



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IX ZR 221/18

Verkündet am:  
7. März 2019  
Kirchgeißner  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 628 Abs. 1 Satz 2 Fall 2

- a) Die Kündigung des Dienstverhältnisses ist nur dann durch ein vertragswidriges Verhalten veranlasst, wenn zwischen dem vertragswidrigen Verhalten und der Kündigung ein unmittelbarer Zusammenhang besteht. Dies ist dann der Fall, wenn die Vertragsverletzung Motiv für die außerordentliche Kündigung war und sie diese adäquat kausal verursacht hat (Anschluss an BGH, NJW 2018, 3513).
- b) Vorarbeiten eines Anwalts, welche noch zu keinem Arbeitsergebnis geführt haben, das an den Mandanten oder einen Dritten herausgegeben werden sollte, können eine Pflichtwidrigkeit nicht begründen, selbst wenn sie Fehler aufweisen.

BGH, Urteil vom 7. März 2019 - IX ZR 221/18 - KG Berlin  
LG Berlin

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. März 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Prof. Dr. Pape, Grupp und die Richterin Möhring

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Kammergerichts vom 8. Juni 2018, berichtigt durch Beschluss vom 10. September 2018, aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Kammergericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Rechtsanwalt. Er wurde von der Beklagten - soweit noch streitgegenständlich - am 7. Oktober 2014 beauftragt, zwei Vertragsentwürfe zu fertigen, durch welche zwei der Beklagten gehörende Grundstücke im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf ihre Kinder übertragen werden sollten. Dabei sollte der Beklagten jeweils ein lebenslänglicher Nießbrauch vorbehalten werden. Die Beklagte kündigte mit Schreiben vom 10. Oktober 2014 den Anwaltsvertrag und führte als Begründung an, sie benötige noch Bedenkzeit und wolle den Wert der Häuser schätzen lassen. Mit Schreiben vom 13. Oktober 2014 übersandte der Kläger der Beklagten zwei Vertragsentwürfe, welche er vor der Kündigung als "erste grobe" Entwürfe gefertigt habe, und zwei Kostenrechnungen über 16.342,27 € und 9.202,27 €. Die Beklagte trat den Rechnun-

gen entgegen und berief sich nunmehr auf den Wegfall der Vergütungspflicht wegen einer steuerschädlichen Vertragsgestaltung.

- 2 Der Kläger hat neben anderen Beträgen die von ihm für die Entwurfstätigkeit geltend gemachten anwaltlichen Honorare eingeklagt. Das Landgericht hat insoweit die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat seine Berufung zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, mit der er die Verurteilung der Beklagten erreichen möchte.

Entscheidungsgründe:

- 3 Die Revision hat Erfolg.

I.

- 4 Das Berufungsgericht, dessen Urteil unter anderem in DStR 2018, 2449 abgedruckt ist, hat ausgeführt, der Vergütungsanspruch des Klägers sei gemäß § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB entfallen. Die Beklagte habe die Mandate gekündigt. Sie habe an der Leistung des Klägers infolge der Kündigung kein Interesse mehr, weil sie die Arbeiten des Klägers wirtschaftlich nicht verwerten könne, sondern einen neuen Rechtsanwalt mit der Überarbeitung der Entwürfe beauftragen müsse, wodurch eine anwaltliche Vergütung in gleicher Höhe anfalle. Der Kläger habe die Beklagte durch seine steuerschädlichen Vertragsentwürfe zur Kündigung veranlasst. Unerheblich sei, dass die Beklagte die Mandate zunächst gekündigt habe, ohne zu wissen, dass der Kläger die Vertragsentwürfe

bereits gefertigt gehabt habe und diese fehlerhaft gewesen seien. Die Beklagte habe diesen Kündigungsgrund, welcher zum Zeitpunkt der Kündigung schon bestanden habe, nachgeschoben. Eine am Sinn und Zweck orientierte Auslegung des § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB ergebe, dass auch ein nachgeschobener Kündigungsgrund, der im Zeitpunkt der Kündigung schon vorgelegen habe, dem kündigenden Dienstberechtigten aber seinerzeit nicht bekannt gewesen sei, die Kündigung im Sinne dieser Vorschrift veranlassen könne.

## II.

5                    Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

6                    1. Zutreffend geht allerdings das Berufungsgericht von der Anwendbarkeit des § 628 BGB aus.

7                    a) Der zwischen den Parteien geschlossene Anwaltsvertrag stellt einen Dienstvertrag dar, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat. Dies gilt für die typischen Anwaltsverträge, welche die Beratung des Mandanten oder dessen Rechtsbeistand zum Gegenstand haben. Nur ausnahmsweise kann der Anwaltsvertrag als Werkvertrag einzuordnen sein, wenn nämlich ein durch anwaltliche Arbeit herbeizuführender Erfolg den Gegenstand der Verpflichtung des Rechtsanwalts bildet. Dies ist gewöhnlich dann der Fall, wenn der Anwalt es übernimmt, Rechtsauskunft über eine konkrete Frage zu erteilen oder ein schriftliches Rechtsgutachten anzufertigen (BGH, Urteil vom 20. Oktober 1964 - VI ZR 101/63, NJW 1965, 106). Nach den tatrichterlichen Feststellungen schuldete der Kläger - auch soweit er sich verpflichtet hatte, zwei Vertragsentwürfe zu fertigen - nicht einen objektivierbaren Erfolg, sondern nur eine sach-



spruch des Klägers nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) bereits (in voller Höhe) mit der Entgegennahme der Informationen entstanden ist (vgl. Müller-Rabe, aaO). Dies könnte deswegen zweifelhaft sein, weil der Kläger diese Informationen im Rahmen der Erstberatung entgegengenommen hatte, die nach der zwischen den Parteien gemäß § 34 Abs. 1 Satz 1 RVG getroffenen Vergütungsvereinbarung gesondert vergütet werden sollte. Denn der Kläger hatte nach seinem von der Beklagten allerdings bestrittenen und revisionsrechtlich zu unterstellenden Vortrag vor Zugang der mündlichen und der schriftlichen Kündigung mit der Erstellung der Vertragsentwürfe begonnen.

10           3. Die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung des § 628 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB liegen entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts nicht vor.

11           a) Der Kläger hat die von der Beklagten am 10. Oktober 2014 ausgesprochene Kündigung nicht durch ein schuldhaft vertragswidriges Verhalten veranlasst, selbst wenn unterstellt wird, dass die von ihm gefertigten Vertragsentwürfe ein die Beklagte zur Kündigung berechtigendes vertragswidriges Verhalten des Klägers darstellen. Denn die Beklagte hat am 10. Oktober 2014 die Kündigung nicht mit der Fehlerhaftigkeit der Vertragsentwürfe begründet, sondern damit, sie brauche noch Bedenkzeit und werde den Wert der Häuser erst schätzen lassen.

12           aa) Für § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB wird allgemein vertreten, dass die schuldhafte Vertragsverletzung der Grund für die außerordentliche Kündigung gewesen sein muss. Die Vertragswidrigkeit müsse für die konkrete Kündigung kausal gewesen sein. Erlange der Kündigende erst später Kenntnis von einer hinreichenden Vertragswidrigkeit, fehle die Kausalität (Staudinger/Preis, BGB, 2016, § 628 Rn. 25; Erman/Belling/Riesenhuber, BGB, 15. Aufl., § 628 Rn. 14;

Sandmann in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl., § 628 Rn. 25; MünchKomm-BGB/Henssler, 7. Aufl., § 628 Rn. 19; BeckOGK-BGB/Günther, 2019, § 628 Rn. 71 f; Juretzek, DStR 2018, 2449, 2450; Mayer, FD-RVG 2018, 407598). In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof zum Honoraranspruch des Arztes entschieden: Veranlassung bedeute, dass zwischen dem vertragswidrigen Verhalten und der Kündigung ein unmittelbarer Zusammenhang bestehe. Dies sei dann der Fall, wenn die Vertragsverletzung Motiv für die außerordentliche Kündigung gewesen sei und sie adäquat kausal verursacht habe (BGH, Urteil vom 13. September 2018 - III ZR 294/16, NJW 2018, 3513 Rn. 21; vgl. schon BGH, Urteil vom 29. März 2011 - VI ZR 133/10, NJW 2011, 1674 Rn. 16; aA OLG Köln, FamRZ 1996, 942, 943 f.).

13           bb) Nichts Anderes gilt für den Vergütungsanspruch des Rechtsanwalts. Auch er behält seinen (Teil-) Vergütungsanspruch nach § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn zwischen seinem vertragswidrigen Verhalten und der Kündigung durch den Mandanten kein unmittelbarer Zusammenhang besteht, wenn also sein vertragswidriges Verhalten nicht Motiv für die Kündigung war und sie nicht adäquat kausal verursacht hat.

14           (1) § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB kann, um Wertungswidersprüche innerhalb der Regelung zu vermeiden, nicht anders ausgelegt werden als § 628 Abs. 2 BGB (vgl. Juretzek, aaO), welcher ebenfalls darauf abstellt, dass die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles veranlasst wird. Zu dieser Regelung wird einhellig vertreten, dass die schuldhafte Vertragsverletzung Anlass für die Auflösung gewesen sein muss. Es muss ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem vertragswidrigen Verhalten und der Kündigung oder dem Aufhebungsvertrag bestehen (BAG, NJOZ 2003, 1760, 1765; LAG Köln, Urteil vom 21. Juli 2006 - 4 Sa 574/06, juris Rn. 54; OLG Koblenz, MDR 1976,

44; KG Berlin, Urteil vom 23. August 2004 - 12 U 218/03, juris Rn. 12; Staudinger/

Preis, aaO § 628 Rn. 43; jurisPK-BGB/Weth, 8. Aufl., § 628 Rn. 27; Erman/Belling/Riesenhuber, aaO § 628 Rn. 34; Sandmann in Henssler/Willemsen/Kalb, aaO § 628 Rn. 52; BeckOGK-BGB/Günther, aaO § 628 Rn. 147; BeckOK-BGB/Fuchs/Baumgärtner, 2018, § 628 Rn. 13; MünchKomm-BGB/Henssler, aaO § 628 Rn. 83).

15           (2) Soweit das Berufungsgericht in seiner Begründung auf § 626 BGB abstellt, trägt dies seine abweichende Auffassung nicht.

16           (a) Allerdings ist in Literatur und Rechtsprechung allgemein anerkannt, dass die außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB auf alle Gründe gestützt werden kann, die im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung objektiv vorlagen. Kündigungsrelevante Umstände, die zum Zeitpunkt der Kündigung bereits objektiv vorlagen, aber erst nachträglich bekannt wurden, können uneingeschränkt nachgeschoben werden (BGH, Urteil vom 1. Dezember 2003 - II ZR 161/02, BGHZ 157, 151, 157, 158; Beschluss vom 11. Oktober 2017 - VII ZR 46/15, NJW 2018, 50 Rn. 24; BAG, BAGE 86, 88; Erman/Belling/Riesenhuber, aaO § 626 Rn. 34; Sandmann in Henssler/Willemsen/Kalb, aaO § 626 Rn. 119; jurisPK-BGB/Weth, aaO § 626 Rn. 12; Staudinger/Preis, aaO § 626 Rn. 66 f; BeckOGK-BGB/Günther, 2019, § 626 Rn. 245; BeckOK-BGB/Fuchs/Baumgärtner, 2018, § 626 Rn. 63; MünchKomm-BGB/Henssler, aaO § 626 Rn. 126). Entsprechendes gilt für die Kündigung aus wichtigem Grund im Werkvertragsrecht (BGH, Urteil vom 6. Februar 1975 - VII ZR 244/73, NJW 1975, 825, 826; Staudinger/Peters/Jacoby, BGB, 2014, § 649 Rn. 18; BeckOGK-BGB/Reiter, 2018, § 648a Rn. 17).

- 17 (b) Diese abweichende Wertung liegt darin begründet, dass nach dem allgemeinen Verständnis nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen ist, ob ein wichtiger Grund gegeben ist. Es geht darum, ob die Unzumutbarkeit, das Vertragsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung beziehungsweise bis zur Fertigstellung des Werks fortzusetzen, bei objektiver Beurteilung zu bejahen ist und schon im Zeitpunkt der Kündigung gegeben war (Erman/Belling/Riesenhuber, aaO § 626 Rn. 32; Sandmann in Henssler/Willemsen/Kalb, aaO § 626 Rn. 115; Staudinger/Preis, aaO § 626 Rn. 66; MünchKomm-BGB/Henssler, aaO § 626 Rn. 108; BeckOGK-BGB/Reiter, aaO). § 626 Abs. 1 BGB und § 648a Abs. 1 BGB stellen mithin lediglich auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes ab. Hiervon abweichend sprechen § 628 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB davon, die Kündigung müsse durch das vertragswidrige Verhalten des anderen Teils veranlasst worden sein (vgl. Juretzek, aaO).
- 18 (3) Die abweichende Ansicht des Berufungsgerichts kann nicht mit dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 12. Juni 1963 (VII ZR 272/61, BGHZ 40, 13) begründet werden. Diese Entscheidung ist zum Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters nach § 89b HGB ergangen. Trotz des ähnlichen Wortlauts des § 89b Abs. 3 Nr. 1 Fall 1 HGB betrifft diese Norm einen nicht vergleichbaren Sachverhalt. Der Bundesgerichtshof hat daraus, dass durch § 89b HGB der Handelsvertreter begünstigt und geschützt werden soll, abgeleitet, der Ausgleichsanspruch des kündigenden Handelsvertreters sei nicht ausgeschlossen, wenn er einen Kündigungsgrund nachschiebe, der im Zeitpunkt der Kündigung schon bestanden habe, dem kündigenden Handelsvertreter aber damals noch nicht bekannt gewesen sei (BGH, Urteil vom 12. Juni 1963, aaO S. 15). Denn für den umgekehrten Fall der Kündigung durch den Unternehmer aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters sei nicht erforder-

lich, dass der wichtige Grund für die Kündigung des Unternehmers ursächlich gewesen sei. Dann aber sei nicht einzusehen, warum für die Kündigung des Handelsvertreters insoweit eine diesem ungünstigere Regelung gelten solle (BGH, Urteil vom 12. Juni 1963, aaO S. 15 f; anders für die Kündigung durch den Unternehmer jetzt BGH, Urteil vom 16. Februar 2011 – VIII ZR 226/07, WM 2011, 620 Rn. 18).

19 Ein ähnlicher Schutzzweck ist § 628 BGB nicht zu entnehmen. Vielmehr werden dort Dienstberechtigter und Dienstverpflichteter gleichbehandelt. Der Dienstverpflichtete soll nach der freien Kündigung aus § 627 BGB gemäß § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB seinen Anspruch auf Zahlung eines seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teils der Vergütung behalten. Dieser Anspruch auf die Teilvergütung soll nach Satz 2 der Vorschrift nur dann entfallen, wenn seine eigene Kündigung nicht durch ein vertragswidriges Verhalten des Dienstberechtigten oder die Kündigung des Dienstberechtigten durch sein eigenes vertragswidriges Verhalten veranlasst ist, soweit seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben. Es wird also nicht zwischen dem Verhalten des Dienstverpflichteten und des Dienstberechtigten unterschieden; auch die Frage der Kausalität zwischen Kündigung und vertragswidrigem Verhalten ist für Dienstberechtigten und Dienstverpflichteten gleich geregelt.

20 cc) Die Anwendbarkeit des § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB kann auch nicht damit begründet werden, dass die Beklagte das Mandatsverhältnis unter Hinweis auf die Fehler in den Vertragsentwürfen später mehrfach erneut gekündigt hat. Diese Kündigungen gingen, nachdem die Beklagte das Mandatsverhältnis bereits am 10. Oktober 2014 wirksam gekündigt hatte, ins Leere (BGH, Urteil vom 3. Mai 1995 - VIII ZR 95/94, BGHZ 129, 290, 294; kritisch Herbert,

JZ 2011, 503, 509). Dem kann nicht unter Verweis auf die Lehre von den Doppelwirkungen im Recht (vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 2016 - V ZR 265/14, WM 2016, 2235 Rn. 22 f; Kipp, FS von Martitz, 1911, S. 211; Schreiber, AcP 211, 35; Herbert, JZ 2011, 503) entgegengehalten werden, dass nacheinander ausgesprochene Kündigungen ihre Wirkungen behalten können (Kipp, aaO S. 223; Herbert, aaO S. 509). Dies gilt jedenfalls nicht im Anwendungsbereich des § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB. Nach Sinn und Zweck dieser Regelung behält der Dienstverpflichtete seinen Teilvergütungsanspruch aus § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB jedenfalls dann, wenn die erste durch den Dienstberechtigten ausgesprochene Kündigung nicht durch ein vertragswidriges Verhalten des Dienstverpflichteten motiviert war. Wollte man anders entscheiden, käme es auf die Frage, ob nachträglich bekannt gewordene Kündigungsgründe nachgeschoben werden können, nicht an.

21                    b) Darüber hinaus gibt es kein vertragswidriges Verhalten des Klägers, welches die Beklagte zur Kündigung hätte veranlassen können.

22                    aa) Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des § 628 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB treffen den Dienstberechtigten, weil er sich gegenüber der grundsätzlichen Vergütungspflicht des § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB auf eine Ausnahme beruft (BGH, Urteil vom 17. Oktober 1996 - IX ZR 37/96, NJW 1997, 188, 189; vom 29. März 2011 - VI ZR 133/10, NJW 2011, 1674 Rn. 12). Ein vertragswidriges Verhalten im Sinne von § 628 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB setzt, obwohl nach dem Wortlaut ein objektiv vertragswidriges Verhalten genügen würde, schuldhaftes Verhalten im Sinne der §§ 276, 278 BGB voraus (BGH, Urteil vom 16. Februar 2017 - IX ZR 165/16, NJW 2017, 3376 Rn. 16 mwN). Es ist nicht erforderlich, dass das vertragswidrige Verhalten als schwerwiegend oder als wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB anzusehen ist (BGH,

Urteil vom 29. März 2011 - VI ZR 133/10, NJW 2011, 1674 Rn. 14). Dies bedeutet allerdings nicht, dass jeder geringfügige Vertragsverstoß des Dienstverpflichteten den Entgeltanspruch entfallen lässt (BGH, Urteil vom 29. März 2011, aaO Rn. 15).

23

bb) Ein solch schuldhaft pflichtwidriges Verhalten des Klägers hat die Beklagte nicht dargetan und das Berufungsgericht nicht festgestellt. Dabei kann unterstellt werden, dass die Vertragsentwürfe, wie sie der Kläger bis zu der Kündigung entwickelt hat, einen Fehler aufweisen, weil er nach dem Wortlaut der Entwürfe in den Vertragstext nicht den von der Beklagten aus Steuergründen erstrebten Vorbehaltsnießbrauch, sondern einen im konkreten Fall steuer-schädlichen Zuwendungsnißbrauch aufgenommen hatte (vgl. hierzu Bordenwin/Brandt/

Naujok, EStG, 2017, § 2 Rn. 70b; Goetze, RNotZ 2013, 147, 154; Ivens, ZEV 2012, 71, 73 f). Denn der Kläger hatte mit der Entwurfsbearbeitung erst begonnen, die Entwürfe hatten vor der Vertragskündigung den internen Bereich der Kanzlei noch nicht verlassen. Zu ihrer Vorlage an die Beklagte kam es nur, weil diese das Mandat gekündigt hatte und der Kläger ihr zur Begründung seines Honoraranspruchs nachweisen wollte, mit der Erstellung der Vertragsentwürfe bereits begonnen zu haben. Das ergibt sich allein schon aus dem zwischen den Parteien unstreitigen zeitlichen Ablauf: Die Beklagte kündigte am 10. Oktober 2014, der Kläger übersandte ihr danach die Entwürfe. Jedenfalls solche Vorarbeiten eines Anwalts, welche noch zu keinem Arbeitsergebnis geführt haben, das an den Mandanten oder einen Dritten herausgegeben werden sollte, können eine die Kündigung veranlassende und zum Ausschluss seines Vergütungsanspruchs führende Pflichtwidrigkeit im Sinne von § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht begründen, selbst wenn sie Fehler aufweisen.

III.

24 Das Berufungsurteil ist nicht aus anderen Gründen richtig.

25 Die Beklagte macht mit einer Gegenrüge geltend, sie sei nicht darüber aufgeklärt worden, dass sich die Höhe der Vergütung nach dem Streitwert richte. Weiter verweist sie auf ihren Vortrag in den Tatsacheninstanzen, der Kläger habe sie zwar darauf hingewiesen, kein Notar zu sein und die Verträge nicht selbst beurkunden zu können. Es sei aber keine Rede davon gewesen, dass im Falle der Beurkundung die Notargebühren anfallen würden. Damit macht die Beklagte Schadensersatzansprüche gegen den Kläger geltend. Ihr Schaden bestünde dann in der Belastung mit der Gebührenforderung, wenn sie nach erteilten Hinweisen davon abgesehen hätte, den Kläger mit der Fertigung der Vertragsentwürfe zu beauftragen. Die Ersatzleistung würde dann darin liegen, dass der Kläger den Anspruch auf die Vergütung nicht geltend machen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juli 2009 - IX ZR 135/08, WM 2009, 1818 Rn. 3).

26 1. Hinsichtlich des Vorwurfs, der Kläger habe der Beklagten vor der Beauftragung nicht den berufsrechtlich gemäß § 49b Abs. 5 BRAO erforderlichen Hinweis erteilt, kann die Klage nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht abgewiesen werden.

27 a) Nach § 49b Abs. 5 BRAO muss ein Rechtsanwalt vor Übernahme des Auftrags den Mandanten darauf hinweisen, wenn sich die zu erhebenden Gebühren nach dem Gegenstandswert richten. Wenn er schuldhaft seiner Hinweispflicht nicht nachkommt, ist er dem Mandanten zum Ersatz des hierdurch verursachten Schadens verpflichtet (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - IX ZR

105/06, NJW 2008, 371 Rn. 6). Voraussetzung dafür ist jedoch, dass dem Mandanten durch den unterlassenen Hinweis ein Schaden entstanden ist, er etwa den Anwalt nicht beauftragt hätte, wenn der Hinweis erteilt worden wäre. Sein Schaden besteht dann in der Belastung mit der Gebührenforderung (BGH, Beschluss vom 9. Juli 2009, aaO Rn. 3). Es kann nicht abschließend beurteilt werden, ob die Beklagte in den Tatsacheninstanzen einen entsprechenden Vortrag gehalten hat. Die Revisionserwiderung nimmt nur Vortrag der Beklagten in Bezug, der sich dazu verhält, was sie gemacht hätte, wenn sie darauf hingewiesen worden wäre, welche Vergütung annähernd anfallt und sie noch für die notarielle Beurkundung würde zahlen müssen. Jedenfalls aber war zwischen den Parteien streitig, ob der Kläger der Beklagten vor der Beauftragung den Hinweis gemäß § 49b Abs. 5 BRAO erteilt hat.

28

b) Den Mandanten trifft die Beweislast dafür, dass der Rechtsanwalt seiner Hinweispflicht aus § 49b Abs. 5 BRAO nicht nachgekommen ist (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - IX ZR 105/06, NJW 2008, 371 Rn. 8 ff). Der Kläger hat hinreichend konkret dazu vorgetragen, in welcher Weise er die Beklagte belehrt haben will (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007, aaO Rn. 12). Er hat das von der Beklagten unterschriebene Auftrags- und Vollmachtsformular vorgelegt, aus dem sich eine entsprechende Belehrung ergibt. Weiter hat er einen von ihm gefertigten Aktenvermerk vom 7. Oktober 2014 vorgelegt, in dem festgehalten ist, dass er die Beklagte darauf hingewiesen habe, dass sich die zu erhebenden Gebühren "in Ermangelung anderweitiger schriftlicher Vereinbarungen ausdrücklich nach dem Wert, den der Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit hat, richten". Er habe ihr erklärt, dass sich die gesetzlichen Gebühren und Auslagen nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz nebst Vergütungsverzeichnis berechneten. Er habe ihr gesagt, dass eine Vergütungsvereinbarung wegen der sehr hohen Gegenstandswerte nicht geschlossen werden solle.

Er habe der Beklagten ungefragt die einzelnen anwaltlichen Gebühren und Auslagen erläutert, welche er für die Erstellung des jeweiligen Entwurfs voraussichtlich verlangen werde und habe ihr die jeweiligen Gesamtkosten anhand der von ihr genannten Grundstückswerte berechnet. Die Berechnung sei jeweils mit einer 1,3 Geschäftsgebühr nebst Auslagen und Umsatzsteuer erfolgt. Dass die Beklagte Beweis angeboten hätte, der Kläger habe die von ihm behaupteten Hinweise nicht erteilt, macht die Revisionserwiderung nicht geltend. Jedenfalls hat das Berufungsgericht - aufgrund seiner rechtlichen Annahmen folgerichtig - hierzu weder Hinweise erteilt noch Beweis erhoben.

29            2. Entsprechendes gilt für den Vorwurf, der Kläger habe die Beklagte nicht darauf hingewiesen, dass bei der notwendigen Beurkundung der Grundstücksübertragungsverträge weitere Gebühren anfallen würden.

30            a) Auf die durch einen Vertragsschluss kraft Gesetzes entstehenden Anwaltsgebühren muss der Rechtsanwalt regelmäßig nicht ungefragt hinweisen, weil kein Mandant ein unentgeltliches Tätigwerden des Fachberaters erwarten darf und dessen gesetzliche Gebühren allgemein zu erfahren sind. Nur diesbezügliche Rückfragen muss der Rechtsanwalt wahrheitsgemäß beantworten. Ferner muss der Rechtsanwalt den Vertragsinteressenten dann aufklären, wenn die von diesem erstrebte Rechtsverfolgung erkennbar wirtschaftlich unvernünftig ist, weil das zu erreichende Ziel in keinem angemessenen Verhältnis zu den anfallenden Kosten steht. Unter diesem Gesichtspunkt ist der Rechtsanwalt regelmäßig zu einem Hinweis verpflichtet, dass die ihm aufgetragenen Urkundsentwürfe der notariellen Beurkundung bedürfen und dass dadurch zusätzliche Kosten entstehen. Denn er kann nicht ohne weiteres voraussetzen, dass der Auftraggeber das weiß. Dieser muss in die Lage versetzt werden, selbst sachgerecht entscheiden zu können, ob er die gezielte Betreuung durch

anwaltliche Tätigkeit zusätzlich zu einem neutralen notariellen Vertragsentwurf wünscht (BGH, Urteil vom 18. September 1997 - IX ZR 49/97, NJW 1998, 136, 137). Auch bezüglich dieses Vorwurfs war in den Tatsacheninstanzen zwischen den Parteien streitig, ob der Kläger diesen Hinweis erteilt hat.

31            b) Beweisbelastet ist hier gleichfalls die Beklagte. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trägt derjenige, der eine Aufklärungs- oder Beratungspflichtverletzung behauptet, dafür die Beweislast. Die mit dem Nachweis einer negativen Tatsache verbundenen Schwierigkeiten werden dadurch ausgeglichen, dass die andere Partei die behauptete Fehlberatung substantiiert bestreiten und darlegen muss, wie im Einzelnen beraten und aufgeklärt worden sein soll. Dem Anspruchsteller obliegt dann der Nachweis, dass diese Darstellung nicht zutrifft (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - IX ZR 105/06, NJW 2008, 371 Rn. 12). Der Kläger hat durch Vorlage des Aktenvermerks vom 7. Oktober 2014 hinreichend substantiiert dargetan, die erforderlichen Belehrungen erteilt zu haben. Ausweislich dieses Vermerks hat er die Beklagte darüber hinaus darauf hingewiesen, dass sie für die Übertragungsverträge unter Umständen dreimal zahlen müssen, nämlich an die Voranwältin, wenn diese beweisen könne, von der Beklagten insoweit beauftragt worden zu sein, an den Kläger und an einen Notar zur Beurkundung der Verträge. Dass die Beklagte Beweis angeboten hätte, der Kläger habe die von ihm behaupteten Hinweise nicht erteilt, macht die Revisionserwiderung nicht geltend. Jedenfalls hat das Berufungsgericht - aufgrund seiner rechtlichen Annahmen folgerichtig - auch hierzu weder Hinweise erteilt noch Beweis erhoben.

IV.

32           1. Das angefochtene Urteil kann folglich keinen Bestand haben. Es ist  
aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO), die Sache ist zur neuen Verhandlung und Ent-  
scheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

33           2. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

34           a) Das Berufungsgericht wird gegebenenfalls Beweis über die Frage er-  
heben müssen, ob der Kläger hinsichtlich des Mandats, Vertragsentwürfe für  
die Übertragung der Grundstücke zu fertigen, schon Tätigkeiten entfaltet hat.

35           b) Soweit die Beklagte der Vergütungsforderung des Klägers wegen un-  
terbliebener Hinweise Schadensersatzansprüche entgegenhalten will, obliegt es  
ihr, ihren Vortrag, der Kläger habe die von ihm behaupteten Hinweise zu den  
anfallenden Kosten der Erstellung der Vertragsentwürfe nicht erteilt, zu bewei-  
sen. Weiter hat sie darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, wie sie sich  
bei

erfolgter Aufklärung verhalten hätte. Wenn das maßgebliche Gespräch am 7. Oktober 2014 unter vier Augen stattgefunden hat, muss der Tatrichter beide Parteien entweder nach § 141 ZPO anhören oder gemäß § 448 ZPO vernehmen (BGH, Urteil vom 9. Juni 2011 - IX ZR 75/10, NJW 2011, 2889 Rn. 19).

Kayser

Gehrlein

Pape

Grupp

Möhring

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 30.12.2015 - 23 O 394/14 -

KG Berlin, Entscheidung vom 08.06.2018 - 9 U 41/16 -