

I-24 U 60/11
2 O 171/10
LG Duisburg



Leitsätze:

BGB §§ 675, 611, 665, 280

1. Vor Erhebung einer Klage muss der Rechtsanwalt prüfen, ob der ihm vorgetragene Sachverhalt geeignet ist, den vom Mandanten erstrebten Erfolg herbeizuführen, und durch geeignete Befragung des Mandanten rechtlich relevante Sachverhaltslücken aufklären.

2. Ist für den Rechtsanwalt erkennbar, dass ein zu erwartender Rechtsstreit mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit für seinen Mandanten verloren gehen wird, so genügt er seiner Beratungspflicht nicht schon durch den Hinweis, dass ein Risiko bestehe und der Ausgang des Rechtsstreits offen sei.

3. Eine grundsätzlich bindende Weisung des Mandanten, Klage zu erheben, ist dann nicht maßgeblich, wenn der Mandant vom Rechtsanwalt über alle Folgen dieser Weisung nicht ordnungsgemäß aufgeklärt wurde.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.5.2011 – I-24 U 60/11 –

(rechtsbeständig; nach den Hinweisen hat der Kläger seine Berufung zurückgenommen.)

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

In dem Rechtsstreit

M. ./. J.

hat der 24. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf unter Mitwirkung seiner Richter Z., Dr. S. und Dr. K. am 9. Mai 2011

b e s c h l o s s e n :

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO im Beschlussverfahren zurückzuweisen. Der Kläger erhält Gelegenheit, zu den Gründen binnen einer Frist von **zwei Wochen** schriftsätzlich Stellung zu nehmen.
2. Der für den 31. Mai 2011 geplante Senatstermin entfällt.

G r ü n d e :

I.

Das Rechtsmittel des Klägers hat keine Erfolgsaussicht, § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Das Landgericht hat die Klage zu Recht hinsichtlich eines Teilbetrags von 2.088,49 EUR abgewiesen. Die dagegen vorgebrachten Berufungsgründe rechtfertigen keine dem Kläger günstigere Entscheidung.

Dem Kläger steht kein über das vom Landgericht in Höhe von 1.919,37 EUR zugesprochene Honorar hinausgehender Anspruch zu. Denn der Beklagte kann sich

mit Erfolg auf Schadensersatzansprüche aus dem zwischen den Parteien geschlossenen anwaltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 611, 675 BGB) berufen, die gegenüber der Honorarforderung des Klägers in Höhe von 463,98 EUR aus dem Verfahren 1 O 246/09 LG Wuppertal einen Freistellungsanspruch begründen und in Höhe der erklärten Aufrechnung mit Forderungen von insgesamt 1.625,40 EUR zum Erlöschen seiner Honoraransprüche aus anderen Mandaten geführt haben.

1. Der Beklagte hat gegen den Kläger einen Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs. 1 BGB, weil die Kosten des Verfahrens 1 O 246/09 LG Wuppertal ihm aufgrund eines pflichtwidrigen Verhaltens des Klägers entstanden sind.

a) Der Kläger handelte objektiv pflichtwidrig, indem er es unterließ, dem Beklagten von der Erhebung der Klage im Verfahren 1 O 246/09 LG Wuppertal abzuraten.

aa) Der Kläger war dem Beklagten zunächst zur anwaltlichen Beratung und außergerichtlichen Vertretung bezüglich eines Anspruchs des Beklagten auf Herausgabe eines in seinem Eigentum stehenden Blockheizkraftwerks gegenüber dem damaligen Besitzer H. (im Folgenden: Besitzer) verpflichtet. Nach einer Besprechung zwischen dem Kläger und dem Beklagten am 19. Juni 2009 sollte der Kläger den Besitzer umgehend zur Herausgabe veranlassen, weil der Beklagte das Kraftwerk anderweitig benötigte. Diesen Anspruch sollte der Kläger erforderlichenfalls im Klagewege durchsetzen. Hierzu unterzeichnete der Beklagte am 19. Juni 2009 eine Prozessvollmacht. Mit Schriftsatz vom 13. Juli 2009 reichte der Kläger in Vertretung des Beklagten eine Herausgabeklage gegen den Besitzer ein.

bb) Der Rechtsanwalt ist aufgrund des Anwaltsvertrags in den Grenzen des ihm erteilten Mandats (BGH MDR 1998, 1378; MDR 1996, 2648; Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Auflage, Rn. 482

m.w.N.) verpflichtet, die Interessen seines Mandanten nach jeder Richtung und umfassend wahrzunehmen und Schädigungen seines Auftraggebers, mag deren Möglichkeit auch nur von einem Rechtskundigen vorausgesehen werden können, zu vermeiden. In den Grenzen des Mandats hat er dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziel zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist (BGH WM 1993, 1376; WM 2007, 419; NJW 2007, 2485; WM 2008, 1560).

Dies bedeutet, dass der Rechtsanwalt vor Erhebung einer Klage den ihm vorgetragenen Sachverhalt dahin prüfen muss, ob er geeignet ist, den vom Mandanten erstrebten Erfolg herbeizuführen. Durch geeignete Befragung des Mandanten muss er rechtlich relevante Sachverhaltslücken aufklären (BGH NJW 1982, 437) sowie klären, ob für beweisbedürftige Tatsachen geeignete Beweismittel zur Verfügung stehen (BGH WM 1988, 987, 993, Senat, FamRZ 2004, 1647; Vollkommer/Heinemann, *Anwaltshaftungsrecht*, 2. Aufl. Rn. 162 ff.). Bei aussichtslosen Fällen hat er von der Klageerhebung abzuraten (Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O. Rn. 634; Borgmann/Jungk/Grams, *Anwaltshaftung*, 4. Aufl., § 20 Rn. 95). Wenn die Erfolgchancen besser stehen, hat der Anwalt seinem Auftraggeber diejenigen Schritte zu empfehlen, die zu dem erstrebten Ziel führen können. Dafür hat der Anwalt den sichersten Weg vorzuschlagen. Ist für den beratenden Rechtsanwalt erkennbar, dass ein zu erwartender Rechtsstreit nahezu sicher oder jedenfalls mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit für seinen Mandanten verloren gehen wird, so genügt er seiner Beratungspflicht in der Regel nicht schon durch den Hinweis, dass ein Risiko bestehe und der Ausgang des Rechtsstreits offen sei. Er muss vielmehr von sich aus deutlich zum hohen Grad des Risikos und zur Wahrscheinlichkeit eines Prozessverlustes Stellung nehmen (BGH NJW 1997, 2168; NJW 1988, 2113 m.w.N.).

cc) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hätte der Kläger dem Beklagten damals von einer Klageerhebung abraten müssen. Denn ihm war aufgrund seiner bisherigen Tätigkeit und der vorgerichtlichen Korrespondenz bekannt, dass der Besitzer im Prozess die Eigentümerstellung des Beklagten bestreiten würde und dieser zum Zeitpunkt der Klageerhebung nicht zum Nachweis seiner Aktivlegitimation, sei es aufgrund von Eigentums oder auf vertraglicher Grundlage, in der Lage war.

(1) Der Kläger hatte den Besitzer mit Schreiben vom 19. Juni 2009 erstmals darüber informiert, dass er Eigentümer des von der zwischenzeitlich insolventen Firma B. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin) verliehenen Blockheizkraftwerks sei und nach Ablauf der Leihzeit nunmehr die Herausgabe bis zum 3. Juli 2009 verlange. Hierauf hatte die Prozessbevollmächtigte des Besitzers mit Schreiben vom 3. Juli 2009 geantwortet, dass ihrem Mandanten die Eigentümerstellung des Beklagten unbekannt sei. In einem an ihren Mandanten gerichteten Schreiben vom 6. Mai 2008 habe die Schuldnerin vielmehr deutlich gemacht, dass sie Eigentümerin der Heizungsanlage sei.

(2) Zum Zeitpunkt der Klageerhebung musste der Kläger aber davon ausgehen, dass er im Rahmen des Prozesses die Aktivlegitimation des Beklagten nicht würde beweisen können.

Da der Beklagte einen sonstigen Eigentumsnachweis nicht führen konnte, war er zum Nachweis seiner Berechtigung am Blockheizkraftwerk auf eine Abtretungserklärung der Schuldnerin bzw. deren Insolvenzverwalters, angewiesen.

Eine Abtretungserklärung lag jedoch zum Zeitpunkt der Klageerhebung nicht vor. Der Insolvenzverwalter der Schuldnerin gab eine schriftliche Abtretungserklärung erst am 14. Juli 2009 ab. Diese ging dem Kläger erst am 17. Juli 2009 zu.

Auch lag keine mündliche Abtretungserklärung vor, die der vom Kläger in der Klageschrift vom 13. Juli 2009 als Zeuge benannte Insolvenzverwalter hätte bestätigen können. Soweit der Kläger in der Berufungsinstanz nunmehr erstmals konkret behauptet, der Sachbearbeiter des Insolvenzverwalters, der Zeuge S., habe dem Beklagten in seiner, des Klägers, Anwesenheit bereits bei einer Besprechung im April 2009 einen Herausgabeanspruch mündlich abgetreten, ist dies nachweislich unzutreffend.

Das Gegenteil ergibt sich bereits aus der Abtretungserklärung vom 14. Juli 2009. Diese ist eindeutig als Abtretungserklärung und nicht als bloße Bestätigung einer bereits erfolgten mündlichen Erklärung verfasst. Denn in der vom Insolvenzverwalter gewählten Formulierung „trete hiermit die Herausgabeansprüche“ ab, lässt sich kein Bezug zu einer früheren Abtretungserklärung erkennen. Gegen eine mündliche Abtretung spricht auch der vom Kläger selber vorgelegte Schriftverkehr. Denn der Kläger hat den Insolvenzverwalter noch mit Schreiben vom 27. Mai 2009 und vom 14. Juli 2009 um die Abgabe einer Abtretungserklärung ersucht. Mit dieser Bitte war auch nicht lediglich die schriftliche Bestätigung einer bereits erfolgten mündlichen Abtretung gemeint. Aus dem Schreiben vom 27. Mai 2009 ergibt sich vielmehr, dass bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens Ende April 2009 eine Abstimmung mit dem bis zu diesem Zeitpunkt noch handlungsfähigen Geschäftsführer der Verleiherin Kleinpaß erfolgen sollte. Erst ab Mai 2009 ging also der Kläger selber von einer Legitimation des Insolvenzverwalters zur Abgabe einer Abtretungserklärung aus. Folgerichtig bat der Kläger im Schreiben vom 27. Mai 2009 und in dem Folgeschreiben vom 14. Juli 2009 darum, diese Abtretungserklärung nunmehr abzugeben. Gegen das Vorliegen einer mündlichen Abtretungserklärung spricht schließlich auch der vom Kläger selbst gefertigte Aktenvermerk vom 3. April 2009 über das - soweit ersichtlich - einzige persönliche Gespräch des Beklagten mit dem zuständigen Sachbearbeiter des Insolvenzverwalters am 2. April 2009 im Beisein des Klägers. Auch dort ist von einer erfolgten Abtretung nicht die Rede. Vielmehr führt

der Kläger in seinem Aktenvermerk aus, dass angesichts der Tatsache, dass das Insolvenzverfahren noch nicht eröffnet worden sei, die Schuldnerin, vertreten durch den Geschäftsführer, noch handlungsfähig sei, wenn auch unter Genehmigungsvorbehalt des vorläufigen Insolvenzverwalters. Dementsprechend bat der Kläger noch mit Schreiben vom 6. April 2009 den Geschäftsführer der Klägerin Kleinpaß um Abgabe der Abtretungserklärung. Dabei konnte es sich nur um schriftliche Erklärungen handeln, weil der Beklagte diese zur Legitimation gegenüber dem Besitzer benötigte.

Danach stand dem Beklagten zum Zeitpunkt der Klageerhebung kein Nachweis für seine Aktivlegitimation zur Verfügung, und dem Kläger war dies bekannt.

(3) Aufgrund der ihm bekannten Beweislage hätte der Kläger dem Beklagten damals von einer Klageerhebung abraten und statt dessen versuchen müssen, eine außergerichtliche Verständigung zwischen den Parteien zu erreichen. Denn es war, wie der Kläger selbst einräumt, unklar, ob und wann der Beklagte eine Abtretungserklärung erlangen würde, insbesondere, ob dies während der Dauer des Prozesses der Fall sein würde. Es erschien danach zum Zeitpunkt der Klageerhebung überwiegend wahrscheinlich, dass der Beklagte den Prozess verlieren würde. Der Kläger hat dem Beklagten dennoch zur Klage geraten und sich im Rahmen seiner Klageschrift wider besseren Wissens zum Beweis für die bereits erfolgte Abtretung sowohl auf das Zeugnis des Insolvenzverwalters als auch auf die (allerdings erst später vorzulegende) schriftliche Abtretungserklärung berufen. Hätte es zuvor eine mündliche Abtretungsvereinbarung gegeben, hätte sie der Kläger nach Zeit und Ort wiedergegeben.

(4) Soweit der Kläger vorträgt, er habe die Klage deswegen zu diesem frühen Zeitpunkt eingereicht, weil der Beklagte dringend auf das Heizkraftwerk angewiesen gewesen sei, rechtfertigt dies sein Vorgehen nicht. Es ist nicht ersichtlich, dass durch die Einleitung eines Klageverfahrens eine Beschleunigung der Durchsetzung des

Herausgabeanspruchs zu erreichen war. Denn der Besitzer hatte im Schreiben vom 3. Juli 2009 erklären lassen, dass er eine Herausgabe von einem Eigentumsnachweis des Beklagten abhängig mache. Es war nicht zu erwarten, dass er die Herausgabe allein aufgrund des Drucks eines Klageverfahrens vornehmen würde, da er sich im Falle der fehlenden Berechtigung des Beklagten möglicherweise Schadensersatzansprüchen der Schuldnerin ausgesetzt hätte. Bis zur Vernehmung des Insolvenzverwalters als Zeugen wären zudem etliche Wochen vergangen.

(5) Schließlich bestand keine bindende Weisung des Beklagten zur Klageerhebung. Eine derartige Anweisung ist jedenfalls nicht in der erteilten Prozessvollmacht zu sehen; denn auch nach dem Vortrag des Klägers sollte nur erforderlichenfalls Klage erhoben werden.

Eine bindende eigenverantwortliche Weisung des Beklagten scheidet im Übrigen aber auch deshalb aus, weil dieser durch den Kläger nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden war. Eine Weisung des Mandanten ist nur dann maßgeblich, wenn der Mandant vom Rechtsanwalt über alle Folgen dieser Weisung ordnungsgemäß aufgeklärt wurde (vgl. BGH NJW 1985, 42, 43; NJW-RR 1990, 1243, 1244; Senat GI aktuell 2010, 47 und bei juris, dort Rn. 91). Im Streitfall hat der Kläger es jedoch pflichtwidrig unterlassen, dem Beklagten von einer Klageerhebung abzuraten. Er hätte ihm trotz seines Drängens erklären müssen, dass die Klage ohne Eigentumsnachweis oder Abtretung des Herausgabeanspruchs sinnlos wäre. Sofern "taktische" Erwägungen die Klageerhebung hätten angezeigt erscheinen lassen, hätte der Kläger den Beklagten auf das Kostenrisiko hinweisen müssen.

b) Der Kläger hat seine objektive Pflichtverletzung auch zu vertreten. Umstände, die ihn gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB entlasten würden, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

c) Die Pflichtverletzung des Klägers hat einen Schaden des Beklagten in Form von unnötig entstandenen Prozesskosten verursacht. Denn die Belastung des Beklagten mit Kosten für das Klageverfahren 1 O 246/09 LG Wuppertal wurde adäquat kausal durch das Unterlassen des Abratens von der Klageerhebung verursacht.

aa) Es wird vermutet, dass der Beklagte bei pflichtgemäßer Beratung von einer Klageerhebung zunächst abgesehen hätte.

Wird dem Anwalt eine Unterlassung - hier: unzureichende Beratung über ein Prozessrisiko - vorgeworfen, muss untersucht werden, wie die Dinge abgelaufen wären, wenn der Anwalt die versäumte Handlung pflichtgemäß vorgenommen hätte. Es kommt also darauf an, wie der Mandant sich bei pflichtgemäßem Verhalten des Anwalts verhalten hätte (BGH NJW 1990, 2128, 2129; Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Auflage, Rn. 991). Die Feststellung, ob infolge der Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist, gehört zur haftungsausfüllenden Kausalität. Der Beweis, dass die Vertragsverletzung zum Schaden geführt hat, ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH NJW 2005, 3071 m.w.N.), der der Senat folgt (vgl. nur Beschluss vom 15.04.2010, I-24 U 98/09, bei juris m.w.N.) unter Heranziehung des § 287 Abs. 1 ZPO zu beurteilen.

Dabei obliegt der Beweis für den Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtwidrigkeit und dem Schaden nach allgemeinen Regeln demjenigen, der Schadensersatz verlangt. Für die Verletzung von Beratungspflichten im Rahmen von Anwaltsverträgen besteht jedoch die Vermutung aufklärungsgemäßen Verhaltens (BGHZ 123, 311; NJW 2010, 1357). Danach gilt die Vermutung, dass der Mandant bei pflichtgemäßer Beratung des Anwalts dessen Hinweisen gefolgt wäre, sofern für ihn bei vernünftiger Betrachtungsweise aus damaliger Sicht nur eine Entscheidung nahe gelegen hätte (Palandt/Heinrichs, BGB, 69. Auflage, § 280 Rn. 39).

Dies gilt auch im Streitfall. Im Rahmen einer pflichtgemäßen Beratung hatte der Kläger dem Beklagten den sichersten Weg aufzuzeigen und dazu zu raten, zunächst weiterhin zu versuchen, eine außergerichtliche Klärung der Angelegenheit oder zumindest eine Verbesserung seiner Beweisposition zu erreichen. Die Voraussetzungen für die Vermutung aufklärungsgemäßen Verhaltens sind somit gegeben.

Umstände, die die Vermutung entkräften würden, sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist nicht davon auszugehen, dass der Beklagte wegen des bestehenden Zeitdrucks auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung auf einem Klageverfahren bestanden hätte. Denn – wie bereits ausgeführt – war nicht ersichtlich, dass dies zur Beschleunigung der Herausgabe führen würde, worüber der Kläger den Beklagten bei pflichtgemäßem Verhalten ebenfalls hätte aufklären müssen.

bb) Auch ist der Kostenschaden, der dem Beklagten aufgrund des Kostenbeschlusses nach § 91 a ZPO durch das LG Wuppertal vom 4. November 2009 (GA 97 ff.) entstanden ist, dem Fehlverhalten des Klägers zuzurechnen.

Zwar beruhte der dem Beklagten entstandene Schaden nicht auf einer Klageabweisung mangels erwiesener Aktivlegitimation des Beklagten, sondern auf einer Entscheidung nach übereinstimmenden Erledigungserklärungen der Parteien.

Denn der Insolvenzverwalter hatte mit Schreiben vom 14. Juli 2009 die Abtretung des Herausgabeanspruchs erklärt und der Besitzer des Heizkraftwerks dieses daraufhin unverzüglich an den Beklagten zurückgegeben, so dass die Parteien den noch nicht rechtshängigen Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärten.

Bei der Abgabe der Abtretungserklärung handelt es sich jedoch lediglich um eine weitere Ursache für den Kostenschaden des Beklagten, die die ursprünglich durch das Fehlverhalten des Klägers in Gang gesetzte Kausalkette nicht unterbricht. Das

Verhalten Dritter beseitigt eine Zurechnung nur, sofern es als gänzlich ungewöhnliche Beeinflussung des Geschehensablaufs zu werten ist (Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O. Rn. 1021). Dies ist jedoch nicht der Fall. Auch dem Kläger musste aufgrund seiner mehrfachen diesbezüglichen Aufforderungen bewusst sein, dass die Abgabe einer schriftlichen Abtretungserklärung jederzeit noch möglich war. Ob ihm die zeitnahe Abgabe aufgrund seiner vorherigen erfolglosen Bemühungen unwahrscheinlich erschien, ist unerheblich.

Der Zurechnungszusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Klägers und dem dem Beklagten entstandenen Kostenschaden, wird auch nicht durch die Kostenentscheidung des Landgerichts Wuppertal vom 4. November 2009 unterbrochen. Denn der für die Zurechnung der anwaltlichen Pflichtverletzung notwendige innere Zusammenhang zum Schadensereignis entfällt selbst im Fall einer gerichtlichen Fehlentscheidung nur dann, wenn ein vertragsgerechtes Verhalten des Anwalts nicht geeignet war, die den Mandanten belastende Fehlentscheidung zu vermeiden (BGH NJW 2010, 3576, 3577; NJW 2010 73, 75; NJW 2009 987, 989; Beck RS 2008, 06993; BVerfG NJW 2009, 2945, 2946). Dies ist hier nicht der Fall, da bei Absehen von der Klageerhebung der Kostenschaden des Beklagten nicht eingetreten wäre.

Im Übrigen kann aber auch nicht festgestellt werden, dass das Landgericht Wuppertal sein Ermessen im Rahmen der getroffenen Entscheidung nach § 91 a ZPO fehlerhaft ausgeübt hätte. Soweit es im Rahmen seiner Entscheidung die Grundsätze des § 93 ZPO herangezogen hat, entspricht dies der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGH NJW-RR 2006, 773, 774 m.w.N.).

Auch hat das Landgericht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 93 ZPO zutreffend bejaht. Es ist davon auszugehen, dass der Besitzer die Klage nicht im Sinne des § 93 ZPO durch sein vorprozessuales Verhalten veranlasst hatte. Denn Veranlassung zur Klageerhebung gibt der Beklagte nur dann, wenn sein Verhalten

vor Prozessbeginn ohne Rücksicht auf Verschulden und materielle Rechtslage gegenüber dem Kläger so war, dass dieser annehmen musste, er werde ohne Klage nicht zu seinem Recht kommen (Zöller/Herget, ZPO, 28. Aufl. § 93 Rn. 3 m.w.N.). Dies war hier nicht der Fall. Denn nach dem Kenntnisstand des Besitzers, den er dem Kläger mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 3. Juli 2009 darlegte, war seine Vertragspartnerin, die Schuldnerin, auch Eigentümerin des Blockheizkraftwerks. Bei einer derartigen Fallgestaltung gibt der Beklagte aber nur dann Anlass zur Klageerhebung, wenn der Kläger zuvor seine Berechtigung, sei es aufgrund Eigentums oder auf vertraglicher Grundlage, in substantiierte Weise dargelegt und die hierfür maßgeblichen Tatsachen derart wahrscheinlich gemacht hat, dass der Beklagte bei objektiver Betrachtung von ihrer Richtigkeit ausgehen muss. Dies ist anerkannt für die insoweit vergleichbare Fallgestaltung einer Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO, bei der ein Dritter im Rahmen der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht geltend macht (OLG Düsseldorf OLGR Düsseldorf 1998, 106 und 126; OLG Köln OLGR Köln 1992, 248; OLG München, Beschluss v. 26.01.1990, 25 W 3441/89, bei juris; Zöller/Herget, a.a.O., § 93 Rn. 6 „Widerspruchsklage nach § 771“).

Im Streitfall hat der durch den Kläger vertretene Beklagte jedoch seine Berechtigung an dem Blockheizkraftwerk vor Klageerhebung nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Er hat sich vielmehr nach dem ersten Aufforderungsschreiben darauf beschränkt, dem Besitzer mit Schreiben vom 6. Juli 2009 unter Vorlage eines Klageentwurfs eine weitere dreitägige Frist zur Herausgabe zu setzen. Dies genügt den obigen Anforderungen nicht, da der Kläger in der Klageschrift lediglich die pauschale Behauptung einer Abtretungserklärung wiederholte. Zudem musste dem Kläger aufgrund des Schreibens der Prozessbevollmächtigten des Besitzers vom 3. Juli 2009 bei Einreichung der Klageschrift bekannt sein, dass eine Reaktion des Besitzers auf das nur an ihn persönlich adressierte Schreiben vom 6. Juli 2009 innerhalb der darin gesetzten Frist aufgrund des Erholungsurlaubs des Besitzers nicht zu erwarten war.

2. Aufgrund des Schadensersatzanspruchs des Beklagten sind die geltend gemachten Honoraransprüche des Klägers in Höhe eines Teils von insgesamt 2.088,49 EUR unberechtigt.

a) Der Beklagte ist zunächst nicht verpflichtet, den eigenen Honoraranspruch des Klägers bezogen auf seine anwaltliche Tätigkeit aus der Kostennote vom 15. Dezember 2009 in Höhe von 463,98 EUR betreffend die gerichtliche Tätigkeit im Verfahren 1 O 246/09 LG Wuppertal zu begleichen.

Zwar lässt die anwaltliche Schlechtleistung den Vergütungsanspruch des Klägers nicht entfallen. Denn der Vergütungsanspruch aus einem Anwaltsdienstvertrag kann grundsätzlich wegen einer unzureichenden und pflichtwidrigen Leistung des Rechtsanwalts nicht gekürzt werden oder in Wegfall geraten, da das Dienstvertragsrecht keine besonderen Gewährleistungsregeln kennt (BGH NJW 2004, 2817, 2818; Senat, Beck RS 2011, 01252; FamRZ 2009, 2029 m.w.N.; Urteil vom 12.04.2011, I-24 U 160/10).

Allerdings hat der Beklagte in Höhe der unnötig entstandenen eigenen Honorarforderung gegen den Kläger gem. § 280 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Freistellung von diesem Kostenschaden, den er der Klageforderung entgegenhalten kann (vgl. Senat OLGR Düsseldorf 2008, 817; FamRZ 2006, 356; FamRZ 2004, 1647).

b) Des weiteren sind die vom Kläger wegen weiterer anwaltlicher Tätigkeiten geltend gemachten Honoraransprüche in Höhe von insgesamt 1.625,40 EUR durch die vom Beklagten mit Schriftsatz vom 28. Mai 2010 erklärte Aufrechnung gem. §§ 387, 389 BGB erloschen.

Die im Verfahren 1 O 246/09 LG Wuppertal entstandenen Gerichtskosten in Höhe von 726,00 EUR sowie die Kosten der gegnerischen Prozessbevollmächtigten in Höhe von 899,40 EUR sind in voller Höhe vom Kläger zu ersetzen. Denn hätte der Kläger richtig beraten, hätte er von einer Prozessführung abgeraten, so dass diese Kosten gar nicht entstanden wären.

II.

Auch die weiteren in § 522 Abs. 2 Nr. 2 und 3 ZPO genannten Voraussetzungen der Berufungszurückweisung im Beschlussverfahren sind gegeben.

III.

Der Senat weist darauf hin, dass die Berufungsrücknahme vor Erlass einer Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO gemäß GKG KV 1222 S. 1 und 2 kostenrechtlich privilegiert ist; statt vier fallen nur zwei Gerichtsgebühren an (vgl. z.B. Senat ZIP 2010, 1852; OLG Brandenburg MDR 2009, 1363).