
Datum: 29.01.2002
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 28 U 117/01
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2002:0129.28U117.01.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 11 O 404/00

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 28. Mai 2001 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von der Darstellung des	1
<u>Tatbestandes</u>	2
wird nach § 543 Abs.1 ZPO abgesehen.	3
<u>Entscheidungsgründe</u>	4
Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet.	5
I. Dem Kläger steht nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung gegen den Beklagten kein Anspruch auf Zahlung von 13.466,89 DM zu. Es kann schon nicht festgestellt werden, daß der Beklagte eine ihm aufgrund des übernommenen Mandates, Werkvertragsansprüche des Klägers gegen die Firma C. GmbH durchzusetzen, obliegende Pflicht verletzt hat, indem er eine falsche Auskunft über die Eintrittspflicht der vom Kläger abgeschlossenen Rechtsschutzversicherung für das vom Beklagten namens des Klägers beantragte selbständige Beweissicherungsverfahren erteilt oder sich nach seinem eigenen	6

Vortrag nicht nach dem Bestehen einer solchen Rechtsschutzversicherung erkundigt hat.

1. Aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme in erster Instanz kann nicht festgestellt werden, daß der Kläger dem Beklagten bei der Auftragserteilung das Bestehen einer Rechtsschutzversicherung mitgeteilt und dieser die falsche Auffassung vertreten hat, die Durchsetzung etwaiger Werkvertragsansprüche gegen die Firma C GmbH fielen nicht unter das versicherte Risiko. 7

a. Daß die vom Kläger behauptete Erklärung des Beklagten über eine ausgeschlossene Eintrittspflicht der Rechtsschutzversicherung falsch gewesen wäre, hat der Beklagte in der ersten Instanz selbst nicht angezweifelt. Soweit in der Berufungserwiderung pauschal bestritten wird, daß das Risiko vom abgeschlossenen Versicherungsvertrag erfaßt ist, muß dem nicht weiter nachgegangen werden. Insoweit ergeben sich schon aus dem Inhalt der beigezogenen Akten des Rechtsstreites 12 O 198/99 Landgericht Münster = 24 U 72/00 Oberlandesgericht Hamm ausreichende Anhaltspunkte für eine vom Senat aufgrund eigener Sachkunde zu treffenden Feststellung, daß Versicherungsschutz für die durchzusetzenden Ansprüche bestand. In diesem Verfahren, in dem der Kläger Ansprüche aus dem mit der Firma C GmbH abgeschlossenen Werkvertrag im Wege der Widerklage geltend gemacht hat, hat die Rechtsschutzversicherung Deckungszusage für die Durchsetzung der Ansprüche des Klägers erteilt. Es liegt auch auf der Hand, daß der ohne Eingriff in die Bausubstanz erfolgte Isolieranstrich keine baugenehmigungspflichtige Umbaumaßnahme darstellte. Soweit die Frage der Eintrittspflicht der Rechtsschutzversicherung zwischen den Parteien erörtert worden ist, oblag dem Beklagten im Rahmen der dadurch übernommenen Beratung dann auch die Pflicht, dem Kläger eine zutreffende Auskunft zu erteilen. 8

b. Die Frage, ob die vom Beklagten bestrittene Auskunft der Sache nach falsch gewesen wäre, kann letztlich dahinstehen. Dem Kläger ist nämlich der Nachweis nicht gelungen, daß bei der Auftragserteilung die vom Kläger abgeschlossene Rechtsschutzversicherung überhaupt erörtert worden ist. 9

aa. Ist zwischen den Parteien, wie im vorliegenden Fall streitig, ob der Anwalt die nach der Sach- und Rechtslage gebotene Beratung vorgenommen oder Belehrung erteilt hat, dann hat zwar nicht der Anwalt die Erfüllung dieser Pflicht zu beweisen, sondern die Beweislast liegt beim Mandanten, weil die Pflichtverletzung des Anwaltes die Tatbestandsvoraussetzung eines Schadensersatzanspruches nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung ist. Daran ändert auch nichts der Umstand, daß dem Mandanten der schwierige Nachweis einer negativen Tatsache - Fehlen der geschuldeten Belehrung oder Beratung - auferlegt wird. Diesem Umstand trägt die höchstrichterliche Rechtsprechung aber durch eine gestufte Darlegungslast Rechnung: Der Anwalt darf sich nicht darauf beschränken, pauschal eine unterlassene Belehrung zu bestreiten. Er hat nach gefestigter Rechtsprechung vielmehr zunächst Zeit, Umstände, Art und Inhalt der erteilten Belehrung und den Verlauf des Beratungsgesprächs, insbesondere auch die Reaktionen des Mandanten auf die erteilten Ratschläge konkret darzulegen. Erst dann hat der Mandant eine solche konkrete Behauptung der Erfüllung der Belehrungspflicht auszuräumen (vgl. Fischer in „Handbuch der Anwaltshaftung“ Rdn. 1004 ff.; BGH in NJW-RR 1999, 641 [642]; 1994, 3295 [3299 unter 2.]; NJW 1993, 1139 (1140 unter c); NJW 1987, 1322 ff.). 10

Kommt der Anwalt seiner Darlegungslast nicht nach, gilt die Darstellung des Mandanten gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden. Der Anwalt muß allerdings den Ablauf des Gesprächs nicht in allen Einzelheiten darstellen. Damit wäre er häufig in Anbetracht der seither vergangenen Zeit überfordert. Der rechtliche Berater kann einen entsprechenden, längere Zeit zurückliegenden Vorgang in der Regel nur dann umfassend darstellen, wenn er 11

ihn in unmittelbarem zeitlichen Anschluß schriftlich festgehalten hat. Das würde seine Arbeit jedoch im Hinblick auf die Vielzahl der von ihm wahrzunehmenden Aufgaben unzumutbar erschweren und widerspräche häufig auch dem aus der Beauftragung entstandenen Vertrauensverhältnis zum Mandanten. Daher genügt es, wenn der Berater im Prozeß die wesentlichen Punkte des Gesprächs in einer Weise darstellt, die erkennen läßt, daß er den ihm obliegenden Aufklärungs- und Hinweispflichten gerecht geworden ist (vgl. BGH in NJW 1996, 2571 ff.).

Diese Darlegungslast hat der Beklagte erfüllt. Konkretere Angaben als das Bestreiten eines vom Kläger erteilten Hinweises auf eine bestehende Rechtsschutzversicherung und der vom Kläger behaupteten Auskunft zur ausgeschlossenen Eintrittspflicht der Rechtsschutzversicherung konnte der Beklagte zu dieser „negativen“ Tatsache nicht machen. Insoweit kann die Behauptung des Klägers nicht gemäß § 138 ZPO als zugestanden angesehen werden, sondern ihn trifft die volle Beweislast des § 286 ZPO für die haftungsbegründende Kausalität einer Pflichtverletzung. 12

bb. Der Kläger kann sich insoweit auch nicht auf eine für ihn streitende tatsächliche Vermutung aufgrund einer Lebenserfahrung berufen. Es steht hier ein individuelles Verhalten einer Person in Frage, für das es grundsätzlich keine Lebenserfahrung gibt (vgl. insoweit Palandt-Heinrichs, 60. Aufl., BGB vor § 249 Rdn. 165; (FN 2) BGH in NJW-RR 2000, 569 [572]; sowie die Nachweise bei BGH in NJW 1993, 3259 [3260 zu d.]; (FN 1) OLG München in NJW-RR 1995, 1525 [1526]). Die für die „Vermutung des beratungsgemäßen Verhaltens“ anerkannte Ausnahme greift hier nicht ein. Zwar spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, daß derjenige, der den Rat eines Fachmannes erbittet, einem klar und eindeutig erteilten Rat auch befolgt und sich nicht unvernünftig einem solchen Rat verschließt. Den Hinweis auf die Rechtsschutzversicherung will der Kläger aber nicht aufgrund einer Beratung des Beklagten, sondern aus eigenem Antrieb erteilt haben. Mag auch grundsätzlich wenig dafür sprechen, daß der Kläger in Hinblick auf die von dem Beklagten - nach dessen eigenem Vortrag - angesprochen erheblichen Kosten des Beweissicherungsverfahrens eine bestehende Rechtsschutzversicherung verschwiegen hat, so kann doch auch nicht ausgeschlossen werden, daß sich der Kläger schon vor der Beauftragung des Beklagten die rechtsirrigere Auffassung, es bestehe kein Versicherungsschutz, gebildet und aus diesem Grunde den Beklagten - wie auch später zunächst die neuen Prozeßbevollmächtigten - nicht über die Rechtsschutzversicherung informiert hat. Auf eine solche Möglichkeit hat der Beklagte schon mit Schriftsatz vom 28. Februar 2001 verwiesen. Zwar hat der Kläger nach seinen Angaben bei seiner Anhörung durch den Senat erklärt, daß der Neubau seines Hauses ohne Mängel erfolgt sei, und er aus diesem Grunde keine Gewährleistungsansprüche gegen Bauhandwerker verfolgt habe, für die die Rechtsschutzversicherung Deckungsschutz abgelehnt habe. Dies schließt dennoch nicht aus, daß der Kläger schon vor der Beauftragung des Beklagten Gespräche mit anderen Personen geführt hat, die in ihm eine unzutreffende Vorstellung über den Umfang seines Versicherungsschutzes hervorgerufen haben. 13

Im übrigen wäre es ebenso unverständlich, daß der Beklagte den Angaben des Klägers zum Vorliegen einer Rechtsschutzversicherung nicht nachgegangen sein, sondern ohne jegliche nähere Prüfung der Versicherungsbedingungen eine Eintrittspflicht der E.-AG von vornherein zurückgewiesen haben sollte. Soweit die Berufungsbegründung darauf verweist, eine solche Auskunft liege nicht fern, weil sie häufig richtig sei, vermag darauf - wie dargelegt - ebenso eine falsche Vorstellung des Klägers beruhen. 14

Da keine der beiden Erklärungsmöglichkeiten von vornherein ausgeschlossen werden kann, ist ein typischer, für den Kläger sprechender Geschehensablauf nicht festzustellen. Noch 15

weniger besteht Anlaß, allein der Behauptung des Klägers einen für eine Überzeugungsbildung nach § 286 ZPO ausreichenden Vorrang gegenüber der Darstellung des Beklagten zu geben.

cc. Einen anderen Beweis für seine Behauptung hat der Kläger aber nicht erbracht. Der von ihm für den Inhalt des Auftragsgesprächs benannte Zeuge Q. H. konnte sich bei seiner erstinstanzlichen Vernehmung durch das Landgericht nicht daran erinnern, daß und gegebenenfalls mit welchem Inhalt bei der Auftragserteilung über das Bestehen einer Rechtsschutzversicherung gesprochen worden ist. Soweit die Berufungsbegründung diese Aussage kritisiert, bedurfte es gemäß § 398 ZPO keiner erneuten Vernehmung des Zeugen. Daß und aus welchem Grunde der in erster Instanz umfassend und erschöpfend vernommene Zeuge bei einer erneuten Vernehmung durch den Senat seine Aussage ändern würde, legt der Kläger in der Berufungsbegründung nicht dar. Allein durch die von ihm an der Aussage des eigenen Zeugen geäußerte Kritik wird nicht das Gegenteil seiner Bekundung erwiesen. 16

2. Auch soweit sich der Kläger hilfsweise die Behauptung des Beklagten zu eigen gemacht hat, bei der Auftragserteilung sei die Frage nach einer Rechtsschutzversicherung nicht aufgeworfen und erörtert worden, kann daraus keine Pflichtverletzung des Beklagten abgeleitet werden. 17

a. Ebenso wie der Anwalt grundsätzlich nicht verpflichtet ist, den ratsuchenden Mandanten ungefragt über den Anfall und die Höhe der bei Durchführung des Mandates entstehenden Kosten aufzuklären und zu belehren, trifft ihn grundsätzlich auch keine Verpflichtung, sich bei Übernahme des Mandates nach dem etwaigen Bestehen einer Rechtsschutzversicherung zu erkundigen (vgl. Sieg in „Handbuch der Anwaltshaftung“ Rdn. 689; Borgmann/Haug, „Anwaltshaftung“, 3. Aufl., Rdn. IV, 109 ff.; unklar insoweit Rinsche, „Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars“, 6. Aufl., Rdn. 1, 420, der eine „vorsorgliche“ Nachfrage bei einer geschäftsunerfahrenen Partei empfiehlt; a.A. Vollkommer „Anwaltshaftungsrecht“ Rdn. 74). Es fällt vielmehr in den eigenverantwortlich wahrzunehmenden Pflichtenkreis des Mandanten, der die Tatsache einer von ihm abgeschlossenen Rechtsschutzversicherung kennt, den Anwalt über die bei der Bearbeitung des Mandates zu beachtenden Tatsachen zu informieren (vgl. Borgmann/Haug, „Anwaltshaftung“, 3. Aufl., Rdn. IV, 109). 18

Die gegenteilige Ansicht von Vollkommer (aaO.) vermag nicht zu überzeugen. Es mag zwar sein, daß einerseits der Mandant bei der Beurteilung des Deckungsumfanges einer Rechtsschutzversicherung überfordert und deshalb belehrungsbedürftig ist, während andererseits der Anwalt ohne Überforderung nachfragen und abklären kann. Die Frage nach einer solchen Belehrungsbedürftigkeit des Mandanten und seiner dadurch geforderten rechtlichen Beratung stellt sich aber für einen Anwalt grundsätzlich erst dann, wenn er aufgrund einer vorangegangenen Sachinformation einen Anlaß zur Prüfung eines bestimmten Rechtsschutzzieles des Mandanten hat. Im Rahmen dieses Wechselspiels zwischen der Informationspflicht des Mandanten und der Informationsbeschaffungspflicht des Anwaltes ist aber anerkannt, daß der Mandant grundsätzlich verpflichtet ist, den Anwalt zunächst von sich aus zu informieren. Die Informationsbeschaffungspflicht des Anwaltes setzt erst dann ein, wenn er Anlaß hat, an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Angaben des Mandanten zu zweifeln (vgl. Zugehör in „Handbuch der Anwaltshaftung“ Rdn. 973; 539 - 546; Borgmann/Haug, „Anwaltshaftung“, 3. Aufl., Rdn. IV, 9 -14; 15, 18 - 26; Rinsche, „Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars“, 6. Aufl., Rdn. 1, 83 ff.). Auch wenn der Rechtsanwalt unschwer eine Aufgabe erfüllen könnte, ändert dies nichts an dieser grundsätzlichen Aufgabenverteilung und den daraus folgenden Risikoverantwortlichkeiten. 19

- b. Eine andere, hier nicht zu beantwortende Frage ist es, ob ein Anwalt, dem etwa aus früheren Mandanten oder sonst das Bestehen einer Rechtsschutzversicherung bekannt ist (so auch die Fallgestaltung in der Entscheidung des OLG Nürnberg in NJW-RR 1989, 1370, die - wohl unzutreffend - als Belegstelle für eine generelle Erkundigungspflicht des Anwaltes angesehen wird, vgl. etwa Sieg in „Handbuch der Anwaltshaftung“ Rdn. 689; Palandt-Heinrichs, 60. Aufl., BGB§ 276 Rdn. 45), verpflichtet sein kann, den Eintritt der Versicherung auch im konkreten Fall abzuklären und sich gegebenenfalls einen unbedingten Klageauftrag erteilen zu lassen (vgl. OLG Düsseldorf in NJW 2000, 1650; OLG Nürnberg in NJW-RR 1989, 1370). 20
- c. Soweit Rechtsanwälte häufig schon im Eigeninteresse nach dem Bestehen einer Rechtsschutzversicherung fragen, deren Deckungszusage die Gebührenansprüche des Anwaltes absichert, läßt sich allein aus einer solchen tatsächlichen Übung im Regelfall noch keine Rechtspflicht gerade auch im Interesse und zum Schutz des Mandanten herleiten. 21
- d. Umstände, die den anerkannten Ausnahmen zur ungefragten Aufklärung über die Gebührenpflichtigkeit der Tätigkeit des Anwaltes und die Höhe der durch sie entstehenden Gebühren vergleichbar wären, sind hier nicht gegeben. Eine solche Aufklärungspflicht besteht nach Treu und Glauben etwa dann, wenn die von dem Rechtssuchenden erstrebte Rechtsverfolgung aus der Sicht des Rechtsanwaltes erkennbar wirtschaftlich unvernünftig ist, weil das Ergebnis in keinem Verhältnis zu den zu erwartenden Kosten steht (vgl. Sieg in „Handbuch der Anwaltshaftung“ Rdn. 681), der Anwalt also eigentlich dem Mandanten abraten müßte. Davon konnte aber im vorliegenden Fall keine Rede sein. Die Angelegenheit war für den Kläger erkennbar von schwerwiegender Bedeutung, da die eindringende Feuchtigkeit die Nutzung der Kellerräume erheblich beeinträchtigte und auch die Bausubstanz gefährden konnte. Daß der Kläger als pensionierter Lehrer und Hausbesitzer in schlechten Vermögensverhältnissen lebte und insoweit besonders kostenempfindlich war, ist nicht ersichtlich. Der Streitwert der Angelegenheit von maximal 27.500,00 DM war auch nicht so hoch, daß angesichts der Beweisrisiken - die der Beklagte auf der Grundlage der Behauptung des von einem Architekten beratenen Klägers, eine Sohlenundichtigkeit sei als Grundlage der weiterhin bestehenden Feuchtigkeit auszuschließen, und unter Berücksichtigung des eine Gewährleistungshaftung nicht von vornherein zurückweisenden Schreibens der Firma C GmbH vom 13. Dezember 1996 eher gering einschätzen durfte - eine Rechtsverfolgung angesichts der nach dem Streitwert zu bemessenden Gebühren nicht nur bei Deckungsschutz durch eine Rechtsschutzversicherung vertretbar erschien. Auch die - nach der Einlassung des Beklagten bei seiner Anhörung durch den Senat sogar zuvor von ihm abgeklärten voraussichtlichen - Kosten des Sachverständigen waren angesichts des zunächst angeforderten Vorschusses von 1.500,00 DM nicht besonders exorbitant. 22
- Daß sich diese Kosten dann im Laufe des Verfahrens erheblich steigerten, weil sich die vom Kläger angenommenen Ursachen der Feuchtigkeit nicht bestätigten und zum Ausschluß der von der Firma C GmbH angeführten Ursachen kostenintensive Freilegungsarbeiten erforderlich wurden, war bei der Auftragserteilung so nicht absehbar. Wenn der Kläger unter diesen Umständen nach der von ihm zum Nachweis des Ausnahmetatbestandes der Aufklärungspflicht auszuräumenden und nicht widerlegten Behauptung des Beklagten, trotz eines Hinweises auf die Kosten des Beweissicherungsverfahrens nicht auf die von ihm abgeschlossene Rechtsschutzversicherung verweist, sondern die Kosten als nebensächlich und die Durchsetzung seiner Rechte als vordringlich bezeichnet, so traf den Beklagten keine weitergehende Erkundigungspflicht nach einer Rechtsschutzversicherung. 23

II. Für die Zulassung einer Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO sieht der Senat keinen Anlaß. Eine grundsätzliche Bedeutung kommt der Angelegenheit nicht zu. Weder aus den Erfahrungen des Senates, noch aus der Anzahl der veröffentlichten Entscheidungen ergibt sich, daß dem Problem eine größere praktische Bedeutung zukommt. Es liegen auch keine Entscheidungen anderer Gerichte vor, von denen der Senat in maßgeblichen Punkten abweichen würde, so daß keine Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung durch eine Revisionsentscheidung erforderlich ist. Soweit der Senat eine andere Ansicht als Vollkommer vertritt, befindet er sich in Einklang mit der wohl h.M. in der Literatur. Es bedarf auch keiner Fortbildung des Rechtes. Die vom Senat entsprechend herangezogenen Grundsätze, nach denen ein Anwalt ausnahmsweise über seine Gebühren aufzuklären und in gleich gelagerten Fällen sich nach dem Bestehen einer Rechtsschutzversicherung zu erkundigen hat, sind schon ausgeformt.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. 25

IV. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 26