
Datum: 14.09.2004
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 28 U 158/03
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2004:0914.28U158.03.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 5 O 544/01

Tenor:

Die Berufung der Kläger gegen das am 29. August 2003 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung des Beklagten wird das vorgenannte Urteil abgeändert:

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen werden wie folgt verteilt:

Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten und die Gerichtskosten tragen zu 54 % der Kläger allein und zu 46 % die Kläger als Gesamtschuldner. Ihre eigenen außergerichtlichen Kosten tragen die Kläger selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

A.

1

2

3

Gemäß § 540 Abs. 2 i. V. m. § 313 a Abs. 1 S. 1 und § 544 ZPO i. V. m. § 26 Nr. 8 EGZPO wird von der Darstellung der tatsächlichen Feststellungen abgesehen.

B. 4

Die zulässige Berufung der Kläger ist unbegründet, die des Beklagten begründet, denn den Klägern stehen die geltend gemachten Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung (pVV) nicht zu. 5

I. 6

Da es vorliegend um Pflichtverletzungen aus einem am 21.06.1999 geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. d. §§ 675, 611 BGB geht, ist gem. Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB das BGB in der bis zum 01.01.2002 geltenden Fassung anzuwenden. Somit waren die Grundsätze der pVV als Anspruchsgrundlage für den begehrten Schadensersatz wegen Verletzung anwaltlicher Pflichten aus dem Anwaltsvertrag heranzuziehen. 7

II. 8

Am 21.06.1999 ist ein Anwaltsvertrag zwischen den Klägern einerseits und der damals aus dem Beklagten und Rechtsanwalt Y bestehenden Sozietät andererseits zustande gekommen. Insoweit liegt ein nach außen kundgemachter Zusammenschluss mehrerer Anwälte zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts und nicht nur eine Bürogemeinschaft vor. Da keine andere Rechtsform gewählt worden ist, ist von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts auszugehen (BGH NJW 1996, 2859), die seit der Entscheidung des BGH vom 29.01.2001 (BGH NJW 2001, 1056 ff), als rechtsfähig angesehen wird. Insoweit wird Vertragspartner die rechtsfähige Sozietät selbst, die von den Soziern nach außen vertreten wird und mit dem Gesellschaftsvermögen gegenüber dem Mandanten haftet. Durch eine entsprechende Anwendung des § 128 HGB ist eine akzessorische und gesamtschuldnerische Haftung aller Soziern gegeben (BGH NJW 2001, 1056ff; OLG Hamm BB 2002 370ff; K. Schmidt NJW 2001, 993, 999). Folge ist hier, dass dem Beklagten auch das Handeln seines früheren Sozius wie eigenes Handeln zuzurechnen ist, §§ 278, 31 BGB analog. 9

1. 10

Ein Anspruch der Kläger gegen den Beklagten wegen weiterhin geschuldeter Mietzinszahlungen gegenüber ihrer früheren Vermieterin ist indes nicht gegeben. 11

a) 12

In der Ankündigung der Auszugsabsicht der Kläger im Schreiben des Rechtsanwalts Y vom 28.06.1999 kann entgegen der Ansicht der Kläger ein Haftungstatbestand nicht erblickt werden. Insoweit wurde die Einlassung des Beklagten, Rechtsanwalt Y sei gebeten worden, das Schreiben an die damalige Vermieterin der Kläger zu senden und dabei auch die Auszugsabsicht der Kläger mitzuteilen, um die Ernsthaftigkeit der Angelegenheit zu betonen, von den insoweit beweisbelasteten Klägern nicht widerlegt. 13

Im übrigen konnte auch nach entsprechendem Hinweis des Senats in der mündlichen Verhandlung seitens der Kläger nicht dargelegt werden, welcher konkret zu beziffernder Schaden aus der von den Klägern insoweit vorgetragenen Verschlechterung der Verhandlungsposition entstanden sein soll. 14

b) 15

Eine Pflichtverletzung des Beklagten, der das Mandat nach Ausscheiden des Rechtsanwalts Y aus der Kanzlei weitergeführt hat, ist allerdings sowohl in der fristlosen Kündigung ohne Vorlage einer Originalvollmacht, als auch in der Nichtvornahme einer unverzüglich neuen Kündigung nach Vollmachtsrüge zu erblicken. Denn gem. § 174 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft - wie die Kündigung - unwirksam, wenn die Vollmachtsurkunde nicht beigelegt worden ist. Diese muss im Original vorgelegt werden; eine beglaubigte Abschrift oder Kopie reicht hier nicht aus (Palandt - Heinrichs, 63. A., § 174, Rn. 2 m. w. N.). Wird das einseitige Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurück gewiesen, ist es nichtig. Eine Zurückweisung ist hier unverzüglich mit Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Vermieterin vom 11.08.1999 erfolgt. Zwar erfolgte die Rüge der fehlenden Vollmacht hier nur "vorsorglich". Dies reicht jedoch für die Annahme einer Zurückweisung gerade wegen der fehlenden Vollmacht i. S. d. § 174 S. 1 BGB aus, da die übrigen Ausführungen zur Kündigung der Kläger im Schreiben vom 11.08.1999 ausdrücklich nur noch "hilfsweise" erfolgten. Somit kam hier nur eine Neuvernahme der Kündigung in Betracht (vgl. Soergel - Leptien, 12. A., § 174, Rn. 7). Eine Neuvernahme ist zeitnah indes nicht erfolgt. Soweit der Beklagte ausführt, der Prozessbevollmächtigte der Vermieterin habe anlässlich der Ortsbesichtigung am 05.08.1999 mit Herrn X, an der auch die Kläger teilgenommen haben, Kenntnis von seiner Bevollmächtigung erhalten, können hieraus die erstrebten Rechtsfolgen des § 174 S. 2 BGB nicht abgeleitet werden. Denn § 174 S. 2 BGB setzt voraus, dass der Vollmachtgeber selbst den anderen Teil in Kenntnis setzt. Eine Kenntniserlangung in sonstiger Weise reicht nach allgemeiner Meinung insoweit nicht aus (Palandt - Heinrichs, 63. A., § 174, Rn. 4). Im übrigen hat der Beklagte selbst im vorliegenden Prozess vorgetragen, ein Auftrag zur Kündigung sei erst in dem Telefonat vom 09.08.1999 erfolgt, so dass eine Bevollmächtigung am 05.09.1999 noch gar nicht angenommen werden kann. Dass die der Kündigung beigelegte Vollmachtskopie indes das Datum vom 05.08.1999 trägt, ist insoweit ohne Aussagewert, als diese auch vorsorglich ausgestellt worden sein kann und der Innenumfang des Mandates mit dem Außenumfang der Vollmacht nicht zwangsläufig identisch ist.

16

Die damit feststehende Pflichtverletzung des Beklagten führt indes nicht zur Haftung.

17

Denn es fehlt an der Kausalität der Pflichtverletzung zum hier geltend gemachten Schaden. Zwar kann bei einer fehlerhaften und daher nichtigen Kündigung durch dem Mieter - anders als im Fall einer erfolgreichen Kündigung wegen Vertragsverletzung des Vermieters (s hierzu BGH NJW 2000, 2342 = MDR 2000, 875 = WM 2000, 1017) - einen Anspruch auf Ersatz der Kosten begründet sein, die bei ordnungsgemäßer Kündigung nicht angefallen wären somit, hier der Mietkosten aus dem ursprünglichen Mietvertrag.

18

Insoweit allerdings hat ein Kündigungsrecht der Kläger nach dem zur Zeit des Mietverhältnisses geltenden § 544 BGB a. F nicht bestanden. Die Kläger konnten das Mietverhältnis nicht aufgrund der von ihnen gerügten Mängel beenden. Das Landgericht ist aufgrund der sachverständigen Ausführungen des erstinstanzlich gehörten Sachverständigen B zu Recht davon ausgegangen, dass die Defekte an der Elektroleitung mit einem Arbeitsaufwand von maximal 40 Stunden bei entstehenden Kosten von etwa 2000,- Euro behoben werden konnten. In einem solchen Fall kann nicht von einem Kündigungsrecht i. S. d. § 544 BGB a. F. ausgegangen werden. Dies ist nämlich nur gegeben, wenn die Behebung des Defektes nicht innerhalb zumutbarer Zeit möglich ist (RGZ 88, 168, 170; Soergel - Heintzmann, § 12. A., Rn. 5; Sternel, 3. A., Rn. 447; Franke, ZMR 1999, 83, 88), wobei als zumutbar sogar angenommen wird, wenn der Mieter zur Mangelbeseitigung wenige Tag in ein Hotel ziehen muss (Soergel - Heintzmann, 12. A., § 455, Rn. 5). Soweit die Kläger sich darauf berufen, damals sei der Umfang der erforderlichen Arbeiten zwischen den Klägern und der Vermieterin umstritten gewesen, die Vermieterin sei zwar zur Abhilfe bereit gewesen,

19

aber nur im Rahmen einer umfassenden Modernisierung der Elektroanlage, nicht indes zu einer sofortigen Abhilfe, kommt es hierauf nicht an. Insoweit wäre wegen der relativ einfachen Behebbarkeit der Mängel für die Kündigung eine Fristsetzung zur Mangelbeseitigung erforderlich gewesen (vgl. OLG Koblenz NJW - RR 1992, 1228).

Nicht zu folgen ist insoweit auch dem Vortrag der Kläger, die Feststellung des Mangels sei bereits derart kompliziert gewesen, dass allein deshalb von einer unzumutbaren Schwierigkeit der Mangelbehebung auszugehen sei. Sämtliche zur Stellungnahme gebetenen Elektriker sind nämlich jeweils nach nur einer einzigen Inaugenscheinnahme der Anlage hinsichtlich der Fehlerursache zum selben Ergebnis gekommen. 20

c) 21

Darin, dass der Beklagte die Fristsetzung zur Mängelbehebung vor Kündigung und Auszug der Kläger nicht veranlasst hat, kann eine Pflichtverletzung nicht gesehen werden. Denn er hat behauptet, ihm sei seitens der Kläger mitgeteilt worden, dass ein Defekt vorgelegen habe, der ein Auswechseln der gesamten elektrischen Anlage des Hauses erforderlich mache und damit nicht leicht behebbar sei. Auf diese Information seiner Mandanten durfte sich der Beklagte verlassen. Soweit die Kläger den substantiierten Vortrag des Beklagten bestreiten, sind sie im Rahmen der hier zu erörternden Pflichtverletzung für ihren Vortrag beweisbelastet (BGH NJW 1997, 1008, 1011; BGH NJW 1996, 2929, 2932). Dies gilt auch wenn es sich - wie hier - bei der zu beweisenden Tatsache, nämlich, dass die Kläger dem Beklagten nicht die von ihm behauptete Information gegeben haben, um eine negative Tatsache handelt (BGH NJW 1997, 1008, 1011; BGH Z 126, 217, 225). Diesen Beweis haben die Kläger nicht angetreten. 22

d) 23

In diesem Zusammenhang kann entgegen der Ansicht der Kläger in der Tatsache, dass der Beklagte vor dem Ausspruch der Kündigung kein selbständiges Beweisverfahren zur Prüfung eines Kündigungsgrundes durchgeführt hat, ebenfalls keine Pflichtverletzung gesehen werden. Bei diesem erst in der Berufungsinstanz erfolgten Vorbringen, handelt es sich um zulässigen Vortrag i. S. d. § 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO, da die Kläger insoweit in der Berufungsinstanz lediglich eine Rechtsansicht äußern. Dass ein solches Verfahren nicht durchgeführt ist, ist aufgrund des unstreitigen Verlaufs des dem vorliegenden Rechtsstreit zugrunde liegenden Verfahrens offensichtlich. Die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens kam allerdings nicht in Betracht. § 485 Abs. 1 ZPO bestimmt, dass das selbständige Beweisverfahren dann zulässig ist, wenn der Gegner zustimmt oder zu besorgen ist, dass das Beweismittel verloren geht oder seine Benutzung erschwert wird. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Eine Zustimmung der damaligen Vermieterin der Kläger ist nicht ersichtlich. Dass hingegen eine Beweismittelverlust drohte, kann nicht angenommen werden. Denn zu dieser Zeit war das Haus von den Klägern selbst gemietet. Eine Veränderung an der Anlage ohne Zustimmung der Kläger wäre nicht erfolgt. Dabei kann auch nicht auf die Gefahr abgestellt werden, dass die damalige Vermieterin der Kläger die Mängel abstellt, da die Kläger dann klaglos gestellt worden wären mit der Folge, dass eine Beweiserhebung überflüssig geworden wäre. Auch ein Vorgehen gem. § 485 Abs. 2 ZPO hat sich aus der hier relevanten ex-ante Sicht nicht angeboten. Denn nach dem unwiderlegten Vortrag des Beklagten hat der Kläger in dem der Kündigung vorangegangenen Telefonat von einem fachmännisch festgestellten lebensgefährlichen Zustand berichtet, so daß ein Zuwarten bis zum Abschluß eines selbständigen Beweisverfahrens nicht tunlich erschien. 24

e) 25

Auch hinsichtlich der Beratung zur Kündigungsmöglichkeit der Kläger ist entgegen der Ansicht der Kläger vorliegend eine Pflichtverletzung des Beklagten nicht gegeben. Insofern behaupten die Kläger, der Beklagte habe ihnen zum Ausspruch der Kündigung geraten, obwohl ein Kündigungsrecht in Wahrheit gar nicht bestanden habe. Der Beklagte hingegen behauptet, ein solcher Rat sei in der Form nicht erteilt worden. Vielmehr habe der Kläger zu 1. in dem Telefonat vom 09.08.1999 auf die Kündigung des Mietverhältnisses gedrungen und ausgeführt, ein von ihm beauftragter Sachverständiger habe eindeutig festgestellt, dass von der Elektroanlage erhebliche Gesundheitsgefährdungen ausgehen. Die gesamte elektrische Anlage des Gebäudes müsse ausgewechselt werden. Der Beklagte habe daraufhin erklärt, dass dies einen Grund zur fristlosen Kündigung darstelle, allerdings müsse dieser Mangel im Zweifel durch einen gerichtlichen Sachverständigen festgestellt werden.	26
Damit hat der Beklagte unter substantiiertem Bestreiten des Klägervortrages einen Sachverhalt dargelegt, der gegen die Annahme einer Pflichtverletzung spricht, da der Beklagte auf die Information seiner Mandanten vertrauen durfte, nach denen die Kündigung des Mietverhältnisses möglich erschien. In diesem Fall ist es - wie oben bereits ausgeführt - Sache der Kläger, den von ihnen behaupteten und eine Pflichtverletzung begründenden Sachverhalt im Prozess nachzuweisen. (BGH NJW 1997, 1008, 1011; BGH NJW 1996, 2929, 2932). Dies gilt auch dann, wenn es sich bei der von den Klägern zu beweisenden Tatsache um eine negative Tatsache handelt (BGH NJW 1997, 1008, 1011; BGHZ 126, 217, 225). Diesen Beweis haben die Kläger auch an dieser Stelle nicht angetreten.	27
Aus den vorstehenden Erwägungen scheidet ein Schadensersatzanspruch der Kläger wegen der weiter an die Vermieterin gezahlten Mietkosten aus.	28
2.	29
Der vom Kläger zu 1. geltend gemachte Schadensersatzanspruch wegen der Prozesskosten des Vorprozesses, der gem. §§ 61 Abs. 1 VVG, 20 Abs. 2 ARB zunächst auf die Rechtsschutzversicherung übergegangen ist und an den Kläger zu 1. in der Folge abgetreten worden ist, ist ebenfalls nicht gegeben.	30
a)	31
Hinsichtlich der Prozessführung hat der Beklagte allerdings seine Beratungspflichten, insbesondere seine gegenüber den Klägern bestehende Pflicht zur Risikoaufklärung, verletzt. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH NJW - RR 2000, 791 ff; BGH NJW 2002, 1147 ff) ist ein Rechtsanwalt kraft Anwaltsvertrages verpflichtet, innerhalb der Grenzen auch eines beschränkten Mandates die Interessen seines Auftraggebers nach jeder Richtung umfassend wahrzunehmen. Er hat zunächst zu klären, welches Ziel der Auftraggeber in seiner Rechtsangelegenheit verfolgt. Der Anwalt muss dann den ihm vorgetragenen und ggf. durch Nachfragen weiter aufzuklärenden Sachverhalt dahin prüfen, ob er geeignet ist, den vom Auftraggeber angestrebten Erfolg herbeizuführen. Der Anwalt hat dem Auftraggeber danach diejenigen Schritte zu empfehlen, die zu dem erstrebten Ziel führen können. Dabei muss er den Auftraggeber vor Nachteilen bewahren, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat der Anwalt seinem Mandanten den sichersten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche rechtliche und auch wirtschaftliche Risiken aufzuklären, damit der Auftraggeber eine sachgerechte Entscheidung treffen kann. Zweifel und Bedenken, zu denen die Sachlage Anlass gibt, muss der Anwalt darlegen und mit seinem Auftraggeber erörtern. Er muss seinen Auftraggeber nicht nur über das Vorhandensein, sondern auch über das ungefähre, in etwa abschätzbare Ausmaß des Risikos unterrichten, weil der Auftraggeber in der Regel nur aufgrund einer Einschätzung auch des Risikoumfangs über weiteres Vorgehen	32

sachgerecht entscheiden kann.

In Bezug auf die Mietzinsklage erster Instanz war die Verteidigung der nunmehrigen Kläger äußerst risikobehaftet, wenngleich aus der hier relevanten ex - ante - Sicht des Beklagten nicht vollständig aussichtslos. Zwar konnte die Rechtsverteidigung aus den oben bereits genannten Gründen nicht auf eine wirksame fristlose Kündigung des Mietverhältnisses gestützt werden. Allerdings wurde die Klageerwiderung im Vorprozess auch auf ein Minderungsrecht gestützt, das nicht zum Zuge kam, weil die Kläger den Mangel nach der Auffassung des Gerichts bereits nach dem Schreiben vom 28.06.1999 seit Juni 1998 und damit geraume Zeit gekannt, die Miete aber gleichwohl vorbehaltlos weiter gezahlt hatten. Im vorliegenden Verfahren steht jedoch nach den Ausführungen des Sachverständigen B fest, dass zwischen den Problemen an der Elektroleitung im Jahr 1998 und den im Vorprozess gegen die Vermieterin geführten Prozess aller Wahrscheinlichkeit nach gar kein Zusammenhang bestand. Insoweit wurde im Vorprozess auch ausdrücklich durch den Beklagten vorgetragen, dass den Klägern die Art und das Ausmaß der Mängel an der Elektrik im Jahr 1998 noch nicht bekannt gewesen sei. Bei dieser Sachlage erschien die Verteidigung im Prozess mit der Vermieterin hinsichtlich der von dieser geltend gemachten Mietzinsforderung somit nicht völlig aussichtslos. Letztlich zerstört hatten die Kläger das Minderungsrecht erst durch ihren Auszug am 10.08.1999, die Anmietung einer Ersatzwohnung und den endgültigen Einzug in diese. Hierdurch haben sie dokumentiert, dass eine Mangelbeseitigung durch die Vermieterin nicht mehr sinnvoll erscheint und ihren Interessen nicht mehr entspricht. Ein solches Verhalten lässt im Hinblick auf § 242 BGB das Minderungsrecht entfallen (Palandt-Weidenkaff, 61. A., § 537, Rn. 12 m. w. N.). Von dem endgültigen Auszug und der Anmietung einer Ersatzwohnung indes haben die Kläger dem Beklagten jedoch nach Vortrag des Beklagten, den die auch insoweit beweisbelasteten Kläger nicht widerlegt haben, erst auf dem Flur unmittelbar vor der Berufungsverhandlung im Vorprozess Kenntnis gegeben. Bis zu diesem Zeitpunkt nämlich war der Beklagte davon ausgegangen, dass die Kläger sich übergangsweise bei der Mutter des Klägers zu 1. aufgehalten hätten. In einem sich auf diese Art für den Anwalt darstellenden Passivprozess kann keine anwaltliche Pflicht, die Aufgabe der Rechtsposition zu empfehlen, statuiert werden. Der Anwalt muss zwar auf die gegebenen Risiken hinweisen. Zur Anerkennung des gegnerischen Klageanspruches muss der Anwalt hingegen nur raten, wenn keine Aussicht auf eine erfolversprechende Rechtsverteidigung besteht und auch keine Chancen für eine Ermäßigung der Forderung im Prozess angenommen werden kann. Insofern war die Prozessführung zwar nach den vorstehenden Ausführungen äußerst risikoreich, jedoch - nach dem damaligen Kenntnisstand des Beklagten - nicht als aussichtslos anzusehen. Über dieses Risiko indes hätte der Beklagte die Kläger aufklären müssen, was unstreitig nicht erfolgt ist.

In der Berufungsinstanz bestand die Aufklärungspflicht des Beklagten hinsichtlich der risikobehafteten Rechtsverteidigung mit Hinblick auf den in erster Instanz verlorenen Prozess in noch erhöhtem Maße. Diese Pflicht zur Risikoaufklärung erstreckte sich nunmehr auch auf die Schadensersatzansprüche wegen nichtdurchgeführter Schönheitsreparaturen. Denn die Kläger haben sich in der Berufungsbegründung nicht mehr gegen die Anspruchshöhe verteidigt, sondern nur noch mit der Aufrechnung erklärt, wobei die der Aufrechnung zugrunde liegenden Forderungen bereits mit dem bestehenden Anspruch auf Mietzins verrechnet waren. Das hat zur Folge, dass bei einer im Hinblick auf die Mietzinsansprüche der Vermieterin der Kläger erfolglosen Berufung aufrechenbare Forderungen gegenüber der Schadensersatzforderung nicht mehr bestanden. Als weiteres aufklärungsbedürftiges Risiko war die mögliche Anschlussberufung der Vermieterin zu sehen.

Ob die Kläger allerdings bei einer in diesem Sinne pflichtgemäßen Risikobelehrung den Rechtsstreit insgesamt oder auch nur in zweiter Instanz nicht geführt hätten oder insofern zumindest keine Berufung eingelegt hätten, kann nicht mit einer zur Verurteilung des Beklagten ausreichenden Wahrscheinlichkeit gem. § 287 ZPO festgestellt werden.

Insoweit können sich die Kläger auf die Vermutungberatungsgemäßen Verhaltens nicht berufen. Diese von der Rechtsprechung anerkannte Vermutung, dass derjenige, der einen anderen wegen seiner besonderen Sachkunde um Rat fragt, sich beratungsgemäß verhalten hätte, wenn er von diesem zutreffend aufgeklärt worden wäre (vgl. BGH in NJW 2000, 2814, 2815; NJW - RR 1999, 641, 642; NJW 1998, 749, 750; NJW 1994, 3295, 3298, NJW 1993, 3259; NJW 1992, 1159, 1160, 1161, siehe auch Fischer in "Handbuch der Anwaltschaft" Rdn. 1053 ff) greift nur dann ein, wenn bei sachgerechter Aufklärung im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Menschen eindeutig eine bestimmte Reaktion nahegelegen hätte (vgl. BGH in NJW 1994, 3295, 3298; NJW 1993, 3259). Liegen hingegen Tatsachen vor, die die Vermutung des beratungsgemäßen Verhaltens entkräften, kommt die genannte Vermutung den Klägern nicht mehr zugute. 36

Letzteres ist hier anzunehmen. Im vorliegenden Rechtsstreit liegen Hinweise dafür vor, dass die Kläger den Prozess auch dann, wenn der Beklagte sie vollständig über das Prozessrisiko aufgeklärt hätte, durch beide Instanzen geführt hätten. Im Gegensatz zu den Fällen, in denen der Kläger das Kostenrisiko der Rechtsverteidigung selbst zu tragen hat, ist hier zu bewerten, dass die Rechtsschutzversicherung der Kläger eine Deckungszusage sowohl für die erste als auch für die zweite Instanz gegeben hatte, wobei nicht ersichtlich ist, dass die Deckungszusage unter Verletzung anwaltlicher Pflichten erlangt worden ist. Für diesen Fall kann nicht - jedenfalls nicht aufgrund eines Anscheinsbeweises - davon ausgegangen werden, dass die Kläger im Falle vollständiger Risikoberatung die Klageforderung ihrer Vermieterin im Vorfeld oder im Laufe des Prozesses anerkannt hätten. Denn in dieser Situation konnte die Rechtsverteidigung für die Kläger nur noch vorteilhaft sein. Es bestand die - wenn auch geringe - Möglichkeit eines Teilerfolges im Prozess. Im Falle des Unterliegens drohte den Klägern hingegen kein Nachteil (vgl. Senat, Urt. v. 27.05.2003, Az.: 28 U 2/03 für den Fall einer Prozeßfinanzierung). Insofern kann angenommen werden, dass auch ein vernünftig handelnder Mandant in der Situation der Kläger bei Vorliegen einer Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung das Wagnis einer nur wenig erfolversprechenden Prozessführung eingegangen wäre, da er selbst im Falle des Prozessverlustes wegen deren Eintrittspflicht - abgesehen von einer Selbstbeteiligung, die vorliegend nicht ersichtlich ist - letztlich nicht mit Kosten belastet wird (OLG Düsseldorf, OLGR 2002, 102, 104). Dem hier gefundenen Ergebnis steht auch nicht das Urteil des Senats vom 09.11.199, Az.: 28 U 126/93 entgegen, wo zu Recht ausgeführt wird, dass bei Bestehen einer Rechtsschutzversicherung an die Risikoaufklärung des Mandanten keine geringeren Anforderungen zu stellen sind. Die zitierten Ausführungen nämlich betreffen allein die Ebene der Pflichtverletzung. Dass auf der Ebene der Kausalität der Anscheinsbeweis beratungsgemäßen Verhaltens bei Abfangen eines erhöhten Prozessrisikos durch eine Rechtsschutzversicherung nicht greift, steht dem nicht entgegen. 37

b) 38

Hinsichtlich der Verteidigung gegen die Schadensersatzforderung der Vermieterin wegen nicht durchgeführter Schönheitsreparaturen in erster Instanz fehlt es entgegen der klägerischen Ansicht bereits an einer Pflichtverletzung. Insoweit ist im Vorprozess vorgetragen worden, die Schönheitsreparaturen seien immer ordnungsgemäß nach der 39

vertraglichen Regelung durchgeführt worden und im übrigen aus tatsächlichen Gründen nicht geschuldet gewesen. Dass dem nicht so war, hat erst die Beweisaufnahme ergeben. In diesem Falle ist davon auszugehen, dass die Kläger den Beklagten auch in diese Richtung informiert hatten. Weitere, eigene Nachforschungen hätte der Beklagte insoweit nicht anstellen müssen.

c) 40

Hinsichtlich des Risikos, durch eine Anschlussberufung zu einer höheren Zahlung verurteilt zu werden, hätte der Beklagte zwar auch einen Hinweis erteilen müssen, dieses Risiko hat sich vorliegend jedoch nicht verwirklicht. 41

Somit ist die Berufung der Kläger unbegründet und die des Beklagten begründet. 42

III. 43

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits beruht auf §§ 97, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 44

IV. 45

Der Senat hat die Voraussetzungen einer Zulassung der Revision gemäß § 543 ZPO geprüft. Sie sind nicht erfüllt. 46