
Datum: 29.08.2017
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 28 U 3/16
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2017:0829.28U3.16.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 18 O 86/15

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 23.12.2015 verkündete Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Essen - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen- abgeändert.

Der Beklagte bleibt verurteilt, an den Kläger 3.336,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 3.336,00 € seit dem 04.02.2015, aus weiteren 7.047,99 € vom 04.02.2015 bis zum 30.05.2015 und aus weiteren 1.167,51 € vom 04.02.2015 bis zum 24.07.2015 zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

1

Gründe

2

A.

3

4

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

B. 5

Die zulässige Berufung des Beklagten hat überwiegend keinen Erfolg. 6

Der Kläger hat gegen den Beklagten gemäß §§ 667, 675 Abs. 1, 611 BGB Anspruch auf Herausgabe von Fremdgeld in Höhe von (weiteren) 3.336,00 €. 7

Dieser Anspruch des Klägers ist weder durch Erfüllung noch durch die vom Beklagten erklärte Aufrechnung erloschen; durchsetzbare Gebührenansprüche, mit denen der Beklagte wirksam hätte aufrechnen können, standen und stehen ihm nicht zu. 8

I. 9

Der Kläger hat den Beklagten im Juli 2011 unstreitig mit der Wahrnehmung seiner Interessen aus Anlass des am 28. 06.2011 erlittenen Verkehrsunfalles beauftragt. 10

II. 11

In zweiter Instanz ebenfalls nicht mehr streitig ist, dass am 27.10.2013 von der Versicherung der Unfallgegnerin für den Kläger zu Händen des Beklagten ein Betrag von 3.170,00 € gezahlt worden ist. Darüber hinaus hat die Vollkaskoversicherung des Klägers am 21.11.2013 einen weiteren Betrag von 8.381,50 € an den Beklagten überwiesen. 12

Den Fremdgeldbetrag in Höhe von insgesamt 11.551,50 € musste der Beklagte an den Kläger unverzüglich (§ 43 a Abs. 5 BRAO) auskehren. 13

Das ist zunächst versäumt worden. 14

Erst nachdem der Kläger am 13.03.2015 die vorliegende Herausgabeklage erhoben hat, hat der Beklagte insgesamt 8.215,50 € – am 27.05.2015 einen Betrag von 7.047,99 € und am 21.07.2015 einen weiteren Betrag von 1.167,51 € – an den Kläger weitergeleitet. 15

In entsprechender Höhe ist der spätestens im September 2014 -mit dem Ende des vor dem AG Köpenick geführten Verfahrens (Az.: 9 C 29/14) und der Beendigung des Mandatsverhältnisses zwischen den Parteien - fällig gewordene Herausgabeanpruch des Klägers aus den §§ 667,675 Abs. 1, 611 BGB erloschen, § 362 BGB. Dabei geht der Senat mit dem Landgericht (Seite 14 LGU) davon aus, dass die überwiesenen Beträge am 3. Folgetag nach Überweisung dem Konto des Klägers gutgeschrieben worden sind; die Feststellung ist nicht angegriffen worden. 16

III. 17

Bezogen auf den nach wie vor bei dem Beklagten befindlichen Restbetrag von 3.336,00 € ist die Herausgabeforderung des Klägers hingegen nicht erloschen – und zwar auch nicht durch die vom Beklagten erklärte Aufrechnung mit Gebührenforderungen, §§ 387, 389 BGB. 18

Ob der Beklagte zu Recht reklamiert, ein Gebührenanspruch gegen den Kläger aus den §§ 675,611,612 BGB i.V.m. den Vorschriften des RVG sei für seine außergerichtliche und gerichtliche Tätigkeit in den gegen die Vollkaskoversicherung sowie die Rechtsschutzversicherung des Klägers geführten Angelegenheiten jedenfalls in zuletzt noch 19

geltend gemachte Höhe von 3.022,63 € entstanden und fällig, lässt der Senat offen.

Denn selbst wenn dem Beklagten zunächst in entsprechender Höhe ein Gebührenanspruch erwachsen wäre, wäre dieser nicht durchsetzbar. 20

Dem Kläger steht gegen den Beklagten ein gegenläufiger Regressanspruch in gleicher Höhe aus den §§ 280 Abs. 1, 675, 611 BGB zu, weshalb der Beklagte die mit den zur Aufrechnung gestellten Gebührenforderungen verlangten Beträge umgehend zurückgewähren müsste (§ 242 BGB, „Dolo-agit-Einrede“). Mit einer einredebehafteten Forderung kann nicht wirksam aufgerechnet werden (Palandt: BGB, 76. Auflage, Rdnr. 11 zu § 387 BGB (Grüneberg); § 390 BGB). 21

Im Einzelnen: 22

1. 23

Der Beklagte hat ihm im Rahmen des am 07.07.2011 mit dem Kläger geschlossenen Anwaltsvertrages obliegende (Beratungs-)Pflichten verletzt. 24

a. 25

Ein Rechtsanwalt ist gehalten, anhand des – pflichtgemäß in Erfahrung zu bringenden - Sachverhaltes zu prüfen, ob dieser geeignet ist, den vom Mandanten erstrebten Erfolg herbeizuführen (z.B. BGH, Urteil vom 22.09.2005 in NJW 2006,501). Dabei ist der Anwalt grundsätzlich in den Grenzen des Mandats zu einer umfassenden Interessenwahrnehmung verpflichtet, es sei denn, der Mandant gibt eindeutig zu verstehen, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf (vgl. BGH, Urteil vom 13.03.2008 in NJW-RR 2008,1235). 26

Bei der rechtlichen Würdigung hat sich der Anwalt grundsätzlich an der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu orientieren und muss mögliche oder gar wahrscheinliche Einwände der Gegenseite berücksichtigen und die ggfls. notwendige Beweisbarkeit eigenen Vorbringens in den Blick nehmen. 27

b. 28

Im Streitfall ist davon auszugehen, dass der Kläger bei der Mandatierung des Beklagten für diesen erkennbar daran interessiert war, für den aus Anlass des Verkehrsunfalles vom 28.06.2011 erlittenen materiellen und ggfls. immateriellen Schaden möglichst umfassend Kompensation zu erhalten. 29

Dabei lag nach dem dem Beklagten am 07.07.2011 vom Kläger zur Kenntnis gebrachten Hergang des Verkehrsunfalles (vgl. Aktenvermerk des Beklagten vom 07.07.2011, Bl. 53 GA) auf der Hand, dass den Kläger bei einer Inanspruchnahme der Unfallgegnerin Limmer-Hanebeck der anspruchsmindernde Vorwurf eines nicht unerheblichen Mitverschuldens (§ 254 BGB) treffen würde, denn der Kläger hatte das Vorfahrtsrecht der Unfallgegnerin verletzt. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Beklagte ausgehend von der in seinem Aktenvermerk (Bl. 53 GA) dokumentierten Sachverhaltsschilderung des Klägers („...kam wie eine Rakete von rechts die Unfallgegnerin...“) bei zutreffender rechtlicher Bewertung damit rechnen musste, den Kläger treffe ein ein hälftiges Mitverschulden noch überschreitender Verursachungsbeitrag. Jedenfalls musste der Beklagte in den Blick nehmen, dass die Vorfahrtsverletzung des Klägers den Ansatz eines Mitverschuldens zwischen 25 – 50 % wahrscheinlich machen würde. 30

Angesichts dessen hatte der Beklagte den Kläger vor einer Inanspruchnahme der Unfallgegnerin darauf hinzuweisen, dass von ihr bzw. ihrer Haftpflichtversicherung voraussichtlich keine umfassende Schadenskompensation erlangt werden konnte - dementgegen aber bei der Inanspruchnahme der Vollkaskoversicherung des Klägers voraussichtlich ohne langwieriges Gerichtsverfahren 100 % des materiellen Schadens (abzgl. des Selbstbehaltes und des Restwertes für das Fahrzeug des Klägers) realisierbar sein würde.	
Auch wenn die Vollkaskoversicherung im Falle ihrer Inanspruchnahme möglicherweise im Anschluss an eine Schadensregulierung ihre Beiträge erhöht oder den Vertrag mit dem Kläger gekündigt hätte, während ein Schmerzensgeld dann gesondert von der Unfallgegnerin hätte geltend gemacht werden müssen, war der Beklagte nach Auffassung des Senats gehalten, dem Kläger nach Hinweis auf diese möglichen Konsequenzen zu empfehlen, wegen seines materiellen Schadens zeitnah zunächst die Vollkaskoversicherung außerprozessual in Anspruch zu nehmen – gegebenenfalls neben der Unfallgegnerin (bspw. auf Zahlung von Schmerzensgeld).	32
Das entsprach dem nahe liegenden Interesse des Klägers an einer schnellen und möglichst umfassenden Entschädigung. Ein Kostenrisiko trug der Kläger bezogen auf die Inanspruchnahme der Vollkaskoversicherung nach Aktenlage allenfalls hinsichtlich der außergerichtlichen Gebühren des Beklagten im Falle einer unverzüglichen Zahlung durch die Vollkaskoversicherung.	33
Daneben hätte der Beklagte den Kläger darauf hinweisen können und müssen, dass er dann, wenn ihm außerdem an der Realisierung eines Schmerzensgeldes, der Erstattung der vorgerichtlichen Anwaltskosten für die Inanspruchnahme der Vollkaskoversicherung und der Feststellung einer Ersatzpflicht in Bezug auf Zukunftsschäden gelegen war, die Unfallgegnerin gesondert in Anspruch nehmen konnte.	34
So, wie vorstehend beschrieben, hat der Beklagte den Kläger indessen nicht beraten. Das ergibt sich schon aus seiner Sachdarstellung und wird auch durch die tatsächliche Vorgehensweise belegt: In Anspruch genommen wurde zunächst die Unfallgegnerin und nicht die Vollkaskoversicherung des Klägers.	35
Der Beklagte kann dem Vorwurf pflichtwidriger Beratung dabei nicht mit Erfolg entgegenhalten, er habe bei der Mandatierung im Jahr 2011 von der Vollkaskoversicherung des Klägers nichts gewusst. Der das besagende Prozessvortrag des Beklagten wird durch den Akteninhalt widerlegt. Aus dem Aktenvermerk des Beklagten vom 07.07.2011 ergibt sich, dass der Beklagte Kenntnis davon hatte, dass der Kläger beim I versichert war („...„Die eigene Versicherung des Mandanten ist der I“). Dem Beklagten lag auch spätestens bei Klageerhebung gegen die Unfallgegnerin am 05.10.2011 das mit der Klage eingereichte, vom Kaskoversicherer des Klägers in Auftrag gegebene Gutachten des TÜV O vom 05.07.2011 vor, aus dem eindeutig hervorgeht, dass die Angelegenheit dort als „Kaskoschaden“ verzeichnet war.	36
c.	37
Darauf, ob dem Beklagte die weiteren, ihm vom Kläger im vorliegenden Regressverfahren vorgeworfenen Pflichtverletzungen anzulasten sind, kommt es – wie sogleich darzustellen sein wird- nicht an, denn bereits mit der vorstehend beschriebenen Beratungspflichtverletzung ist der Regressanspruch des Klägers umfänglich begründet.	38
	39

2.	
Dass dem Beklagten die vorstehend dargelegte Beratungspflichtverletzung subjektiv vorgeworfen werden kann, wird vermutet, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB. Exkulpiert hat der Beklagte sich nicht.	40
3.	41
Die vorwerfbar pflichtwidrige Beratung des Beklagten war auch ursächlich für den Eintritt des vom Kläger behaupteten Schadens, der in der Belastung mit der vom Beklagten zuletzt in Höhe von 3.022,63 € begehrten und zur Aufrechnung gestellten (Gebühren-)Forderung liegt.	42
a.	43
Nach dem unstreitigen bzw. vom Kläger vorgetragenen Sachverhalt ist überwiegend wahrscheinlich (§ 287 ZPO), dass der Kläger sich bei umfassender und richtiger Beratung durch den Beklagten dafür entschieden hätte, vor einer etwaigen Inanspruchnahme der Unfallgegnerin oder zeitgleich mit dieser seine Vollkaskoversicherung außerprozessual in Anspruch zu nehmen.	44
Diese Inanspruchnahme versprach – s. oben - eine zeitnahe und überwiegende Kompensation des materiellen Schadens bei weitgehend fehlenden negativen Konsequenzen.	45
Dass der Kläger weder eine etwaige Beitragserhöhung oder Vertragskündigung durch die Vollkaskoversicherung, noch einen zweiten Streit mit der Unfallgegnerin scheute, wird durch die tatsächlich später erfolgte Inanspruchnahme der Vollkaskoversicherung sowie die dem vorangegangene der Unfallgegnerin indiziert.	46
b.	47
Es ist auch überwiegend wahrscheinlich, dass die Vollkaskoversicherung bei einer schon im Jahr 2011 erfolgten Inanspruchnahme zeitnah den von ihr später im Schreiben vom 19.11.2013 als erstattungsfähig angesehenen materiellen Schaden in Höhe von insgesamt 11.551,50 € bereits außerprozessual und vor einer Inanspruchnahme der Unfallgegnerin gezahlt hätte.	48
Gegen den vom Kläger erhobenen Anspruch hat die Versicherung zu keiner Zeit dem Grunde nach Einwände erhoben.	49
Sie hat vielmehr anstandslos geleistet, nachdem sie von dem Beklagten am 24.10.2013 erstmals unter Bezifferung der Forderung zur Zahlung aufgefordert wurde.	50
c.	51
Bei einer außerprozessualen Zahlung der Vollkaskoversicherung in Höhe von 11.551,50 € wäre es nicht zu dem Klageverfahren gegen die Vollkaskoversicherung (18 O 317/13 LG Essen) gekommen. Weder die insoweit vom Beklagten reklamierten Gerichtskosten, noch die Anwaltsgebühren wären angefallen.	52
Gleiches gilt für die vom Beklagten berechneten Kosten und Gebühren für die außerprozessuale und gerichtliche Inanspruchnahme der Rechtsschutzversicherung des Klägers (AG Köpenick, 9 C 29/14). Zu der Inanspruchnahme der Rechtsschutzversicherung	53

auf Übernahme der Kosten für das Vorgehen gegen die Vollkaskoversicherung wäre es bei zeitnaher Zahlung durch den Vollkaskoversicherer nicht gekommen.

Es ist auch überwiegend wahrscheinlich, dass die dem Beklagten für eine schon im Jahr 2011 erfolgte außerprozessuale Inanspruchnahme der Vollkaskoversicherung des Klägers zustehende Geschäftsgebühr nebst Auslagen (vom Beklagten mit Rechnung vom 20.05.2014 auf 1.100,52 € berechnet) entweder von der Rechtsschutzversicherung des Klägers – der Versicherungsvertrag dauerte bis Mitte 2012 an - übernommen worden wäre oder von der Unfallgegnerin – jedenfalls teilweise - hätte getragen werden müssen (vgl. BGH, Urteil vom 10.01.2006 in NJW 2006, 1065 /Unfallversicherung). Gegenteiliges hat der Beklagte nicht mit Substanz vorgetragen; im Verfahren 9 C 29/14 AG Köpenick hat die Rechtsschutzversicherung ihre Einstandspflicht nur mit Bezug auf den Schadenseintritt nach Ablauf der Versicherung verweigert und sich im Übrigen im Vergleichswege auf eine Teilzahlung eingelassen.

IV. 55

Weil der Beklagte mit seinem Gebührenanspruch schon nicht wirksam aufgerechnet hat, läuft auch die dagegen vom Kläger erklärte Hilfsaufrechnung ins Leere. 56

V. 57

Die Zinsforderung ist aus den §§ 280,286 BGB begründet – allerdings nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang; hinsichtlich der weitergehenden Zinsforderung war das Urteil des Landgerichts abzuändern und die Klage abzuweisen. 58

Der Beklagte wurde nach Aktenlage –anders als das Landgericht gemeint hat- erstmals mit Schreiben vom 29.01.2015 zur Zahlung des Fremdgeldes unter Fristsetzung zum 18.02.2015 aufgefordert. Weil der Beklagte am 04.02.2015 nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag des Klägers die Zahlung verweigert hat, kann der Kläger ab dem 04.02.2015 die Verzinsung der Hauptforderung gemäß § 286 Abs. 2 Ziffer 3 BGB verlangen und zwar :

- aus 3.336,00 € ab dem 04.02.2015 durchgehend, 60

- aus (weiteren) 7.047,99 € vom 04.02.2015 bis zum 30.05.2015 (Eingang des Geldes auf dem Konto des Klägers, s.o.) und 61

- aus (weiteren) 1.167,51 € vom 04.02.2015 bis zum 24.07.2015 (Eingang des Geldes auf dem Konto des Klägers, s.o.). 62

VI. 63

In dem Vorbringen des Beklagten in seiner Berufungsbegründung, in der er die Auffassung vertreten hat, der Rechtsstreit habe sich in Höhe von 9.215,50 € [richtig: 8.215,50 €, s. oben und auch Seite 9 der Berufungsbegründung, Bl. 282 GA] durch die von ihm erbrachten Zahlungen erledigt, ist auch bezüglich des Betrages von 1.167,51 € eine (konkludente) Zustimmung des Beklagten zu der Erledigungserklärung zu sehen. Bei übereinstimmender Erledigungserklärung bedarf es keiner Feststellung der Erledigung durch das Gericht (mehr). Dem hat der Beklagte mit seinem im Senatstermin am 08.08.2017 geänderten Antrag Rechnung getragen. 64

C. 65

66

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 91 a, 92 Abs. 2, 97 ZPO.

Weil der Herausgabeanspruch des Klägers von Anfang an überwiegend zulässig und begründet war, waren dem Beklagten gemäß § 91 a ZPO nach übereinstimmender Erledigungserklärung auch hinsichtlich des für erledigt erklärten Teils die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Die geringfügige Zuvielforderung des Klägers (Zinsforderung sowie zurückgenommene Klageforderung in Höhe von 220,06 €) rechtfertigt den Ansatz einer Kostenquote zu seinen Lasten nicht, § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

67

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit basiert auf den §§ 708 Nr. 10, 711, 713.

68

Für die Zulassung der Revision sieht der Senat keinen Anlass.

69

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).

70