärt haben.

Eine solche Aufrechnung hat der BGH in seiner hier zu besprechenden Entscheidung als unwirksam erachtet (Rz. 33). Aufgrund der von § 387 BGB geforderten Gegenseitigkeit könne der Schuldner (= Rechtsanwalt) nur mit eigenen Forderungen, nicht aber mit der Forderung eines Dritten (= Mandant) aufrechnen. Mit der Forderung eines Dritten könne der Schuldner auch mit dessen Einwilligung nicht aufrechnen.

Demnach kann der Rechtsanwalt dem Rechtsschutzversicherer nur eigene Ansprüche (Vergütungsforderung) über §§ 404, 406 BGB im Wege der Aufrechnung entgegenhalten, so dass die im Fall des BGH von den Rechtsanwälten im Namen der VN erklärte Aufrechnung im Ergebnis zu Recht wirkungslos bleiben musste.

Sofern beim Rechtsanwalt alle Ansprüche erfüllt sind, d.h. seine Schlussrechnung von dem Mandanten oder dem Rechtsschutzversicherer bereits beglichen worden ist, kann der Rechtsanwalt

die Herausgabe von überzahlten Gerichtskosten freilich nicht verweigern bzw. zurückhalten und hat diese an den Rechtsschutzversicherer auszukehren.

Stehen dem Rechtsanwalt aber (was in der Praxis häufig vorkommt) noch offene und berechnete Vergütungsansprüche gegenüber dem Mandanten zu, so steht ihm freilich die Verteidigung mit Gegenrechten gegenüber der Forderung des Rechtsschutzversicherers auf Herausgabe der überzahlten Gerichtskosten zu, so auch der BGH in seiner vorliegenden Entscheidung.

IV. Zulässigkeit der Aufrechnung des Rechtsanwalts mit eigenen Gebührenansprüchen

Der BGH gibt dem Rechtsanwalt folglich Gegenrechte an die Hand, explizit die beiden Aufrechnungsmöglichkeiten des § 406 BGB (einerseits) und des § 407 BGB (andererseits) sowie (wenn auch in der BGH-Entscheidung nicht ausdrücklich erwähnt) das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB bzw. die Einrede des nicht erfüllten Vertrags aus § 320 BGB.

Der BGH hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass auch nach einem Übergang von Ansprüchen des VN auf den Versicherer nach § 86 Abs. 1 S. 1 VVG eine Aufrechnung des Rechtsanwalts mit eigenen Gebührenansprüchen erfolgen könne.

1. Geltendmachung von Gegenrechten des Rechtsanwalts (Schuldner) nach dem gesetzlichen Forderungsübergang

Aus der BGH-Entscheidung folgt, dass die Gegenrechte des Rechtsanwalts (= Schuldners) auch nach dem gesetzlichen Forderungsübergang nach § 86 Abs. 1 S. 1 VVG bestehen und möglich bleiben.

Dieses Ergebnis ist aus Sicht der Verfasser auch richtig. Denn es darf die *cessio legis* den Rechtsanwalt als Schuldner (und zugleich Vergütungsgläubiger) nicht benachteiligen, vielmehr müssen ihm alle seine Gegenrechte (§§ 412, 404 BGB) erhalten bleiben und zustehen, die ihm auch gegenüber dem bisherigen Gläubiger (= Mandant) schuldrechtlich zugestanden hätten bzw. zustehen, insbesondere Aufrechnung, Einrede des nicht erfüllten Vertrags und Zurückbehaltungsrecht.

Graf, Michael/Johannes, Gabriela: Übergang des Anspruchs auf Auskehrung der vom Rechtsschutzversicherer gezahlten (unverbrauchten) Gerichtskosten nach § 86 VVG (Anmerkung von Michael Graf und Gabriela Johannes)(VersR 2021, 1372)	1376
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

tungsrecht. Diese Gegenrechte kann der Rechtsanwalt mithin auch gegenüber dem Rechtsschutzversicherer (auch später im Prozess) entgegensetzen (vgl. zu den Gegenrechten des Rechtsanwalts *Graf Johannes*, VersR 2020, 871, 882 ff. m.w.N.).

2. Gegenrechte nach §§ 412, 404 BGB

Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung (hier: zur Zeit des gesetzlichen Forderungsübergangs) gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren (§§ 412, 404 BGB).

Die Vorschrift des § 404 BGB schafft in der vorliegenden Konstellation im Interesse des Rechtsanwalts einen Ausgleich dafür, dass er einen Gläubigerwechsel hinnehmen muss (vgl. *Rohe* in Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, § 404 Rz. 1).

Der Begriff der „Einwendungen“ ist dabei weit zu verstehen und umfasst alle rechtshindernden (wie §§ 104, 125, 134, 138 BGB) und rechtsvernichtenden (wie Anfechtung, Rücktritt, Erfüllung, Aufrechnung) Einwendungen sowie Einreden (wie §§ 273, 320 BGB), (vgl. *Grüneberg* in Palandt, 80. Aufl. 2021, § 404 Rz. 2; *Rohe* in Bamberger/Roth/Hau/Poseck, a.a.O., § 404 Rz. 1;

Roth/Kieninger in MünchKomm/BGB, Bd. 3, 8. Aufl. 2019, § 404 Rz. 5; *Schulze* in HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 404 Rz. 2).

Gemäß §§ 412, 404 BGB müssen die Einwendungen des Rechtsanwalts zum Zeitpunkt des gesetzlichen Forderungsübergangs begründet gewesen sein. Dies ist mit Blick auf den Schutzzweck der Norm bereits dann der Fall, wenn die Einwendung des Rechtsanwalts (hier: seine Gegenforderung aus Anwaltsvertrag) im Zeitpunkt des gesetzlichen Forderungsübergangs ihren Rechtsgrund in dem Schuldverhältnis gehabt hat, aus dem die übergegangene Forderung herrührt (hier: Auftrag aus dem Mandatsverhältnis). Dies bedeutet, der Rechtsanwalt kann sich gegenüber dem Rechtsschutzversicherer auch auf ein erst nach dem gesetzlichen Forderungsübergang ausgeübtes Gestaltungsrecht berufen; maßgeblich ist, dass die Rechtsgrundlage (hier: Auftragserteilung = Anwaltsvertrag) für die Einwendung vor dem gesetzlichen Forderungsübergang bestanden hat (vgl. BGH v. 23.3.2004 – XI ZR 14/03, NJW-RR 2004, 1347, 1348; *Rohe* in Bamberger/Roth/Hau/Poseck, a.a.O., § 404 Rz. 8; *Grüneberg* in Palandt, a.a.O., § 404 Rz. 4; *Roth/Kieninger* in MünchKomm/BGB, a.a.O., § 404 Rz. 5; *Schulze* in HK-BGB, a.a.O., § 404 Rz. 3; *Stürner* in Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 404 Rz. 4).

Bei der Einwendung des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB kommt es zwar darauf an, wann die Gegenforderung (hier: Vergütung des Rechtsanwalts) fällig geworden ist; denn nur bei Fälligkeit vor dem gesetzlichen Forderungsübergang wirkt das Zurückbehaltungsrecht gegen den neuen Gläubiger (vgl. BGH v. 5.2.1991 – XI ZR 45/90, NJW 1991, 1821; *Rohe* in Bamberger/Roth/Hau/Poseck, a.a.O., § 404 Rz. 12; *Müller* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 16. Aufl. 2021, § 404 Rz. 6). Im Übrigen gilt jedoch § 406 BGB über § 412 BGB analog, wonach der Rechtsanwalt das Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Rechtsschutzversicherer auch dann ausüben kann, wenn die Vergütungsforderung zwar nach dem gesetzlichen Forderungsübergang, aber spätestens gleichzeitig mit dem übergegangenen Herausgabeanspruch fällig wird (vgl. BGH v. 17.3.1975 – VIII ZR 245/73, NJW 1975, 1121; *Rohe* in Bamberger/Roth/Hau/Poseck, a.a.O., § 404 Rz. 12; *Roth/Kieninger* in MünchKomm/BGB, a.a.O., § 404 Rz. 12; *Kreße* in NK-BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 404 Rz. 8). Hieraus folgt, dass der Rechtsanwalt dem Herausgabeanspruch des Rechtsschutzversicherers stets die Einwendung des Zurückbehaltungsrechts entgegensetzen können wird, nämlich gem. § 412 BGB entweder über § 404 BGB oder über § 406 BGB analog. In seinen weit überwiegenden Mandatsaufträgen wird der Rechtsanwalt zeitnah nach Beendigung der Angelegenheit (§ 8 RVG) – d.h. nach bspw. Vergleichsschluss oder Urteil – seine Schlussrechnung nach § 10 RVG stellen (oder der Rechtsanwalt hat sogar noch offene Vergütungsansprüche aus § 9 RVG). In der Regel erfolgt die Gerichtskostenabrechnung der Justiz sowie die Auskehr etwaiger nicht verbrauchter Gelder aber erst einige Wochen nach Beendigung des Verfahrens (bspw. nach Streitwertfestsetzung bzw. Kostenfestsetzung/-ausgleichung). Erst nachdem die Summen und Salden berechnet worden sind, erfolgt die Auskehrung etwaiger nicht verbrauchter Gerichtskosten quasi „ganz zum Schluss“. Dies hat zur Folge, dass der Rechtsanwalt erst nach Mitteilung seitens der Justizkasse überhaupt Kenntnis darüber hat, ob und in welcher Höhe die damals vom Rechtsschutzversicherer einbezahlten Gerichtskosten teilweise an den Rechtsanwalt zur Weiterleitung an den Auftraggeber ausgekehrt werden. Zu diesem Zeitpunkt sind in aller Regel seine berechtigten RVG-Vergütungsansprüche längst fällig.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach § 320 BGB entsteht sogar bereits mit Abschluss des Anwaltsvertrags und kann daher dem Rechtsschutzversicherer unabhängig davon entgegengesetzt werden, ob die Umstände, auf welchen die Einrede beruht, vor oder nach dem gesetzlichen Forderungsübergang eingetreten sind (vgl. BGH v. 5.12.2003 – V ZR 341/02, NJW-RR 2004, 1135,

1136; Müller in Prütting/Wegen/Weinreich, a.a.O., § 404 Rz. 6). Damit kann der Rechtsanwalt gegenüber dem Rechtsschutzversicherer immer auch die Einrede nach § 320 BGB geltend machen. Die Gestaltungsrechte des Rechtsanwalts bestehen mithin weiter fort. Diese können auch auf ein Verhalten des Mandanten nach der *cessio legis* gestützt werden; sie müssen nicht vor dem gesetzlichen Forderungsübergang ausgeübt worden sein (vgl. Müller in Prütting/Wegen/Weinreich, a.a.O., § 404 Rz. 4; Kreße in NK-BGB, a.a.O., § 404 Rz. 5; Martens in Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 404 Rz. 9).

3. Gegenrechte nach §§ 412, 406 BGB

Es ist anerkannt, dass eine zulässige Aufrechnungslage auch zwischen dem Vergütungsanspruch des Rechtsanwalts und dem Anspruch des Mandanten auf Herausgabe eingezogener Gelder entstehen kann und darf (Kilian in Kilian/Koch, Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl. 2018, Kap. B., Rz. 944; Scharmer in Hartung/Scharmer, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 7. Aufl. 2020, § 4 BORA, Rz. 89; vgl. hierzu ausführlich Graf/Johannes, VersR 2020, 871, 882 ff. m.w.N.).

Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen (§§ 412, 406 BGB).

Nach einem Übergang von Forderungen des VN bzw. Mandanten auf den Versicherer gem. § 86 Abs. 1 S. 1 VVG komme grundsätzlich – so der BGH – eine Aufrechnung des Rechtsanwalts gegenüber dem Rechtsschutzversicherer mit eigenen Gebührenansprüchen gegen den VN bzw. Mandanten nach § 406 BGB in Betracht. Die Regelung des § 406 BGB gelte – so der BGH weiter – gem. § 412 BGB auch für einen gesetzlichen Forderungsübergang, auch im Verhältnis zum Rechtsschutzversicherer.

Die Aufrechnungssperre des § 406 Halbs. 2 Alt. 1 BGB („es sei denn, dass er bei dem Erwerb der Forderung von der Abtretung Kenntnis hatte“) wird vom BGH in der vorliegenden Entscheidung nicht problematisiert, vielmehr wird die grundsätzliche Aufrechnungsmöglichkeit des Rechtsanwalts mit eigenen Honoraransprüchen ausdrücklich be-

Graf, Michael/Johannes, Gabriela: Übergang des Anspruchs auf Auskehrung der vom Rechtsschutzversicherer gezahlten (unverbrauchten) Gerichtskosten nach § 86 VVG (Anmerkung von Michael Graf und Gabriela Johannes)(VersR 2021, 1372)	1377
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

jaht (vgl. hierzu ausführlich Graf/Johannes, VersR 2020, 871, 882 ff. m.w.N.).

a) Klar ist, dass die Vorschrift des § 406 BGB den Schutz des Schuldners (= Rechtsanwalt) im Fall eines Forderungsübergangs bzw. Gläubigerwechsels intendiert, indem das Prinzip der Gegenseitigkeit der Forderungen i.S.d. § 387 BGB durchbrochen wird; es soll durch den Forderungsübergang die Rechtsposition des Schuldners nicht verschlechtert werden (Bestandsschutz) (vgl. Müller in Prütting/Wegen/Weinreich, a.a.O., § 406 Rz. 1; Roth/Kieninger in MünchKomm/BGB, a.a.O., § 406 Rz. 1; Rohe in Bamberger/Roth/Hau/Poseck, a.a.O., § 406 Rz. 1).

b) Diesem wesentlichen Grundgedanken steht die abzulehnende Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (OLG Düsseldorf v. 15.5.2019 – I-24 U 171/18, VersR 2019, 1218, 1219) sowie des LG Bremen (LG Bremen v. 6.3.2020 – 4 S 227/18, VersR 2020, 902) diametral entgegen, wonach sich der Rechtsanwalt auf den Schutz des § 406 BGB aufgrund seiner angeblich generellen Kenntnis vom Bestehen einer Rechtsschutzversicherung und damit seiner angeblichen Kenntnis von einem generell möglichen Anspruchsübergang nie berufen könne.

c) Schulze (in Hk-BGB, a.a.O., § 406 Rz. 3) postuliert, dass die Aufrechnung nach § 406 BGB – unabhängig vom Zeitpunkt der Kenntniserlangung durch den Rechtsanwalt – ohnehin immer möglich sei, wenn – wie vorliegend – die Gegenforderung (Vergütungsforderung des

Rechtsanwalts) vor bzw. spätestens mit der Hauptforderung (Herausgabeanspruch des Rechtsschutzversicherers hinsichtlich der an den Rechtsanwalt des VN ausgekehrten, nicht verbrauchten Gerichtskosten) fällig werde (so auch *Grüneberg* in Palandt, a.a.O., § 406 Rz. 8; *Martens* in Erman, a.a.O., § 406 Rz. 5; *Rohe* in Bamberger/Roth/Hau/Poseck, a.a.O., § 406 Rz. 11). Darüber hinaus stehe laut *Schulze* die Kenntnis des Schuldners von der Zession der Forderung (hier: dem gesetzlichen Forderungsübergang) im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (hier: Auftrag = Anwaltsvertrag) der Aufrechnung des Rechtsanwalts gegenüber dem Rechtsschutzversicherer dann nicht entgegen, wenn die übergegangene Forderung (Herausgabeanspruch) und die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung (Vergütungsforderung) – wie vorliegend – auf demselben Vertragsverhältnis (Anwaltsvertrag) beruhen (so auch BGH v. 22.12.1995 – V ZR 52/95, NJW 1996, 1056, 1058; *Müller* in Prütting/Wegen/Weinreich, a.a.O., § 406 Rz. 4; *Grüneberg* in Palandt, a.a.O., § 406 Rz. 8; *Kreße* in NK-BGB, a.a.O., § 406 Rz. 4; *Roth/Kieninger* in MünchKomm/BGB, a.a.O., § 406 Rz. 7; *Rohe* in Bamberger/Roth/Hau/Poseck, a.a.O., § 406 Rz. 10).

Laut *Grüneberg* sei für die Wirksamkeit der anwaltlichen Aufrechnung gegenüber dem Rechtsschutzversicherer (= Neugläubiger) nach § 406 BGB allein die Betrachtung maßgeblich, ob sich aus der bei Kenntniserlangung bestehenden Rechtslage ohne die Zession (hier: den gesetzlichen Forderungsübergang) bis zur Fälligkeit der übergegangenen Forderung (Gerichtskostenrückzahlungsforderung des Rechtsschutzversicherers) eine „Aufrechnungslage“ für den Rechtsanwalt „entwickelt hätte“ (*Grüneberg* in Palandt, a.a.O., § 406 Rz. 5), was vorliegend stets bejaht werden kann.

K. Schneider (in van Bühren, Handbuch Versicherungsrecht, 7. Aufl. 2017, § 13 Rz. 84) stellt hierzu im Ergebnis fest, dass der Rechtsanwalt trotz des Forderungsübergangs auf den Rechtsschutzversicherer sogar mit berechtigten Honoraransprüchen, die ihm gegen den VN zustünden und für die kein Rechtsschutz bestehe, aufrechnen könne. Nach *K. Schneider* ergebe sich insoweit die Aufrechnungsmöglichkeit zwingend aus der Vorschrift des § 406 Halbs. 2 Alt. 2 BGB („es sei denn, (...) dass die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist“) und damit aufgrund einer gesetzgeberischen Entscheidung, die nicht infrage zu stellen sei.

d) Letztlich kann und darf es aus Sicht der Verfasser für das Aufrechnungsrecht des Rechtsanwalts schlichtweg keinen Unterschied machen, ob der Mandant rechtsschutzversichert ist oder nicht, zumal der Rechtsanwalt auf den gesetzlichen Forderungsübergang keinen Einfluss hat. Hierfür spricht auch die *ratio* des § 406 BGB als schuldnerschützende Vorschrift.

4. Gegenrechte nach §§ 412, 407 BGB

Der Rechtsschutzversicherer muss eine Leistung, die der Rechtsanwalt nach dem gesetzlichen Forderungsübergang an den Mandanten bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach dem gesetzlichen Forderungsübergang zwischen dem Rechtsanwalt und dem Mandanten in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, grundsätzlich gegen sich gelten lassen (§§ 412, 407 BGB).

§ 407 BGB ist laut BGH im Fall eines gesetzlichen Forderungsübergangs nach § 86 Abs. 1 S. 1 VVG anwendbar, so dass sich der Rechtsanwalt unter den Voraussetzungen des § 407 BGB zusätzlich auf eine gegenüber dem Mandanten (sic) nach dem Forderungsübergang erklärte Aufrechnung berufen kann. Während §§ 412, 406 BGB die Aufrechnungsmöglichkeit des Rechtsanwalts gegenüber dem Rechtsschutzversicherer vorsehen, ermöglichen §§ 412, 407 BGB dem Rechtsanwalt, sich gegenüber dem Rechtsschutzversicherer auf eine gegenüber dem Mandanten

nach dem Forderungsübergang erklärte Aufrechnung zu berufen (*Rohe* in Bamberger/Roth/Hau/Poseck, a.a.O., § 407 Rz. 7).

Die ebenfalls schuldnerschützende Vorschrift des § 407 BGB unterscheidet sich von § 404 BGB dadurch, dass sie sich auf Rechtshandlungen *nach der Zession* bezieht.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Kenntnis ist hier derjenige der Leistungshandlung; die spätere Kenntnis bei Eintritt des Leistungserfolgs schadet somit nicht (*Schulze* in HK-BGB, a.a.O., § 407 Rz. 4; *Müller* in Prütting/Wegen/Weinreich, a.a.O., § 407 Rz. 9).

5. Zwischenergebnis

Die Gegenrechte des Rechtsanwalts nach §§ 412, 404 BGB bleiben auch nach dem gesetzlichen Forderungsübergang nach § 86 Abs. 1 S. 1 VVG bestehen. Der Kenntniseinwand bei der Aufrechnung greift in der vorliegenden Konstellation nicht durch, da grundsätzlich die Vergütungsansprüche des Rechtsanwalts bereits fällig gewesen sind, bevor der Rechtsschutzversicherer nach Beendigung des Verfahrens (§ 8 RVG) die Herausgabe nicht verbrauchter und von der Staatskasse nach Verfahrensende ausgekehrter Gerichtskosten geltend machen kann (vgl. auch zum „Nichtdurchgreifen“ eines berufsrechtlichen Aufrechnungsverbots nach §§ 43a BRAO, 4 Abs. 3 BORA *Graff Johannes*, VersR 2020, 871, 886 ff.).

Zusammenfassend kann man sagen, dass zwar die Aufrechnung des Mandanten, die über den Rechtsanwalt als dessen Vertreter erklärt wird, mangels Gegenseitigkeit der Forderungen unwirksam ist, zulässig und höchstrichterlich anerkannt sind jedoch die eigene Aufrechnung und eigenen Gegenrechte des Rechtsanwalts aufgrund seiner noch offenen Vergütungsforderungen gegen den Mandanten (bzw. Rechtsschutzversicherer).

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass solche Gelder aus unverbrauchten Gerichtskostenvorschüssen, die von der Staatskasse am Ende des Verfahrens (statt an den berechtigten Rechtsschutzver-

Graf, Michael/Johannes, Gabriela: Übergang des Anspruchs auf Auskehrung der vom Rechtsschutzversicherer gezahlten (unverbrauchten) Gerichtskosten nach § 86 VVG (Anmerkung von Michael Graf und Gabriela Johannes)(VersR 2021, 1372)	1378
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

sicherer) auf das Konto des Rechtsanwalts überwiesen werden, gerade kein „Fremdgeld“ i.S.d. § 4 BORA und § 43a BRAO darstellen, d.h. insoweit besteht ein berufsrechtliches Aufrechnungsverbot i.S.d. §§ 43a BRAO, 4 Abs. 3 BORA nicht (vgl. *Graff Johannes*, VersR 2020, 871, 886 ff.). Der Fremdgeldschutz in § 4 BORA und § 43a BRAO erstreckt sich nämlich nicht auf solche am Ende des Verfahrens ausgekehrte Gelder der Staatskasse (die zuvor von einem Dritten, dem Rechtsschutzversicherer, in die Gerichtskasse einbezahlt worden waren). Denn diese Drittgelder wurden dem Rechtsanwalt gerade nicht vom Mandanten „anvertraut“ (*Kleine-Cosack* in *Kleine-Cosack*, BRAO, 8. Aufl. 2020, § 43a BRAO, Rz. 270; *Henssler* in *Henssler/Prütting*, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43a BRAO, Rz. 223; *Römermann/Praß* in *BeckOK BRAO*, Römermann, 12. Edition (Stand: 1.5.2020), § 43a BRAO, Rz. 242: „sind zu viel überwiesene Vorschüsse an den Anwalt diesem aber nicht „anvertraut“, da ihm diese Vermögenswerte nicht im Interesse des Mandanten eingeräumt wurden“). Soweit die Literatur und Rechtsprechung (*Scharmer* in *Hartung/Scharmer*, Berufs- und Fachanwaltsordnung, a.a.O., § 4 BORA, Rz. 48 und Rz. 99) solche Drittgelder dem Fremdgeldbegriff unterwerfen, betrifft das lediglich den (hier nicht einschlägigen) Sonderfall, dass eine anfängliche Einzahlung von Geldern des Rechtsschutzversicherers vom Rechtsanwalt angenommen wird, die für den Mandanten zu Beginn oder im Laufe des Verfahrens als Gerichtskosten- und Auslagenvorschüsse an ein Gericht weitergeleitet werden soll. An dieser Stelle darf zudem nicht unerwähnt bleiben, dass *Römermann/Praß* in ihrer aktuellen Kommentierung die

Regelungen der § 4 BORA und § 43a BRAO (mit guter Begründung) sogar für verfassungswidrig halten (*Römermann/Praß* in BeckOK BORA, Römermann, 33. Edition (Stand: 1.6.2020), § 4 BORA, Rz. 6 f. sowie *Römermann/Praß* in BeckOK BRAO, Römermann, a.a.O., § 43a BRAO, Rz. 250 ff.).

D. Fazit und Praxishinweis

Zwar ist die vorliegende BGH-Entscheidung insoweit kritisch zu sehen, als dass mit nicht ganz überzeugender Begründung im Fall nicht verbrauchter Gerichtskosten ein gesetzlicher Forderungsübergang nach § 86 Abs. 1 S. 1 VVG bejaht und zugleich ein Quotenvorrecht des VN nach § 86 Abs. 1 S. 2 VVG abgelehnt wird.

Aus Anwaltssicht indessen durchaus erfreulich ist die höchstrichterliche Klarstellung hinsichtlich der grundsätzlichen Verteidigungs- und Aufrechnungsmöglichkeit des Rechtsanwalts mit eigenen noch offenen Gebührenansprüchen. Die eigenen (sic) Aufrechnungserklärungen kann der Rechtsanwalt – so der BGH – über §§ 412, 406, 407 BGB auch dem Rechtsschutzversicherer als Neugläubiger entgegensetzen und damit aufgrund der rechtsvernichtenden Wirkung der Aufrechnung den Zahlungsanspruch des Rechtsschutzversicherers wegen überzahlter Gerichtskosten zu Fall bringen. Auch die Gegenrechte des Rechtsanwalts nach §§ 412, 404 BGB bleiben mithin nach dem gesetzlichen Anspruchsübergang auf den Rechtsschutzversicherer bestehen, so dass der Rechtsanwalt, der von dem Rechtsschutzversicherer seines Mandanten wegen überzahlter Gerichtskosten mit einem Zahlungsanspruch konfrontiert wird, in dieser Konstellation dem Rechtsschutzversicherer nicht schutzlos gegenübersteht.

Zwingend ist dies zwar nicht, jedoch empfiehlt es sich für den Rechtsanwalt, nach Beendigung des Verfahrens (§ 8 RVG) sofort eine entsprechende Schlussrechnung (§ 10 RVG) zu erstellen und diese sowohl dem Mandanten als auch dem Rechtsschutzversicherer zu übermitteln. Die Schlussrechnung sollte bereits (vorsorglich) bspw. mit folgendem Zusatz versehen werden:

„Die Rechnungsforderung ist bereits jetzt fällig. Wir erklären schon jetzt unser Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB und nach § 320 BGB, diese Einrede wird hiermit gegenüber der Mandantschaft und gegenüber dem Rechtsschutzversicherer erklärt. Zudem rechnen wir hiermit schon jetzt gegen alle (gegen unsere Kanzlei bestehenden und bestimmbar künftigen) Auszahlungsansprüche und Geldgegenforderungen (insbesondere wegen einer etwaigen Gerichtskostenrückerstattungsauszahlung u.ä.) auf; diese Aufrechnung wird hiermit gegenüber der Mandantschaft und gegenüber dem Rechtsschutzversicherer erklärt.“

Nach der späteren Erstattung der überzahlten Gerichtskosten seitens der Justizkasse sollte der Rechtsschutzversicherer und der Mandant hiervon freilich in Kenntnis gesetzt werden und zugleich vorsorglich nochmals eine Aufrechnung gegenüber dem Mandanten und gegenüber dem Rechtsschutzversicherer mit der bereits fälligen Vergütungsforderung erfolgen. Mithin empfiehlt es sich, die Aufrechnungserklärungen später nochmals gegenüber dem Mandanten und gegenüber dem Rechtsschutzversicherer zu wiederholen, sobald klar ist, ob und in welcher Höhe die Staatskasse etwaige nicht verbrauchte Gerichtskosten (überhaupt) an den Rechtsanwalt auskehrt bzw. ausgekehrt hat.

Zu sehen ist hierbei, dass auch die über §§ 412, 404 BGB greifenden Gegenrechte aus §§ 273, 320 BGB durchaus „starke“ Verteidigungsmittel des Rechtsanwalts gegen den Herausgabeanspruch des Rechtsschutzversicherers darstellen können, da der Rechtsanwalt durch Ausübung dieser Gegenrechte bewirken kann, dass er die überzahlten Gerichtskosten nur Zug-um-Zug gegen Begleichung seiner RVG-Schlussrechnung auskehren muss.

Hat der Rechtsanwalt aber keine eigenen Ansprüche mehr aus dem Mandatsverhältnis, die er dem Rechtsschutzversicherer über §§ 412, 404, 406 BGB entgegenhalten könnte, so ist laut BGH ein

Einbehalt der von der Gerichtskasse erstatteten Gelder (oder eine Auskehrung an den Mandanten) seitens des Rechtsanwalts nicht möglich; vielmehr hat der Rechtsanwalt diese Gelder nach Aufforderung des Rechtsschutzversicherers direkt an diesen herauszugeben (vgl. auch die Anm. zu der hier besprochenen BGH-Entscheidung v. *Grams*, FD-VersR 2021, 440506 und *Mayer*, FD-RVG 2021, 440420).

Zu sehen ist abschließend, dass die Regelungen in §§ 404, 406, 407 BGB für die rechtsgeschäftliche Abtretung (§ 398 BGB) normiert wurden, bei der das Entstehen von Hauptforderung und das Entstehen von Gegenforderung in der Regel zeitlich auseinanderfallen. Der Sonderfall der *cessio legis* in § 86 Abs. 1 VVG, bei welcher die Hauptforderung nur für eine juristische Sekunde beim Altgläubiger (hier: VN) verbleibt, gebietet es, die schuldnerschützenden Vorschriften der §§ 404, 406, 407 BGB über § 412 BGB mit Blick auf § 242 BGB „entsprechend“ zur Anwendung zu bringen, so dass hier freilich Wertungsgesichtspunkte Berücksichtigung finden: So muss der Rechtsschutzversicherer als sog. Risikoversicherer schlichtweg damit leben, dass er aufgrund der *cessio legis* i.S.d. § 86 Abs. 1 S. 1 VVG in ein Dreiecksverhältnis „eingesponnen“ wird, welches für ihn mit gewissen Risiken einhergehen kann. Da der Rechtsschutzversicherer für die in den ARB vorgesehenen RVG-basierten Anwaltskosten Kostenschutz erteilen und gewähren muss, ist er in jenem Umfang auch nicht schutzwürdig, soll heißen, dass er insoweit jederzeit mit der Ausübung von Gegenrechten (RVG-Vergütungsansprüchen) rechnen muss, soweit diese unter den nach § 125 VVG geschuldeten Kostenschutz fallen. Die Grenze der Schutzwürdigkeit des Rechtsschutzversicherers beginnt aus Sicht der Verfasser erst dort, wo seitens des Rechtsanwalts mit Gegenansprüchen operiert wird, die nicht unter die vereinbarte Kostenschutzpflicht des Rechtsschutzversicherers fallen.