

**chen Maßnahmen gemäß § 172 Abs. 4 Nr. 1 BauGB. Insbesondere darf die Genehmigung nicht mit der Auflage versehen werden, bestimmte Mietobergrenzen einzuhalten. (Leitsätze des Bearbeiters)**

Möglicherweise wird es aufgrund neuester Rechtsprechung des Berliner OVG für viele Hausbesitzer attraktiver, ihre im Milieuschutzgebiet gelegenen Mietshäuser zumindest dem Ausstattungszustand durchschnittlicher Wohnungen anzupassen. Wenn sie dies bisher taten, versah ihnen das zuständige Amt die nach § 172 BauGB erforderliche Genehmigung zur Sanierung mit der Auflage, bestimmte Mietobergrenzen einzuhalten. In den vom OVG entschiedenen Fällen war dies jedoch rechtswidrig. Nach § 172 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BauGB ist die Genehmigung zu erteilen, wenn lediglich ein zeitgemäßer Ausstattungszustand des Hauses hergestellt werden soll. Bei der Frage, was unter einem zeitgemäßen Ausstattungszustand zu verstehen ist, müsse auf einen bundesweit geltenden Maßstab zurückgegriffen werden. Eine Betrachtung des derzeitigen Standards allein im Milieuschutzgebiet selbst reiche nicht aus, da Milieuschutzverordnungen kein Instrument des Mieterschutzes seien, sondern städtebauliche Zwecke verfolgten. Unter Zugrundelegung eines bundesweit geltenden Maßstabs sei der hier in Rede stehende Einbau von Gasetagenheizung und Isolierglasfenstern keine Luxussanierung. Hierdurch werde lediglich ein zeitgemäßer Ausstattungszustand hergestellt. Auf die uneingeschränkte Genehmigung dieser Baumaßnahmen hätten die Eigentümer auch einen Anspruch, da Sinn und Zweck des im BauGB vorgesehenen Genehmigungsanspruches die Sicherstellung eines zeitgemäßen Durchschnittsstandards ist, dessen Herstellung nicht durch zusätzliche Auflagen zur Einhaltung einer Mietobergrenze erschwert werden dürfe.

OVG Berlin, Urteile vom 10.06.2004 – Az.: OVG 2 B 3.02, 4.02, 5.02

(Eike Böttcher)

## Nachweis der Mandatserteilung und Substantiierungslast im Vergütungsprozess – unter Berücksichtigung des § 49b Abs. 5 BRAO n.F.

Gregor Samimi

### I. Einleitung: Der Anwaltsvertrag

Was dem Zahnarzt seine (eigenen schlechten) Zähne, sind dem Rechtsanwalt seine eigenen Vertragsbeziehungen zum Mandanten. So oder ähnlich überspitzt umschrieben könnte man das Dilemma bezeichnen, in welchem sich der Rechtsanwalt zum Zeitpunkt der Mandatsanbahnung befindet. Teils aus Zeitnot, teils aus Angst den Mandanten zu verprellen, manchmal auch aus Unkenntnis über den Gegenstand des Anwaltsvertrages wird oft erst spät im Zusammenhang mit Vergütungsprozessen oder Haftungsfragen der Gegenstand des Anwaltsvertrages reflektiert.

Der Anwaltsvertrag stellt regelmäßig einen Geschäftsbesorgungsvertrag<sup>1</sup> nach §§ 675ff BGB dar. Fast immer wird die Auftragserteilung durch den Mandanten nicht schriftlich formuliert. In der teilweise irrigen Annahme, die schriftliche Bevollmächtigung auf dem gängigen Vollmachtsformular ersetze den Auftrag, wird übersehen, dass die lediglich das Außenverhältnis regelnde Vollmacht allenfalls nur ein Indiz für die Auftragserteilung darstellen kann, welches durch schlüssiges Bestreiten des Mandanten entkräftet werden kann, wenn der Mandant beispielsweise behauptet, dem Anwalt überhaupt keinen Auftrag oder keinen Auftrag zur Klageerhebung erteilt zu haben. Be-

streitet die Partei das Zustandekommen eines Anwaltsvertrages, trägt der Rechtsanwalt nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast für das Zustandekommen des Vertrages.<sup>2</sup> Dafür reicht die entfaltete anwaltliche Tätigkeit des Rechtsanwalts zum Nachweis der Auftragserteilung nicht aus. Da der Anwaltsvertrag zu seiner Wirksamkeit grundsätzlich keiner Form bedarf, kann er auch durch schlüssiges Verhalten der Vertragsparteien zustande kommen.<sup>3</sup> Hier liegt auch das Problem, weil im Interesse der Rechtssicherheit an die Annahme des Vertragsabschlusses durch schlüssiges Verhalten erhöhte Anforderungen zu stellen sind.<sup>4</sup>

### II. Substantiierungslast für die Auftragserteilung

Im Rahmen einer vor dem AG Charlottenburg anhängig gewesenen Gebührenklage (Wert 2.426,03 EUR), welche letztinstanzlich durch den BGH<sup>5</sup> entschieden wurde, bestritt der Beklagte plötzlich überhaupt anwaltlich Rat gesucht zu haben – den Auftrag

<p>Office-Management für Rechtsanwalts- und Notarkanzleien</p> <p> <b>ReNo Consult</b></p> <p><b>Birgit Scholten</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li> Kanzlei- und Personalmanagement</li> <li> Office-Management</li> <li> qualifizierte Sachbearbeitungen</li> <li> Notariat</li> <li> Schulungen / Coaching / Seminare</li> <li> Anwaltsagentur (Personalvermittlung)</li> </ul> <p><b>Telefon 030 / 84 72 44 12</b> info@reno-consult.de</p>
--	--

dazu habe dem Kläger (RA) vielmehr ein Geschäftsfreund des Beklagten erteilt. Die Revision gegen das Urteil der Zivilkammer 52 des Landgerichts Berlin v. 19.09.2002 wurde zurückgewiesen, weil es dem Kläger nicht gelang, seinen Auftrag nachzuweisen, zumal wesentliche Inhalte des Gesprächs und damit die Erteilung des Mandats zwischen den Parteien streitig geblieben sind. In seiner Entscheidung führt der BGH aus: „... nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedarf der Sachvortrag einer Partei im Rahmen des Beibringungsgrundsatzes dann der Ergänzung, wenn infolge der Einlassung des Gegners die Darstellung unklar wird und nicht mehr den Schluss auf die Entstehung des geltend gemachten Rechts zulässt ... Wird in einem anwaltlichen Vergütungsprozess die Erteilung des Mandats – wie hier – streitig, so muss das rechtsgeschäftliche Handeln der Beteiligten in tatsächlicher Hinsicht so dargelegt werden, dass sich das Zustandekommen des anspruchsbegründenden Vertrages – im Regelfall in Anwendung der §§ 145ff BGB – rechtlich prüfen lässt. Bei konkludentem Verhalten eines Vertragsteils darf nicht lediglich das ihm zugeschriebene Erklärungsergebnis – hier die angebliche Auftragserteilung – behauptet werden, sondern das tatsächliche Verhalten selbst muss so deutlich sein, dass es auf den ihm zugeschriebenen rechtlichen Erklärungsinhalt hin aus der Sicht des Empfängers unter Berücksichtigung der §§ 133, 157 BGB gewürdigt werden kann... Bereits das Amtsgericht hat demzufolge zutreffend festgestellt, dass die Kläger nicht vermocht hätten, das Zustandekommen

des streitigen Anwaltsvertrages substantiiert darzulegen... Wie der streitige Auftrag erteilt worden sein soll, lässt sich nicht nachvollziehen. Ohne Erfolg versucht die Revision, aus dem Klagevorbringen eine konkludente Mandatserteilung des Beklagten durch bewusste Entgegennahme anwaltlicher Dienstleistung des Klägers zu 2 abzuleiten...“

### III. Auftragsgegenstand und Handlungsauftrag

Fatale Folgen kann es insoweit auch haben, wenn die Vollmacht von dem Mandanten als sogenannte Blankovollmacht unterzeichnet wird und dieser dann später behauptet, die Vollmacht sei erst zu einem späteren Zeitpunkt mit einem nicht gewollten Inhalt durch den Rechtsanwalt versehen worden. Daher ist es ratsam, sich von dem Mandanten neben der Vollmacht auch immer einen schriftlichen Auftrag erteilen zu lassen, welcher nach Erörterung mit dem Mandanten unmissverständlich Art und Umfang des Auftrages näher bestimmt. Eine präzise Umschreibung wie „Außergerichtliche Geltendmachung von Schmerzensgeld und Schadensersatzansprüchen aus dem Unfallereignis v. ...“ oder „wegen der gerichtlichen Durchsetzung der Forderung aus dem Darlehensvertrag v. ... in Höhe von ...“ bezeichnen den Auftragsgegenstand deutlicher als eine wenig aussagekräftige und oft anzutreffende Formulierung wie beispielsweise: „wegen Verkehrsunfall v.“. Die schriftliche Auftragserteilung sollte nicht zuletzt wegen der Verpflichtung zur Verschwiegenheit nicht zusammen mit der Vollmachtserteilung in einem Vordruckformular erfolgen. Dies hat zudem den Vorteil, dass in das Auftragsformular neben der Abtretung von Kostenerstattungsansprüchen, allgemeine Mandatsbedingungen, Haftungsbeschränkungsvereinbarungen, sowie Fragen des Umgangs mit der Rechtsschutzversicherung, mit aufgenommen werden können.

### IV. Aufklärungsobliegenheit gem. § 49b Abs. 5 BRAO n.F.

Mit dem Inkrafttreten des Kostenmodernisierungsgesetzes (KostRMoG) am 01.07.2004 wird der Rechtsanwalt gem. § 49b Abs. 5 BRAO n.F. verpflichtet, sei-

nen Mandanten vor Übernahme des Mandats darauf hinzuweisen, wenn sich die Gebühren nach dem Gegenstandswert richten, was praktisch den Regelfall anwaltlicher Tätigkeit darstellt (§ 2 RVG). Daher wird auch die Aufklärungspflicht zur Regel. § 49b Abs. 5 BRAO n.F. lautet wie folgt:

„(5) Richten sich die zu erhebenden Gebühren nach dem Gegenstandswert, hat der Rechtsanwalt vor Übernahme des Auftrages hierauf hinzuweisen.“

Die Belehrung ist dem Mandanten vor Erteilung des Auftrages zu erteilen und möglichst schriftlich abzufassen, um die erfolgte Belehrung zu einem späteren Zeitpunkt auch nachweisen zu können. Die Belehrung sollte getrennt von der Auftrags- und Vollmachtserteilung erfolgen, um dem Rechtsgedanken des § 4 Abs. 1 Satz 1 RVG Rechnung zu tragen. Insoweit wird sich der Mandant ohnehin daran gewöhnen müssen, sich zukünftig intensiver mit der Auftragserteilung und der klaren Abgrenzung des Handlungsauftrages auseinander zu setzen. Die Belehrung gem. § 49b Abs. 5 BRAO könnte z.B. wie folgt abgefasst werden:

*Herr Rechtsanwalt / Frau Rechtsanwältin ... hat mich in der beabsichtigten Angelegenheit Mustermann ./.. Mustermann wegen der außergerichtlichen Beratung und Vertretung ... darauf hingewiesen, dass sich die zu erhebenden Gebühren nach dem Wert berechnen, den der Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit hat (Gegenstandswert), wobei sich die Höhe der Vergütung nach dem Vergütungsverzeichnis der Anlage 1 zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), §§ 2 Abs. 2 und 2, 13 RVG, bestimmt. (Datum und Unterschrift)*

Die Unterlassung der Aufklärungspflicht kann berufsrechtliche Ahndungsfolgen haben. Die Unterrichtsverpflichtung will die allgemeine Berufspflicht des Rechtsanwalts gem. § 43 Satz 1 BRAO konkretisieren, die den Rechtsanwalt verpflichtet, seinen Beruf gewissenhaft auszuüben. Sie stellt eine besondere Berufspflicht im Zusammenhang mit der Annahme und Wahrnehmung des Auftrages dar und steht damit auch in ei-

1 BGH, Urt. v. 10.7.2003 – IX ZR 5/00

2 OLG Düsseldorf AnwBl. 1986; BGH, Urt. v. 17.7.2003 – IX ZR 250/02

3 BGH NJW 1991, 2084; VersR 1981, 460, 461; OLG Celle JurBüro 1973; OLG Stuttgart AnwBl 1976, 439, 441

4 BGH NJW 1991, 2084; BGHZ 91, 324; 109, 171, 177

5 BGH, Urt. 17.7.2003 – IX ZR 250/02

6 Vgl. BT-Drucks 15/1971, S. 232

7 BT-Drucks, a.a.O.

8 Vgl. Völtz, § 49b BRAO – Eine vergessene Reform?, in BRAK-Mitt. 3/2004, S. 103

nem Zusammenhang mit den Unterrichtungspflichten gemäß § 11 der Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA).<sup>6</sup>

#### V. Mögliche Auswirkungen auf den Vergütungsanspruch

Ob die Pflichtverletzung auch Auswirkungen auf den anwaltlichen Vergütungsanspruch hat, ist nicht geregelt und bisher unklar. In der amtlichen Begründung heißt es: „*Es hat in der Vergangenheit immer wieder zu Unzuträglichkeiten geführt, wenn der Mandant vor allem bei hohen Gegenstandswerten von der Abrechnung „überrascht“ wurde. Nach einem entsprechenden Hinweis wird ein Mandant, der die Folgen dieser Form der Gebührenberechnung nicht abschätzen kann, den Anwalt hierzu befragen.*“<sup>7</sup> Man wird zunächst nicht ohne weiteres sagen können, das Unterlassen der Aufklärungspflicht verschaffe dem nicht aufgeklärten Mandanten lediglich die mögliche Genugtuung einer berufsrechtlichen Verfolgung seines Anwalts<sup>8</sup> und habe keine Auswirkungen auf den Vergütungsanspruch, zumal der Mandant einwenden könnte, er hätte den Anwalt bei erfolgter Belehrung und Aussprache über die tatsächliche Gebührenhöhe gar nicht mandatiert. Insoweit kommt es schon nicht darauf an, ob ein anderer Anwalt das Mandat kostengünstiger bearbeitet hätte oder ob ein durchschnittlicher Ver-

braucher regelmäßig davon ausgeht, die Leistung eines Anwalt nicht kostenlos in Anspruch nehmen zu können. Da die amtliche Begründung a.a.O. keine Ausführungen zu den Folgen einer unterlassenen Belehrung auf den Gebührenanspruch beinhaltet, dürfte es den ordentlichen Gerichten überlassen bleiben, ob der Anwalt bei unterlassener Belehrung, z.B. unter Verletzung vertraglicher Nebenleistungspflichten (vgl. §§ 280 I, III, 281, 282, 323, 324 i.V.m. § 241 II BGB), seinen Gebührenanspruch verliert oder ob möglicherweise sogar von vornherein kein Vergütungsanspruch entsteht.

#### VI. Zusammenfassung

Alles in allem kommen mit dem Inkrafttreten des Kostenmodernisierungsgesetzes am 01.07.2004 einige Herausforderungen auf die Anwaltschaft zu. Sie beinhalten nicht nur Risiken, sondern bieten auch die Chancen, mit dem Mandanten endlich auch über den Wert der anwaltlichen Dienstleistung offen zu sprechen. Obgleich sich der Anwalt auch als Wettbewerber am Markt zu behaupten hat, sollte dem Mandanten bewusst gemacht werden, dass das Honoraraufkommen letztendlich auch der Qualitätssicherung der abgerufenen Dienstleistung dient.

*RA Gregor Samimi ist FA f. Strafrecht, Berlin*

## Frankreich: Lockerung des anwaltlichen Korrespondenzgeheimnisses

Während nach deutschem Berufsrecht ein Anwalt verpflichtet ist, seinem Mandanten Auskunft über jede Korrespondenz mit dem gegnerischen Anwalt zu erteilen, und er alle seine Schreiben dem Gericht vorlegen darf, unterliegt in Frankreich die Anwaltskorrespondenz generell der Geheimhaltung. Nach Art. 66-5 des Gesetzes Nr. 71-1130 vom 31. 12. 1971 i.d.F. vom 7. 4. 1997 stehen alle Arten von Schreiben und Gesprächsnotizen sowie alle anderen Bestandteile der Anwaltsakte unter dem Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses. Diese unter das Berufsgeheimnis fallenden Schriftstücke unterliegen nicht nur gegenüber dem eigenen Mandanten der Geheimhaltung, sondern durften bislang auch in Zivil- und in Strafverfahren dem Gericht nicht vorgelegt werden. Wurde ein gegnerischer Schriftsatz dennoch dem Gericht vorgelegt, war es diesem verboten, ihn zu berücksichtigen.

Durch das Gesetz Nr. 2004-130 vom 11.

### Richtigstellung

Im Heft 4/2004 (S. 145, linke Spalte) wurde – Druckfehlerteufelin! – versehentlich die Mittelgebühr bei einer anwaltlichen Beratung mit „5,5“ angegeben. Richtig ist selbstverständlich „0,55“! Vielleicht geschah dies im Vorgriff auf ein RVG 2010...?

Im Heft 5/2004 hat sich ein Rechenfehler „eingeschlichen“: Die Beispielsrechnung (S. 206, mittl. Spalte, oben) muss selbstverständlich **richtig** lauten:

Wert: € 10.000,00

2,0 Geschäftsgebühr gem. VV Nr. 2400

€ 972,00

1,3 Verfahrensgebühr gem. VV 3100

€ 631,80

anzurechnen 1/2 d. Geschäftsgebühr, max. 0,75

€ 364,50

Verfahrensgebühr also

€ 267,30

€ 267,30

Autorin und Redaktion danken für die Aufmerksamkeit der Leserschaft