

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 6/84

URTEIL

Verkündet am

30. Oktober 1984

P o h l

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts und Notars Helmut D [REDACTED],
H [REDACTED]-W [REDACTED]-Straße [REDACTED], D [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Architekten Hanns P [REDACTED] sen., S [REDACTED]straße [REDACTED],
[REDACTED] D [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 1984 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof Merz und die Richter Zorn, Fuchs, Winter und Dr. Graßhof

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 28. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 15. Dezember 1983 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger nimmt den Beklagten wegen Verletzung von Pflichten aus einem Anwaltsvertrag auf Schadensersatz in Anspruch.

Der Kläger war als selbständiger Architekt mehrfach bei Bauvorhaben der Fa. R. [REDACTED]-Bauträger-GmbH & Co. KG (Fa. R.) mit der Planbearbeitung und Leitung der Bauausführung beauftragt. Alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Fa. R. war der Sohn des Klägers.

- 3 -

Der Kläger behauptete unter Vorlage schriftlicher Honorarvereinbarungen, er habe gegen die Fa. R. restliche Honorarforderungen von insgesamt 100 000 DM. Diese Ansprüche bestritt die Fa. R. nicht. Sie behauptete, dem Kläger seien bei einem Bauvorhaben je ein Fehler in der Massenermittlung und der Bauüberwachung unterlaufen, wodurch ihr ein Schaden von insgesamt 152 806,40 DM entstanden sei. Der Kläger hielt diese Schadensersatzforderung für berechtigt. Er meldete den Schaden bei seiner Haftpflichtversicherung, der W- P-Feuersozietät, bei der er bis zur Höhe von 50 000 DM je Schadensfall bei 10%iger Eigenbeteiligung versichert war, an. In einem Rechtsstreit vor dem Landgericht Dortmund (8 O 264/76) begehrte er Deckungsschutz. Die Versicherung erkannte am 18. November 1976 ihre Verpflichtung an, dem Kläger Deckungsschutz zu gewähren, und zwar - bei Unterstellung des vom Kläger behaupteten Sachverhalts - auch für zwei getrennte Schadensfälle. Daraufhin wurde in jenem Rechtsstreit die Hauptsache für erledigt erklärt.

Die Versicherung bestritt die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Schadensersatzverpflichtung des Klägers und äußerte, sie werde nur auf eine gerichtliche Entscheidung hin leisten.

Der Beklagte erhielt am 30. Dezember 1976 von dem als Rechtsvertreter der Fa. R. tätigen Rechtsanwalt Kn- namens und im Auftrag des Klägers den Auftrag, dessen Honorarforderung in Höhe von 100 000 DM durch Zahlungsbefehl gegen die Fa. R. geltend zu machen.



- 4 -

Gegen den vom Beklagten daraufhin erwirkten Zahlungsbe-
fehl legte die Fa. R., vertreten durch Rechtsanwalt
Kn[REDACTED], Widerspruch ein. Aufgrund einer Besprechung
beider Parteien fertigte der Beklagte die Klagebegrün-
dung (LG Dortmund 5 O 125/77) und leitete dem Kläger
zwei Abschriften mit dem Hinweis zu, eines der Exem-
plare sei für die Versicherung bestimmt. In ihrer Klage-
erwidern vom 28. März 1977 beantragte die Fa. R.
Klageabweisung. Sie ließ ausführen, die Honorarforde-
rung werde weder dem Grunde noch der Höhe nach bestrit-
ten. Es werde jedoch mit den Schadensersatzansprüchen
gegen den Kläger in Höhe von 152 806,40 DM aufgerech-
net. Mit Schriftsatz vom 26. April 1977 erwiderte der
Beklagte, die Aufrechnungsforderung könne nicht bestrit-
ten werden, da dem Kläger Maß- und Rechenfehler unter-
laufen seien und es auch zutreffend sei, daß ihm ein
Überwachungsfehler anzulasten sei. Allerdings müsse
die Höhe der Gegenforderung, jedenfalls in der Spitze,
noch nachgewiesen werden. Die Aufrechnung sei aber un-
zulässig, weil die Fa. R. sich zunächst an die Versi-
cherung halten müsse, da ihr die Haftpflichtansprüche
des Klägers gegen diese abgetreten seien.

Der Beklagte hatte den Kläger aufgefordert, ihm
die Versicherungsnummer des Haftpflichtversicherungs-
vertrages mitzuteilen, um die Versicherung von dem
Rechtsstreit informieren zu können. Nachdem der Be-
klagte vom Kläger diese Vertragsnummer erfahren hatte,
unterrichtete er die Versicherung mit Schreiben vom
23. Mai 1977 über den Sach- und Streitstand. Im Ver-
handlungstermin am 29. Juni 1977 wies die Kammer da-
rauf hin, daß die Gegenforderung der Fa. R. bis zur

Höhe der Klageforderung unstreitig sein dürfte. Der Beklagte erhob dagegen keine Einwendungen. Durch rechtskräftiges Urteil vom 29. Juni 1977 wurde die Honorarklage mit der Begründung abgewiesen, daß die Forderung des Klägers durch die Aufrechnung der Fa. R. erloschen sei.

Die Versicherung lehnte am 8. Juli 1977 ihre Deckungsverpflichtung wegen vorsätzlicher Obliegenheitsverletzung ab. Der Kläger begehrte danach in einem Rechtsstreit gegen die Versicherung die Gewährung von Deckungsschutz. Diese Klage wurde vom Landgericht Dortmund (8 O 348/77) mit der Begründung rechtskräftig abgewiesen, daß dem Kläger eine vorsätzliche Obliegenheitsverletzung zur Last falle.

Der Kläger nimmt nunmehr den Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch und verlangt einen Betrag von 90 000 DM, den die Versicherung bei Gewährung von Deckungsschutz nach berechtigter Aufrechnung der Fa. R. an ihn hätte auszahlen müssen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Mit seiner Revision erstrebt er die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Beklagte schon bei Fertigung der Klagebegründungsschrift von der beabsichtigten Aufrechnung durch die Fa. R. wußte.

Er habe erkennen müssen, daß die Durchführung des Honorarprozesses für den Kläger allein den Sinn haben konnte, diesem den Regreß gegen die Versicherung zu erhalten. Nur damit sei überhaupt die Tatsache der Führung eines Rechtsstreits zu erklären, bei dem die damalige Beklagte die Klageforderung und der Kläger die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung zugestanden habe.

Mit der Einreichung des Schriftsatzes vom 26. April 1977 habe der Beklagte vorsätzlich gegen die in § 5 Nr. 4 und 5 AHB niedergelegten versicherungsrechtlichen Obliegenheiten des Klägers verstoßen. Die Ausführungen in diesem Schriftsatz stellten ein Anerkenntnis im Sinne dieser Vorschriften dar. Aus dem Gesamtzusammenhang des Schriftsatzes vom 26. April 1977 ergebe sich, daß die Schadensersatzforderung der Fa. R. vom Kläger jedenfalls in Höhe des eingeklagten Betrages zugestanden werden sollte. Der Beklagte habe nach seinem eigenen Vorbringen auch gewußt, daß mit diesem Verhalten eine Obliegenheit des Versicherungsnehmers verletzt werde. Er habe nämlich behauptet, den Kläger darauf hingewiesen zu haben, daß er nicht ohne Abstimmung mit der Versicherung die Schadensersatzforderung zugestehen dürfe. Dasselbe gelte für den Verstoß gegen weitere Obliegenheitspflichten, der darin liege, daß der Beklagte keine Maßnahmen getroffen habe, um der Versicherung vor der Erwidierung auf die von der Fa. R. erklärte Aufrechnung die Übernahme der Prozeßführung zu ermöglichen. Bei pflichtgemäßer Beratung habe der Beklagte den Kläger vor der Einreichung des Schriftsatzes vom 26. April 1977 nicht nur warnen, sondern ihm

dringend davon abraten, gegebenenfalls seine Mitwirkung bei der Prozeßführung versagen müssen. Dies gelte umso mehr, als es dem Beklagten auch erkennbar gewesen sei, daß kein Fall vorgelegen habe, in dem ausnahmsweise gemäß § 154 Abs. 2 VVG ein Anerkenntnis des Versicherungsnehmers zur Vermeidung einer offenbaren Unbilligkeit erlaubt gewesen wäre.

Durch die Pflichtverletzung des Beklagten sei dem Kläger ein Schaden entstanden. Diese Feststellung erfordere nicht Aufklärung und Entscheidung darüber, ob der Kläger tatsächlich Honoraransprüche gegen die Fa. R. und diese Schadensersatzansprüche gegen den Kläger hatte. Dem Kläger sei nämlich durch den Verlust des versicherungsrechtlichen Deckungsschutzes zumindest die Titulierung seiner Honorarforderung entgangen. Diesen Titel hätte er bei Nichtbestehen der zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzforderung erhalten. Wenn der Versicherung die Übernahme der Prozeßführung ermöglicht worden wäre, hätte sie in diesem Fall die unberechtigte Schadensersatzforderung abgewehrt. Die Honorarforderung wäre dann tituliert worden, weil sie von der Fa. R. bereits nach Grund und Höhe zugestanden gewesen sei.

II.

Das Berufungsurteil ist nicht zu beanstanden, soweit es annimmt, der Beklagte habe seine Pflichten aus dem mit dem Kläger geschlossenen Anwaltsvertrag schuldhaft verletzt und dadurch auch die Ablehnung der Ge-

währung von Deckungsschutz verursacht. Das angefochtene Urteil muß aber wegen seiner unzureichenden Feststellungen zum Schaden des Klägers aufgehoben werden.

1. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß mit dem Schriftsatz des Beklagten vom 26. April 1977 die Obliegenheiten des § 5 Nr. 4 (Ermöglichung der Prozeßführung durch den Versicherer) und 5 (keine Anerkennung eines Anspruchs durch den Versicherten) AHB gegenüber der Versicherung verletzt wurden, wird von der Revision nicht angegriffen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts dazu sind auch rechtsirrtumsfrei.

2. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, dieses Verhalten des Beklagten sei nicht pflichtwidrig, weil der Beklagte mit Abfassung des Schriftsatzes einer Weisung des zuvor von ihm eindringlich belehrten Klägers entsprochen habe.

a) Zwar hat der Rechtsanwalt grundsätzlich die Weisungen seines Mandanten zu befolgen, selbst wenn dies zu Nachteilen für den Mandanten führen kann. Dies folgt schon daraus, daß für den Anwaltsvertrag gemäß § 675 BGB die Vorschrift des § 665 BGB entsprechende Anwendung findet (BGH, Urt. v. 20. Februar 1968 - VI ZR 24/66 = VersR 1968, 792, 794). Ein Rechtsanwalt darf allerdings Weisungen seines Mandanten nicht blindlings befolgen. Er muß den Sinn der erteilten Weisung ermitteln, um damit dem Mandanten nicht durch äußerlich zwar dem Auftrag entsprechende, zur Erreichung des von dem Auftraggeber erstrebten rechtlichen Erfolges aber nicht gebotene Schritte Schaden zuzufügen (BGH, Urt. v.

7. Oktober 1976 - III ZR 110/74 = VersR 1977, 421, 422). Der Anwalt muß mithin selbständig prüfen, ob dem Auftraggeber bei Verwirklichung des von diesem gewünschten Vorhabens Nachteile drohen. Auf diese hat der Anwalt sodann in der nach den Umständen des Einzelfalles gebotenen Weise den Auftraggeber hinzuweisen, ihn zu warnen und ihm Alternativen aufzuzeigen, mit denen das Ziel des Mandanten sicherer erreicht werden kann (BGH, Urt. v. 30. März 1965 - VI ZR 279/63 = VersR 1965, 763, 764; v. 12. Juli 1960 - III ZR 89/59 = VersR 1960, 932, 933).

b) Das Berufungsgericht verlangt daher mit Recht von dem Beklagten, er habe bei der Vertretung der Interessen des Klägers berücksichtigen müssen, daß der angestrengte Prozeß, in dem die Klageforderung und der zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzanspruch von den in bestem Einvernehmen befindlichen Parteien unbestritten bleiben sollten, ausschließlich den Sinn haben konnte, dem Kläger den Regreß gegenüber der Haftpflichtversicherung zu ermöglichen. Der Beklagte mußte auch erkennen, daß es keinen vertretbaren Gesichtspunkt dafür gab, daß dieses Prozeßziel noch erreicht werden könnte, wenn der Kläger sich im Prozeß auf die zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzforderung ohne vorherige Einschaltung und Abstimmung mit der Versicherung sachlich in der Weise einlassen würde, daß er nicht nur die Tatsachen nicht bestritt, die den Schaden der Fa. R. verursacht haben sollen, sondern darüber hinaus noch einräumte, dabei die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten verletzt zu haben. Es mußte dem Beklagten bewußt sein, daß die Versicherung bei einem

solchen Verhalten des Klägers mit großer Wahrscheinlichkeit von der Versagung des Versicherungsschutzes gemäß § 6 AHB Gebrauch machen würde.

Der Beklagte wußte nämlich, daß die Versicherung eine Zahlung bisher abgelehnt hatte. Es war ihm auch erkennbar, daß die Voraussetzung des § 154 Abs. 2 VVG, unter der der Versicherung die Berufung auf § 6 AHB verwehrt ist, damals ersichtlich nicht vorlag.

Nach gefestigter Rechtsprechung berechtigt diese Vorschrift selbst bei offensichtlicher Alleinschuld des Versicherungsnehmers an einem Schadensereignis diesen nicht, den begründeten Anspruch des Geschädigten anzuerkennen, sofern dazu nicht besondere Umstände hinzukommen, nach denen die Verweigerung sofortiger Zahlung und Verweisung auf die Regulierung des Schadens durch die Versicherung für jeden anständigen Menschen auf den ersten Blick einen Verstoß gegen die guten Sitten bedeuten würde (BGH, Urt. v. 9. Dezember 1965 - II ZR 173/63 = LM VVG § 154 Nr. 2; v. 12. März 1969 - IV ZR 610/68 = LM VVG § 154 Nr. 4).

Der Beklagte konnte erkennen, daß es hier schon an der Grundvoraussetzung für die Annahme einer offenkundigen Unbilligkeit im Sinne des § 154 Abs. 2 fehlte. Es standen nämlich nicht alle Tatumstände des Ersatzanspruchs der Fa. R. mindestens dem Grunde nach einwandfrei fest (vgl. dazu BGH, Urt. v. 9. Dezember 1965 - II ZR 173/63 aaO). Der Beklagte wußte, daß die Versicherung bereits seit 1974 die Schadensregulierung prüfte und hinauszögerte. Im übrigen mußte der Beklagte auch erkennen, daß aus Billigkeitsgründen zum

damaligen Zeitpunkt keinerlei Anlaß für ein Anerkenntnis durch den Kläger bestand, weil die Fa. R. wegen der Honorarforderung des Klägers jedenfalls in Höhe des Deckungsschutzes keine Zahlung erhalten sollte. Der Kläger wäre der Nutznießer einer Zahlung durch die Versicherung gewesen.

c) Das Berufungsgericht hat unter Berücksichtigung dieser Rechtslage und Interessen der Beteiligten den Beklagten zutreffend für verpflichtet gehalten, dafür Sorge zu tragen, daß die Versicherung vor Einreichung des vom Kläger gewünschten, die Klageerwidern beantwortenden Schriftsatzes Gelegenheit zur Übernahme der Prozeßführung erhielt. Es ist nicht festgestellt worden, daß der Kläger auf einer sofortigen Abgabe des Sachvortrags bestanden hatte. Falls der Kläger aber entsprechende Vorstellungen geäußert hatte, mußte der Beklagte ihm unter Hinweis auf die gefährlichen Folgen klarmachen, daß das Nichtbestreiten der zur Aufrechnung gestellten Forderung ohne prozessuale Nachteile auch noch später erfolgen könnte, nachdem der Versicherung Gelegenheit zum Eingreifen gegeben war. Darauf mußte der Beklagte eindringlich hinweisen; denn der beauftragte Anwalt und nicht der Mandant hat regelmäßig den Überblick über den verfahrensrechtlich möglichen Zeitpunkt eines Sachvortrags.

Es war dem Beklagten auch ohne weiteres erkennbar, daß es prozessual nicht notwendig war, schon am 26. April 1977 auf die Klageerwidern zu antworten. Termin zur mündlichen Verhandlung stand erst am 29. Juni 1977 an. Weder in der diesen Termin gemäß

§ 272 b ZPO a.F. vorbereitenden Verfügung des Vorsitzenden noch später war dem Kläger eine Frist zur Antwort auf die Klageerwiderung gesetzt worden. Der Schriftsatz vom 26. April 1977 enthielt nicht einmal erhebliche Tatsachen, die gemäß §§ 132, 272 ZPO a.F. eine Woche vor der mündlichen Verhandlung mitzuteilen gewesen wären. Zu der behaupteten Abtretung der Forderung gegen die Versicherung an die Fa. R. hätte der persönlich zum Verhandlungstermin geladene Geschäftsführer der Fa. R. sich noch im Termin erklären können.

Selbst wenn daher der Kläger eine sofortige schriftsätzliche Erklärung gewünscht hätte, mußte der Beklagte darauf hinweisen, daß die gewünschte Erklärung noch in der mündlichen Verhandlung abgegeben werden könne und die Zwischenzeit genutzt werden müsse, um die Versicherung einzuschalten. Diese hätte ihrerseits gemäß §§ 132, 272 ZPO a.F. die Prozeßführung noch rechtzeitig übernehmen können, ohne daß eine Zurückweisung des Vorbringens gemäß § 279 ZPO a.F. gedroht hätte.

Es wäre dem Beklagten auch möglich gewesen, in der Zwischenzeit der Versicherung Gelegenheit zur Übernahme der Prozeßführung zu geben, weil er sie, nachdem er das Aktenzeichen des Versicherungsvertrages in Erfahrung gebracht hatte, schon am 23. Mai 1977 anschreiben konnte.

d) Der Beklagte konnte sich auch nicht darauf verlassen, daß die Versicherung vom Kläger informiert worden war. Dieser hatte es nach Absprache mit dem Beklagten lediglich übernommen, die Versicherung von der Klage

zu unterrichten. Aus der Klageschrift war aber für die Versicherung nicht erkennbar, daß aus dem Prozeß durch Aufrechnung mit der Schadensersatzforderung ein Haftpflichtprozeß werden würde.

3. Ohne Erfolg rügt die Revision, daß das Berufungsgericht die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für die Versagung des Versicherungsschutzes bejaht hat.

a) Das Berufungsgericht meint, bei entsprechender Beratung des Beklagten hätte der Kläger der Versicherung rechtzeitig Gelegenheit zur Übernahme der Prozeßführung gegeben. Nach der Lebenserfahrung könne davon ausgegangen werden, daß der Kläger sich der eindringlichen Belehrung des Beklagten und eines gleichzeitigen Hinweises darauf, daß die Einschaltung der Versicherung zeitlich noch möglich sei, nicht verschlossen hätte.

b) Rechtsirrtumsfrei sieht das Berufungsgericht es als Lebenserfahrung an, daß ein Auftraggeber, der einen anderen wegen dessen besonderer Sachkunde mit der Vertretung seiner Interessen beauftragt, sich den Bedenken nicht verschließt, wenn dieser ihn eindringlich darauf hinweist, daß das erstrebte Ziel rechtlich nicht so zu erreichen ist, wie er es sich vorgestellt hat (BGH, Urt. v. 13. April 1961- III ZR 28/60 = VersR 1961, 610, 611; v. 5. März 1974 - VI ZR 222/72 = VersR 1974, 782, 783). Das Berufungsgericht hat auch keine Tatsachen festgestellt, die diesen Erfahrungssatz hier ausräumen könnten.

c) Der Revision kann auch nicht zugestimmt werden, wenn sie meint, die Erklärungen in dem Schriftsatz vom 26. April 1977 hätten die Versagung des Deckungsschutzes schon deshalb nicht verursacht, weil die Versicherung auch wegen der Verwandtenklausel des § 4 Abs. 2 Nr. 2 AHB a.F. den Deckungsschutz habe versagen können. Das Berufungsgericht hat richtig entschieden, daß die Versicherung sich auf diese Bestimmung nicht mehr berufen konnte, nachdem sie in dem Verfahren 8 O 264/76 LG Dortmund am 18. November 1976 ihre Verpflichtung anerkannt hatte, dem Kläger Deckungsschutz zu geben. Zur Zeit dieses Anerkenntnisses war der Versicherung nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten bekannt, daß der Sohn des Klägers "Inhaber" der Fa. R. war. Als solchen hatte der Kläger ihn nämlich bei Anmeldung des Versicherungsfalles im Jahre 1974 schon bezeichnet. Damit war der Versicherung ein Sachverhalt vorgetragen, der ihr Anlaß geben mußte, die Anwendung der Bestimmung des § 4 Abs. 2 Nr. 2 AHB zu prüfen. Wenn sie dennoch den Deckungsschutz anerkannte, so ist dieser Einwand durch den Anerkenntnisvertrag ausgeschlossen (vgl. BGH, Urt. v. 29. Februar 1968 - VII ZR 98/65 = LM BGB § 781 Nr. 5).

4. Das Berufungsurteil kann dennoch keinen Bestand haben, weil es seine Annahme, dem Kläger sei durch die schuldhaftes Pflichtverletzung des Beklagten ein Vermögensschaden entstanden, nicht ausreichend begründet.

a) Das Berufungsgericht meint, das den Schaden auslösende Ereignis sei die Verweigerung des Deckungsschutzes. Dieser hätte dem Kläger einen Anspruch auf Freistellung von begründeten bzw. Abwehr von unbegrün-

deten Schadensersatzforderungen der Fa. R. gegeben (§§ 149, 150 VVG). Im Hinblick auf diese beiden Richtungen eines Deckungsschutzes könne es dahingestellt bleiben, ob der Kläger der Fa. R. zum Schadensersatz wegen fehlerhafter Architektenleistungen verpflichtet gewesen sei. Sei dies der Fall gewesen, so hätte die Versicherung durch Zahlung von 90 000 DM den Kläger freistellen müssen. Anderenfalls hätte die Versicherung die zur Aufrechnung gestellte Ersatzforderung abgewehrt, und der Kläger hätte eine Honorarforderung tituliert erhalten, weil diese von der Fa. R. nicht bestritten gewesen sei.

b) Diese alternative Schadensbestimmung hält den Angriffen der Revision nicht stand. Das Berufungsgericht begründet unzureichend, daß eine der von ihm angenommenen Schadensalternativen - das Unterbleiben der Titulierung einer Honorarforderung - einen Vermögensschaden des Klägers dargestellt hätte.

aa) Im Regelfall kann zwar - wie es das Berufungsgericht tut - ein Vermögensschaden der Partei schon dann bejaht werden, wenn diese den Prozeß verloren hat, den sie bei sachgemäßer Vertretung gewonnen hätte (BGH, Urt. v. 20. März 1961 - III ZR 172/59 = VersR 1961, 467, 470). Dabei ist für diese hypothetische Betrachtung maßgebend, wie der Vorprozeß nach Auffassung des mit dem gegen den Prozeßbevollmächtigten gerichteten Schadensersatzanspruch befaßten Gerichts richtig hätte entschieden werden müssen (BGHZ 46, 221, 228; BGH, Urt. v. 3. November 1955 - III ZR 62/54 = NJW 1956, 140; v. 26. November 1963

- VI ZR 293/62 = VersR 1964, 168). Auszugehen ist dabei von dem Sachverhalt, der dem Gericht des Vorprozesses unterbreitet und von diesem Gericht aufgeklärt worden wäre (BGH, Urt. v. 14. November 1963 - III ZR 144/61 = VersR 1964, 161).

Im Vorprozeß war die Honorarforderung nach Grund und Höhe nicht bestritten.

Dies war bis zu der mündlichen Verhandlung am 29. Juni 1977 ein jederzeit widerrufliches, nicht unter die §§ 288, 290 ZPO fallendes, sogenanntes außergerichtliches Geständnis, das abgegeben war, weil die Fa. R. aufgrund der vorherigen Absprache mit dem Kläger damit rechnete, daß dieser die zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzforderung nicht bestreiten werde. Bis zur mündlichen Verhandlung wäre dann der auf die Abwehr der Schadensersatzforderung hinzielende Vortrag der Versicherung erfolgt, so daß - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht als selbstverständlich davon ausgegangen werden kann, daß die Fa. R. nach der völlig neuen Prozeßsituation ihren Sachvortrag nicht modifiziert hätte.

Allerdings hätte das außergerichtliche Geständnis auch nach einem eventuellen Widerruf Indizwirkung behalten. Da der Kläger auch entsprechende schriftliche Honorarvereinbarungen vorgelegt hatte, hätte er auch bei einer Modifizierung der Einlassung der Fa. R. zu der Honorarforderung wahrscheinlich die von ihm für die Titulierung einer solchen Forderung darzulegenden Voraussetzungen beweisen können.

bb) Das Berufungsgericht hat aber bei der nach § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu treffenden Entscheidung, ob dem Kläger ein Vermögensschaden entstanden ist (vgl. BGH, Urt. v. 13. April 1961 - III ZR 28/60 = VersR 1961, 610, 611) nicht berücksichtigt, daß hier ein Sachverhalt zu beurteilen ist, wie er normalerweise einer gegen einen Prozeßbevollmächtigten gerichteten Schadensersatzforderung wegen fehlerhafter Prozeßführung gerade nicht zugrunde liegt. Üblicherweise hat der Prozeßbevollmächtigte eine Partei zu vertreten, die gegen den Prozeßgegner gewinnen will, d.h. die als Klägerin Verurteilung und als Beklagte Klageabweisung erreichen will. Das Verfehlen des Prozeßziels kann dann regelmäßig als Vermögensschaden angesehen werden.

Im vorliegenden Fall hat der Beklagte von dem späteren Prozeßbevollmächtigten des Gegners seiner eigenen Partei den Auftrag erhalten, für diese gegen jenen eine Honorarforderung einzuklagen, von der feststand, daß sie von dem Gegner nicht bestritten werden würde, weil dieser wiederum aufrechnen wollte mit einer Forderung, die der Kläger für begründet hielt und daher nicht bestreiten wollte. Prozeßziel des Klägers war es daher im vorliegenden Fall gerade nicht, gegen die beklagte Fa. R. zu gewinnen. Er wollte erreichen, daß seine Klage aufgrund der Aufrechnung abgewiesen wird, um mit Hilfe des Deckungsschutzes Zahlung von 90 000 DM durch die Versicherung zu erhalten. Der Kläger hat hier auch den Prozeß - wie beabsichtigt - mit dem von ihm gewünschten Vorbringen verloren, nur hat er das weitere, nicht

in der Prozeßentscheidung liegende Ziel verfehlt, nämlich die Gewährung von Deckungsschutz in Form von Zahlung durch die Versicherung.

In einem solchen Fall kann ein Obsiegen des Klägers mit einer Honorarforderung gegen die von seinem Sohn wirtschaftlich beherrschte Fa. R. nur dann einen Vermögenswert darstellen, dessen Einbuße ein Schaden ist, wenn der Kläger diesen Titel für den Fall, daß das ursprüngliche Prozeßziel nicht zu erreichen war, auch hätte durchsetzen können und wollen. Überlegungen dazu hat der Tatrichter im Rahmen der ihm gemäß § 287 ZPO obliegenden Schadensermittlung nicht angestellt. Es handelt sich dabei um wesentliche, für die Entscheidung erhebliche Tatsachen, die von dem Revisionsgericht auf Rüge berücksichtigt werden können (vgl. dazu BGHZ 3, 162, 175 f; 6, 62).

Der Kläger war von seiner Schadensersatzverpflichtung gegenüber der Fa. R. überzeugt, weil er der Auffassung war, er habe fahrlässig vertragliche Sorgfaltpflichten verletzt und der Fa. R. - und damit auch seinem Sohn - einen Schaden in Höhe von weit über 100 000 DM zugefügt. Es bedurfte daher besonderer Feststellungen dazu, daß der Kläger bei einer Abwehr dieser Schadensersatzverpflichtung durch die Versicherung seine Auffassung geändert und den Titel über eine Honorarforderung durchgesetzt hätte. Dabei muß auch berücksichtigt werden, daß die Fa. R. aufgrund der - durch eine Abwehr der Schadensersatzansprüche fehlgeschlagenen - Absprache über das Prozeßziel keine Gelegenheit gehabt hätte, die Angemessenheit ihrer Honorarverpflichtung

zur Überprüfung eines Gerichts zu stellen. Der Kläger konnte daher von einem Titel über die Honorarforderung nur Gebrauch machen, wenn diese in der titulierten Höhe materiell-rechtlich wirksam bestand. Anderenfalls hätte ihm bei einem Vorgehen aus dem Titel eine Inanspruchnahme aus § 826 BGB gedroht.

Der Tatrichter hätte auch Anlaß zu der Erwägung haben können, ob nicht die Parteien - wie es auch dem Vortrag des Beklagten zu entnehmen war - nur dann im Verhältnis zueinander eventuelle Honorarrestbeträge und Schadensersatzpflichten erfüllen wollten, wenn die Haftpflichtversicherung letztere im Wege des Deckungsschutzes erfüllte. Im Falle einer Abwehr dieser Ansprüche durch die Versicherung wäre denkbar gewesen, daß die Vertragspartner untereinander im Hinblick auf ihre Überzeugung vom Bestehen der wechselseitigen Ansprüche und ihr enges familiäres Verhältnis eine wechselseitige Verrechnung vorgenommen hätten. Dafür spricht, daß weder die Fa. R. noch später nach der Konkurseröffnung über das Vermögen der Fa. R. im Jahre 1979 der Konkursverwalter den Teil der angeblichen Schadensersatzforderung gegen den Kläger geltend gemacht haben, der dessen angebliche Honorarforderung übersteigt.

Bei der besonderen Gestaltung dieses Falles mußte das Berufungsgericht auch berücksichtigen, daß eine in Höhe von 100 000 DM titulierte Honorarforderung des Klägers diesem nur dann einen Vermögensvorteil gebracht hätte, wenn er den Titel jedenfalls in Höhe des hier geltend gemachten Betrages von 90 000 DM erfolgreich hätte vollstrecken können (zur Beitreibbarkeit als Regreßvoraussetzung bei Anspruchsverlust vgl.

BGH, Urteile vom 23. April 1974 - VI ZR 188/72 = VersR 1974, 906; vom 22. Mai 1984 - VI ZR 228/82 = VersR 1984, 782; Baur, Hypothetische Inzidentprozesse, Festschrift für Larenz 1973, 1063, 1068 m.w. Literaturhinweisen).

Das Berufungsgericht stellt dazu nichts fest, obwohl die unstreitige Konkurseröffnung über das Vermögen der Fa. R. Anlaß dazu gegeben hätte. Es ist daher unerheblich, daß die nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung erst erfolgte ausdrückliche Behauptung des Beklagten, der Titel über 90 000 DM hätte nicht realisiert werden können, vom Berufungsgericht nicht mehr berücksichtigt werden konnte. Der Kläger hatte seinen Schaden darzulegen. Auch wenn er nur die für eine Feststellung nach § 287 ZPO erforderlichen Tatsachen vortragen mußte (BGH, Urt. v. 23. April 1974 - VI ZR 188/72 aaO) gehörte dazu nach der besonderen Gestaltung dieses Falles auch der Vortrag zur Realisierbarkeit des Titels.

III.

Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, die erforderlichen Feststellungen nachzuholen.

Falls sich nicht feststellen lassen sollte, daß die Nichttitulierung der Honorarforderung einen Vermögensschaden des Klägers darstellt, kann dieser nur noch darin gesehen werden, daß die Versicherung nicht im Wege des Deckungsschutzes 90 000 DM zahlen mußte. Das setzt voraus, daß der Tatrichter der Überzeugung

ist, daß auch bei einer Übernahme der Prozeßführung durch die Versicherung die zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzforderung der Fa. R. als bestehend angesehen worden wäre, so daß die Versicherung dann aufgrund des durch ihr Anerkenntnis bestehenden Deckungsschutzes den Betrag von 90 000 DM hätte zahlen müssen.

Merz

Zorn

Fuchs

Winter

Graßhof