
Datum: 23.08.2016
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 28 U 57/15
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2016:0823.28U57.15.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 18 O 349/14

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 11.02.2015 verkündete Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Essen wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird unter Klageabweisung im Übrigen verurteilt, an die Klägerin 16.687,01 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 29.07.2014 zu zahlen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz trägt die Klägerin zu 30 % und die Beklagte zu 70 %; die Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz trägt die Klägerin zu 17 % und die Beklagte zu 83 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

A. 1
2
Auf die Darstellung des Tatbestandes wird gemäß den §§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 ZPO i.V.m. § 26 Nr. 8 EGZPO verzichtet. 3

B. 4

Die zulässige Berufung der Beklagten hat teilweise Erfolg.	5
Die Klägerin hat gegen die Beklagte aus übergegangenem Recht Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 16.687,01 € gemäß §§ 280 Abs. 1, 675, 611 BGB i.V.m. § 128 HGB analog, § 86 Abs. 1 VVG (§ 17 Abs. 8 ARB 2000). Die Beklagte hat ihre gegenüber ihrem früheren Mandanten S obliegende Anwaltspflichten vorwerfbar verletzt, indem sie ihm nicht von der Erhebung einer von Anfang an aussichtslosen Berufung abgeraten und deshalb vermeidbare (Prozess-)Kosten verursacht hat, die von der Klägerin für den bei ihr rechtsschutzversicherten Zeugen S getragen worden sind.	6
I.	7
Die Klägerin ist bezogen auf die geltend gemachte Schadensersatzforderung aktiv legitimiert.	8
Sie hat die ihrem Versicherungsnehmer S in dem vor dem Landgericht Essen und dem Oberlandesgericht Hamm gegen Rechtsanwalt Dr. X geführten Vorprozess (LG Essen, Az.: 18 O 137/12 = OLG Hamm, Az.: 28 U 228/12) in zweiter Instanz erwachsenen Kosten in Höhe von insgesamt 20.135,63 € getragen. Das steht zwischen den Parteien nicht in Streit; hinsichtlich der ursprünglich mit der Klage geltend gemachten Mehrforderung ist die Klage zurückgenommen worden.	9
Soweit sich die Prozesskosten als ersatzfähiger (Regress-)Schaden darstellen und dem Zeugen S sie betreffend ein Ersatzanspruch gegen die Beklagte zustand, ist dieser Anspruch in Folge der Kostenübernahme durch die Klägerin gemäß § 86 Abs. 1 VVG/§ 17 Abs. 8 ARB 2000 auf diese übergegangen	10
1. Dem Anspruchsübergang kann die Beklagte nicht mit Erfolg eine analoge Anwendung des „Regressprivilegs“ aus § 86 Abs. 3 VVG entgegenhalten, wonach ein Anspruchsübergang bei Ersatzansprüchen des Versicherungsnehmers gegen Personen, mit denen er bei Eintritt des Schadens in häuslicher Gemeinschaft lebt, in der Regel ausgeschlossen ist.	11
Die Vorschrift ist auf den Streitfall nicht analog anwendbar. Es handelt sich um eine eng gefasste, auf andere Näheverhältnisse nicht ohne weiteres entsprechend anwendbare Ausnahmeregelung (vgl. Prölss/Martin: VVG, 29. Auflage 2015, Rn. 97 zu § 86 VVG (Armbrüster)).	12
Voraussetzung für die Analogiefähigkeit wäre eine planwidrige Regelungslücke, für die in Ansehung der Gesetzesgeschichte der zum 01.01.2008 an die Stelle von § 67 Abs. 2 VVG a.F. getretenen Vorschrift des § 86 VVG nichts spricht. Auch ist die Interessenlage bei der in § 86 Abs. 3 VVG genannten Nähekonstellation mit der Interessenlage bei einem (Vertrags-)Verhältnis zwischen Anwalt und Mandant nicht vergleichbar: § 86 Abs. 3 VVG schützt das Interesse an einem unbelasteten Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft, die in der Regel durch eine persönliche Nähebeziehung geprägt ist und bei der gemeinsam gewirtschaftet wird. Damit ist das Verhältnis zwischen einem Mandanten und seinem Rechtsanwalt nicht gleichzusetzen – jedenfalls nicht, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, für die hier nichts ersichtlich oder vorgetragen ist.	13
2.	14
Die Beklagte kann auch nicht mit Erfolg einwenden, es fehle eine – gemäß §§ 412, 399 BGB erforderliche – Zustimmung ihres ehemaligen Mandanten zum Anspruchsübergang.	15

Grundgedanke der §§ 398ff BGB ist, dass sich durch eine Abtretung oder einen gesetzlichen Forderungsübergang die Lage des Schuldners nicht verschlechtern darf (MüKo: BGB, 7. Auflage 2016, Rn. 14 zu § 412 BGB (Kieninger)). Erfasst werden von § 399, 1. Alt BGB deshalb auch die Fälle, in denen eine Abtretung den Interessen des Schuldners an der Geheimhaltung bestimmter Umstände zuwiderläuft, weshalb der Anspruchsübergang in diesen Fällen von seiner Zustimmung abhängig gemacht wird (MüKo BGB, a.a.O., Rn. 7 f, 30 zu § 399 BGB (Kieninger)).

Diese Situation liegt im Streitfall nicht vor. Ein besonderes Schutzbedürfnis auf Seiten der Beklagten, die Schuldnerin des Regressanspruchs ist, ist nicht erkennbar. Ein Ansatz, den Forderungsübergang von der Zustimmung des ursprünglichen Gläubigers – hier des Zeugen S – abhängig zu machen, wie es die Beklagte zu fordern scheint, ergibt sich aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt. 17

II. Dem Zeugen S stand gegen die Beklagte aus §§ 280 Abs.1, 675, 611 BGB iVm § 128 HGB analog ein Anspruch auf Ersatz des ihm im Vorprozess durch die Einlegung und Durchführung der Berufung entstandenen Kostenschadens zu. 18

1. Der Regressanspruch des Zeugen S findet seine Grundlage in dem Mandatsverhältnis, das zwischen dem früheren Rechtsanwalt A (als damaligem Kanzleihinhaber der von der Beklagten fortgeführten Anwaltskanzlei) und dem Zeugen bestand. Gegenstand des Anwaltsvertrages war die Wahrnehmung der außergerichtlichen und gerichtlichen Interessen des Zeugen S gegen seinen ehemaligen Rechtsanwalt Dr. X wegen eines nach Auffassung des Zeugen S von diesem pflichtwidrig geführten Arzthaftungsprozesses vor dem Landgericht Bochum (Az.: 6 O 93/08). 19

Darüber, dass die Beklagte als seinerzeitige Scheinsozia des Rechtsanwalts A für den Regressschaden haftet, besteht kein Streit (zur Haftung der Scheinsozietät vgl. beispielsweise BGH, Urteil vom 03.05.2007 in NJW 2007,2490). 20

2. 21

Die Beklagte hat dem Zeugen S pflichtwidrig nicht davon abgeraten, in dem gegen Rechtsanwalt Dr. X geführten Regressprozess Berufung gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts Essen vom 18.10.2012 (Az.: 18 O 137/12) einzulegen und eine Deckungsschutzanfrage bei der Klägerin für das Berufungsverfahren zu stellen. 22

a) 23

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat ein Rechtsanwalt den Mandanten in seiner Rechtssache grundsätzlich umfassend und möglichst erschöpfend rechtlich zu beraten. Er muss den Sachverhalt klären, den er seiner Rechtsprüfung zu Grunde zu legen hat. Anhand des pflichtgemäß in Erfahrung gebrachten Sachverhaltes muss der Anwalt prüfen, ob dieser geeignet ist, den vom Mandanten erstrebten Erfolg herbeizuführen (zB. BGH, Urteil vom 22.09.2005 in NJW 2006, 501). Soll eine Klage erhoben oder ein Rechtsmittel eingelegt werden, muss der Anwalt die Aussichten des beabsichtigten Prozesses oder des ins Auge gefassten Rechtsmittels prüfen, wobei er sich grundsätzlich an der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu orientieren hat (BGH, Urteil vom 21.09.2000 in NJW 2001, 675). Auf mögliche Bedenken gegen die Erfolgsaussichten hat er den Mandanten hinzuweisen. Wenn die Prüfung der Sach- und/oder Rechtslage ergibt, dass die beabsichtigte Klage – bzw. das Rechtsmittel – nahezu sicher oder mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit aussichtslos ist, darf der Rechtsanwalt das nicht für sich behalten, sondern muss von sich 24

aus hinreichend deutlich zum Grad des Risikos und der Wahrscheinlichkeit des Prozessverlusts Stellung nehmen (BGH, Urteil vom 10.03.1988 in NJW 1988,2113). Die Aussichtslosigkeit ist klar herauszustellen (BGH, Urteil vom 10.05.2012 in NJW 2012,2435); von einer völlig aussichtslosen Klage oder Berufung ist abzuraten (Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille: Haftung des Rechtsanwalts, 8. Auflage 2010, Rn. 555 (Fahrendorf)). Diese Anforderungen gelten unabhängig davon, ob der Mandant rechtsschutzversichert ist oder nicht (Senat, Urteil vom 14.09.2004 in NJW-RR 2005,134; Fahrendorf, a.a.O.).

In einem solch eindeutigen Fall ist der Anwalt auch gehalten, sich gegen eine Anfrage beim Rechtsschutzversicherer nach Deckungsschutz auszusprechen, weil sich die Auslösung von Prozesskosten dann nicht als erforderlich im Sinne von § 125 VVG darstellt (vgl. Senat, Urteil vom 18.02.2016, Az.: 28 U 73/15 (n.v.); OLG Düsseldorf, Urteil vom 03.06.2013 in NJW 2014, 399).

Lässt sich dagegen eine – geringe – Erfolgsaussicht bejahen, muss der Anwalt zwar auf die erheblichen Risiken eines Prozessverlustes hinweisen, darf aber in Betracht ziehen und mit dem Mandanten erörtern, ob bei der Rechtsschutzversicherung um Deckungsschutz nachgesucht werden soll.

Die Darlegungs- und Beweislast für eine Verletzung der vorgenannten Pflichten durch den Anwalt trifft grundsätzlich den Mandanten (zB. BGH, Beschluss vom 21.07.2005, IX ZR 150/02 m.w.N.); im Streitfall liegt sie nach Übergang des Anspruchs bei der Klägerin.

b) 28

Hätte die Beklagte die vorgenannten Anforderungen beachtet, dann hätte sie dem Zeugen S von der Erhebung der Berufung in dem gegen Rechtsanwalt Dr. X geführten Vorprozess (18 O 137/12 LG Essen) ebenso wie von der Anfrage nach Deckungsschutz für die zweite Instanz bei der Klägerin abraten müssen. Sie hätte nach der gebotenen Prüfung der Sach- und Rechtslage erkennen können und müssen, dass eine Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Essen vom 18.10.2012 offensichtlich ohne jede Erfolgschance sein würde.

Dabei war die Beklagte gehalten, nicht nur den – eher wenig überzeugenden und eine vollständige Prüfung der anspruchsbegründenden Voraussetzungen für einen Regressanspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 675, 611 BGB vermissen lassenden - Wortlaut der Urteilsgründe in den Blick zu nehmen. Sie hatte den von der 18. Kammer des Landgerichts Essen im Termin am 18.10.2012 erteilten Hinweis – sinngemäß: die Wahrnehmungen der Zeugin S seien nicht prozessrelevant – in den Blick zu nehmen und von Grund auf neu zu hinterfragen, ob die Voraussetzungen für einen Regressanspruch gegen Dr. X sämtlich substantiiert darzulegen und zu beweisen waren.

aa)Bei zutreffender rechtlicher Bewertung dieser Frage hätte die Beklagte sicher zu der Erkenntnis kommen müssen, dass mit dem in der Berufungsbegründung vom 25.01.2013 geführten, auf einen unterlassenen Beweisantritt im Vorverfahren fokussierten Angriff die Berufung nicht erfolgreich würde geführt werden können.

Denn anders als die Beklagte im Vorprozess in der Berufungsbegründung vom 25.01.2013 gemeint hat, war es nicht pflichtwidrig, dass Rechtsanwalt Dr. X die Ehefrau des Zeugen S im Arzthaftungsprozess nicht als Zeugin benannt und eine einen Behandlungszeitpunkt am Vormittag des 27.01.2005 indizierende Apothekenquittung nicht vorgelegt hat. Ein Beweisantritt durch Zeugen setzt voraus, dass zuvor konkreter und vor allem

entscheidungerheblicher Sachvortrag gehalten werden kann, den der potentielle Zeuge als wahr bestätigen kann. Sachvortrag, mit dem ein Behandlungsfehler des Arztes hätte begründet und der in das Wissen der Zeugin S hätte gestellt werden können, konnte Rechtsanwalt Dr. X nach Aktenlage im Arzthaftungsprozess aber ersichtlich nicht halten: Die Ehefrau des Zeugen S war unstreitig bei keiner der Besprechungen zwischen dem Zeugen und Dr. E im Dezember 2004/Januar 2005 dabei gewesen. Sie hatte gegenüber Rechtsanwalt Dr. X ausweislich eines Aktenvermerks aus Mai 2008 sogar angegeben, nicht sicher sagen zu können, wann ihr Ehemann ihr gegenüber erstmals erwähnt hatte, sein Beschwerdebild sei von Dr. E als Schlaganfallsymptome bewertet worden. Soweit die Zeugin eventuell hätte bekunden können, dass ihr Ehemann Dr. E am 27.01.2005 schon vormittags aufgesucht hatte und soweit hierfür flankierend eine Apothekenquittung hätte vorgelegt werden können, war diese Tatsache für die Entscheidung im Arzthaftungsprozess – worauf die 18. Zivilkammer des Landgerichts im Termin am 18.10.2012 zu Recht hingewiesen hat - nicht erheblich. Der Umstand hätte allenfalls unterstützend indizielle Bedeutung dafür haben können, dass Dr. E den Behandlungszeitpunkt unzutreffend erinnerte. Die Krankenakte wäre hierdurch aber nicht als falsch widerlegt worden, denn in ihr fand sich nach Aktenlage kein Verweis auf die Uhrzeit der Behandlung am 27.01.2005.

Darüber hinaus hätte selbst eine in der Krankenakte unzutreffend angegebene Uhrzeit nicht – wie die Beklagte meint – den Rückschluss darauf zugelassen, dass zudem das in der Krankenakte festgehaltene Beschwerdebild nur unvollständig aufgenommen war und dass der Zeuge S über weitere/andere Beschwerden geklagt hatte, die symptomatisch für einen Schlaganfall waren. 33

Deshalb schließt der Senat sich auch nicht der Auffassung der Beklagten an, dass allein die Feststellung einer in der Krankenakte falsch eingetragenen Uhrzeit insgesamt zu einer durch einen Dokumentationsmangel bedingten Beweislastumkehr bezüglich des ärztlichen Behandlungsfehlers geführt hätte. 34

Soweit die Beklagte in dem Zusammenhang auch darauf verwiesen hat, den Angaben des Patienten zu dokumentationswichtigen Umständen müsse im Rahmen einer persönlichen Anhörung vor den Gerichten besonderes Gewicht zukommen, so mag das zutreffen, wenn diese Angaben in sich schlüssig und damit glaubhaft sind. Der Zeuge S hat aber – wird sein von Dr. X gehaltener Sachvortrag im Arzthaftungsprozess seinen Schilderungen bei der Anamnese im Knappschafts Krankenhaus und bei der Begutachtung durch den Sachverständigen Dr. Q kritisch gegenübergestellt – widersprüchlich und gerade nicht konstant und schlüssig vorgetragen, wann er welche Symptome gegenüber Dr. E im Zeitraum bis zum 27.01.2005 erwähnt haben will. 35

Mit seinen – von Dr. E bestrittenen - Angaben allein war ein ärztlicher Behandlungsfehler nicht sicher festzustellen. 36

bb) 37

Soweit die Beklagte außerdem vor dem Senat vertreten hat, Rechtsanwalt Dr. X habe die Zeugin S im Arzthaftungsprozess benennen müssen, um so zumindest die Chance zu wahren, im Falle ihrer Einvernahme vor dem Landgericht Bochum umfassend das Beschwerdebild des Zeugen S im Dezember 2004/Januar 2005 sowie alle den Arztbesuchen vorangehenden Begleitumstände schildern zu können, teilt der Senat diese Auffassung nicht. Denn bei der gebotenen normativen Bewertung wäre das Landgericht Bochum nicht gehalten gewesen, einem solchen Beweisantritt nachzugehen und die Zeugin quasi „auf Verdacht“ und zur Ausforschung des Sachverhaltes zu vernehmen, zumal sich aus den Begleitumständen 38

auch nicht sicher hätte ableiten lassen können, was der Zeuge S Herrn Dr. E berichtet hatte.	
Einen auf eine Ausforschung abzielenden Beweis musste Dr. X jedenfalls nicht antreten.	39
cc)Der von der Beklagten erstmals mit Schriftsatz vom 27.10.2015 gehaltene Vortrag, Dr. E sei im Januar 2005 außerdem ein Befunderhebungsfehler unterlaufen, der im Arzthaftungsprozess von Dr. X hätte eingewandt werden müssen, ist nicht geeignet, ihrer Rechtsverteidigung zum Erfolg zu verhelfen.	40
Der Vorwurf ist neu. Er war nicht Gegenstand in dem gegen Dr. X geführten Regressverfahren, insbesondere auch nicht Angriffsmittel in der Berufung.	41
Im vorliegenden Kostenregress ist der Vortrag im Übrigen auch deshalb nicht zuzulassen, weil keine Umstände dazu vorgetragen wurden, warum er nicht bereits in erster Instanz gehalten worden ist, § 531 Abs. 2 ZPO.	42
dd)	43
Die Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf stützen, dass die Erfolgsaussicht der im Regressverfahren gegen Dr. X erhobenen Berufung durch die Vorgehensweise des Senats indiziert wird, weil dieser nicht nach § 522 Abs. 2 ZPO entschieden, sondern einen Termin mit der vorbereitenden Ladung der Zeugin S anberaumt hatte.	44
Die von der Beklagten geschuldete Beratung des Zeugen S hatte vor Einlegung der Berufung im Vorverfahren zu erfolgen. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Senat noch keine verfahrensleitenden Anordnungen getroffen, aus denen sich für die Beklagte oder den Zeugen S der Rückschluss auf eine etwaige Erfolgsaussicht des Rechtsmittels hätte ziehen lassen können.	45
Im Übrigen verbietet sich ein solcher Schluss auch deshalb, weil die (Ermessens-)Entscheidung des Senats gegen eine Zurückweisung der Berufung im Beschlusswege gemäß § 522 Abs. 2 ZPO auch andere Beweggründe haben kann – wie etwa den, dass eine mündliche Verhandlung wegen der (existentiellen) Bedeutung der Sache für die Parteien für geboten erachtet wird, § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO.	46
c)Da die Beklagte dem Zeugen S unstreitig nicht von der Einlegung der – aussichtslosen - Berufung und der Durchführung des Berufungsverfahrens abgeraten hat und sie sich außerdem nicht wie geboten – s. oben Ziffer II. 2.a) – ihrem Mandanten gegenüber gegen die Anfrage bei der Klägerin nach Deckungsschutz ausgesprochen hat, handelte sie pflichtwidrig.	47
Darauf, ob und wenn, mit welchem Inhalt sie dem Zeugen S Risikohinweise bezüglich des Rechtsmittels erteilt hat, kommt es ebenso wenig an wie auf die Klärung der Frage, ob die Pflicht der Beklagten sich auch darauf erstreckte, der Klägerin Risikohinweise betreffend die beabsichtigte Berufungseinlegung zu erteilen.	48
3.	49
Dass die Beklagte die vorstehende Pflichtverletzung zu vertreten hat, wird vermutet, § 280 Abs.1 Satz 2 BGB.	50
Anhaltspunkte, mit denen sie sich hätte exkulpieren können, hat die Beklagte nicht vorgetragen.	51
	52

Auf ein überwiegendes Mitverschulden des Zeugen S an der Schadensentstehung kann die Beklagte sich nicht berufen – und zwar auch nicht unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Beklagten, der Zeuge S müsse sich zurechnen lassen, dass die Klägerin die Sach- und Rechtslage selber geprüft und Deckungszusage für die zweite Instanz erteilt habe.	
Die Überprüfung der Arbeit seines Rechtsanwalts fällt nicht in den Pflichtenkreis eines Mandanten, so dass schon deshalb etwaige Versäumnisse bei einer gleichwohl durch den Mandanten oder die für ihn handelnde Versicherung angestellten Überprüfung ihm nicht zum Nachteil gereichen.	53
Außerdem wird eine Rechtsschutzversicherung nicht als Erfüllungsgehilfe ihres Versicherungsnehmers in dessen Pflichtenkreis aus dem mit dem Anwalt geschlossenen Vertrag tätig (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 16.02.2011 in NJW-RR 2011, 761; OLG Koblenz, Urteil vom 16.02.2006 in NJW 2006, 3150; G.Fischer/Vill/D.Fischer/Rinkler/Chab:Handbuch der Anwaltshaftung, 4. Auflage, Rn. 32 zu § 6 (D. Fischer)).	54
4.	55
Die Pflichtverletzung der Beklagten ist auch für den Schaden ursächlich geworden, der in tenorierter Höhe in den dem Zeugen S entstandenen und von der Klägerin im Vorprozess getragenen Kosten der Berufung zu sehen ist.	56
a)Es spricht eine überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit (§ 287 ZPO) dafür, dass der Zeuge S bei zutreffender Rechtsberatung durch die Beklagte davon abgesehen hätte, bei der Klägerin um Rechtsschutz nachzusuchen und Berufung im Vorverfahren einzulegen. Die Klägerin kann sich insoweit auf die Vermutung beratungskonformen Verhaltens ihres Versicherungsnehmers berufen. Bei vernünftiger Betrachtungsweise wäre für den Zeugen S aus damaliger Sicht eindeutig nur diese Entscheidung naheliegend gewesen. Dass der Zeuge S bei der Klägerin rechtsschutzversichert war, ändert an dieser Sichtweise nichts. Auch ein rechtsschutzversicherter Mandant lässt vernünftigerweise kein Rechtsmittel einlegen, wenn das für ihn ersichtlich nicht zu einem Vorteil führt.	57
Anhaltspunkte dafür, dass der Zeuge S sich einer von der Berufungseinlegung und der Deckungsschutzanfrage abrätenden Empfehlung der Beklagten verschlossen hätte, sind von ihr nicht mit Substanz vorgetragen worden. Vielmehr hat die Beklagte selber angegeben, dass der Zeuge S sich ihrem vorsorglich unterbreiteten Vorschlag, im Falle eines Hinweises des Senats nach § 522 Abs. 2 ZPO die Berufung zurückzunehmen, gebeugt hätte. Sie hat zudem betont, dass der Zeuge S keinen Wert darauf legte, selber ein Kostenrisiko zu tragen.	58
Beides deutet darauf hin, dass der Zeuge sich ihrem pflichtgemäßen anwaltlichen Rat nicht widersetzt hätte.	59
b)	60
Dass dem Zeugen S im Vorprozess insgesamt Berufungskosten von 20.135,63 € erwachsen sind, die die Klägerin getragen hat, ist zwischen den Parteien nicht streitig.	61
Bis auf einen Teilbetrag in Höhe von 3.448,62 € kann die Klägerin diese Kosten von der Beklagten aus übergegangenem Recht (s.o.) zurückfordern.	62
	63

In Höhe des vorgenannten Betrages hätte die Beklagte – bei pflichtgemäßem Anwaltsverhalten – entgegen der Auffassung der Klägerin zusätzlich eine „Abrategebühr“ gemäß Ziffer 2100 VV RVG in 1,0facher Höhe verdient, das muss bei der Höhe des von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzanspruches anspruchshindernd berücksichtigt werden.

Die Prüfung der Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels gehört in der Regel nicht zum bereits abgeschlossenen Rechtszug (BGH, Beschluss vom 25.04.2007 in NJW-RR 2007,1439) und ist gesondert zu vergüten. 64

Ausgehend von dem vom Landgericht Essen im Vorprozess festgesetzten und von den damaligen Parteien nicht monierten Gegenstandswert von 454.992 € belief sich die der Beklagten für die Beratung des Zeugen S vor Berufungseinlegung zustehende Gebühr auf 2.878 €; nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale von 20 € sowie der Umsatzsteuer errechnet sich ein Betrag von 3.448,62 €. 65

Soweit das Landgericht gemeint hat, die Abrategebühr stehe der Beklagten deshalb nicht zu, weil bereits die Erhebung der – von vorne herein aussichtslosen - Klage im Vorprozess pflichtwidrig gewesen sei, hält der Senat diese Begründung für nicht tragfähig. Der Vorwurf der pflichtwidrigen Erhebung einer von Anfang an erfolglosen Klage im Vorprozess wird von der Klägerin im vorliegenden Kostenregress nicht erhoben. Dem Regressgericht ist es aber verwehrt, zur Begründung seiner Entscheidung etwaige Anwaltsfehler ohne entsprechenden Sachvortrag der Parteien eigenmächtig aus dem Sachverhalt herauszusuchen (s. hierzu BGH, Urteil vom 17.03.2016 in NJWZ 2016, 1042). 66

Auch mit dem Argument, ein Auftrag des Zeugen S zu der Beratung über die Erfolgsaussicht der Berufung sei nicht erteilt, kann die Klägerin nicht gehört werden. Sie stellt sich damit in Widerspruch zu dem Kern ihres Vortrags, wonach die Beklagte gerade verpflichtet gewesen sei, dem Zeugen S von der Erhebung und Durchführung der Berufung abzuraten. Das setzt eine umfassende Prüfung und nachfolgende Beratung des Mandanten durch die Beklagte gerade voraus. 67

Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die „Abrategebühr“ deshalb entfallen sei, weil das Berufungsverfahren im Vorprozess durchgeführt worden sei. Abzustellen ist vielmehr darauf, wie der Zeuge S hypothetisch gestanden hätte, wenn die Beklagte den Zeugen S pflichtgemäß beraten und also von der Erhebung des Rechtsmittels abgeraten hätte. Dann wäre ein Gebührenanspruch gemäß Ziffer 2100 VV RVG auf ihrer Seite entstanden und – weil das Berufungsverfahren nicht durchgeführt worden wäre - nicht auf die Gebühren im Rechtsmittelverfahren angerechnet worden. 68

5. 69

Der Regressanspruch der Klägerin ist auch nicht gemäß § 242 BGB ausgeschlossen. 70

a)Die von der Klägerin für die zweite Instanz des Vorprozesses erteilte Deckungsschutzusage ist zwar als deklaratorisches Schuldanerkenntnis zum Schutze ihres Versicherungsnehmers – des Zeugen S – zu werten (so bereits OLG Koblenz, Urteil vom 16.02.2011, a.a.O.).Im Verhältnis zum Zeugen S durfte die Klägerin sich deshalb nach erteilter Deckungszusage nicht der Schadensregulierung mit dem Hinweis verschließen, es sei ein aussichtsloses Rechtsmittel erhoben worden. Im Verhältnis zu der Beklagten entfaltet die Deckungszusage der Klägerin hingegen keine Schutzwirkung (OLG Koblenz a.a.O.). Die Rechtsschutzversicherung ist keine Schadensversicherung zugunsten des vom 71

Versicherungsnehmer beauftragten Rechtsanwalts. Das Risiko, wegen einer anwaltlichen Pflichtwidrigkeit zur Rechenschaft gezogen zu werden, kann der Anwalt nicht mit Hinweis auf eine zuvor erteilte Deckungszusage auf den Rechtsschutzversicherer seines Mandanten abwälzen. Die von der Beklagten zur Begründung ihrer gegenteiligen Auffassung herangezogene Entscheidung des OLG Celle vom 05.07.2010 (in NJW-RR 2010,1400), die die Schutzwirkung des in der Deckungszusage zu sehenden deklaratorischen Schuldanerkenntnisses ohne nähere Begründung auch auf den Anwalt des Versicherungsnehmers zu erstrecken scheint, teilt der Senat aus den v.g. Gründen nicht.	
b)Die Auffassung der Beklagten, der Regressanspruch der Klägerin sei deshalb nicht durchsetzbar, weil ihm der Einwand unzulässiger Rechtsausübung („dolo agit...“, § 242 BGB) entgegenstehe, da der Beklagten ein gegenläufiger Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin zustehe, überzeugt aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt heraus.	72
Aus welcher Rechtsgrundlage die Beklagte einen eigenen Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin herleiten möchte, lässt sie offen; Tatsachenvortrag insoweit fehlt.	73
Auch dafür, dass in der Person des Zeugen S ein Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin entstanden sein könnte, gibt die Aktenlage nichts her. Weder die – trotz erkannter Risiken – erfolgte Erteilung der Deckungszusage für die Berufungsinstanz des Vorprozesses noch ein von der Beklagten in den Raum gestelltes „Näheverhältnis“ zwischen der Klägerin und Rechtsanwalt Dr. X bieten eine belastbare Grundlage dafür, einen Anspruch der Beklagten auf Ersatz eines nicht näher eingegrenzten Schadens beim Zeugen S anzunehmen.	74
III.	75
Die Zinsforderung ist aus dem Gesichtspunkt des Verzuges in gesetzlicher Höhe ab dem 29.07.2014 begründet, §§ 280,286 BGB.	76
C.	77
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Die abweichende Kostenquote für die Instanzen ergibt sich aus dem infolge der am 11.02.2015 erklärten Klagerücknahme über 3.616,61 € reduzierten Streitwert für die Berufungsinstanz.	78
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit basiert auf den §§ 708 Nr. 10, 711,713.	79
Für die Zulassung der Revision sieht der Senat – auch unter Berücksichtigung des Vorbringens im Schriftsatz vom 10.08.2016 - keinen Anlass.	80
Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung; ebenso wenig erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 ZPO).	81