



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 115/17

Verkündet am:
22. Februar 2018
Kirchgeißner
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

RVG § 34 Abs. 1; RVG VV Vorbem. 2.3 Abs. 3, Nr. 2300

- a) Die auftragsgemäß auf den Entwurf eines Testaments beschränkte Tätigkeit eines Rechtsanwalts ist als Beratung und nicht als Betreiben eines Geschäfts zu vergüten.
- b) Der auftragsgemäße Entwurf zweier abgestimmter Testamente ist keine die Geschäftsgebühr auslösende Mitwirkung bei der Gestaltung eines Vertrags.

RVG § 10 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2

Teilt der Rechtsanwalt dem Mandanten eine den gesetzlichen Anforderungen formal entsprechende, aber inhaltlich falsche Berechnung seiner Vergütung mit, kann er die tatsächlich entstandene Vergütung einfordern, soweit sie die berechnete Vergütung nicht übersteigt (Bestätigung von BGH, NJW 2007, 2332).

BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - IX ZR 115/17 - LG Wiesbaden
AG Wiesbaden

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Februar 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richterin Lohmann, die Richter Prof. Dr. Pape, Grupp und die Richterin Möhring

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Wiesbaden vom 12. April 2017 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgesicht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Kläger sind Rechtsanwälte. Sie wurden von den in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammenlebenden Beklagten am 20. August 2012 beauftragt, für beide Beklagte Vorsorgevollmachten, Patientenverfügungen und aufeinander abgestimmte Testamente zu entwerfen. Die Kläger übersandten den Beklagten die Entwürfe und schlugen ein ihre gesamte Tätigkeit abgeltendes Pauschalhonorar von 2.400 € zuzüglich 20 € Auslagenpauschale und gesetzlicher Umsatzsteuer vor. Mit Schreiben vom 11. September 2012 bestätigten die Kläger eine telefonische Einigung auf ein Honorar von insgesamt 1.400 € zuzüglich Auslagenpauschale und Umsatzsteuer und übersandten eine

entsprechende Rechnung. Weil die Beklagten eine Zahlung weiterhin ablehnten, rechneten die Kläger mit Schreiben vom 7. November 2012 auf der Grundlage eines Gegenstandswerts von 168.000 € eine 1,6-fache Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG in Höhe von 2.659,20 € nebst einer Auslagenpauschale von 20 € und 19 v.H. Umsatzsteuer, mithin insgesamt 3.188,25 € ab.

- 2 Das Amtsgericht hat der auf Zahlung dieses Betrags nebst Zinsen in gesetzlicher Höhe ab dem 25. November 2012 gerichteten Klage in der Hauptsache stattgegeben, jedoch Zinsen nur ab dem 12. März 2015 zugesprochen. Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg gehabt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstreben die Beklagten weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

- 3 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

- 4 Das Berufungsgericht (ZEV 2017, 712) hat ausgeführt: Das Amtsgericht habe den Klägern zu Recht ein Honorar auf der Grundlage einer Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG zugesprochen. Die Tätigkeit der Kläger habe nicht lediglich eine Beratungsgebühr nach § 34 RVG ausgelöst. Eine Geschäftsgebühr entstehe für das Betreiben des Geschäfts und für die Mitwirkung bei der Gestaltung eines Vertrags. Der den Klägern erteilte Auftrag, zwei inhaltlich der-

gestalt aufeinander abgestimmte Testamente zu entwerfen, dass der Widerruf des einen Testaments auch den Widerruf des anderen zur Folge gehabt hätte, sei auf den Entwurf von Verfügungen mit vertragsähnlicher Bindung gerichtet gewesen. Dies rechtfertige die Anwendung der Nr. 2300 VV RVG. Die Parteien hätten sich auch nicht auf eine niedrigere Vergütung geeinigt. Die Beklagten hätten die von den Klägern im Schreiben vom 11. September 2012 bestätigte Einigung bestritten. Es sei den Klägern auch nicht nach Treu und Glauben verwehrt, die gesetzliche Vergütung zu verlangen, weil bei den Beklagten kein Vertrauen auf eine Honorarvereinbarung begründet worden sei. Die Kläger hätten auch ihre Aufklärungspflicht nach § 49b BRAO nicht verletzt. Es genüge der Hinweis, dass sich die Gebühren nach dem Gegenstandswert richten. Die Höhe der anfallenden Gebühren müsse ein Rechtsanwalt nicht ungefragt mitteilen. Die Behauptung der Beklagten, sie hätten nach den voraussichtlichen Kosten gefragt, sei verspätet und könne deshalb nicht berücksichtigt werden.

II.

5 Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Vergütung der Kläger bemisst sich nicht nach § 2 Abs. 2 RVG, Nr. 2300 VV RVG, sondern nach § 34 Abs. 1 RVG.

6 1. Das durch das Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts vom 5. Mai 2004 geschaffene und am 1. Juli 2004 in Kraft getretene Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (RVG) unterscheidet in seiner seit dem 1. Juli 2006 geltenden Fassung für den Bereich der außergerichtlichen Tätigkeit des Rechtsanwalts zwischen der Tätigkeit der Beratung und derjenigen der Vertretung. Die Höhe der Vergütung des Rechtsanwalts be-

stimmt sich gemäß § 2 Abs. 2 RVG nach dem Vergütungsverzeichnis der Anlage 1 zu diesem Gesetz. Das Vergütungsverzeichnis (fortan: VV RVG) regelt in seinem Teil 2 die Vergütung des Rechtsanwalts für außergerichtliche Tätigkeiten und sieht dort in dem mit „Vertretung“ überschriebenen Abschnitt 3 unter Nr. 2300 eine Geschäftsgebühr in Höhe von 0,5 bis 2,5 einer vollen Wertgebühr nach § 13 RVG vor. Die den Abschnitt 3 einleitende Vorbemerkung 2.3 bestimmt in Absatz 3, dass die Geschäftsgebühr für das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information und für die Mitwirkung bei der Gestaltung eines Vertrags entsteht. Für die Erteilung eines mündlichen oder schriftlichen Rats oder einer Auskunft (Beratung) sah das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz in seiner ursprünglichen Fassung eine Rahmengebühr von 0,1 bis 1,0 einer vollen Wertgebühr vor (Nr. 2100 VV RVG aF). Seit dem 1. Juli 2006 bestimmt § 34 RVG, dass der Rechtsanwalt unter anderem für eine Beratung, die nicht mit einer anderen gebührenpflichtigen Tätigkeit zusammenhängt, auf eine Gebührenvereinbarung hinwirken soll. Wenn keine Vereinbarung getroffen ist, erhält der Rechtsanwalt Gebühren nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, jedoch höchstens 250 € (für ein erstes Beratungsgespräch höchstens 190 €), wenn der Auftraggeber Verbraucher ist.

- 7 2. Ob die Tätigkeit eines Rechtsanwalts, der für seinen Mandanten auftragsgemäß ein Testament entwirft, mit einer Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG oder nach den Grundsätzen des § 34 RVG als bloße Beratung zu vergüten ist, ist umstritten. Die im Schrifttum wohl überwiegende Meinung spricht sich für eine Geschäftsgebühr aus (Bischof/Jungbauer, RVG, 8. Aufl., Vorbemerkung 2.3 Rn. 40 ff; Schons in Hartung/Schons/Enders, RVG, 3. Aufl., Vorb. 2.3 VV Rn. 21 f; Gerold/Schmidt/Mayer, RVG, 23. Aufl., § 34 Rn. 14 und Nr. 2300 VV Rn. 17; Mayer/Kroiß/Teubel, RVG, 7. Aufl., Vorbemerkung 2.3 Rn. 7; Riedel/Sußbauer/H. Schneider, RVG, 10. Aufl., Nr. 2300 VV Rn. 22;

Hartmann, Kostengesetze, 47. Aufl., Nr. 2300 VV RVG Rn. 1; Madert, AGS 2005, 2, 5; N. Schneider, AGS 2006, 60). Nach der in der jüngeren Instanzrechtsprechung vertretenen Gegenansicht (AG Hamburg-Altona, ZEV 2008, 294, 295; OLG Düsseldorf, FamRZ 2013, 727, 728; wohl auch OLG Frankfurt, AGS 2015, 505; für den Entwurf eines Mahnschreibens OLG Nürnberg, NJW 2011, 621, 622), der sich auch einige Autoren angeschlossen haben (AnwK-RVG/Schneider/Wolf, 8. Aufl., VV Vorb. 2.3 Rn. 52 f; Mayer/Kroiß/Winkler, aaO, § 34 Rn. 13 f; Hartung in Hartung/Schons/Enders, aaO, § 34 Rn. 13; Riedel/Sußbauer/Pankatz, aaO, § 34 Rn. 19), soll sich die Vergütung des Rechtsanwalts dagegen nach § 34 RVG richten.

8 3. Die zuletzt genannte Ansicht trifft zu. Das Entwerfen eines Testaments oder einer sonstigen einseitigen Urkunde löst in der Regel keine Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG aus. Weder liegt darin ein Betreiben des Geschäfts noch eine Mitwirkung bei der Gestaltung eines Vertrags im Sinne der Vorbemerkung 2.3 Absatz 3 VV RVG.

9 a) Die Geschäftsgebühr ist in dem die außergerichtliche Vertretung des Mandanten betreffenden Abschnitt des Vergütungsverzeichnisses geregelt. Eine Vertretung kommt begrifflich nur gegenüber Dritten in Betracht. Deshalb setzt das Betreiben eines Geschäfts, das eine Geschäftsgebühr auslöst, einen Auftrag des Mandanten voraus, der auf eine Tätigkeit des Rechtsanwalts nach außen gerichtet ist. Eine solche Ausrichtung ist nicht lediglich ein - sicheres - Indiz für eine nach Nr. 2300 VV RVG zu vergütende Tätigkeit (so aber Gerold/Schmidt/Mayer, aaO). Fehlt es an ihr und soll der Rechtsanwalt ausschließlich nach innen gegenüber dem Mandanten tätig werden, liegt eine Beratung im Sinne von § 34 RVG vor (BGH, Urteil vom 19. Mai 2010 - I ZR 140/08, AnwBl. 2010, 879 Rn. 28; OLG Nürnberg, aaO; OLG Düsseldorf, aaO; Riedel/

Sußbauer/Pankatz, aaO § 34 Rn. 14, 17; zu § 118 BRAGO: OLG Frankfurt, AnwBl. 1986, 210; KG, JurBüro 1998, 20, 21). Im Streitfall war der den Klägern erteilte Auftrag ausschließlich darauf gerichtet, die beiden Beklagten als Mandanten zu beraten und für sie in diesem Zusammenhang verschiedene Urkunden zu entwerfen, unter anderem jeweils ein Testament. Eine Tätigkeit nach außen gegenüber Dritten war nicht geschuldet und wurde auch nicht erbracht. Der Umstand, dass die entworfenen Urkunden nach dem erteilten Auftrag dem jeweils anderen Lebenspartner zur Kenntnis gebracht werden sollten, genügt wegen des von beiden Lebenspartnern erteilten Mandats für eine nach außen gerichtete Tätigkeit der Kläger nicht. Ebenso wenig genügt hierfür die Tatsache, dass die von den Klägern entworfenen Urkunden nach ihrer Unterzeichnung durch die Beklagten früher oder später eine Rechtswirkung nach außen haben sollten; eine solche mittelbare Wirkung nach außen ist regelmäßig jeder Beratung immanent.

10 Die Auffassung der Gegenansicht, der Entwurf einer Urkunde habe schon nach § 118 BRAGO eine Geschäftsgebühr begründet und dies habe durch das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz nicht geändert werden sollen, trifft nicht zu. Nach § 118 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO erhielt der Rechtsanwalt eine Geschäftsgebühr für das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information, des Einreichens, Fertigens oder Unterzeichnens von Schriftsätzen oder Schreiben und des Entwerfens von Urkunden. Diese Regelung beschrieb, welche Tätigkeiten mit der Geschäftsgebühr abgegolten waren; dass allein der Entwurf einer Urkunde stets eine Geschäftsgebühr auslösen sollte, war aus ihr nicht abzuleiten. Eine solche Rechtsfolge kann deshalb für das neue Recht nicht darauf gestützt werden, dass die Begründung zum Entwurf des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes (BT-Drucks. 15/1971, S. 206 f) keinen Willen erkennen lasse, die bisherige Rechtslage in diesem Punkt zu ändern.

- 11 Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung kann auch aus der Regelung in § 23 Abs. 3 RVG nicht auf einen Willen des Gesetzgebers geschlossen werden, dass der Entwurf eines Testaments mit einer Geschäftsgebühr zu vergüten sei. Diese Norm verweist für den Gegenstandswert der anwaltlichen Geschäftsgebühr unter anderem auf die für die notarielle Beurkundung einer letztwilligen Verfügung geltenden Wertvorschriften (früher § 46 Abs. 4 KostO, jetzt § 102 GNotKG). Die Frage, ob überhaupt eine Geschäftsgebühr angefallen ist, wird dadurch nicht beantwortet (aA Bischof/Jungbauer, RVG, 8. Aufl., Vorbem. 2.3 VV Rn. 40 ff).
- 12 b) Auch unter dem Gesichtspunkt einer Mitwirkung an der Gestaltung eines Vertrags können die Kläger keine Geschäftsgebühr beanspruchen. Die Vorbemerkung 2.3 des Vergütungsverzeichnisses nennt in Absatz 3 eine solche Mitwirkung als selbständige Fallgruppe neben dem Betreiben des Geschäfts. Sie bedurfte einer gesonderten Erwähnung, weil mangels einer nach außen gerichteten Tätigkeit kein Betreiben des Geschäfts vorliegt, wenn sich die Mitwirkung des Rechtsanwalts an der Vertragsgestaltung darauf beschränkt, im Innenverhältnis gegenüber dem Mandanten tätig zu werden. Eine Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG wird in diesem Fall jedoch nur ausgelöst, wenn sich die Mitwirkung auf einen Vertrag bezieht. Dessen Ausrichtung auf eine andere Vertragspartei rechtfertigt die gebührenrechtliche Gleichbehandlung mit dem Fall, dass der Rechtsanwalt selbst nach außen tätig werden soll.
- 13 Daran fehlt es hier. Die Kläger entwarfen auftragsgemäß zwei rechtlich selbständige Einzeltestamente und keinen Erbvertrag. Der Auftrag bezog sich auch nicht auf ein gemeinschaftliches Testament, das nur von Ehegatten (§ 2265 BGB) und eingetragenen Lebenspartnern (§ 10 Abs. 4 LPartG) errichtet werden kann. Es kann deshalb offen bleiben, ob der Entwurf eines solchen Tes-

taments mit einer Geschäftsgebühr zu vergüten ist (vgl. dazu OLG Frankfurt, AGS 2015, 505; OLG Düsseldorf, FamRZ 2013, 727, 728).

14 c) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann die Anwendung der Nr. 2300 VV RVG im Streitfall auch nicht mit der Erwägung begründet werden, mit den beiden aufeinander abzustimmenden letztwilligen Verfügungen habe eine vertragsähnliche Bindung herbeigeführt werden sollen. Zum einen verbietet sich eine erweiternde Auslegung, weil die Mitwirkung an einer Vertragsgestaltung ohne Tätigkeit nach außen als zusätzliche Fallgruppe einer Geschäftsgebühr Ausnahmecharakter hat. Zum anderen zielte die angestrebte Regelung der Erbfolge nicht auf eine vertragsähnliche Bindung. Eine wechselseitige Abhängigkeit der zu entwerfenden Testamente bestand nur insofern, als der Wille beider Mandanten, ein Testament zu errichten, voraussetzte, dass auch der andere Partner ein Testament mit einem bestimmten Inhalt errichtete. Eine rechtliche Abhängigkeit wurde dadurch nicht begründet (vgl. § 2302 BGB). Bei den Partnern stand es frei, in der vorgeschlagenen Weise zu verfügen und die Verfügung gegebenenfalls zu widerrufen. Dass sich aus dem konkreten Inhalt der Testamente eine weitergehende wechselseitige Abhängigkeit ergeben hätte, haben die Kläger nicht vorgetragen. Im Übrigen fehlte den zu entwerfenden Urkunden auch wegen des von den Beklagten gemeinsam erteilten Mandats die Außenwirkung, die eine gebührenrechtliche Gleichbehandlung mit dem Betreiben eines Geschäfts rechtfertigen könnte.

15 d) Eine Vergütung nach Nr. 2300 VV RVG ist schließlich auch nicht deshalb geboten, weil nur auf diese Weise eine die verfassungsmäßigen Rechte der Kläger wahrende angemessene Vergütung erreicht werden könnte. Auch § 34 RVG ermöglicht eine angemessene Vergütung. Nach der neuen Konzeption des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes soll der Rechtsanwalt bei einem Auf-

trag zu außergerichtlicher Beratung in erster Linie auf eine Gebührenvereinbarung hinwirken (§ 34 Abs. 1 Satz 1 RVG; BT-Drucks. 15/1971, S. 238 zu Artikel 5). Lehnt der Mandant die Vereinbarung eines angemessenen Honorars ab, kann der Rechtsanwalt das Mandat ablehnen. Sieht er hiervon ab, ist ihm die gesetzliche Begrenzung der Vergütung bei von Verbrauchern erteilten Mandaten zumutbar.

III.

16 Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif und deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

17 Da eine nachträgliche Einigung der Parteien auf eine bestimmte Vergütung nach dem eigenen Vortrag der Kläger weder auf den Betrag von 2.400 € noch auf den Betrag von 1.400 € zustande gekommen ist, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, welche Vergütung die Kläger nach § 34 Abs. 1 RVG in Verbindung mit den Vorschriften des bürgerlichen Rechts beanspruchen können. Eine solche Vergütung kann den Klägern zugesprochen werden, obwohl ihre nach § 10 RVG erteilte Berechnung eine Geschäftsgebühr und kein Beratungshonorar zum Gegenstand hatte. Die Berechnung war deshalb unrichtig. Dies berührt indessen die Wirksamkeit der Mitteilung nicht. Zugesprochen werden können allerdings nur die wirklich entstandenen Gebühren und Auslagen, soweit sie über die abgerechnete Vergütung nicht hinausgehen (BGH, Urteil vom 24. Mai 2007 - IX ZR 89/06, NJW 2007, 2332 Rn. 7).

18 Bei der Bemessung der Vergütung nach § 34 Abs. 1 RVG ist auch die Frage zu beantworten, ob die Tätigkeit der Kläger nach den Umständen des erteilten Auftrags, der den Entwurf mehrerer Urkunden für verschiedene Auftraggeber beinhaltete, mehrere Angelegenheiten im Sinne von § 15 Abs. 1 RVG betraf und die Vergütung deshalb nicht auf den für eine einzelne Beratung geltenden Höchstbetrag von 250 € beschränkt ist (vgl. Gerold/Schmidt/Mayer, RVG, 23. Aufl., § 34 Rn. 21; Riedel/Sußbauer/Pankatz, RVG, 10. Aufl., § 34 Rn. 11). Im Blick auf die in der Vollmacht enthaltene Klausel, dass sich die Vergütung für eine außergerichtliche Tätigkeit nach der bis zum 30. Juni 2006 geltenden Fassung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes richte und die danach geltende Fassung ausgeschlossen sei, wird ferner zu prüfen sein, ob eine nach Nr. 2100-2101 VV RVG aF berechnete Vergütung geringer wäre als die Vergütung nach § 34 Abs. 1 RVG nF. Denn die Kläger könnten nur das Honorar aus der die Form des § 3a RVG nicht wählenden Vereinbarung verlangen, wenn

sich nach den sonst geltenden gesetzlichen Bestimmungen eine höhere Vergütung ergäbe (BGH, Urteil vom 5. Juni 2014 - IX ZR 137/12, BGHZ 201, 334 Rn. 16, 31).

Kayser

Lohmann

Pape

Grupp

Möhring

Vorinstanzen:

AG Wiesbaden, Entscheidung vom 01.09.2016 - 92 C 757/15 (30) -

LG Wiesbaden, Entscheidung vom 12.04.2017 - 5 S 33/16 -