

**Lehrgang für die Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare
am Oberlandesgericht Karlsruhe**

„Mandat mit Haftungsfragen“



RA Fabian Laass

Bahnhofstraße 3-5
79206 Breisach

www.kanzlei-laass.de
mail@kanzlei-laass.de

Exemplarische höchstrichterliche Entscheidungen

Urteil des Bundesgerichtshofs vom 16.09.2021, IX ZR 165/19	3
Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 28.05.2020, IX ZB 8/18.....	11
Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 17.03.2020, VI ZB 99/19	14
Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 18.06.2020, IX ZB 17/18	18
Urteil des Bundesgerichtshofs vom 09.01.2020, IX ZR 61/19	22
Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20.04.2023, IX ZR 209/21	26

Urteil des Bundesgerichtshofs vom 16.09.2021, IX ZR 165/19

Anwaltliche Beratungspflichten über Erfolgsaussichten

§§ 280, 675 I BGB

- 1. Die Pflicht des Rechtsanwalts zur Beratung des Mandanten über die Erfolgsaussichten einer in Aussicht genommenen Rechtsverfolgung besteht unabhängig davon, ob der Mandant rechtsschutzversichert ist oder nicht.**
- 2. Die Pflicht des Rechtsanwalts, den Mandanten über die Erfolgsaussichten einer in Aussicht genommenen Rechtsverfolgung aufzuklären, endet nicht mit deren Einleitung; verändert sich die rechtliche oder tatsächliche Ausgangslage im Laufe des Verfahrens, muss der Rechtsanwalt seinen Mandanten über eine damit verbundene Verschlechterung der Erfolgsaussichten aufklären.**
- 3. Ein bestehender Deckungsanspruch des Mandanten gegen seinen Rechtsschutzversicherer oder eine bereits vorliegende Deckungszusage können den Anscheinsbeweis für ein beratungsgerechtes Verhalten des Mandanten ausschließen; dies gilt nicht, wenn die Rechtsverfolgung objektiv aussichtslos war.**

Sachverhalt

Die Kl., ein Rechtsschutzversicherer, nimmt die beklagten Rechtsanwälte aus übergegangenem Recht zweier ihrer Versicherungsnehmer auf Ersatz eines Kostenschadens in Anspruch. Der Schaden soll dadurch verursacht worden sein, dass die Bekl. für die Versicherungsnehmer einen von vornherein aussichtslosen Rechtsstreit geführt haben.

Die Versicherungsnehmer beteiligten sich im Jahr 1997 an einem Fonds, der in Immobilien investierte. Die Wertentwicklung des Fonds verlief nicht wie vorhergesagt und von den Versicherungsnehmern erwartet. Im Frühjahr 2011 wandten sich die Bekl. mit einem Serienbrief an sämtliche Fondsanleger. In der Folge erteilten die Versicherungsnehmer und tausende andere Anleger den Bekl. den Auftrag, Schadensersatzansprüche geltend zu machen.

Im Namen der Versicherungsnehmer wandten sich die Bekl. daraufhin an den Anlagevermittler und forderten Schadensersatz wegen eines angeblichen Beratungsfehlers. Zur Hemmung der Verjährung fertigten die Bekl. nach einem Muster Güteanträge, die sie kurz vor Ablauf der Verjährungshöchstfrist im Dezember 2011 bei einer staatlich anerkannten Gütestelle einreichten. Es handelte sich um etwa 12.000 Anträge. Diese richteten sich zu ungefähr gleichen Teilen gegen den Anlagevermittler, den Fondsiniciator und eine Treuhandkommanditistin. Die hier interessierenden Güteverfahren gegen den Anlagevermittler scheiterten.

Im Anschluss erhoben die Bekl. im Auftrag ihrer Mandanten etwa 1.750 Klagen gegen die Rechtsnachfolgerin des Anlagevermittlers. Die Klage der Versicherungsnehmer wurde im Juni 2013 erhoben. Das von der hiesigen Kl. beauftragte Schadensabwicklungsunternehmen erteilte Deckungszusage für den ersten Rechtszug. Das LG wies die Klage wegen Verjährung ab. Am 12.6.2015 legten die Bekl. Berufung ein. Das von der hiesigen Kl. beauftragte Schadensabwicklungsunternehmen erteilte Deckungszusage auch für den zweiten Rechtszug. Sechs Tage nach Einlegung der Berufung – am 18.6.2015 – verkündete der III. Zivilsenat des BGH ein Urteil, das sich zu den Anforderungen an einen die Verjährung hemmenden Güteantrag verhielt (NJW 2015, 2407 mAnm Gilbert NJW 2015, 2410). Diesen Anforderungen genügte der von den Bekl. verwendete Mustergüteantrag nicht. Der III. Zivilsenat bestätigte die Anforderungen an einen die Verjährung hemmenden Güteantrag in

zahlreichen weiteren Entscheidungen. Spätere Entscheidungen des III. Zivilsenats betrafen auch den hier streitbefangenen Mustergüteantrag (etwa Beschl. v. 28.1.2016 – III ZR 116/15, BeckRS 2016, 3517; Beschl. v. 4.2.2016 – III ZR 356/14, BeckRS 2016, 3831; Beschl. v. 24.3.2016 – III ZB 75/15, BeckRS 2016, 6845).

Mit Beschluss vom 6.9.2016 wies das BerGer. die Bekl. gem. § 522 II 2 ZPO darauf hin, dass die Berufung der Versicherungsnehmer offensichtlich unbegründet sei. Die Bekl. rieten den Versicherungsnehmern nicht zur Rücknahme der Berufung. Mit Beschluss vom 2.11.2016 wurde die Berufung zurückgewiesen. Gegen den die Berufung zurückweisenden Beschluss legten die Streithelfer, beim BGH zugelassene Rechtsanwälte, im Namen der Versicherungsnehmer Nichtzulassungsbeschwerde ein. Auch für die Durchführung dieses Verfahrens erteilte das von der hiesigen Kl. beauftragte Schadensabwicklungsunternehmen eine Deckungszusage. Die Nichtzulassungsbeschwerde wurde mit Beschluss vom 11.5.2017 zurückgewiesen (III ZR 578/16, BeckRS 2017, 160311).

Aus übergegangenem Recht ihrer Versicherungsnehmer hat die Kl. von den Bekl. Ersatz der von ihr für den ersten bis dritten Rechtszug erstatteten Kosten des Ausgangsverfahrens verlangt. Im Hinblick auf noch offene Honorarrechnungen der Bekl. hat sie die Feststellung begehrt, dass keine weiteren Gebührenansprüche gegen die Versicherungsnehmer bestünden.

Das LG Gera (Urt. v. 24.4.2018 – 3 O 309/17) hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Auf die Berufung der Bekl. hat das OLG Jena (NJOZ 2020, 1163) die Klage insgesamt abgewiesen. Mit ihrer vom Senat in diesem Umfang zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihr Leistungsbegehren im Blick auf die von ihr für den zweiten und dritten Rechtszug erstatteten Kosten des Ausgangsverfahrens weiter. Die Revision hat zum überwiegenden Teil Erfolg.

Aus den Gründen

Die Revision hat zum überwiegenden Teil Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils sowie zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer., soweit das BerGer. Ersatzansprüche im Blick auf die von der Kl. für den zweiten Rechtszug des Ausgangsverfahrens erstatteten Kosten iHv 4.133,83 Euro sowie hinsichtlich der für den dritten Rechtszug erstatteten Kosten verneint hat. Wegen der übrigen für den zweiten Rechtszug erstatteten Kosten (1.572 Euro) ist die Revision unbegründet.

I. Die noch anhängige Klage ist weiterhin zulässig. Der Zulässigkeit steht nicht entgegen, dass die Entscheidung des BerGer. über das Feststellungsbegehren der Kl. durch die insoweit erfolgte Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde der Kl. in Rechtskraft erwachsen ist. [...]

II. Soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, hat das BerGer. ausgeführt: Die im Ausgangsverfahren verfolgten Schadensersatzansprüche der Versicherungsnehmer gegen den Anlagevermittler seien bereits verjährt gewesen, bevor die Bekl. für die Versicherungsnehmer Klage erhoben hätten. Die Verjährungshöchstfrist nach § 199 III Nr. 1 BGB sei am 2.1.2012 abgelaufen. Der von den Bekl. gefertigte Güteantrag habe den Ablauf der Verjährungsfrist nicht hemmen können, weil er nicht den vom III. Zivilsenat des BGH mit Urteil v. 18.6.2015 (BGHZ 206, 41 = NJW 2015, 2407) aufgestellten Individualisierungsanforderungen genügt habe. Noch im Zeitpunkt der Einlegung der Berufung im Ausgangsverfahren hätten die Bekl. allerdings von der die Verjährung hemmenden Wirkung ihres Güteantrags ausgehen dürfen. Die dem Urteil des III. Zivilsenats vom 18.6.2015 zu entnehmenden Anforderungen habe es so vorher nicht gegeben. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte sei uneinheitlich gewesen. Die Bekl. seien vor diesem Hintergrund nicht verpflichtet gewesen, von der Einlegung der Berufung abzuraten. Ein Rechtsanwalt müsse von einer

Klage oder einem Rechtsmittel nicht abraten, solange die Rechtsverfolgung nicht völlig oder offensichtlich aussichtslos erscheine.

Im Zeitpunkt der Mitteilung des Hinweisbeschlusses des BerGer. gem. § 522 II 2 ZPO sei die Lage anders gewesen. Aufgrund des zwischenzeitlich veröffentlichten, im Hinweisbeschluss genannten Urteils des III. Zivilsenats des BGH vom 18.6.2015 habe es den Bekl. als nahezu sicher erscheinen müssen, dass die Berufung erfolglos bleiben und deshalb die bei Fortsetzung des Verfahrens anfallenden oder nicht ersparten Kosten nutzlos aufgewendet würden.

Ob die Bekl. den Versicherungsnehmern der Kl. eine Rücknahme der Berufung hätten anraten müssen, könne jedoch dahinstehen. Es sei nicht dargetan oder jedenfalls nicht bewiesen, dass die Versicherungsnehmer einem solchen Rat der Bekl. gefolgt wären. Habe ein Rechtsschutzversicherer – wie hier – eine Deckungszusage für einen Rechtsstreit erteilt, ohne dass diese durch falsche Angaben erlangt worden sei, greife der Anscheinsbeweis für ein beratungsgerechtes Verhalten des Mandanten im Grundsatz nicht. Etwas anderes komme nur dann in Betracht, wenn der Rechtsschutzversicherer berechtigt sei, die Deckungszusage zu widerrufen. Dies sei hier nicht der Fall.

Im Blick auf das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde fehle es schon an einer Pflichtverletzung. Das Absehen von der Nichtzulassungsbeschwerde sei nicht in jedem Fall die einzig interessengerechte Lösung gewesen. Die Nichterhebung der Nichtzulassungsbeschwerde hätte den endgültigen Verlust etwaiger Schadensersatzsprüche der Versicherungsnehmer bedeutet. Mit einer Nichtzulassungsbeschwerde habe hingegen eine, wenn auch nur sehr geringe Chance auf Realisierung der Ansprüche ohne Nachteil wahrgenommen werden können, sofern die Kl. Deckungszusage erteilte und nicht die Gefahr des Widerrufs einer solchen Zusage bestand. Die Bekl. hätten deshalb eine Deckungsanfrage stellen dürfen, hätten diese aber mit vollständigen und wahrheitsgemäßen Informationen versehen müssen. Dies hätten die Bekl. getan.

III. Die Ausführungen halten rechtlicher Prüfung für den überwiegenden Teil der von der Kl. für den zweiten und dritten Rechtszug des Ausgangsverfahrens erstatteten Kosten nicht stand. Die vom BerGer. getroffenen Feststellungen tragen die Abweisung der Klage nur im Blick auf die im zweiten Rechtszug für die Einlegung der Berufung entstandenen Gerichtskosten, die nicht durch eine spätere Rücknahme der Berufung vermindert werden konnten. Im Übrigen lässt sich ein ersatzfähiger, gem. § 86 VVG auf die Kl. übergegangener Schadensersatzanspruch nicht verneinen. Das Zahlungsbegehren der Kl. kann seine rechtliche Grundlage in §§ 280 I, 675 I BGB finden.

1. Im Umfang des noch streitgegenständlichen Zahlungsbegehrens sind etwaige, unter dem Gesichtspunkt der Rechtsanwaltschaftung in Betracht kommende Schadensersatzansprüche der Versicherungsnehmer gegen die Bekl. auf die Kl. übergangen (§ 86 I VVG).

Die Rechtsschutzversicherung ist eine Schadensversicherung, für die § 86 I 1 VVG gilt. Nach dieser Regelung geht ein dem Versicherungsnehmer gegen einen Dritten zustehender Ersatzanspruch auf den Versicherer über, soweit dieser den Schaden ersetzt. Hierbei handelt es sich um einen gesetzlichen Anspruchsübergang iSv § 412 BGB (BGH NJW 2019, 3003 = ZInsO 2019, 1939 Rn. 8; NJW 2020, 1585 = ZIP 2020, 561 Rn. 10). Die Voraussetzungen für den Anspruchsübergang sind erfüllt.

a) Die streitgegenständlichen Schadensersatzansprüche gegen die Bekl. sind Ersatzansprüche iSd § 86 I 1 VVG.

aa) Der Annahme eines Ersatzanspruchs gem. § 86 I 1 VVG steht insbesondere nicht der versicherungsvertragliche Deckungsanspruch entgegen. Entgegen der Ansicht der Bekl. schließt der Deckungsanspruch die Annahme eines (Kosten-)Schadens des Versicherungsnehmers nicht aus. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass es den Schädiger nicht entlastet, wenn der Versicherer

des Geschädigten den Schaden deckt (vgl. MüKoBGB/Oetker, 8. Aufl., § 249 Rn. 257). Dieser Grundsatz kommt auch in § 86 VVG zum Ausdruck. Die Vorschrift soll zweierlei bewirken: Der Schädiger soll durch die Versicherungsleistung nicht befreit, der Versicherungsnehmer nicht bereichert werden (vgl. Armbrüster in Prölss/Martin, VVG, 31. Aufl., § 86 Rn. 1; Langheid in Langheid/Rixecker, VVG, 6. Aufl., § 86 Rn. 2; vgl. auch BGHZ 13, 28 = NJW 1954, 1113 [1115] zu § 67 VVG aF). Zu einer ungerechtfertigten Entlastung des einen Kostenschaden verursachenden Rechtsanwalts käme es, wenn der Deckungsanspruch des Mandanten gegen seinen Rechtsschutzversicherer den Schaden und damit die Haftung des Rechtsanwalts ausschliesse. Dies liefe dem Zweck des § 86 VVG zuwider.

bb) Die Bekl. sind Dritte gem. § 86 I 1 VVG. Auf die von den Streithelfern aufgeworfene Frage, ob der Repräsentant des Versicherungsnehmers Dritter im Sinne der Vorschrift ist, kommt es nicht an. Die Wahrnehmung rechtlicher Interessen in einem Einzelfall reicht nicht aus, um die Repräsentantenstellung der Bekl. zu begründen (BGHZ 223, 57 = NJW 2019, 3582 Rn. 27). Ein darüber hinausgehender Mandatsumfang ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich.

b) Im Umfang ihres Zahlungsbegehrens hat die Kl. den Versicherungsnehmern den Schaden ersetzt, indem sie diese von den Kosten des Ausgangsverfahrens freigestellt hat. Die Kl. hat die Leistungen aufgrund der erteilten Deckungszusagen erbracht. Dass die Deckungszusagen in dem Wissen erteilt wurden, ein Deckungsanspruch bestehe nicht, ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Entgegen der Ansicht der Streithelfer kommt es demnach nicht darauf an, ob „bewusste Liberalität“ (vgl. MüKoVVG/Möller/Segger, 2. Aufl., § 86 Rn. 114) dem Übergang des Ersatzanspruchs entgegensteht. Die irrtümliche Leistung schließt den Anspruchsübergang nicht aus (vgl. BGH NJW-RR 1989, 922 [923]).

2. Die Geltendmachung der Schadensersatzansprüche durch die Kl. aus übergegangenem Recht verstößt nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Entgegen der Ansicht der Bekl. ist die Rechtsverfolgung der Kl. insbesondere nicht deshalb ausgeschlossen, weil das Schadensabwicklungsunternehmen der Kl. die Deckungsanfragen der Bekl. geprüft und die zur Begründung der Schadensersatzansprüche geltend gemachte Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung selbst hätte erkennen können.

Die Kl. ist aus dem Versicherungsverhältnis gegenüber den Versicherungsnehmern berechtigt und verpflichtet. Gegenüber den Bekl. treffen sie keine Pflichten. Nach den Versicherungsbedingungen (vgl. etwa § 3 a ARB 2010) kann der Rechtsschutzversicherer die Deckung in bestimmten Fällen ablehnen, wenn nach seiner Auffassung die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat (vgl. BGH NJW 2003, 1936 = r+s 2003, 363 [364 f.]). Verpflichtet ist er hierzu nach dem Wortlaut der Bedingungen nicht. Erst recht besteht keine Pflicht zur Ablehnung des Rechtsschutzes gegenüber dem Rechtsanwalt des Versicherungsnehmers. Auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ist die Kl. daher nicht gehalten, die Prüfung des bedingungsgemäßen Versicherungsfalls zur Vermeidung einer Haftung des Rechtsanwalts einzusetzen. Es obliegt allein dem Rechtsanwalt, seine Tätigkeit so auszurichten, dass der Mandant nicht geschädigt wird. Der gesetzliche Forderungsübergang nach § 86 VVG ändert daran nichts. Allerdings ist die Rechtsanwaltshaftung kein Mittel zum Ausgleich der Folgen einer (möglicherweise) unzureichenden Prüfung der Erfolgsaussichten durch den Rechtsschutzversicherer. Die Haftung des Rechtsanwalts kann auch kein Ausgleich dafür sein, dass die Ablehnung des Rechtsschutzes durch den Versicherer aufgrund der einschlägigen Versicherungsbedingungen hohen formalen Anforderungen unterliegt (vgl. BGH NJW-RR 2016, 1505 Rn. 33) und wegen des bedingungsgemäß vorgesehenen Stichtscheids- oder Schiedsgutachterverfahrens ungewissen Ausgangs ist. Der danach notwendige Interessenausgleich wird jedoch bereits durch die Anwendung der hergebrachten Grundsätze zur Rechtsanwaltshaftung, insbesondere der Regeln über den Anscheinsbeweis für ein beratungsgerechtes Verhalten des Mandanten, bewirkt. Eines Rückgriffs auf § 242 BGB bedarf es nicht.

3. Für die Beurteilung der Frage, ob die Bekl. der Kl. aus übergegangenem Recht zur Zahlung von Schadensersatz verpflichtet sind, kommt es darauf an, ob es bei pflichtgemäßem Handeln der Bekl. im Ausgangsverfahren zur Durchführung des Berufungs- und des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens gekommen wäre. Ohne Bedeutung ist, ob das Verfahren zu einem erfolgreichen Abschluss hätte gebracht werden können.

Die Kl. verlangt Ersatz eines Kostenschadens. Nach der Rechtsprechung des BGH kann ein und derselbe Kostenschaden zwei unterschiedlichen, sich wechselseitig ausschließenden Streitgegenständen unterfallen. Der Mandant kann behaupten, der Vorprozess wäre bei pflichtgemäßem Vorgehen des Anwalts gewonnen und ihm folglich keine Kostenpflicht auferlegt worden. Hier tritt der Kostenschaden neben den Schaden, der im Verlust der Hauptsache liegt. Zum anderen kann der Mandant geltend machen, der Anwalt habe den nicht gewinnbaren Vorprozess gar nicht erst einleiten oder fortführen dürfen (vgl. BGH NJW-RR 2008, 1508 = WM 2008, 1612 Rn. 34 f.; NJW-RR 2008, 1235 = WM 2008, 1560 Rn. 24; NJW 2011, 3653 = WM 2011, 2113 Rn. 13). Das macht die Kl. geltend. Sie wirft den Bekl. vor, einen von Anfang an aussichtslosen Rechtsstreit geführt zu haben.

4. Eine mandatsbezogene Pflicht, einen von Anfang an aussichtslosen Rechtsstreit nicht zu führen, gibt es als solche nicht. Maßgeblich ist, ob der Rechtsanwalt seiner Pflicht zur Beratung des Mandanten über die Erfolgsaussichten des in Aussicht genommenen Rechtsstreits genügt hat. Für den Inhalt dieser Pflicht ist es ohne Bedeutung, ob der Mandant eine Rechtsschutzversicherung unterhält oder nicht. Verletzt der Rechtsanwalt die ihm obliegende Beratungspflicht, kommt es darauf an, wie sich der Mandant im Falle pflichtgemäßer Unterweisung verhalten hätte. Erst hier kann von Bedeutung sein, ob eine Rechtsschutzversicherung besteht.

a) Soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf, ist der Rechtsanwalt grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Beratung des Auftraggebers verpflichtet. Unkundige muss er über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren. In den Grenzen des Mandats hat er dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziel zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist (BGHZ 171, 261 = NJW 2007, 2485 Rn. 9; BGH NJW 2018, 2476 = WM 2018, 1988 Rn. 8; stRspr).

aa) Ziel der anwaltlichen Rechtsberatung ist es danach, dem Mandanten eigenverantwortliche, sachgerechte (Grund-)Entscheidungen („Weichenstellungen“) in seiner Rechtsangelegenheit zu ermöglichen. Dazu muss sich der Anwalt über die Sach- und Rechtslage klarwerden und diese dem Auftraggeber verständlich darstellen. Der Mandant benötigt, insbesondere wenn er juristischer Laie ist, nicht unbedingt eine vollständige rechtliche Analyse, sondern allein die Hinweise, die ihm im Hinblick auf die aktuelle Situation und sein konkretes Anliegen die notwendige Entscheidungsgrundlage liefern. Erscheint unter mehreren rechtlich möglichen Alternativen die eine deutlich vorteilhafter als die andere, hat der Anwalt darauf hinzuweisen und eine entsprechende Empfehlung zu erteilen (BGH NJW 2007, 2485 Rn. 10).

Auch im Blick auf die Erfolgsaussichten eines in Aussicht genommenen Rechtsstreits geht es darum, den Mandanten in die Lage zu versetzen, eigenverantwortlich seine Rechte und Interessen zu wahren und eine Fehlentscheidung in seinen rechtlichen Angelegenheiten vermeiden zu können. Aufgrund der Beratung muss der Mandant in der Lage sein, Chancen und Risiken des Rechtsstreits selbst abzuwägen. Hierzu reicht es nicht, die mit der Erhebung einer Klage verbundenen Risiken zu benennen. Der Rechtsanwalt muss auch das ungefähre Ausmaß der Risiken abschätzen und dem Mandanten das Ergebnis mitteilen. Ist danach eine Klage praktisch aussichtslos, muss der Rechtsanwalt dies klar

herausstellen. Er darf sich nicht mit dem Hinweis begnügen, die Erfolgsaussichten seien offen (vgl. BGHZ 193, 193 = NJW 2012, 2435 Rn. 22 mwN). Vielmehr kann der Rechtsanwalt nach den gegebenen Umständen gehalten sein, von der beabsichtigten Rechtsverfolgung ausdrücklich abzuraten (vgl. BGH WM 2004, 481 [482 f.] = BeckRS 2004, 1963; Vill in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Pape/Chab, HdB der Anwaltshaftung, 5. Aufl., § 2 Rn. 184).

In welchem Maße der Rechtsanwalt zu Risikohinweisen verpflichtet ist, richtet sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Beratung, insbesondere auch nach der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Der jeweils aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung kommt für die Erfüllung der dem Rechtsanwalt obliegenden vertraglichen Aufgaben überragende Bedeutung zu. Deshalb hat er seine Hinweise, Belehrungen und Empfehlungen in der Regel danach auszurichten, dies sogar dann, wenn er die Rechtsprechung für unzutreffend hält (BGHZ 145, 256 [263] = NJW 2001, 146 mwN).

bb) Die Pflicht des Rechtsanwalts, den Mandanten über die Erfolgsaussichten eines in Aussicht genommenen Rechtsstreits aufzuklären, endet nicht mit dessen Einleitung. Verändert sich die rechtliche oder tatsächliche Ausgangslage im Laufe des Verfahrens, muss der Rechtsanwalt seinen Mandanten über eine damit verbundene Verschlechterung der Erfolgsaussichten aufklären. Nur so erhält der Mandant die Möglichkeit, die ursprünglich getroffene Entscheidung zu hinterfragen und die Chancen und Risiken der laufenden Rechtsverfolgung auf der Grundlage der veränderten Lage neu zu bewerten. Auch hier kann der Rechtsanwalt nach den gegebenen Umständen gehalten sein, von einer Fortführung der Rechtsverfolgung abzuraten. Dies kommt etwa in Betracht, wenn eine zu Beginn des Rechtsstreits noch ungeklärte Rechtsfrage in einem Parallelverfahren höchstrichterlich geklärt wird und danach das Rechtsschutzbegehren des Mandanten keine Aussicht auf Erfolg mehr hat.

cc) Die Pflicht des Rechtsanwalts zur Beratung über die Erfolgsaussichten eines in Aussicht genommenen Rechtsstreits gilt gleichermaßen sowohl gegenüber einem nicht rechtsschutzversicherten Mandanten als auch gegenüber einem Mandanten mit Rechtsschutzversicherung.

Das Recht des Mandanten, nach entsprechender Beratung durch den Rechtsanwalt eigenverantwortlich über die Einleitung und Fortführung der Rechtsverfolgung zu entscheiden, wird durch eine bestehende Rechtsschutzversicherung nicht berührt. Ein Rechtsanwalt erfüllt daher seine Pflichten aus dem Mandatsverhältnis nicht dadurch, dass er ohne vorhergehende Beratung des Mandanten und dessen (eigenverantwortliche) Entscheidung eine Deckungszusage des Rechtsschutzversicherers erwirkt. Dass die Deckungszusage mit vollständigen und wahrheitsgemäßen Informationen erlangt worden und der Rechtsschutzversicherer an die Zusage auch sonst gebunden ist, ändert daran nichts.

Der versicherungsvertragliche Anspruch auf Deckungsschutz entsteht mit Eintritt des bedingungsgemäßen Versicherungsfalls. Ab diesem Zeitpunkt befindet sich der Anspruch als eigenständiger Wert im Vermögen des rechtsschutzversicherten Mandanten. Die spätere Deckungszusage des Rechtsschutzversicherers verstärkt lediglich den bereits bestehenden Deckungsanspruch im Sinne eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses (vgl. BGHZ 202, 122 = NJW 2014, 3030 Rn. 21). Es obliegt allein dem rechtsschutzversicherten Mandanten, über den Einsatz des Deckungsanspruchs für die beabsichtigte Rechtsverfolgung zu entscheiden. Es gilt nichts anderes, als für das sonstige Vermögen des Mandanten, das ebenfalls allein seiner Disposition unterliegt. Um die Entscheidung über den Einsatz des Deckungsanspruchs eigenverantwortlich und sachgerecht treffen zu können, ist der rechtsschutzversicherte Mandant über die Erfolgsaussichten ebenso zu beraten wie der nicht versicherte. Überdies berührt die Einleitung oder Fortsetzung eines Rechtsstreits nicht nur die Vermögensinteressen des Mandanten. Trotz anwaltlicher Vertretung erfordert ein Rechtsstreit Zeit

und Aufmerksamkeit. Die Beziehungen des Mandanten zum Prozessgegner können negativ beeinflusst werden. Auch deshalb ist es allein Sache des Mandanten, nach entsprechender Beratung durch den Rechtsanwalt über die Einleitung oder Fortsetzung der Rechtsverfolgung zu entscheiden.

b) Fällt dem Rechtsanwalt eine schuldhafte Verletzung der ihm obliegenden Beratungspflicht zur Last, kommt es darauf an, wie sich der Mandant im Falle pflichtgemäßer Unterweisung verhalten hätte. Insoweit kann von Bedeutung sein, ob der Mandant eine Rechtsschutzversicherung unterhält.

aa) Die Frage, wie sich der Mandant bei vertragsgerechter Belehrung durch den rechtlichen Berater verhalten hätte, zählt zur haftungsausfüllenden Kausalität, die der Anspruchsteller nach dem Maßstab des § 287 ZPO zu beweisen hat. Zugunsten des Anspruchstellers ist jedoch zu vermuten, der Mandant wäre bei pflichtgemäßer Beratung den Hinweisen des Rechtsanwalts gefolgt, sofern im Falle sachgerechter Aufklärung aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahegelegen hätte. Eine solche Vermutung kommt hingegen nicht in Betracht, wenn nicht nur eine einzige verständige Entschlussmöglichkeit bestanden hätte, sondern nach pflichtgemäßer Beratung verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht gekommen wären, die unterschiedliche Vorteile und Risiken in sich geborgen hätten. Greift die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens ein, so liegt hierin keine Beweislastumkehr, sondern ein Anscheinsbeweis, der durch den Nachweis von Tatsachen entkräftet werden kann, die für ein atypisches Verhalten des Mandanten im Falle pflichtgemäßer Beratung sprechen (BGHZ 193, 193 = NJW 2012, 2435 Rn. 36; BGH NJW 2014, 2795 = WM 2014, 1379 Rn. 2 ff.; stRspr).

bb) Die Beantwortung der Frage, ob im Falle sachgerechter Aufklärung aus der (verobjektivierten) Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahegelegen hätte, obliegt dem Tatrichter. Die revisionsrechtliche Kontrolle beschränkt sich darauf, ob der Tatrichter sich mit dem Prozessstoff umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, seine Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt. Ausgangspunkt für die tatrichterliche Würdigung ist die geschuldete Beratung. Bestanden im Falle pflichtgemäßer Aufklärung mehrere in vergleichbarer Weise erfolversprechende Handlungsmöglichkeiten oder war das Ausmaß der zu erteilenden Risikohinweise gering, kommt die Annahme des Anscheinsbeweises in der Regel nicht in Betracht. Anders liegt der Fall, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung derart risikobehaftet war, dass der pflichtgemäß handelnde Rechtsanwalt von dieser abzuraten hatte.

Der Tatrichter muss in seine Überlegungen auch einbeziehen, ob das Risiko des Mandanten, im Falle einer Niederlage die Kosten des Rechtsstreits tragen zu müssen, durch einen bestehenden Deckungsanspruch aus einer Rechtsschutzversicherung oder eine bereits vorliegende Deckungszusage herabgemindert war. Es entspricht dem Erfahrungswissen, dass ein Mandant eher bereit ist, sich auf einen Rechtsstreit ungewissen oder zweifelhaften Ausgangs einzulassen, wenn das Kostenrisiko herabgemindert ist. Ist das Kostenrisiko durch eine (versicherungs-)rechtlich einwandfrei herbeigeführte und daher bestandsfeste Deckungszusage sogar weitestgehend ausgeschlossen, können schon ganz geringe Erfolgsaussichten den Mandanten dazu veranlassen, den Rechtsstreit zu führen oder fortzusetzen (vgl. etwa OLG Hamm NJW-RR 2005, 134 [137]; KG NJW 2014, 397 [399]; OLG Düsseldorf NJOZ 2017, 99 Rn. 65 ff.; vgl. auch Vill in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Pape/Chab, § 2 Rn. 181; Vollkommer/Greger/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, 5. Aufl., § 25 Rn. 21). Ob sich der Mandant im konkreten Einzelfall für die Rechtsverfolgung entschieden hätte, ist für die Frage des Eingreifens des Anscheinsbeweises ohne Bedeutung. Maßgeblich ist, dass aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten das Absehen von der Rechtsverfolgung nicht eindeutig nahegelegen hätte. Dann greift der Anscheinsbeweis nicht ein und ist der Anspruchsteller darauf angewiesen, die nach dem Maßstab des § 287 ZPO notwendige Überzeugung des Tatrichters von einem beratungsgerechten Verhalten des

Mandanten auf andere Weise herbeizuführen (vgl. Schultz in Henssler/Gehrlein/Holzinger, HdB der Beraterhaftung, Kap. 5 Rn. 91 ff.).

Die Wirkungen des versicherungsvertraglichen Kostenschutzes auf die Frage des Eingreifens des Anscheinsbeweises finden jedoch ihre Grenze, wenn die (weitere) Rechtsverfolgung des Mandanten objektiv aussichtslos war (vgl. Schwaiger AnwBl 2014, 752 [753]). Der entscheidende Grund dafür liegt nicht in der versicherungsvertraglichen Beziehung zwischen Rechtsschutzversicherer und Mandant. Die Bestandskraft einer erteilten Deckungszusage ist notwendige Bedingung für den Ausschluss des Anscheinsbeweises, wenn die Rechtsverfolgung nur ganz geringfügige Erfolgsaussichten hat. Im Falle der Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung reicht auch eine bestandskräftige Deckungszusage nicht aus. Entscheidend dafür ist, dass eine aussichtslose Rechtsverfolgung nicht im Interesse eines vernünftig urteilenden Mandanten liegt, sondern allein dem (Gebühren-)Interesse des Rechtsanwalts dient. Hierzu wird ein vernünftig urteilender Mandant den Deckungsanspruch gegen seine Rechtsschutzversicherung nicht einsetzen.

Auch über die Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung hat der Tatrichter zu befinden. Ausgangspunkt der Beurteilung ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der bei pflichtgemäßem Handeln des Rechtsanwalts zu erteilenden Beratung. War danach die Rechtsverfolgung des Mandanten aussichtslos, kann selbst eine einwandfrei herbeigeführte Deckungszusage den für ein beratungsgerechtes Verhalten des Mandanten sprechenden Anscheinsbeweis nicht hindern. Die Annahme der Aussichtslosigkeit unterliegt allerdings hohen Anforderungen. Die Rechtsverfolgung muss aus der maßgeblichen Sicht ex ante aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen objektiv aussichtslos gewesen sein. Dies kommt etwa in Betracht, wenn eine streitentscheidende Rechtsfrage höchstrichterlich abschließend geklärt ist. Regelmäßig ist dies dann der Fall, wenn eine einschlägige Entscheidung ergangen ist. Auch dann können aber im Schrifttum geäußerte Bedenken, mit denen sich die Rechtsprechung noch nicht auseinandergesetzt hat, Veranlassung zu der Annahme geben, die Rechtsprechung werde noch einmal überdacht. Die niemals auszuschließende Möglichkeit einer zugunsten des Mandanten ergehenden Fehlentscheidung vermag die Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung indes nicht auszuschließen.

5. Den vorstehenden Anforderungen wird die angefochtene Entscheidung zum überwiegenden Teil nicht gerecht.

a) Nicht zu beanstanden ist allerdings aus revisionsrechtlicher Sicht die tatrichterliche Würdigung des BerGer., wonach die Bekl. noch im Zeitpunkt der Einlegung der Berufung gegen das die Klage im Ausgangsprozess abweisende Urteil des LG von einer die Verjährung hemmenden Wirkung ihres Güteantrags ausgehen durften. Die durch die Einlegung der Berufung entstandenen Gerichtskosten können demnach den streitgegenständlichen Kostenschaden nicht begründet haben, soweit sie endgültig angefallen waren, also nicht durch eine spätere Rücknahme der Berufung vermindert werden konnten.

b) Die Abweisung der Klage wegen der übrigen von der Kl. erstatteten Kosten des Berufungsverfahrens hält rechtlicher Prüfung nicht stand. Das BerGer. hat offengelassen, ob die Bekl. den Versicherungsnehmern zur Rücknahme der Berufung raten mussten. Davon ist für das Revisionsverfahren auszugehen. Warum das BerGer. als Zeitpunkt für einen Rat zur Rücknahme der Berufung nur auf den Erhalt des Hinweisbeschlusses nach § 522 II 2 ZPO vom 6.9.2016 abgestellt hat, ist nicht nachvollziehbar. Das BerGer. hat für die Erfolgsaussichten der Berufung im Ausgangsverfahren maßgeblich auf das Urteil des III. Zivilsenats des BGH vom 18.6.2015 (BGHZ 206, 41 = NJW 2015, 2407) abgestellt. Dann kam eine Pflicht der Bekl., den Versicherungsnehmern zur Rücknahme der Berufung zu raten, schon deutlich früher in Betracht.

Die Annahme des BerGer., es fehle im Blick auf die Kosten des Berufungsverfahrens jedenfalls an einem kausalen Schaden, trägt nicht. Das BerGer. hat hier nicht in Erwägung gezogen, dass die weitere Rechtsverfolgung aussichtslos gewesen sein könnte. War das so, konnte die vorliegende Deckungszusage dem Anscheinsbeweis dafür, dass die Versicherungsnehmer dem Rat zur Rücknahme der Berufung gefolgt wären, nicht entgegenstehen.

Wäre die Berufung in der Zeit nach Veröffentlichung des Urteils des III. Zivilsenats des BGH vom 18.6.2015 zurückgenommen worden, hätten sich die Gerichtskosten gem. Nr. 1220 KV GKG um eine 2,0 Gebühr vermindert (Nr. 1222 KV GKG), also um 1.572 Euro. Ob in dem noch zu bestimmenden Zeitpunkt der (hypothetischen) Rücknahme der Berufung die Kosten des Rechtsanwalts der Rechtsnachfolgerin des Anlagevermittlers (2.561,83 Euro) schon (in voller Höhe) entstanden und erstattungsfähig waren, lässt sich den vom BerGer. getroffenen Feststellungen nicht entnehmen. Wegen der vom Leistungsbegehren der Kl. erfassten Kosten des Berufungsverfahrens hat die Revision demnach iHv 4.133,83 Euro (1.572 Euro zzgl. 2.561,83 Euro) Erfolg.

c) Im Blick auf die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens von 6.944,48 Euro (4.148,10 Euro zzgl. 2.796,38 Euro) tragen die Erwägungen des BerGer. die Ablehnung einer Beratungspflichtverletzung der Bekl. nicht. Die Annahme einer Beratungspflichtverletzung liegt vielmehr nahe. Das BerGer. hat schon dem Berufungsverfahren keine Erfolgsaussicht mehr beigemessen. Feststellungen, die im Zeitpunkt der Beratung über die Erfolgsaussichten der Nichtzulassungsbeschwerde eine andere Bewertung rechtfertigen könnten, hat das BerGer. nicht getroffen. Gelangt das BerGer. zur Annahme einer Pflichtverletzung der Bekl., wird es sich auch insoweit mit der Frage des beratungsgerechten Verhaltens der Versicherungsnehmer zu befassen haben. Der Umstand, dass auch die Streithelfer nicht von einer Durchführung des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde abgeraten haben, unterbricht den Zurechnungszusammenhang nicht. Eine Unterbrechung kommt nur dann in Betracht, wenn ein Dritter in völlig ungewöhnlicher und unsachgemäßer Weise in den schadensträchtigen Geschehensablauf eingreift und eine weitere Ursache setzt, die den Schaden erst endgültig herbeiführt. Davon kann hier nicht ausgegangen werden. Vielmehr haben die Streithelfer allenfalls den gleichen Fehler gemacht wie die Bekl. (vgl. BGH NJW 1993, 1779 [1780]).

IV. Das Urteil ist danach aufzuheben und die Sache an das BerGer. zurückzuverweisen (§§ 562 I, 563 I ZPO). Eine eigene Sachentscheidung kann der Senat nicht treffen, weil die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 III ZPO).

Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 28.05.2020, IX ZB 8/18

Erkrankung des Anwalts am Tag vor Ablauf einer Berufungsbegründungsfrist

§§ 233 S. 1, 236, 520 II 2 u. 3 ZPO

Erkrankt ein Rechtsanwalt unvorhersehbar am Tag vor dem Ablauf der Berufungsbegründungsfrist, ist er in der Regel nicht gehalten, einen vertretungsbereiten Kollegen mit der Anfertigung der Berufungsbegründung zu beauftragen.

Sachverhalt

Der Bekl. ist Rechtsanwalt, der Kl. sein ehemaliger Mandant. Das LG Oldenburg (Urt. v. 21.3.2017 – 16 O 726/15, BeckRS 2017, 160076) hat den Bekl. zur Auskehr von Fremdgeldern, zum Schadensersatz

sowie zur Erstattung überzahlter Gebührenforderungen verurteilt. Die auf Zahlung von (weiterem) Anwaltshonorar gerichtete Widerklage des Bekl. hat das LG abgewiesen.

Der Bekl. hat gegen das ihm am 22.3.2017 zugestellte Urteil des LG am 24.4.2017 (einem Montag) Berufung eingelegt. Auf seinen Antrag vom 22.5.2017 ist die Berufungsbegründungsfrist um einen Monat bis zum 22.6.2017 verlängert worden. Am 22.6.2017 hat der Bekl. eine weitere Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 30.6.2017 beantragt. Er hat den Antrag mit einer akuten Erkrankung begründet. Das BerGer. hat die weitere Fristverlängerung abgelehnt, nachdem der Kl. seine Einwilligung verweigert hatte. Die Verfügung des Vorsitzenden ist dem Bekl. am 19.7.2017 zugestellt worden. Am 24.7.2017 hat der Bekl. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und die Berufung begründet. Zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags hat der Bekl. einen akuten Erschöpfungszustand angeführt. Er sei deshalb seit dem 21.6.2017 arbeits- sowie verhandlungsunfähig erkrankt und am 22.6.2017 nicht in der Lage gewesen, die Berufungsbegründung zu erstellen. Die Korrektur und Ausfertigung einer im Entwurf bereits vollständig vorliegenden Berufungsbegründung in einer anderen Sache habe der Bekl. erst nach mehreren Anläufen am späten Abend des 22.6.2017 abschließen können. Der Bekl. hat die Richtigkeit seiner Angaben an Eides statt versichert und ein Attest seines behandelnden Arztes vorgelegt.

Das OLG Oldenburg (Beschl. v. 12.12.2017 – 14 U 35/17, BeckRS 2017, 160251) hat den Antrag des Bekl. auf Wiedereinsetzung zurückgewiesen und seine Berufung als unzulässig verworfen. Seine hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, zur Gewährung von Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsbegründungsfrist sowie zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Aus den Gründen

II. (...) 1. Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 I 1 Nr. 1 iVm §§ 522 I 4, 238 II 1 ZPO) und auch im Übrigen zulässig. Eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts ist gem. § 574 II Nr. 2 Fall 2 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Der angefochtene Beschluss erschwert dem Bekl. den Zugang zur Berufungsinstanz unter Verstoß gegen die Verfahrensgrundrechte auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 I GG iVm dem Rechtsstaatsprinzip) und auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise (vgl. BGH NJOZ 2017, 487 = WM 2016, 2150 Rn. 5).

2. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Der Bekl. war ohne sein Verschulden verhindert, die Frist zur Begründung der Berufung einzuhalten (§ 233 S. 1 ZPO). Auf den rechtzeitig gestellten, mit der Nachholung der Berufungsbegründung verbundenen Antrag (§§ 234, 236 ZPO) ist dem Bekl. deshalb Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

a) Das BerGer. hat ausgeführt:

Der Bekl. sei nicht ohne sein Verschulden verhindert gewesen, die Berufungsbegründungsfrist einzuhalten. Der Bekl. habe bereits am 21.6.2017 erkennen müssen, dass er aufgrund der Schwere der Krankheitssymptome nicht in der Lage sein werde, die am 22.6. ablaufende Frist zu wahren. Vor diesem Hintergrund hätten nur zwei Möglichkeiten bestanden. Zum einen hätte der Bekl. den Kl. um Zustimmung zu einer weiteren Fristverlängerung ersuchen können. Zum anderen sei die Beauftragung eines Vertreters mit der Anfertigung der Berufungsbegründung in Betracht gekommen. Hätte der Bekl. bereits am 21.6. die Zustimmung des Kl. zu einer weiteren Fristverlängerung erbeten, wäre ihm bereits zu diesem Zeitpunkt bekannt geworden, dass eine solche nicht erteilt werden würde. Der Bekl. hätte deshalb bereits am 21.6. einen Vertreter mit der Anfertigung der Berufungsbegründung beauftragen müssen. Die gleiche Pflicht wäre anzunehmen gewesen, wenn er am 21.6. noch keine Antwort

hinsichtlich einer eventuellen Zustimmung zur Fristverlängerung erhalten gehabt hätte. Die Beauftragung eines Vertreters mit der Anfertigung der Berufungsbegründung habe eine geeignete Maßnahme der Fristwahrung dargestellt. Weder der Umfang noch die Schwierigkeit der Sache ließen die Beauftragung eines Vertreters als ungeeignet erscheinen.

b) Diese Erwägungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des BGH muss ein Rechtsanwalt allgemeine Vorkehrungen dafür treffen, dass die zur Wahrung von Fristen erforderlichen Handlungen auch dann unternommen werden, wenn er unvorhergesehen ausfällt. Er muss seinem Personal die notwendigen allgemeinen Anweisungen für einen solchen Fall geben. Ist er als Einzelanwalt ohne eigenes Personal tätig, muss er ihm zumutbare Vorkehrungen für einen Verhinderungsfall treffen, zum Beispiel durch Absprache mit einem vertretungsbereiten Kollegen (BGH NJW-RR 2019, 691 Rn. 7; NJW 2020, 157 Rn. 12). Konkrete Maßnahmen muss der Rechtsanwalt erst dann ergreifen, wenn er den Ausfall vorhersehen kann. Wird er unvorhergesehen krank, muss er deshalb konkret nur das unternehmen, was ihm dann noch möglich und zumutbar ist (BGH NJW-RR 2017, 308 Rn. 9; NJW 2018, 1691 Rn. 9; NJW 2020, 157 Rn. 12). Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn der Rechtsanwalt die Frist zur Einlegung oder Begründung eines Rechtsmittels bis zum letzten Tag ausschöpft und daher wegen des damit erfahrungsgemäß verbundenen Risikos erhöhte Sorgfalt aufzuwenden hat, um die Einhaltung der Frist sicherzustellen (BGH NJW 2020, 157 Rn. 13).

Allgemeine Vorkehrungen und konkrete Maßnahmen sollen im Verhinderungsfall ineinandergreifen. Wird ein Einzelanwalt unvorhergesehen krank, müssen allgemeine Vorkehrungen dafür getroffen sein, dass die dem erkrankten Rechtsanwalt konkret noch möglichen und zumutbaren Maßnahmen fristwahrende Wirkung entfalten können. Deshalb wird es regelmäßig ein Verschulden des Rechtsanwalts begründen, wenn er aufgrund seiner Erkrankung nicht mehr in der Lage ist, einen vertretungsbereiten Kollegen zu suchen oder die Suche aufgrund der Kürze der nur noch zur Verfügung stehenden Zeit erfolglos ist (vgl. BGH NJW-RR 2019, 691 Rn. 8). Anders liegt der Fall, wenn sich die im Grundsatz hinreichenden allgemeinen Vorkehrungen im konkreten Fall unvorhersehbar als nicht ausreichend erweisen, etwa deshalb, weil der im Allgemeinen zur Vertretung bereite Kollege selbst verhindert ist.

Auf die allgemeinen Vorkehrungen kommt es nicht an, wenn die dem unvorhersehbar erkrankten Rechtsanwalt konkret noch möglichen und zumutbaren Maßnahmen die Versäumung der Frist auch im Falle sorgfaltsgemäß getroffener allgemeiner Vorkehrungen nicht verhindert hätten (vgl. BGH NJW 2020, 157 Rn. 16). Dies kann anzunehmen sein, wenn die Vornahme der fristwahrenden Handlung durch einen Vertreter unmöglich oder unzumutbar ist und eine Verlängerung der Frist – etwa mangels Einwilligung des Gegners – nicht in Betracht kommt.

bb) Nach diesen Grundsätzen war der Bekl. ohne sein Verschulden verhindert, die Frist zur Begründung der Berufung einzuhalten.

(1) Bei dem Bekl. hat sich am 21.6.2017 ein akuter Erschöpfungszustand eingestellt. Der Erschöpfungszustand hat zur Arbeitsunfähigkeit über den 22.6. – das Datum des Ablaufs der bereits um einen Monat verlängerten Berufungsbegründungsfrist – hinaus geführt. Auf entsprechenden Hinweis des BerGer. hat der Bekl. ergänzend ausgeführt, dass seine Erkrankung unvorhersehbar gewesen sei.

(2) Vor diesem Hintergrund war der Bekl. gehalten, konkret die Maßnahmen zu ergreifen, die ihm nach Eintritt der Erkrankung noch möglich und zumutbar waren. Möglich und zumutbar war es, einen Antrag auf weitere Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist zu stellen. Dem ist der Bekl. selbst nachgekommen. Der vom Bekl. selbst noch gestellte Fristverlängerungsantrag vermochte die

Versäumung der Berufungsbegründungsfrist nicht zu verhindern, weil die weitere Fristverlängerung gem. § 520 II 2 und 3 ZPO die Einwilligung des Kl. voraussetzte und diese nicht erteilt wurde.

(3) Es war dem Bekl. hingegen nicht möglich und zumutbar, die fristwahrende Anfertigung der Berufungsbegründung durch einen vertretungsbereiten Rechtsanwalt in Auftrag zu geben. Dabei kann offenbleiben, ob mit dem BerGer. davon auszugehen ist, dem Bekl. habe bereits am 21.6.2017 klar sein müssen, dass er die Berufungsbegründung krankheitsbedingt nicht fristgemäß würde fertigen können. Dass der Bekl. über die hierzu erforderlichen medizinischen Fachkenntnisse oder jedenfalls entsprechendes Erfahrungswissen verfügte, hat das BerGer. nicht festgestellt. Die Beauftragung eines vertretungsbereiten Rechtsanwalts mit der Anfertigung der Berufungsbegründung bis zum Ablauf des 22.6.2017 war aber auch dann keine vom Bekl. konkret zu ergreifende Maßnahme, wenn man auf den 21.6. als Datum der Beauftragung abstellt.

Dem Mandanten des unvorhersehbar erkrankten Rechtsanwalts dürfen aufgrund der Erkrankung keine Nachteile bei der Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen entstehen. Gleiches gilt, wenn sich der erkrankte Rechtsanwalt – wie im vorliegenden Fall – selbst vertritt. Die Fertigung einer Rechtsmittelbegründung muss deshalb mit der gleichen Sorgfalt möglich sein wie ohne die Erkrankung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich ein vertretungsbereiter Kollege des erkrankten Rechtsanwalts regelmäßig zunächst in den Sach- und Streitstand einarbeiten muss und deshalb ein zeitlicher Mehraufwand entsteht. Erschwerend tritt hinzu, dass der vertretungsbereite Dritte auch eigene Mandate zu bearbeiten hat und seine zeitliche Verfügbarkeit demzufolge in der Regel eingeschränkt ist. Vor diesem Hintergrund erfordern die Sorgfaltspflichten des unvorhersehbar erkrankten Rechtsanwalts die Beauftragung eines vertretungsbereiten Kollegen mit der Fertigung einer Rechtsmittelbegründung allenfalls dann, wenn bis zum Ablauf der Begründungsfrist ausreichend Zeit zur Verfügung steht.

Der erforderliche Zeitraum lässt sich nicht abstrakt festlegen. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls. Tritt die Erkrankung – wie im Streitfall – erst am Tag vor dem Ablauf der Rechtsmittelfrist zutage, kommt die Beauftragung eines vertretungsbereiten Kollegen mit der Fertigung der Rechtsmittelbegründung nur in einfach gelagerten Fällen in Betracht (vgl. BGH NJW 2009, 3037 Rn. 10; NJW 2020, 157 Rn. 16). Um einen solchen Fall geht es hier nicht. Das vom Bekl. mit der Berufung vollständig angefochtene Urteil entscheidet auf 21 Seiten über Klage, Hilfsaufrechnung und Widerklage. Der Sache nach geht es um die rechtliche Aufarbeitung einer gescheiterten Mandatsbeziehung mit mehreren Einzelmandaten und den daraus nach Auffassung der Parteien folgenden wechselseitigen Ansprüchen.

3. Die Sache ist nach der gewährten Wiedereinsetzung an das BerGer. zur Entscheidung über die Berufung zurückzuverweisen, das auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens zu entscheiden haben wird.

Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 17.03.2020, VI ZB 99/19

Ausgangskontrolle bei über das beA versandten fristwahrenden Schriftsätzen ZPO §§ 85 II, 233

1. Die Ausgangskontrolle fristwahrender Schriftsätze muss sich entweder – für alle Fälle – aus einer allgemeinen Kanzleianweisung oder – in einem Einzelfall – aus einer konkreten Einzelanweisung ergeben. Eine konkrete Einzelanweisung des Rechtsanwalts an sein Büropersonal, einen fristwahrenden Schriftsatz per Telefax zu übersenden, macht die weitere Ausgangskontrolle, auch die zusätzliche allabendliche Kontrolle fristgebundener Sachen, nicht entbehrlich (im Anschluss an BGH NJW 2011, 2367 und NJW 2015, 254).

2. Für die Ausgangskontrolle des elektronischen Postfachs beA bei fristgebundenen Schriftsätzen genügt jedenfalls nicht die Feststellung, dass die Versendung irgendeines Schriftsatzes mit dem passenden Aktenzeichen an das Gericht erfolgt ist, sondern anhand des zuvor sinnvoll vergebenen Dateinamens ist auch zu prüfen, welcher Art der Schriftsatz war.

Sachverhalt

Der Kl. beehrte von der Bekl. Schadensersatz wegen der Manipulation einer Software an dem von ihm erworbenen Diesel-Fahrzeug.

Das LG Berlin (Urt. v. 18.9.2018 – 4 O 51/18) hat die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat der Kl. rechtzeitig durch seinen Prozessbevollmächtigten Berufung eingelegt. Die Berufungsbegründungsfrist lief am 20.11.2018 ab. Am 10.12.2018 ist die auf den 19.11.2018 datierte Berufungsbegründung beim BerGer. eingegangen. Mit weiterem an diesem Tag eingegangenen Schriftsatz hat der Kl. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Zur Begründung hat er vorgetragen, dass der Schriftsatz am 19.11.2018 über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) habe versandt werden sollen. Es sei jedoch nicht gelungen, ihn zu signieren. Der Prozessbevollmächtigte habe deshalb die Rechtsfachwirtin E angewiesen, den Schriftsatz per Postversand und vorab per Telefax zu versenden und entsprechend auszufertigen. Der Schriftsatz sei dem Prozessbevollmächtigten in einer Unterschriftenmappe mit dem Vermerk „vorab per Telefax“ vorgelegt und von ihm unterschrieben worden. Frau E habe dann vergessen, diesen Schriftsatz per Fax und per Post zu versenden, weil es der einzige Postausgang in Papierform an diesem Tag gewesen sei. Sie habe in der Akte und ihrer Fristenliste in Papierform einen „Erledigt“-Vermerk gesetzt. Sie vermute, dass sie einen an diesem Tag in dieser Sache über das beA versendeten Streitwertfestsetzungsantrag mit dem Berufungsbegründungsschriftsatz verwechselt habe. Der Prozessbevollmächtigte habe am 19.11.2018 am Abend kontrolliert, ob die signierten Schriftsätze alle ordnungsgemäß versandt worden seien. Er habe am späten Nachmittag auch Einsicht in die Papierfristenliste von Frau E genommen, wo die Frist als erledigt markiert gewesen sei.

Dem Antrag waren eidesstattliche Versicherungen des Prozessbevollmächtigten und der Mitarbeiterin E beigelegt.

Das KG (Beschl. v. 28.1.2019 – 12 U 139/18) hat die Berufung des Kl. unter gleichzeitiger Zurückweisung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als unzulässig verworfen. Dagegen wandte sich die Rechtsbeschwerde des Kl. ohne Erfolg.

Aus den Gründen

II. 1. Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, dass dem Kl. wegen der Versäumung der Frist zur Begründung der Berufung keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren sei, da er nicht ohne sein Verschulden verhindert gewesen sei, die Frist einzuhalten.

Allein die Anweisung des Rechtsanwalts an seine Mitarbeiter, dass die im Fristenkalender vermerkten Fristen erst dann zu streichen oder anderweitig als erledigt zu kennzeichnen seien, wenn die fristwahrende Maßnahme tatsächlich durchgeführt worden sei, genüge den Anforderungen an die Organisation der Ausgangskontrolle von fristgebundenen Schriftsätzen nicht. Erforderlich sei vielmehr, dass zusätzlich am Abend jedes Arbeitstags – gegebenenfalls anhand der Akten – nochmals selbstständig überprüft werde, ob die im Fristenkalender als erledigt gekennzeichneten Schriftsätze auch tatsächlich abgesandt worden seien. Eine solche Kontrolle habe hier nach dem Vortrag des Kl.

hinsichtlich der postalisch und vorab per Fax zu versendenden Berufungsbegründung gerade nicht stattgefunden, weder durch seinen Prozessbevollmächtigten noch durch dessen Mitarbeiterin.

2. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Zwar ist sie statthaft (§§ 522 I 4, 574 I 1 Nr. 1, 238 II 1 ZPO), aber unzulässig. Die Voraussetzungen des § 574 II ZPO sind nicht erfüllt. Eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts ist weder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung noch zur Fortbildung des Rechts (§ 574 II Nr. 2 ZPO) erforderlich; insbesondere verletzt der angefochtene Beschluss nicht den Anspruch des Kl. auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 I GG iVm dem Rechtsstaatsprinzip; vgl. BVerfG NJW 2003, 281 mwN).

a) Die Zurückweisung des Antrags des Kl. auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist ist nicht zu beanstanden. Den Darlegungen des Kl. im Wiedereinsetzungsantrag lässt sich nicht entnehmen, dass in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten eine hinreichende Ausgangskontrolle gewährleistet war.

aa) Im Interesse seiner der Rechtspflege gewidmeten eigenverantwortlichen Tätigkeit darf ein Rechtsanwalt routinemäßige Büroarbeiten auf Mitarbeiter delegieren. Hierzu gehört grundsätzlich auch die Erledigung der ausgehenden Post, insbesondere durch Versenden eines Telefaxes. Damit darf jedenfalls eine voll ausgebildete, erfahrene Rechtsanwaltsfachangestellte beauftragt werden (vgl. BGH NJOZ 2018, 829 Rn. 9; NJW-RR 2010, 1076 Rn. 8; NJW 2016, 1664 Rn. 10).

bb) Ein Rechtsanwalt hat durch organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig gefertigt wird und innerhalb der laufenden Frist beim zuständigen Gericht eingeht. Hierzu hat er grundsätzlich sein Möglichstes zu tun, um Fehlerquellen bei der Eintragung und Behandlung von Rechtsmittelfristen auszuschließen (BGH NJW-RR 2020, 52 Rn. 11 = NJW 2020, 159 Ls.; NJW 2010, 1363 Rn. 11; NJW 2015, 253 Rn. 8; Senat NJW 2016, 873 Rn. 8). Zu diesem Zweck hat er seine Ausgangskontrolle so zu organisieren, dass sie einen gestuften Schutz gegen Fristversäumung bietet. Zum einen dürfen die im Fristenkalender vermerkten Fristen erst dann gestrichen oder anderweitig als erledigt gekennzeichnet werden, wenn die fristwahrende Maßnahme tatsächlich durchgeführt, der Schriftsatz also gefertigt und abgesandt oder zumindest postfertig gemacht, die weitere Beförderung der ausgehenden Post also organisatorisch zuverlässig vorbereitet worden ist. Dabei sind die für die Kontrolle zuständigen Mitarbeiter anzuweisen, Fristen im Kalender grundsätzlich erst zu streichen oder als erledigt zu kennzeichnen, nachdem sie sich anhand der Akte vergewissert haben, dass zweifelsfrei nichts mehr zu veranlassen ist (vgl. BGH NJW-RR 2020, 52 Rn. 12 = NJW 2020, 159 Ls.; Senat NJW-RR 2013, 506 Rn. 10; NJW-RR 2015, 442 Rn. 8).

Zum anderen gehört hierzu die Anordnung des Rechtsanwalts, dass die Erledigung von fristwahrenden Sachen am Abend eines jeden Arbeitstags anhand des Fristenkalenders durch eine dazu beauftragte Bürokraft überprüft wird. Diese nochmalige selbstständige und abschließende Kontrolle muss gewährleisten, dass geprüft wird, welche fristwahrenden Schriftsätze hergestellt, abgesandt oder zumindest versandfertig gemacht worden sind und ob diese mit den im Fristenkalender vermerkten Sachen übereinstimmen. Die allabendliche Ausgangskontrolle fristgebundener Schriftsätze mittels Abgleichs mit dem Fristenkalender dient dabei nicht allein dazu, zu überprüfen, ob sich aus den Eintragungen noch unerledigt gebliebene Fristsachen ergeben. Ihr Sinn und Zweck liegt auch darin festzustellen, ob möglicherweise in einer bereits als erledigt vermerkten Fristsache die fristwahrende Handlung noch aussteht (BGH NJW-RR 2020, 52 Rn. 13 = NJW 2020, 159 Ls.; NJW 2000, 1957; NJOZ 2015, 62 Rn. 9; NJOZ 2014, 1107 Rn. 5; Senat NJW 2016, 873 Rn. 8; NJW-RR 2019, 950 Rn. 8). Deshalb ist dabei, gegebenenfalls anhand der Akten, zu prüfen, ob die im Fristenkalender als erledigt gekennzeichneten Schriftsätze tatsächlich abgesandt worden sind (BGH NJOZ 2019, 845 Rn. 10; Beschl. v. 25.4.2017 – XI ZB 18/16, BeckRS 2017, 111635 Rn. 10; NJOZ 2017, 1643 Rn. 7; BAG NJW 2019, 2793 Rn. 18). Eine solche zusätzliche Kontrolle ist bereits deswegen notwendig, da selbst bei sachgerechten

Organisationsabläufen individuelle Bearbeitungsfehler auftreten können, die es nach Möglichkeit aufzufinden und zu beheben gilt (vgl. BGH NJW-RR 2020, 52 Rn. 13 = NJW 2020, 159 Ls.).

cc) Dass in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten eine solche zusätzliche Kontrolle angeordnet worden wäre, lässt sich der Begründung des Wiedereinsetzungsantrags und den eidesstattlichen Versicherungen nicht entnehmen. Aus dem Vortrag des Kl. ergibt sich nicht, dass zur Durchführung der abendlichen Ausgangskontrolle den Kanzleiangestellten eine ordnungsgemäße Weisung erteilt worden wäre, wonach die damit konkret betrauten Büroangestellten die tatsächliche Absendung des fristwahrenden Schriftsatzes in allen Fällen anhand der Ausgangspost, hier dem Sendebericht des Telefaxes, und gegebenenfalls anhand der Akten nochmals überprüfen mussten.

dd) Eine ausreichende allgemeine Organisationsanweisung war auch nicht deshalb entbehrlich, weil der klägerische Prozessbevollmächtigte Frau E ausdrücklich angewiesen hatte, die Berufungsbegründungsschrift per Fax (vorab) und per Post dem BerGer. zuzuleiten. Ein Rechtsanwalt darf zwar grundsätzlich darauf vertrauen, dass eine Büroangestellte, die sich bisher als zuverlässig erwiesen hat, eine konkrete Einzelanweisung befolgt. Deshalb ist er im Allgemeinen nicht verpflichtet, sich anschließend über die Ausführung seiner Weisung zu vergewissern (BGH NJOZ 2020, 461 Rn. 13; NJW-RR 2013, 1393 Rn. 10; NJW-RR 2016, 126 Rn. 11 = NJW 2016, 719 Ls.). Wird die Anweisung nur mündlich erteilt, müssen allerdings ausreichende Vorkehrungen dagegen getroffen werden, dass die Erledigung in Vergessenheit gerät. Dafür genügt im Regelfall die klare und präzise Anweisung, die Erledigung sofort vorzunehmen, insbesondere wenn zudem eine weitere allgemeine Büroanweisung besteht, einen solchen Auftrag stets vor allen anderen auszuführen. Die Gefahr, dass eine solche sofort auszuführende Weisung sogleich vergessen oder aus sonstigen Gründen nicht befolgt wird, macht eine nachträgliche Kontrolle ihrer Ausführung dann nicht erforderlich. Der Rechtsanwalt muss aber, wenn er – wie im Streitfall – nicht die sofortige Ausführung seiner Anweisung anordnet, durch allgemeine Weisung oder besonderen Auftrag Vorkehrungen gegen das Vergessen treffen (vgl. BGH NJOZ 2020, 461 Rn. 13).

Er genügt nach ständiger Rechtsprechung des BGH seiner Pflicht zur wirksamen Ausgangskontrolle fristwahrender Schriftsätze nur dann, wenn er seine Angestellten anweist, nach einer Übermittlung per Telefax anhand des Sendeprotokolls zu prüfen, ob die Übermittlung vollständig und an den richtigen Empfänger erfolgt ist. Erst danach darf die Frist im Fristenkalender gestrichen werden (BGH NJW-RR 2011, 138 = FamRZ 2010, 2063 Rn. 11 und NJW 2008, 2508 = FamRZ 2008, 1515 Rn. 11, jew. mwN). Diese zwingend notwendige Ausgangskontrolle muss sich entweder – für alle Fälle – aus einer allgemeinen Kanzleianweisung oder – in einem Einzelfall, auch bei Anordnung der sofortigen Erledigung – aus einer konkreten Einzelanweisung ergeben. Fehlt es an einer allgemeinen Kanzleianweisung, muss sich die Einzelanweisung, einen Schriftsatz sogleich per Telefax an das Rechtsmittelgericht abzusenden, in gleicher Weise auf die Ausgangskontrolle erstrecken. Die Kanzleiangestellte ist dann zusätzlich anzuweisen, die Frist erst nach einer Kontrolle der vollständigen Übermittlung anhand des Sendeprotokolls zu streichen (BGH NJW 2008, 2508 = FamRZ 2008, 1515 Rn. 12 und NJW 2007, 2778 = FamRZ 2007, 1722 Rn. 6). Eine konkrete Einzelanweisung des Rechtsanwalts an sein Büropersonal, einen fristwahrenden Schriftsatz per Telefax zu übersenden, macht die weitere Ausgangskontrolle somit nicht entbehrlich (BGH NJW 2011, 2367 Rn. 13 und NJW-RR 2010, 1648 Rn. 12 ff.).

Eine solche Einzelanweisung des Prozessbevollmächtigten hat der Kl. nicht behauptet. Konkrete Anweisungen, die an die Stelle einer allgemeinen Ausgangskontrolle hätten treten können, wurden nicht gegeben. Die Einzelanweisung bestand lediglich darin, die Art und Weise sowie den Adressaten der Übermittlung zu bestimmen.

Der Kl. hat allerdings vorgetragen, es sei mit der Angestellten E zu Beginn ihrer Tätigkeit besprochen worden, wie Postversand und Ausgangskontrolle ablaufen sollten, dass also Fristen erst nach tatsächlich erfolgtem Faxversand und Faxprotokollkontrolle als erledigt zu markieren seien. Dies ist auch eidesstattlich versichert worden. Selbst wenn dies den oben dargestellten Anforderungen an die Organisation des Faxversands fristgebundener Schriftsätze genügen sollte, ließ es den „zweiten Prüfungsschritt“, die allabendliche Ausgangskontrolle fristgebundener Schriftsätze, nicht entbehrlich werden.

ee) Die eigene Kontrolle des Prozessbevollmächtigten des Kl. durch die Nachschau im Postausgangsfach des beA sowie in der schriftlichen Fristenübersicht der Angestellten E war nicht geeignet, diesen Organisationsmangel auszugleichen. Der Berufungsbegründungsschriftsatz ist nicht über das beA versendet worden. Ebenso wenig genügte seine Kontrolle allein des schriftlichen Fristenkalenders der Mitarbeiterin E, da dies keine taugliche Maßnahme war, die unterlassene Absendung aufzudecken.

b) Soweit die Rechtsbeschwerde geltend macht, dass das BerGer. nicht berücksichtigt habe, dass in dieser Angelegenheit am gleichen Tag ein weiterer Schriftsatz bereits per beA übermittelt worden sei und die Mitarbeiterin des Prozessbevollmächtigten angegeben habe, dass sie diese beiden Schriftsätze wohl verwechselt habe, lässt dies ein Verschulden des Prozessbevollmächtigten des Kl. wegen unzureichender Organisation der Ausgangskontrolle nicht entfallen. Die Auffassung der Rechtsbeschwerde, dass bei Überprüfung des beA-Ausgangs festgestellt worden sei, dass ein Schriftsatz in dieser Angelegenheit an das Gericht übermittelt worden sei und dies für eine abendliche Ausgangskontrolle ausreichend sei, da eine nachträgliche inhaltliche Kontrolle der einzelnen Schriftstücke im Rahmen der Ausgangskontrolle nach der Rechtsprechung des BGH nicht erforderlich sei, verkennt, dass es für die Ausgangskontrolle des elektronischen Postfachs jedenfalls nicht genügt, dass die Feststellung der Versendung irgendeines Schriftsatzes mit dem passenden Aktenzeichen erfolgt, sondern anhand des zuvor sinnvoll vergebenen Dateinamens auch zu prüfen ist, welcher Art der Schriftsatz war. Aus dem vom Prozessbevollmächtigten des Kl. vorgelegten Prüfprotokoll für den 19.11.2018 über Schriftsätze in dieser Sache ergibt sich, dass hier die Datei „Streitwertfestsetzung für Beschwerdeverfahren.pdf“ versandt worden war.

c) Der dargestellte Organisationsmangel war für die Fristversäumung ursächlich. Hätte in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten des Kl. eine Anordnung zur Durchführung der beschriebenen abendlichen Ausgangskontrolle bestanden, wäre nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge bei ansonsten pflichtgemäßem Verhalten der zuständigen Mitarbeiter die Berufungsbegründungsfrist nicht versäumt worden. Denn dann hätte spätestens am Abend des 20.11.2018 auffallen müssen, dass die ordnungsgemäß eingetragene Berufungsbegründungsfrist mit Ablauf des Tages endete, eine fristwahrende Versendung der Berufungsbegründung per Telefax oder per Post aber noch nicht erfolgt war.

Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 18.06.2020, IX ZB 17/18

Aktenpflege in Papierform oder elektronischer Form – Fristenüberwachung

§§ 238 II 1, 522 I 4, 574 I 1 Nr. 1 ZPO

§§ 50 IV, 85 II BRAO

Auch wenn der Rechtsanwalt die Fristen- und Ausgangskontrolle auf das Büropersonal übertragen und die allgemeine Weisung erteilt hat, ausnahmslos oder in jedem Fall auf den Fristablauf zu achten, muss er (wieder) selbst für die Einhaltung der Frist Sorge tragen, wenn ihm die Akte im

sachlichen oder zeitlichen Zusammenhang mit der fristgebundenen Prozesshandlung – sei es in Papierform, sei es elektronisch – vorgelegt wird. (Leitsatz der Redaktion)

Sachverhalt

Die vom Kl. unter dem Gesichtspunkt der Rechtsanwaltschaftung erhobene Klage hat das LG Frankfurt a. M. (Urt. v. 27.10.2017 – 2-02 O 143/16, BeckRS 2017, 140170) abgewiesen. Das Urteil ist den damaligen Prozessbevollmächtigten des Kl. am 2.11.2017 zugestellt worden. Erst am 14.12.2017 haben sie Berufung eingelegt und Wiedereinsetzung in die Berufungsfrist beantragt.

Zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags hat der Kl. ausgeführt, die Fristenüberwachung im Büro seiner Prozessbevollmächtigten sei durch allgemeine Anweisungen so organisiert, dass die Rechtsanwaltsfachangestellte S die Fristen in den Kalender eintrage, wobei zu jeder Frist eine Vorfrist notiert werde. Jeden Morgen prüfe die Rechtsanwaltsfachangestellte B den Fristenkalender und weise die mandatsbearbeitenden Anwälte in elektronischer Form auf die Fristenlage hin. Eine Vorlage der jeweiligen Handakte (in Papierform) sei in diesem Zusammenhang nicht vorgesehen, weil die Anwälte Zugriff auf die zentral geführten elektronischen Akten hätten. Am Abend prüfe dann die Rechtsanwaltsfachangestellte S den Fristenkalender abschließend auf etwaige noch nicht erledigte Fristen. Dabei versichere sie sich hinsichtlich jeder einzelnen Frist auch anhand der jeweiligen Akte.

Im vorliegenden Fall seien im Blick auf die Berufungsfrist sowohl die Vorfrist als auch die Hauptfrist ordnungsgemäß in den Fristenkalender eingetragen worden. Über den Ablauf der Vorfrist seien die sachbearbeitenden Rechtsanwälte entsprechend den allgemeinen Vorgaben informiert worden. Die Anwälte hätten daraufhin den Entwurf eines Berufungsschriftsatzes gefertigt und diesen im zentralen System gespeichert. Die Einreichung der Berufungsschrift bei Gericht habe erst nach einer abschließenden Abstimmung mit dem Kl. erfolgen sollen.

Am Morgen des Ablaufs der Berufungsfrist habe es die Rechtsanwaltsfachangestellte B aufgrund eines Versehens unterlassen, die Anwälte über den Fristablauf zu informieren. Auch die mit der Endkontrolle befasste Rechtsanwaltsfachangestellte S habe versagt. Im Laufe des Tages sei sie angesichts des bereits Tage zuvor im elektronischen System abgelegten Entwurfs einer Berufungsschrift stillschweigend davon ausgegangen, dass ihr der sachbearbeitende Rechtsanwalt im Laufe des Weiteren Tages eine ausdrückliche Anweisung zur Ausfertigung und Einreichung erteilen werde. Nach Rückkehr von einer Fortbildungsveranstaltung am Nachmittag sei ihr die unerledigte Frist nicht mehr präsent gewesen. Die abschließende Prüfung des Fristenkalenders habe sie versäumt.

Das BerGer. (OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 12.2.2018 – 19 U 212/17, BeckRS 2018, 9086) hat den Antrag des Kl. auf Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsfrist zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Dagegen wendet sich die Rechtsbeschwerde des Kl. ohne Erfolg.

Aus den Gründen

II. Die gem. §§ 238 II 1, 522 I 4, 574 I 1 Nr. 1 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist unzulässig, weil kein Zulässigkeitsgrund nach § 574 II ZPO vorliegt. Eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts ist weder wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache noch zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Der angefochtene Beschluss steht im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH und verletzt den Kl. nicht in seinen Verfahrensgrundrechten.

1. Das BerGer. hat ausgeführt: Für die Fristversäumung seien nicht in erster Linie die eidesstattlich eingeräumten Versehen der Büromitarbeiterinnen ursächlich gewesen. Vielmehr hätten die Prozessbevollmächtigten des Kl. nicht die erforderliche Sorgfalt beachtet. Würden dem Anwalt die Akten im Zusammenhang mit der befristeten Prozesshandlung, etwa zur Vorfrist, vorgelegt, obliege ihm die Fristenprüfung und -überwachung selbst. Müsse ein wenige Tage vor Fristablauf gefertigter Berufungsschriftsatz noch mit dem Mandanten abgestimmt werden, habe der Rechtsanwalt selbst für die Fristwahrung Sorge zu tragen und dürfe sich nicht darauf verlassen, von den Kanzleiangestellten am letzten Tag der Frist an den drohenden Fristablauf erinnert zu werden.

2. Das entspricht der Rechtsprechung des BGH. Im Ergebnis mit Recht hat das BerGer. dem Kl. die Wiedereinsetzung in die Berufungsfrist versagt. Der Kl. hat keinen Sachverhalt vorgetragen, der die Annahme eines ihm gem. § 85 II ZPO zurechenbaren Verschuldens seiner Prozessbevollmächtigten ausschliesse (vgl. BGH NJW 2008, 3501 Rn. 15; GRUR-RR 2010, 407 Ls. = BeckRS 2010, 3137 Rn. 8; Beschl. v. 20.10.2010 – IV ZB 11/10, BeckRS 2010, 26918 Rn. 5). Der Kl. war daher nicht ohne sein Verschulden verhindert, die Berufungsfrist einzuhalten (§ 233 S. 1 ZPO).

a) Nach der Rechtsprechung des BGH ist es dem Rechtsanwalt grundsätzlich gestattet, die Fristen- und Ausgangskontrolle seinem Büropersonal zu überantworten. Es selbst muss lediglich eine fachlich einwandfreie Kanzleiorganisation sicherstellen, die mit der Fristenkontrolle betrauten Mitarbeiter sorgfältig auswählen und diese durch Stichproben kontrollieren. Wird der Anwalt diesen Anforderungen gerecht, so ist es ihm nicht als eigenes Verschulden anzulasten, wenn die Mitarbeiter die Fristen- oder die Ausgangskontrolle im Einzelfall nicht oder nicht sorgfältig durchführen (vgl. BGH NJOZ 2011, 111 Rn. 7; NJW-RR 2013, 304 Rn. 10; NJW-RR 2017, 953 Rn. 9).

Trotz Übertragung der Fristen- und Ausgangskontrolle im vorstehenden Sinne auf das Büropersonal muss der Rechtsanwalt (wieder) selbst für die Einhaltung der Frist Sorge tragen, wenn ihm die Akte im sachlichen oder zeitlichen Zusammenhang mit der fristgebundenen Prozesshandlung vorgelegt wird (vgl. BGH NJW 1997, 1311; Beschl. v. 20.10.2010 – IV ZB 11/10, BeckRS 2010, 26918 Rn. 6; NJOZ 2014, 1868 Rn. 8). In diesem Fall darf sich der Rechtsanwalt nicht auf die Erinnerung durch den mit der Fristenkontrolle betrauten Mitarbeiter am letzten Tag der Frist verlassen (vgl. BGH NJW 1968, 2244). Er kann sich von seiner Verantwortung auch nicht durch eine (allgemeine) Anweisung befreien, ihn täglich an noch unerledigte Fristsachen zu erinnern (BGH NJW 1997, 1311 mwN). Will sich der Rechtsanwalt der Verantwortung für die Einhaltung der Frist erneut entledigen, muss er durch geeignete Maßnahmen der Gefahr vorbeugen, der mit der Fristenkontrolle betraute Mitarbeiter könne (irrtümlich) annehmen, der Anwalt habe die Frist selbst im Blick (vgl. BGH NJOZ 2014, 1868 Rn. 11).

Hierzu kann der Rechtsanwalt die Akte in den Kanzleibetrieb zurückgeben (vgl. BGH NJW 1997, 2825 = VersR 1997, 1252; NJW 2012, 614 Rn. 12; NJOZ 2014, 1868 Rn. 9). Nach Rückgabe der Akte in den Kanzleibetrieb muss dem mit der Fristenkontrolle betrauten Mitarbeiter klar sein, dass er nun wieder allein für die Wahrung der Frist Sorge zu tragen hat. Einer gesonderten Weisung oder sonstigen Maßnahmen des Anwalts bedarf es dazu nicht (vgl. BGH NJW 2012, 614 Rn. 11). Allerdings muss der Rechtsanwalt sicherstellen, dass die Rückgabe der Akte in den Kanzleibetrieb dem mit der Fristenkontrolle betrauten Mitarbeiter zur Kenntnis gelangt. Deshalb reicht es nicht aus, wenn der Anwalt die Akte eigenhändig wieder zur Aufbewahrung an den dafür üblichen Ort in der Kanzlei zurückstellt, ohne dies aktenkundig zu machen (vgl. BGH NJOZ 2014, 1868 Rn. 10).

Auch eine auf die konkrete Situation ausgerichtete Anweisung des Rechtsanwalts an den mit der Fristenkontrolle betrauten Mitarbeiter kann der Gefahr vorbeugen, dieser könne annehmen, der Anwalt habe die Frist nach Vorlage der Akte selbst im Blick (vgl. BGH NJOZ 2014, 1868 Rn. 11). Dies gilt für eine auf den jeweiligen Einzelfall bezogene Weisung, kommt aber auch in Betracht, wenn der Anwalt eine abstrakte Anweisung erteilt. Mit einer abstrakten Weisung muss allerdings

unmissverständlich klargestellt werden, dass die Vorlage der Akte und deren Bearbeitung durch den Rechtsanwalt den mit der Fristenkontrolle betrauten Mitarbeiter nicht von der Verantwortung für die Einhaltung der Frist entbindet. Die allgemeine Weisung, ausnahmslos oder in jedem Fall auf den Fristablauf zu achten, genügt nicht, weil sie nicht die mit der Aktenvorlage verbundene Gefahr eines Missverständnisses aufzeigt und auch nicht auf diese Gefahr eingeht.

b) Diese Grundsätze gelten unabhängig davon, ob die Handakte des Rechtsanwalts in herkömmlicher Form als Papierakte oder aber als elektronische Akte geführt wird. Wie die Vorschrift des § 50 IV BRAO zeigt, kann sich ein Rechtsanwalt zum Führen der Handakten der elektronischen Datenverarbeitung bedienen. Entscheidet er sich hierfür, muss die elektronische Aktenführung den Anforderungen standhalten, die an die in herkömmlicher Form geführte (Papier-)Akte gestellt werden (vgl. BGH NJW 2014, 3102 = NZFam 2014, 863 Rn. 13). Dass die Handakte elektronisch geführt wird, kann nicht dazu führen, dass den Rechtsanwalt im Ergebnis geringere Sorgfaltspflichten als bei herkömmlicher Aktenführung treffen (BGH NJW 2014, 3102 = NZFam 2014, 863 Rn. 14). Dies gilt nicht nur für den Akteninhalt (vgl. BGH NJW 2014, 3102 = NZFam 2014, 863 Rn. 13), sondern auch für die übergeordnete Organisation der Aktenführung. Anhand der Organisation muss insbesondere klar erkennbar sein, ob die elektronische Akte einem Rechtsanwalt zur Bearbeitung zugewiesen ist oder sich im Kanzleibetrieb befindet.

c) Nach diesen Maßstäben kann nicht ausgeschlossen werden, dass (auch) die Prozessbevollmächtigten des Kl. selbst die Versäumung der Berufungsfrist zu vertreten haben.

Nach Hinweis auf den Ablauf der eingetragenen Vorfrist haben die zuständigen Rechtsanwälte die Bearbeitung der Akte übernommen, indem sie den Entwurf einer Berufungsschrift gefertigt und diesen im zentralen elektronischen System gespeichert haben. Ausgefertigt und eingereicht wurde die Berufungsschrift zunächst nicht, weil noch eine Abstimmung mit dem Kl. erfolgen sollte. Aufgrund der Anfertigung der Berufungsschrift waren die Prozessbevollmächtigten des Kl. mit der Sache befasst und mussten für die Einhaltung der Berufungsfrist (wieder) selbst Sorge tragen. Ob ihnen eine Papierakte vorlag oder sie die elektronische Akte am Bildschirm eingesehen haben, ist dafür ohne Bedeutung (vgl. BGH NJW 2014, 3102 = NZFam 2014, 863 Rn. 14).

Dass die Prozessbevollmächtigten des Kl. der Gefahr vorgebeugt hatten, die von ihnen mit der Fristenkontrolle betrauten Mitarbeiter könnten (irrtümlich) annehmen, die sachbearbeitenden Anwälte hätten die Frist selbst im Blick, ist nicht vorgetragen. Auch unter Berücksichtigung des Weiteren Vorbringens des Kl. im Rechtsbeschwerdeverfahren ist nicht ersichtlich, auf welche Weise die Akte in den Kanzleibetrieb zurückgegeben worden ist und wie dies für die mit der Fristenkontrolle betrauten Mitarbeiter erkennbar geworden sein könnte. Auch zu einer auf die konkrete Situation ausgerichteten Weisung der Prozessbevollmächtigten des Kl. an die mit der Fristenkontrolle betrauten Mitarbeiter ist nichts dargetan. Die allgemeine Anweisung, den jeweiligen Anwalt ausnahmslos über jeden Fristablauf zu informieren, genügte den Anforderungen nicht, weil sie nicht die mit der Aktenvorlage verbundene Gefahr eines Missverständnisses aufzeigte und auch nicht konkret auf diese Gefahr einging. Nach dem Vorbringen des Kl. hat sich die Gefahr im Streitfall verwirklicht: Am Tag des Fristablaufs ging danach die zuständige Mitarbeiterin S davon aus, dass ihr der sachbearbeitende Rechtsanwalt im Laufe des Weiteren Tages eine ausdrückliche Anweisung zur Ausfertigung und Einreichung der im zentralen System im Entwurf abgespeicherten Berufungsschrift erteilen würde. Damit schrieb sie die Verantwortung für den weiteren Fortgang der Angelegenheit dem sachbearbeitenden Rechtsanwalt zu. Hätte dieser die Akte zuvor für die Mitarbeiterin unmissverständlich erkennbar in den Kanzleibetrieb zurückgegeben oder hätte es eine auf die konkrete Situation ausgerichtete Anweisung gegeben, wäre diese Annahme nicht gerechtfertigt gewesen.

Urteil des Bundesgerichtshofs vom 09.01.2020, IX ZR 61/19

Hinweispflicht auf steuerrechtlichen Beratungsbedarf

§§ 249, 675 BGB

§ 287 ZPO

§§ 22 Nr. 2, 23 EStG

1. Berät ein Rechtsanwalt eine Mandantin im Zusammenhang mit einer Scheidungsfolgenvereinbarung, hat er sie auf die Notwendigkeit der Einschaltung eines Steuerberaters hinzuweisen, sofern sich bei sachgerechter Bearbeitung wegen der Übertragung von Grundeigentum eine steuerliche Belastung nach §§ 22 Nr. 2, 23 EStG aufdrängen kann und er zu einer steuerrechtlichen Beratung nicht bereit oder imstande ist.

2. Der durch eine fehlerhafte steuerliche Beratung verursachte Schaden umfasst die Kosten eines von dem Mandanten eingeholten Wertgutachtens, mit dessen Hilfe ein geringerer Verkehrswert eines für die Steuerfestsetzung maßgeblichen Grundstücks nachgewiesen und die Steuerlast verringert werden kann.

3. Die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens gilt nicht, wenn der vernünftigerweise einzuschlagende Weg die Mitwirkung eines Dritten voraussetzt.

Sachverhalt

Die Kl. traf am 23.11.2011 mit ihrem Ehemann eine notariell beurkundete Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung. Danach verpflichtete sich die Kl., an ihren Ehemann zur Abgeltung des Zugewinnausgleichs neben einer Zahlung von 40.000 Euro ein Mietshaus zu übereignen. Bei Abschluss der Vereinbarung wurde die Kl., die Eigentümerin eines weiteren Mietshauses ist, von dem Bekl. anwaltlich beraten. Nach Umsetzung der Vereinbarung wurde gegen die Kl. wegen eines von ihr aus der Übertragung des Mietshauses erzielten Veräußerungsgewinns über 95.976 Euro von dem Finanzamt S. eine Steuer von 40.272,27 Euro festgesetzt. Aufgrund eines von der Kl. gegen eine Vergütung von 2.499 Euro eingeholten Wertermittlungsgutachtens wurde im Einspruchsverfahren ein geringerer Verkehrswert des Grundstücks festgestellt und die Steuer auf 19.006,50 Euro ermäßigt. Die steuerliche Belastung wäre gem. §§ 22 Nr. 2, 23 EStG vermeidbar gewesen, wenn die Kl. das andere ihr gehörende Mietshaus, für das die Spekulationsfrist bereits abgelaufen war, ihrem Ehemann übereignet hätte. Mit vorliegender Klage verlangt die Kl. von dem Bekl. Erstattung des Steuerbetrags von 19.006,50 Euro sowie der Kosten des von ihr eingeholten Sachverständigengutachtens von 2.499 Euro, also insgesamt 21.505,50 Euro.

Nach Abweisung der Klage durch das LG Schwerin (Urt. v. 19.7.2017 – 3 O 80/15) hat das OLG Rostock (Urt. v. 26.2.2019 – 24 U 1/17 BeckRS 2019, 17743) den Bekl. zur Zahlung von 13.663 Euro verurteilt. Mit der von dem BerGer. zugelassenen Revision verfolgte der Bekl. sein Klageabweisungsbegehren weiter. Die Revision führte zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Aus den Gründen

I. Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Der dem Bekl. erteilte Beratungsauftrag habe sich nicht ausdrücklich auf eine Beratung der Kl. in steuerlicher Hinsicht erstreckt. Dieser Umstand entlaste den Bekl. nicht von Hinweispflichten. Der Bekl. habe die Kl. darauf hinweisen müssen, dass die geplante Grundstücksübertragung nicht im Einzelnen überschaubare steuerliche Auswirkungen haben könne. Der Hinweis wäre nur entbehrlich gewesen, wenn die Kl. – was nicht festgestellt sei – von sich aus erklärt hätte, keine Beratung in steuerlicher Hinsicht zu benötigen.

Die steuerlichen Nachteile stellten einen ersatzfähigen Schaden dar. Der Kl. komme die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens zugute, weil bei richtiger Beratung vernünftigerweise nur die Entscheidung nahegelegen hätte, die steuerliche Belastung durch die Übertragung des anderen Grundstücks zu vermeiden. Es bestünden keine vernünftigen Zweifel, dass sich die Eheleute bei zutreffender Beratung für diesen Weg entschieden hätten.

Ein Steuerschaden sei nicht iHv 19.006,50 Euro nachgewiesen, weil der Nachforderungsbetrag auch andere Einkünfte umfasst habe. Als Mindestschaden hinsichtlich der Spekulationssteuer könne gem. § 287 ZPO ein Betrag von 11.164 Euro angesetzt werden. Ersatzfähig seien auch die Kosten von 2.499 Euro für das von der Kl. eingeholte Sachverständigengutachten. Es entlaste den Bekl. nicht, dass die Steuer wegen einer unzutreffenden Wertangabe des Notars zunächst zu hoch angesetzt worden sei. Dies ändere nichts an dem adäquaten Kausalzusammenhang, weil der Schaden bei zutreffender Beratung nicht eingetreten wäre.

II. Diese Ausführungen halten in einem Punkt rechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Zutreffend ist die Würdigung des BerGer., dass dem Bekl. eine Pflichtverletzung anzulasten ist, weil er es versäumt hat, die Kl. im Rahmen des auf die zivilrechtliche Beratung beschränkten Mandats auf mögliche mit der Übertragung des Grundstücks verbundene steuerliche Unwägbarkeiten hinzuweisen.

a) Umfang und Inhalt der vertraglichen Pflichten eines Rechtsanwalts richten sich nach dem jeweiligen Mandat und den Umständen des einzelnen Falls. In den Grenzen des ihm erteilten Auftrags ist der Rechtsanwalt grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet. Unkundige muss er über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren. Er hat dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziele führen, und den Eintritt von Nachteilen oder Schäden zu verhindern, die voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er ihn auch über mögliche Risiken aufzuklären (BGH NJW 2018, 2476 = WM 2018, 1988 Rn. 8).

Das dem Bekl. als Allgemeinanwalt erteilte Mandat beschränkte sich auf die zivilrechtliche Beratung der Kl. bei Abschluss der Scheidungsfolgenvereinbarung. Eine steuerrechtliche Beratung, die einen zugleich als Fachanwalt für Steuerrecht tätigen Rechtsanwalt treffen kann (vgl. BGH NJW 1988, 563 [565]; NJW 1996, 842 [845]), oblag dem Bekl., dessen Auftrag sich auf Fragen des Zugewinnausgleichs beschränkte, nicht. Die zivilrechtliche Beratung der Kl. durch den Bekl. lässt keine Fehler erkennen.

b) Dem Bekl. ist indessen als Pflichtverletzung vorzuwerfen, die Kl. nicht über die Notwendigkeit der Beteiligung eines Steuerberaters bei Abschluss der Scheidungsfolgenvereinbarung unterrichtet zu haben.

aa) Bei einem gegenständlich beschränkten Mandat kann der Rechtsanwalt zu Hinweisen und Warnungen außerhalb des eigentlichen Vertragsgegenstands verpflichtet sein. Voraussetzung derartiger Pflichten ist, dass die dem Mandanten drohenden Gefahren dem Anwalt bekannt oder für ihn offenkundig sind oder sich ihm bei ordnungsgemäßer Bearbeitung des Mandats aufdrängen; Voraussetzung ist weiter, dass der Anwalt Grund zu der Annahme hat, dass der Auftraggeber sich der Gefahren nicht bewusst ist (BGH NJW 2018, 2476 = WM 2018, 1988 Rn. 12).

bb) Der Bekl. war verpflichtet, die Kl. bei der Beratung über die Scheidungsfolgenvereinbarung wegen der dort vorgesehenen Grundstücksübertragung und der damit gem. §§ 22 Nr. 2, 23 EStG möglicherweise verbundenen steuerlichen Belastungen auf die Notwendigkeit der Einschaltung eines Steuerberaters hinzuweisen. Die Gefahr einer der Kl. nicht bewussten steuerlichen Belastung drängte sich bei ordnungsgemäßer Bearbeitung des Mandats auf.

(1) Grundsätzlich umfasst das einem Allgemeinanwalt erteilte Mandat nicht die Beratung und Belehrung in Steuersachen, weil Mandanten zwischen einer anwaltlichen Beratung in Steuersachen und auf anderen Rechtsgebieten unterscheiden (Vill in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, HdB der Anwaltshaftung, 4. Aufl., § 2 Rn. 301). Deswegen können von einem Allgemeinanwalt keine Spezialkenntnisse auf dem Gebiet des Steuerrechts verlangt werden (Fahrendorf in Fahrendorf/Mennemeyer, Die Haftung des Rechtsanwalts, 9. Aufl., Rn. 561). Allerdings muss der Rechtsanwalt bei ordnungsgemäßer Bearbeitung eines familienrechtlichen Mandats typischerweise auftretende steuerlich bedeutsame Fragestellungen erkennen und, wenn er die Beratung nicht selbst übernimmt, den Mandanten insoweit zur Klärung an einen Steuerberater verweisen (vgl. RG JW 1932, 2855; BGH DNotZ 1970, 48 [50]; Jungk in Borgmann/Jungk/Schwaiger, Anwaltshaftung, 6. Aufl., Kap. IV. Rn. 74; Greger/Heinemann in Vollkommer/Greger/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, 4. Aufl., § 28 Rn. 107; Hübner NJW 1989, 5 [7]; Vill in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, § 2 Rn. 302).

(2) Der Bekl. hätte hier erkennen können und müssen, dass die Übertragung eines Mietshauses im Rahmen einer Scheidungsfolgenvereinbarung nachteilige steuerliche Auswirkungen für die von ihm beratene Mandantin haben konnte. Im familienrechtlichen Schrifttum war geraume Zeit vor der hier erfolgten Eigentumsübertragung darauf hingewiesen worden, dass die Leistung von Grundbesitz an Erfüllung statt für Zugewinnausgleichsansprüche eine entgeltliche Veräußerung iSd §§ 22 Nr. 2, 23 EStG bilden kann (Karasek FamRZ 2002, 590; Schröder FamRZ 2002, 1010; Feuersänger FamRZ 2003, 645; Engels FF 2004, 285; Münch ZNotP 2005, 2). Zusätzlich war in der einschlägigen Kommentarliteratur zum Zeitpunkt der Beratung ausdrücklich betont worden, dass die Übertragung eines Grundstücks an den Ehegatten unter Anrechnung auf den Zugewinnausgleich ein steuerpflichtiges Veräußerungsgeschäft bilden kann (vgl. Palandt/Brudermüller, BGB, 70. Aufl. 2011, § 1378 Rn. 2; MüKoBGB/Koch, 6. Aufl., § 1378 Rn. 43). Dem Bekl. ist als Pflichtwidrigkeit anzulasten, einen Hinweis auf die bei dieser Sachlage gebotene Hinzuziehung eines Steuerberaters zur Klärung der steuerlichen Fragen versäumt zu haben.

2. Auch im Blick auf die Schadensbemessung ist die angefochtene Entscheidung nicht zu beanstanden.

a) Soweit das BerGer. den Steuerschaden in Anwendung von § 287 ZPO mit 11.164 Euro veranschlagt, werden von der Revision keine Rügen erhoben. Rechtsfehler sind insofern nicht ersichtlich.

b) Erstattungsfähig sind ferner die der Kl. erwachsenen Gutachterkosten iHv 2499 Euro.

aa) Ausgangspunkt jeder Schadensberechnung bildet die Differenzhypothese. Ob und inwieweit ein nach §§ 249 ff. BGB zu ersetzender Vermögensschaden vorliegt, beurteilt sich nach einem Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre. Die Differenzhypothese umfasst zugleich das Erfordernis der Kausalität zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und einer dadurch eingetretenen Vermögensminderung. Nur eine Vermögensminderung, die durch das haftungsbegründende Ereignis verursacht ist, das heißt ohne dieses nicht eingetreten wäre, ist als ersatzfähiger Schaden anzuerkennen. Nach der Äquivalenztheorie ist jede Bedingung kausal, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfielen. Dabei ist zu beachten, dass zur Feststellung des Ursachenzusammenhangs nur die pflichtwidrige Handlung hinweggedacht, nicht aber weitere

Umstände hinzugedacht werden dürfen. Die sich aus der Äquivalenz ergebende weite Haftung für Schadensfolgen grenzt die Rechtsprechung durch die weiteren Zurechnungskriterien der Adäquanz des Kausalverlaufs und des Schutzzwecks der Norm ein (BGH NJW 2013, 2345 = WM 2013, 1323 Rn. 20).

bb) Danach hat der Bekl. den gesamten durch die pflichtwidrige Handlung adäquat verursachten Schaden der Kl. zu tragen. Bildet – wie hier – eine Vermögensverletzung den Haftungsgrund, sind diejenigen adäquat verursachten Rechtsverfolgungskosten zu ersetzen, die aus Sicht des Schadensersatzgläubigers zur Wahrnehmung und Durchsetzung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren (BGH NJW 2004, 444 = WM 2004, 475 [478 unter cc]). Dazu können selbst die Kosten eines objektiv unberechtigten Rechtsstreits gehören, falls der Geschädigte ihn vernünftigerweise für erforderlich halten durfte, um den Schaden abzuwenden oder gering zu halten (BGHZ 193, 297 = NJW 2012, 3165 Rn. 48). Im Streitfall war die Beauftragung des Sachverständigen zweckmäßig, weil das von ihm erstellte Wertgutachten im Einspruchsverfahren zu einer Minderung der Steuerlast führte. Mithin sind die Gutachterkosten, die in einem angemessenen Verhältnis zu der erzielten Steuerminderung stehen, als sachgerechte Aufwendungen der Rechtsverfolgung von dem Bekl. zu erstatten.

3. Jedoch kann dem BerGer. nicht gefolgt werden, soweit es einen Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden als erwiesen erachtet.

a) Im Rahmen von Verträgen mit rechtlichen oder steuerlichen Beratern gilt die Vermutung, dass der Mandant beratungsgemäß gehandelt hätte, nur, wenn im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte Entschließung des zutreffend unterrichteten Mandanten mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre. Voraussetzung sind danach tatsächliche Feststellungen, die im Falle sachgerechter Aufklärung durch den Berater aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahegelegt hätten (BGH NJW 2015, 3447 = WM 2015, 1622 Rn. 25). Kommen mehrere objektiv gleich vernünftige Verhaltensweisen in Betracht, hat der Mandant grundsätzlich den Weg zu bezeichnen, für den er sich entschieden hätte (BGH NJW 2015, 3447 = WM 2015, 1622 Rn. 27). Ist für die behauptete Vorgehensweise notwendigerweise die Bereitschaft Dritter erforderlich, den beabsichtigten Weg mitzugehen, muss der Mandant dessen Bereitschaft hierzu im damaligen maßgeblich Zeitpunkt darlegen und beweisen (BGH NJW 2015, 3447 = WM 2015, 1622 Rn. 28).

b) Nach diesen Grundsätzen findet hier die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens keine Anwendung. Es mag zwar sein, dass für die Kl. zur Vermeidung des Steuernachteils die Alternative der Übertragung des anderen Mietshauses auf den Ehemann nahelag. Diese Alternative erforderte jedoch die Bereitschaft des Ehemanns, diese anstelle der tatsächlich übertragenen Immobilie zu übernehmen. Ob diese Bereitschaft bestand, ist bislang nicht geklärt. Deswegen findet die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens keine Anwendung.

III. Die Sache ist gem. § 563 I ZPO an das BerGer. zurückzuverweisen. Dieses wird in der wiedereröffneten mündlichen Verhandlung zu klären haben, ob der Ehemann mit der Übereignung des anderen Mietshauses einverstanden gewesen wäre. Die Vernehmung des Notars als Zeuge hat das Erstgericht dahin gewürdigt, dass der Ehemann der Kl. gerade am Erwerb des ihm tatsächlich übertragenen Grundstücks interessiert gewesen sei. Soweit der Ehemann der Kl. in Einklang mit einer schriftlichen Erklärung bekundet hat, ihm sei „letztlich egal“ gewesen, welche Immobilie er erhalte, hat das Erstgericht die Aussage als unglaubhaft eingestuft hat. Von dieser Würdigung darf das BerGer. nicht ohne eigene Anhörung der Zeugen abweichen (vgl. BGH GRUR-RR 2012, 312 Ls. = BeckRS 2012, 7782 = GuT 2012, 181 Rn. 6; NJW 2015, 74 Rn. 23 jew. mwN).

Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20.04.2023, IX ZR 209/21

Beratungsbedarf bei Vergleichen

§§ 280, 675 BGB

- 1. Der Rechtsanwalt ist im Grundsatz gehalten, den Mandanten in die Lage zu versetzen, eine eigenverantwortliche und sachgerechte Entscheidung über den Abschluss eines Vergleichs zu treffen; hierzu hat er den Mandanten über die Vor- und Nachteile des Vergleichs zu beraten.**
- 2. Die Beratungsbedürftigkeit des Mandanten entfällt erst dann, wenn der Mandant aus anderen Gründen über die Vor- und Nachteile des Vergleichs im Bilde ist; dies hat der Rechtsanwalt darzulegen und zu beweisen.**

Sachverhalt

Der Kläger nimmt den beklagten Rechtsanwalt auf Schadensersatz in Anspruch. Er wirft dem Beklagten vor, über die Folgen eines (Abfindungs-)Vergleichs nicht ordnungsgemäß beraten zu haben.

Der Kläger beauftragte einen Garten- und Landschaftsbaubetrieb mit Drainage- und Abdichtungsarbeiten an seinem Hausgrundstück. Nach Durchführung der Arbeiten beklagte der Kläger Feuchteschäden an seinem Haus. Er beauftragte einen Privatsachverständigen und den Beklagten. Der Privatsachverständige erstellte ein Gutachten und ein Nachtragsgutachten. Nachdem außergerichtliche Bemühungen des Beklagten gescheitert waren, leitete dieser ein selbständiges Beweisverfahren ein. Der gerichtliche Sachverständige führte einen ersten Ortstermin durch, in dem er sich ein äußerliches Bild von den Gegebenheiten machte. Aufgrabungen zu einer näheren Begutachtung des Werks des Garten- und Landschaftsbaubetriebs wurden nicht vorgenommen. Im Anschluss an den ersten Ortstermin erstellte der Sachverständige einen Zwischenbericht, in dem er mit hoher Wahrscheinlichkeit Arbeiten an der Drainage für erforderlich hielt und darauf hinwies, dass ein Teil der Mängelbeseitigungskosten Sowieso-Kosten sein könnten.

Anlässlich eines zweiten Ortstermins am 26. Juli 2017 stand ein Bagger bereit, mit dessen Hilfe die zur näheren Begutachtung der Arbeiten des Garten- und Landschaftsbaubetriebs erforderlichen Aufgrabungen vorgenommen werden sollten. Auf Seiten des Klägers nahmen an dem Ortstermin dessen Ehefrau, der Beklagte und der beauftragte Privatsachverständige teil. Der Kläger selbst war nicht anwesend. Noch vor Beginn der Aufgrabungen kam es zu Vergleichsgesprächen. Schlussendlich wurde ein durch gerichtlichen Beschluss vom 4. Oktober 2017 bestätigter Vergleich geschlossen, durch den sämtliche wechselseitigen Ansprüche aus dem Vertrag über die Drainage- und Abdichtungsarbeiten abgegolten und erledigt sein sollten.

Der Kläger behauptet, die tatsächlichen Mängelbeseitigungskosten betrügen mehr als das Vierfache der Vergleichssumme von 55.000 €. Er verlangt von dem Beklagten – zum Teil im Wege eines Feststellungsantrags – Schadensersatz in Höhe der Differenz zwischen Vergleichssumme und Mängelbeseitigungskosten.

Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO zurückgewiesen. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger den geltend gemachten Schadensersatzanspruch in vollem Umfang weiter.

Aus den Gründen

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des die Berufung zurückweisenden Beschlusses sowie zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat eine Pflichtverletzung des Beklagten verneint. Die im streitbefangenen Vergleich verwendete Abgeltungsklausel habe zu keiner besonderen Beratungspflicht geführt. Es hätten keine Prognoseschwierigkeiten bestanden, wie sie sich etwa im Falle eines komplexen Personenschadens ergeben könnten. Das Gegenteil sei der Fall gewesen. Der Sachverhalt sei einfach zu klären gewesen und die künftige Entwicklung, das heißt die Frage, ob Feuchtigkeitsschäden drohten, sei leicht zu beurteilen gewesen. Es wäre allein erforderlich gewesen, die Begutachtung im selbständigen Beweisverfahren fortzusetzen. Mögliche technische Unkenntnisse des Klägers habe der von ihm beigezogene Privatsachverständige ausgeglichen.

Die Bedeutung von Abgeltungsklauseln in gerichtlichen und außergerichtlichen Vergleichen sei dem verständigen Verbraucher bekannt. Der Kläger habe nicht substantiiert dargelegt, dass er abweichend von einem verständigen Mandanten die Bedeutung einer Abgeltungsklausel nicht gekannt und der Beklagte dies erkannt habe. Es habe auch kein atypischer Fall vorgelegen, der Aufklärungspflichten ausgelöst habe. Es habe vielmehr eine klassische Vergleichssituation vorgelegen. Die weitere Beweiserhebung hätte auch zu Ungunsten des Klägers ausgehen können.

II. Die Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf, ist der Rechtsanwalt grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Beratung des Auftraggebers verpflichtet. Unkundige muss er über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren. In den Grenzen des Mandats hat er dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziel zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist (BGH, Urteil vom 1. März 2007 – IX ZR 261/03, BGHZ 171, 261 Rn. 9 mwN; vom 21. Juni 2018 – IX ZR 80/17, WM 2018, 1988 Rn. 8; vom 16. September 2021 – IX ZR 165/19, DB 2021, 2484 Rn. 27; st. Rspr.).

Ziel der anwaltlichen Rechtsberatung ist es danach, dem Mandanten eigenverantwortliche, sachgerechte (Grund-)Entscheidungen („Weichenstellungen“) in seiner Rechtsangelegenheit zu ermöglichen. Dazu muss sich der Anwalt über die Sach- und Rechtslage klarwerden und diese dem Auftraggeber verständlich darstellen. Der Mandant benötigt, insbesondere wenn er juristischer Laie ist, nicht unbedingt eine vollständige rechtliche Analyse, sondern allein die Hinweise, die ihm im Hinblick auf die aktuelle Situation und sein konkretes Anliegen die notwendige Entscheidungsgrundlage liefern. Erscheint unter mehreren rechtlich möglichen Alternativen die eine deutlich vorteilhafter als die andere, hat der Anwalt darauf hinzuweisen und eine entsprechende Empfehlung zu erteilen (BGH, Urteil vom 1. März 2007, aaO Rn. 10; vom 16. September 2021, aaO Rn. 28).

2. Zu den entscheidenden Weichenstellungen in einer Rechtsangelegenheit zählt die Frage, ob diese durch einen Vergleich beendet werden soll. Auch hier muss der Mandant in die Lage versetzt werden, eine eigenverantwortliche und sachgerechte Entscheidung zu treffen. Dazu bedarf es in aller Regel einer anwaltlichen Beratung, deren Art und Umfang nicht generell abstrakt festgelegt werden kann. Die konkreten Umstände des Einzelfalls bestimmen vielmehr, in welcher Art und in welchem Umfang der Mandant zu beraten ist.

Um eine eigenverantwortliche und sachgerechte Entscheidung über den Abschluss eines Vergleichs treffen zu können, muss der Mandant insbesondere um die Vor- und Nachteile einer (vorzeitigen) Beendigung seiner Rechtsangelegenheit durch Vergleich wissen. Eine Beendigung der Angelegenheit durch Vergleich kann für den Mandanten derart nachteilig sein, dass der Rechtsanwalt vom Vergleichsschluss abzuraten hat. Muss der Anwalt abraten, hat das Auswirkungen auf die haftungsausfüllende Kausalität. Der Beweis des ersten Anscheins spricht dann dafür, dass der Mandant dem Vorschlag des Anwalts, von einem Vergleichsschluss abzusehen, gefolgt wäre (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2000 – IX ZR 372/98, WM 2000, 1353 f, 1355; vom 11. März 2010 – IX ZR 104/08, NJW 2010, 1357 Rn. 8; Beschluss vom 26. Januar 2012 – IX ZR 222/09, BeckRS 2012, 3733 Rn. 2; Urteil vom 14. Juli 2016 – IX ZR 291/14, NJW 2016, 3430 Rn. 8).

Die Frage, ob der Rechtsanwalt über die Vor- und Nachteile eines Vergleichs zu beraten hat, ist unabhängig vom vorgesehenen Inhalt des Vergleichs. Soweit der Bundesgerichtshof in der Vergangenheit darauf hingewiesen hat, die Beratungspflicht greife in besonderem Maße, wenn es sich um einen Abfindungsvergleich handele (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2000, aaO S. 1354; vom 11. März 2010, aaO; Beschluss vom 26. Januar 2012, aaO), betrifft dies nicht das „Ob“ der Beratung. Ist der Mandant über die Vor- und Nachteile des Vergleichs nicht bereits aus anderen Gründen im Bilde, muss er in jedem Fall entsprechend beraten werden. Zwar kann ein Abfindungsvergleich besondere Risiken für den Mandanten mit sich bringen (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 2021 – IX ZR 223/20, WM 2022, 2088 Rn. 8). Das bedeutet aber nicht, dass der Mandant nicht oder nur in abgeschwächtem Maße über die Vor- und Nachteile eines Vergleichs zu beraten ist, der keine Abfindungsregelung enthält. Die Kenntnis der Vor- und Nachteile eines Vergleichs ist Grundvoraussetzung für eine eigenverantwortliche und sachgerechte Entscheidung des Mandanten. Der hierzu notwendige Beratungsaufwand wächst mit der Komplexität des vorgesehenen Vergleichs und dessen (Abfindungs-)Folgen; das geschuldete Beratungsergebnis bleibt aber immer das Gleiche. Der Mandant muss in die Lage versetzt werden, eine eigenverantwortliche und sachgerechte Entscheidung zu treffen.

3. Nicht jeder Mandant ist beratungsbedürftig. Das gilt auch im Falle der beabsichtigten Beendigung einer Rechtsangelegenheit durch Vergleich. Ist der Mandant aus anderen Gründen über die Vor- und Nachteile im Bilde und deshalb in der Lage, eine eigenverantwortliche und sachgerechte Entscheidung über den Vergleich zu treffen, bedarf es keiner (zusätzlichen) Beratung durch den Rechtsanwalt.

Da der umfassend vorinformierte und deshalb nicht beratungsbedürftige Mandant in der Rechtswirklichkeit die Ausnahme bildet, hat der Rechtsanwalt grundsätzlich von der Beratungsbedürftigkeit auszugehen. Dies gilt selbst gegenüber rechtlich vorgebildeten und wirtschaftlich erfahrenen Mandanten (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 1997 – IX ZR 153/96, ZIP 1998, 648; vom 26. Oktober 2000 – IX ZR 289/99, NJW 2001, 517, 518; vom 12. Februar 2004 – IX ZR 246/02, WM 2004, 2034, 2036). Der anwaltlich vertretene Mandant hat Anspruch darauf, dass er die erforderliche Beratung erhält. Er muss die Beratung nicht durch eigene Überlegungen ersetzen und erst recht keinen weiteren Berater hinzuziehen. Die Beratungsbedürftigkeit entfällt nicht schon deshalb, weil der Mandant von sich aus in der Lage wäre, die notwendigen Schlüsse zu ziehen (vgl. BGH, Urteil vom 9. Dezember 1999 – IX ZR 129/99, WM 2000, 959, 961; vom 10. Mai 2012 – IX ZR 125/10, BGHZ 193, 193 Rn. 20). Der Rechtsanwalt darf deshalb nur dann von einer (weiteren) Beratung des Mandanten absehen, wenn dieser über die erforderlichen Informationen bereits verfügt. Das hat Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast. Behauptet der Rechtsanwalt im Regressprozess, der Mandant sei umfassend informiert und deshalb nicht beratungsbedürftig gewesen, trifft ihn insoweit die Beweislast (vgl. BGH, Urteil vom 26. Oktober 2000, aaO; Weinland in Henssler/Gehrlein/Holzinger, Handbuch der Beraterhaftung, 2. Aufl., Kapitel 3 Rn. 241; Vill in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Pape/Chab, Handbuch der Anwaltshaftung, 5. Aufl., § 2 Rn. 98).

4. Die vorstehenden Grundsätze hat das Berufungsgericht in rechtserheblicher Weise verkannt.

a) Das Berufungsgericht trifft keine Feststellungen, dass der Beklagte den Kläger (oder seine ihn vertretende Ehefrau) über den Inhalt des Vergleichs, insbesondere im Hinblick auf die Abgeltungsklausel beraten hätte. Revisionsrechtlich ist daher davon auszugehen, dass der Beklagte den Kläger insoweit nicht beraten hat. Soweit das Berufungsgericht prüft, ob die im Vergleich verwendete Abgeltungsklausel eine besondere Beratungspflicht des Beklagten auslösen könnte, ist dies rechtsfehlerhaft. Der Anwaltsvertrag verpflichtete den Beklagten, den Kläger über Vor- und Nachteile und damit auch über die rechtlichen Wirkungen des Vergleichs aufzuklären. Diese Pflicht besteht bei jeder Abgeltungsklausel. Inhalt und Komplexität des Vergleichs beeinflussen lediglich Art und Umfang der Beratungspflichten.

Es trifft auch nicht zu, dass es keine Prognoseschwierigkeiten gab. Im maßgeblichen Zeitpunkt vor Abschluss des Vergleichs war nicht abschließend geklärt, in welchem Umfang das Werk des Garten- und Landschaftsbaubetriebs mangelhaft war und ob im Zuge der durchgeführten Arbeiten das Eigentum des Klägers beschädigt worden war. Anders als bei einer bezifferten Leistungsklage gab es noch nicht einmal eine abschließende Vorstellung über die Höhe der entstehenden Mangelbeseitigungskosten und der vom Kläger zu tragenden Sowieso-Kosten. Dazu hätte erst das selbständige Beweisverfahren geführt. Dass die bestehenden Unklarheiten durch die Fortsetzung der Begutachtung durch den Sachverständigen hätten zeitnah beseitigt werden können, ändert nichts daran, dass die Lage vor Abschluss des Vergleichs unklar war. Die unklare Lage im Zusammenspiel mit der Abgeltungsklausel verpflichtete den Beklagten, den Kläger darüber aufzuklären, dass er mit dem Vergleich das Risiko übernahm, dass die tatsächlichen Mangelbeseitigungskosten die Vergleichssumme von 55.000 € übersteigen könnten, der Kläger solche Mehrkosten selbst zu tragen hätte und ihr Ausmaß zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses nicht feststand.

b) Feststellungen zur vom Beklagten durchgeführten Beratung waren nicht entbehrlich. Rechtsfehlerhaft meint das Berufungsgericht, der Kläger habe nicht ausreichend aufgezeigt, dass er die Bedeutung der Abgeltungsklausel nicht gekannt und der Beklagte dies erkannt habe. Hat der Rechtsanwalt – wovon im Streitfall revisionsrechtlich auszugehen ist – seinen Mandanten nicht oder nicht ausreichend über die Vor- und Nachteile eines Vergleichs beraten und aufgeklärt, trifft den Rechtsanwalt die Darlegungs- und Beweislast, dass der Mandant in dieser Hinsicht nicht beratungsbedürftig gewesen ist. Die Feststellungen des Berufungsgerichts genügen diesem Maßstab nicht.

Maßgeblich ist, ob der Kläger das für ihn aufgrund der Abgeltungsklausel des Vergleichs bestehende Risiko im Streitfall tatsächlich und zutreffend erkannt hat. Hingegen ist es – anders als das Berufungsgericht meint – unerheblich, ob das Risiko für den Kläger oder seine für ihn im zweiten Ortstermin auftretende Ehefrau aufgrund gemachter Erfahrungen oder zugerechneten Fachwissens des hinzugezogenen Privatsachverständigen erkennbar war. Zwar musste der Kläger keine nähere Vorstellung von dem Unterschiedsbetrag zwischen den tatsächlichen Mangelbeseitigungskosten und der Vergleichssumme haben. Erforderlich war aber die Kenntnis, dass man möglicherweise einen ganz erheblichen Teil der Mangelbeseitigungskosten selbst zu tragen haben würde. Zu einer solchen Kenntnis hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

III. Der angefochtene Beschluss ist danach aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO). Eine eigene Sachentscheidung kann der Senat nicht treffen, weil die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das Berufungsgericht wird die Voraussetzungen des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs neu zu prüfen haben.