



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

IX ZR 144/19

Verkündet am:  
16. September 2021  
Preuß  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Juli 2021 durch den Vorsitzenden Richter Grupp, die Richterin Möhring, den Richter Dr. Schultz, die Richterin Dr. Selbmann und den Richter Dr. Harms

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 19. Juni 2019 aufgehoben, soweit zu seinem Nachteil entschieden worden ist. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, ein Rechtsschutzversicherer, nimmt den beklagten Rechtsanwalt aus übergegangenem Recht eines ihrer Versicherungsnehmer auf Ersatz eines Kostenschadens in Anspruch. Der Schaden soll jedenfalls zum überwiegenden Teil dadurch verursacht worden sein, dass der Beklagte für den Versicherungsnehmer einen aussichtslosen Rechtsstreit geführt hat.
- 2 Der Versicherungsnehmer beteiligte sich in den Jahren 1993 bis 1996 an insgesamt drei Fonds, die in Immobilien investierten. Die Wertentwicklung der Fonds verlief nicht wie vorhergesagt und von dem Versicherungsnehmer erwar-

tet. Im Jahr 2011, dem letzten Jahr vor Ablauf der Verjährungshöchstfrist für etwaige Schadensersatzansprüche, wandte sich der Versicherungsnehmer an den Beklagten und beauftragte ihn mit der Prüfung von Ersatzansprüchen gegen die Fondsiniciatorin und die Anlagevermittlerin. Im Oktober 2011 forderte der Beklagte Fondsiniciatorin und Anlagevermittlerin außergerichtlich dazu auf, Schadensersatz zu leisten Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus den Fondsbeteiligungen. Anfang Dezember 2011 erteilte die Klägerin eine Deckungszusage für den ersten Rechtszug.

3                    Zur Hemmung der Verjährung beantragte der Beklagte Ende Dezember 2011 einen Mahnbescheid. In dem Antrag gab er an, die geltend gemachten Schadensersatzansprüche seien von einer Gegenleistung abhängig und fügte bewusst wahrheitswidrig hinzu, die Gegenleistung sei erbracht. Fondsiniciatorin und Anlagevermittlerin erhoben Widerspruch. Nach Überleitung in das streitige Verfahren wies das Landgericht die Klage mit Urteil vom 30. Mai 2014 wegen Verjährung ab. Aufgrund der bewusst wahrheitswidrigen Angabe im Mahnbescheidsantrag könne sich der Versicherungsnehmer nicht auf die verjährungshemmende Wirkung der Zustellung des Mahnbescheids berufen.

4                    Der Beklagte riet dem Versicherungsnehmer zur Einlegung der Berufung. Die Berufung wurde eingelegt, nachdem die Klägerin Deckungszusage für den zweiten Rechtszug gewährt hatte. Das Berufungsgericht wies die Berufung mit Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO vom 3. Juni 2015 zurück. Der Beklagte riet zur Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde. Nach Erteilung einer entsprechenden Deckungszusage durch die Klägerin wurde die Nichtzulassungsbeschwerde fristwährend eingelegt, sodann aber zurückgenommen.

5 Aus übergegangenem Recht ihres Versicherungsnehmers hat die Klägerin von dem Beklagten Ersatz der von ihr für die vorgerichtliche Tätigkeit des Beklagten, für das gerichtliche Mahnverfahren und das anschließende streitige Verfahren (erster bis dritter Rechtszug) erstatteten Kosten verlangt. Das Landgericht hat der Klage in Höhe der Kosten für die vorgerichtliche Tätigkeit, für das gerichtliche Mahnverfahren und für den ersten Rechtszug des streitigen Verfahrens stattgegeben. Gegen das Urteil des Landgerichts haben beide Parteien Berufung eingelegt. Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht die landgerichtliche Verurteilung im Blick auf die Kosten der vorgerichtlichen Tätigkeit abgeändert und die Klage insoweit abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat es die erstinstanzliche Verurteilung um die für den zweiten und dritten Rechtszug des streitigen Verfahrens erstatteten Kosten erweitert. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision will der Beklagte weiterhin die vollständige Abweisung der Klage erreichen.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist, und in diesem Umfang zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Klägerin sei sachbefugt. Der Anspruchsübergang nach § 86 Abs. 1 VVG erfasse auch Schadensersatzansprüche

des Versicherungsnehmers gegen seinen Rechtsanwalt wegen fehlerhafter Prozessführung. Solche Ansprüche bestünden. Der Beklagte habe seine Pflichten aus dem Anwaltsvertrag mit dem Versicherungsnehmer dadurch verletzt, dass er den Erlass eines Mahnbescheids mit der bewusst wahrheitswidrigen Angabe beantragt habe, die Gegenleistung, von welcher der geltend gemachte Anspruch abhängt, sei bereits erbracht. Des Weiteren habe der Beklagte den Versicherungsnehmer nicht darüber aufgeklärt, dass dieser sich infolge der wahrheitswidrigen Angabe nicht auf die verjährungshemmende Wirkung der Zustellung des Mahnbescheids berufen könne.

8 Im Falle ordnungsgemäßer und vollständiger Aufklärung sei grundsätzlich von einem beratungsgerechten Verhalten des Mandanten auszugehen. Die pauschale Behauptung des Beklagten, der Versicherungsnehmer hätte auch bei vollständiger Aufklärung den Rechtsstreit durch die Instanzen weitergeführt, sei nicht geeignet, diese Annahme in Zweifel zu ziehen oder gar zu widerlegen. Es handle sich um den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens, für das der Beklagte als Schädiger die Darlegungs- und Beweislast trage. Der Beklagte sei beweisfällig geblieben. Der vom Landgericht als Zeuge vernommene Versicherungsnehmer habe bekundet, dass er den Rechtsstreit keineswegs geführt oder fortgeführt hätte, wenn er über die falschen Angaben im Mahnantrag und deren Folgen unterrichtet worden wäre.

9 Auch der Einwand des Beklagten, der für den Versicherungsnehmer geführte Rechtsstreit wäre auch bei ordnungsgemäßer Hemmung der Verjährung verloren gegangen, könne keinen Erfolg haben. Es fehle jeder schlüssige und substantiierte Vortrag des Beklagten, dass sich ein innerhalb der Verjährungsfrist begonnener Prozess in derselben Weise entwickelt hätte wie das tatsächlich durchgeführte Verfahren. Der Umstand, dass ein bei wirksamer Verjährungshemmung durchgeführter Prozess aus anderen Gründen möglicherweise ebenfalls

verloren gegangen wäre, entlaste den Beklagten auch deshalb nicht, weil es sich bei den dann entstehenden Kosten um einen anderen Schaden gehandelt hätte.

## II.

10 Die Ausführungen halten rechtlicher Prüfung in entscheidenden Punkten  
nicht stand.

11 1. Mit Recht hat das Berufungsgericht allerdings erkannt, dass etwaige,  
unter dem Gesichtspunkt der Rechtsanwaltschaft in Betracht kommende  
Schadensersatzansprüche des Versicherungsnehmers gegen den Beklagten auf  
die Klägerin übergegangen sind (§ 86 Abs. 1 VVG).

12 Die Rechtsschutzversicherung ist eine Schadensversicherung, für die  
§ 86 Abs. 1 Satz 1 VVG gilt. Nach dieser Regelung geht ein dem Versicherungs-  
nehmer gegen einen Dritten zustehender Ersatzanspruch auf den Versicherer  
über, soweit dieser den Schaden ersetzt. Hierbei handelt es sich um einen ge-  
setzlichen Anspruchsübergang im Sinne von § 412 BGB (BGH, Urteil vom  
23. Juli 2019 - VI ZR 307/18, ZInsO 2019, 1939 Rn. 8; vom 13. Februar 2020  
- IX ZR 90/19, ZIP 2020, 561 Rn. 10). Die Voraussetzungen für den Anspruchs-  
übergang sind erfüllt. Die Klägerin ist ihrer Pflicht zur Freistellung (vgl. BGH, Urteil  
vom 21. Oktober 2015 - IV ZR 266/14, NJW 2016, 61 Rn. 30 f) des Versiche-  
rungsnehmers von den Kosten des Ausgangsverfahrens im Umfang ihres Zah-  
lungsbegehrens dadurch nachgekommen, dass sie Gerichts- und Rechtsan-  
waltskosten beglichen hat. Dem Versicherungsnehmer ist hierdurch ein Schaden  
im Sinne des § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG ersetzt worden. Ansprüche des Versiche-  
rungsnehmers gegen Dritte auf Deckung dieses Schadens sind deshalb auf die

Klägerin übergegangen. Um solche Ansprüche handelt es sich bei den hier streitgegenständlichen Schadensersatzansprüchen gegen den Beklagten (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 - IX ZR 165/19, zVb Rn. 18 ff).

13            2. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen tragen nicht die Annahme, der Beklagte sei zum Ersatz der für das Mahnverfahren erstatteten Kosten verpflichtet.

14            a) Die Klägerin verlangt Ersatz eines Kostenschadens. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs 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, Urteil vom 7. Februar 2008 - IX ZR 198/06, WM 2008, 1612 Rn. 34 f; vom 13. März 2008 - IX ZR 136/07, WM 2008, 1560 Rn. 24; Beschluss vom 29. September 2011 - IX ZB 106/11, WM 2011, 2113 Rn. 13).

15            b) Von welchem Streitgegenstand das Berufungsgericht im Blick auf die Kosten des Mahnverfahrens ausgegangen ist, lässt sich dem angefochtenen Urteil nicht mit Gewissheit entnehmen. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen rechtfertigen die Verurteilung überdies weder unter dem Gesichtspunkt eines bei pflichtgemäßem Vorgehen gewonnenen Vorprozesses noch kann davon ausgegangen werden, der Beklagte habe die gerichtliche Rechtsverfolgung gar nicht erst einleiten dürfen.

- 16           aa) Das Berufungsgericht hat die zur Haftung des Beklagten für die Kosten des Mahnverfahrens führende Pflichtverletzung in der bewusst wahrheitswidrigen Angabe im Mahnbescheidsantrag erblickt, die Gegenleistung, von welcher der geltend gemachte Anspruch abhängt, sei erbracht. Feststellungen dazu, ob der Vorprozess ohne diese Pflichtverletzung gewonnen worden wäre, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Es hat entsprechende Feststellungen nicht für erforderlich gehalten, weil es sich bei dem hypothetischen Ausgang des Vorprozesses um einen Anwendungsfall des rechtmäßigen Alternativverhaltens handele und es an Vortrag des für diesen Einwand darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten fehle.
- 17           Das trifft im Ansatz nicht zu. Wie im Falle der hypothetischen Kausalität ist auch eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs durch ein rechtmäßiges Alternativverhalten erst dann in Betracht zu ziehen, wenn feststeht, dass der geltend gemachte Schaden auf einer Pflichtverletzung des Rechtsberaters beruht. Wird im Regressprozess geltend gemacht, der anwaltliche Fehler habe zum Verlust des Vorprozesses geführt, gehört dessen gedachter Ausgang zum hypothetischen Kausalverlauf, der vom Geschädigten darzulegen und nötigenfalls zu beweisen ist (vgl. BGH, Urteil vom 24. September 2015 - IX ZR 206/14, NJW 2015, 3519 Rn. 18). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es dabei im Grundsatz nicht darauf an, wie das mit dem Vorprozess befasste Gericht hypothetisch entschieden haben würde. Vielmehr hat der Regressrichter selbst darüber zu befinden, welche Entscheidung richtigerweise hätte ergehen müssen (vgl. etwa BGH, Urteil vom 13. Juni 1996 - IX ZR 233/95, BGHZ 133, 110, 111 f mwN; st. Rspr.).
- 18           Auch die Erwägung des Berufungsgerichts, der im Falle des Verlusts eines ordnungsgemäß eingeleiteten Vorprozesses entstandene Kostenschaden sei nicht identisch mit dem tatsächlich entstandenen, trägt die Entscheidung nicht.



Die rechtliche Einordnung eines Kostenschadens ist im Grundsatz nicht deshalb eine andere, weil die Klage nicht wegen Verjährung, sondern aus einem anderen Grund abgewiesen wird. Die Überlegung des Berufungsgerichts mag im vorliegenden Fall zutreffen für Mehrkosten, die auf die Wahl des Mahnverfahrens zurückzuführen sind und nicht entstanden wären, wenn die Verjährung auf andere Art und Weise wirksam gehemmt worden wäre. Einen solchen Schaden macht die Klägerin jedoch nicht geltend. Es fehlt auch an Feststellungen zu solchen Mehrkosten.

19           bb) Das Berufungsgericht hat auch nicht festgestellt, dass der Vorprozess schon im Zeitpunkt der Einleitung des Mahnverfahrens nicht gewinnbar war und deshalb nicht hätte eingeleitet werden dürfen. Seinerzeit war die Verjährungshöchstfrist (§ 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB iVm Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB) noch nicht abgelaufen. Feststellungen, warum der Vorprozess sonst ohne Erfolgsaussicht war, hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

20           3. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen tragen nicht die Annahme, der Beklagte sei zum Ersatz der für das streitige Verfahren (erster bis dritter Rechtszug) erstatteten Kosten verpflichtet.

21           a) Mit Recht hat das Berufungsgericht den geltend gemachten Kostenschaden unter dem Gesichtspunkt eines nicht gewinnbaren Vorprozesses geprüft. Die Verjährungshöchstfrist war noch vor Überleitung in das streitige Verfahren abgelaufen. Auf die Hemmung der Verjährung durch die Zustellung des Mahnbescheids konnte sich der Versicherungsnehmer nicht berufen (vgl. BGH, Urteil vom 5. August 2014 - XI ZR 172/13, ZIP 2014, 1985 Rn. 11; vom 23. Juni 2015 - XI ZR 536/14, ZIP 2015, 1590 Rn. 15 ff; vom 16. Juli 2015 - III ZR 238/14, ZIP 2015, 1832 Rn. 16 ff). Es handelte sich daher um einen aus objektiver Sicht nicht (mehr) gewinnbaren Vorprozess. Darauf beruft sich die Klägerin.

22           b) Das Berufungsgericht hat aber auch hier keine Feststellungen getroffen, welche die Annahme der haftungsausfüllenden Kausalität rechtfertigten.

23           Der Ersatzpflichtige hat nach § 249 Abs. 1 BGB den Zustand herzustellen, der ohne seine Pflichtverletzung bestünde. Deshalb ist zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten des Rechtsanwalts genommen hätten, insbesondere wie der Mandant auf eine dementsprechende Beratung reagiert hätte und wie seine Vermögenslage dann wäre. Dabei hat grundsätzlich der Geschädigte den Ursachenzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden als anspruchsbegründende Voraussetzung darzutun und nachzuweisen. Die Ursächlichkeit einer von dem Berater begangenen Pflichtverletzung für einen dadurch entstandenen Schaden gehört zur haftungsausfüllenden Kausalität, für deren Nachweis die in § 287 ZPO vorgesehenen Beweiserleichterungen gelten (etwa BGH, Urteil vom 23. November 2006 - IX ZR 21/03, WM 2007, 419 Rn. 21; st. Rspr.). Demgegenüber hat das Berufungsgericht das (hypothetische) Verhalten des Versicherungsnehmers im Falle pflichtgemäßer Beratung durch den Beklagten als Fall des rechtmäßigen Alternativverhaltens behandelt. Dadurch hat es sich den Blick auf die richtige Verteilung der Darlegungs- und Beweislast verstellt und die danach notwendigen Feststellungen nicht getroffen.

III.

24 Das Urteil 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).

25 1. Wegen der Kosten des Mahnverfahrens wird das Berufungsgericht den Streitgegenstand zu klären und die danach notwendigen Feststellungen zu treffen haben.

26 2. Wegen der Kosten des streitigen Verfahrens liegt die Annahme nahe, dass der Beklagte seine Beratungspflichten verletzt hat. Welche Risikohinweise er zum jeweiligen Zeitpunkt (erster bis dritter Rechtszug) im Einzelnen erteilen musste, hat Auswirkungen auf die Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises für die Frage, ob sich der Versicherungsnehmer beratungsgerecht verhalten hätte. Gleiches gilt für den vom Berufungsgericht bisher nicht hinreichend gewürdigten Umstand, dass die Klägerin Deckungszusagen für alle drei Rechtszüge erteilt hatte. Der Senat verweist hierzu auf sein Urteil vom heutigen Tage zum Aktenzeichen IX ZR 165/19 (zVb). Danach greift der Anscheinsbeweis für ein beratungsgerechtes Verhalten des Mandanten nicht ein, wenn dessen Kostenrisiko durch eine bestandskräftige Deckungszusage herabgemindert und die (weitere) Rechtsverfolgung nicht objektiv aussichtslos war (BGH, Urteil vom 16. September 2021 - IX ZR 165/19, zVb Rn. 37 ff). Aussichtslos in diesem Sinne dürfte die Rechtsverfolgung nicht gewesen sein, bevor die Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zum Mahnbescheidsantrag im Falle eines Zug um Zug abzuwickelnden Möbelkaufs (Urteil vom 21. Dezember 2011 - VIII ZR 157/11,

WM 2012, 560) vom XI. Zivilsenat auf die Geltendmachung des "großen" Schadensersatzes erstreckt worden war (vgl. BGH, Urteil vom 5. August 2014 - XI ZR 172/13, ZIP 2014, 1985 Rn. 11; vom 23. Juni 2015 - XI ZR 536/14, ZIP 2015, 1590 Rn. 15 ff).

Grupp

Möhring

Schultz

Selbmann

Harms

Vorinstanzen:

LG Würzburg, Entscheidung vom 06.03.2018 - 22 O 2200/16 -

OLG Bamberg, Entscheidung vom 19.06.2019 - 8 U 100/18 -