

Victor Aly

Die Kündigung des anwaltlichen Mandatsvertrags
und ihre vergütungsrechtlichen Konsequenzen
(§§ 627, 628 BGB)



Nomos

Schriftenreihe des Instituts für Anwaltsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler

Prof. Dr. Matthias Kilian

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Hanns Prütting

Band 96

Victor Aly

Die Kündigung des anwaltlichen Mandatsvertrags
und ihre vergütungsrechtlichen Konsequenzen
(§§ 627, 628 BGB)



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-8021-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-2413-5 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Anfang Oktober 2020 berücksichtigt werden.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. *Martin Henssler* für seine Betreuung und seinen stets hilfreichen fachlichen Rat. Ihm, Herrn Prof. Dr. *Matthias Kilian* sowie Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Hanns Prütting* möchte ich darüber hinaus für die Aufnahme des Werkes in die Schriftenreihe des Instituts für Anwaltsrecht danken. Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. *Ulrich Preis* danke ich für die äußerst zügige und gleichwohl umfangreiche Erstellung des Zweitgutachtens. Äußerst dankbar bin ich überdies der Studienstiftung *ius vivum* sowie dem Arbeitskreis *Wirtschaft und Recht im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft*, die durch die Zusagen großzügiger Druckkostenzuschüsse eine Veröffentlichung in dieser Form möglich gemacht haben.

Nicht zuletzt auch die Anregung des Themas dieser Arbeit verdanke ich der Person, die es für mich in ganz besonderem Maße hervorzuheben gilt. Und so möchte ich mich vor allem und von ganzem Herzen bei Herrn Dr. *Christian Deckenbrock* bedanken, der mir bereits während des Studiums ein ständiger und vertrauter Ansprechpartner gewesen ist und dessen sowohl fachlicher als auch menschlicher Rat von unschätzbarem Wert für den Entstehungsprozess dieser Arbeit war. Es ist ein ungemeines Privileg, ihn einen Wegbegleiter meiner Kölner Zeit nennen zu dürfen.

Besonders danken möchte ich schließlich meiner Freundin *Svantje Schade* sowie meinen Geschwistern *Lilian* und *Quint Aly*, die stets und in allen Lebenslagen für mich da sind, und meinen wunderbaren Eltern *Anne* und *Herbert Aly*, denen diese Arbeit gewidmet ist.

Hamburg, im Oktober 2020

Victor Aly

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	17
A. Einleitung	23
B. Das freie Kündigungsrecht (§ 627 BGB)	26
I. Die tatbestandlichen Voraussetzungen und die Anwendbarkeit auf den anwaltlichen Mandatsvertrag	26
1. Freies Dienstverhältnis	26
2. Die Anwaltstätigkeit als ein Dienst höherer Art	49
3. Übertragung aufgrund besonderen Vertrauens	51
4. Kein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen	103
II. Das Kündigungsrecht des § 627 BGB und die Sonderregelung des § 32 BORA	163
1. Kündigung gem. § 627 I BGB und Abschluss eines neuen Mandatsvertrags	164
2. Gewillkürte Vertragsübernahme	165
3. Stellungnahme	166
III. Kündigung zur Unzeit (§ 627 II BGB)	176
1. Kündigung durch den Rechtsanwalt	176
2. Kündigung, Terminabsage und Nichterscheinen des Mandanten	180
C. Die vergütungsrechtlichen Konsequenzen (§ 628 BGB)	206
I. (Teil-)Vergütung des Rechtsanwalts, § 628 I 1 BGB	206
1. Grundsätze	206
2. Ausnahmen und Einzelfälle	211
II. Herabsetzung der Vergütung, § 628 I 2 BGB	240
1. Anwendungsbereich	240
2. Veranlassung der Kündigung durch vertragswidriges Verhalten	252
3. Interessenfortfall	322
III. Abbedingung des § 628 I BGB	335
1. Individualvereinbarungen	336
2. AGB	339

3. Kontrolle über § 3 a II 1 RVG trotz Abbedingung des § 628 I 1 BGB?	340
IV. Rückgewährpflicht, § 628 I 3 BGB	348
1. § 628 I 3 BGB als Anspruchsgrundlage	348
2. Ungerechtfertigte Bereicherung oder Rücktrittsrecht	349
3. Zu viel gezahlte Vorschüsse (§ 9 RVG)	351
D. Prozessuales	354
I. Erstattung der Mehrkosten für einen zweiten Rechtsanwalt gem. § 91 II ZPO infolge Mandatskündigung gem. § 627 BGB	354
1. Ausgangslage	354
2. Analyse der Auffassungen	356
3. Stellungnahme	358
4. Eine einschlägige Ausnahme?	365
II. Erstattung der Mehrkosten für einen zweiten Rechtsanwalt im Fall der Beiordnung	368
1. Keine Besserstellung des Anwalts durch die öffentlich- rechtliche Sonderbeziehung	369
2. Keine unmittelbare Anwendung von § 628 I 2 BGB	370
3. (Weitestgehende) Deckungsgleichheit von § 54 RVG und § 628 I 2 BGB?	371
4. Kürzung des öffentlich-rechtlichen Gebührenanspruchs gem. § 628 I 2 BGB	382
5. Folgeüberlegung: Entbehrlichkeit der wichtigen Gründe nach § 48 II BRAO?	389
E. Zusammenfassung	391
I. Das freie Kündigungsrecht (§ 627 BGB)	391
II. Die vergütungsrechtlichen Konsequenzen (§ 628 BGB)	393
III. Prozessuales	396
Literaturverzeichnis	397

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
A. Einleitung	23
B. Das freie Kündigungsrecht (§ 627 BGB)	26
I. Die tatbestandlichen Voraussetzungen und die Anwendbarkeit auf den anwaltlichen Mandatsvertrag	26
1. Freies Dienstverhältnis	26
a. Der Anwaltsvertrag als freies Dienstverhältnis	26
aa. Noch unverbindliche Auskünfte oder bereits Annahme des Mandats?	26
bb. Geschäftsbesorgung mit dienstvertraglichem oder werkvertraglichem Charakter	28
aaa. Der Rechtsanwalt als Berater	30
bbb. Die tätigkeitsbezogene Vergütung	31
ccc. Ergebnis	33
b. Analoge Anwendung auf den Anwaltswerkvertrag?	33
aa. Das Fehlen eines freien Kündigungsrechts für den Rechtsanwalt?	33
bb. Die Kündigung aus wichtigem Grund (§ 648 a BGB) und der Rechtsgedanke von § 628 I BGB	36
c. Ausnahme: Beiordnung	39
aa. Die Kündigung durch den Mandanten	40
bb. Die Kündigung durch den Rechtsanwalt	41
aaa. Wirksamkeit der Kündigung, ungeschriebener Kündigungsausschluss oder Verstoß gegen ein Verbotsgesetz?	41
bbb. Stellungnahme	43
ccc. Ergebnis	45
d. Exkurs: Anwaltliche Mediation	45
aa. Verdrängung des § 627 I BGB durch § 2 V MediationsG?	46
bb. Berücksichtigung des MediationsG im Rahmen der §§ 627 II, 628 BGB	48

2. Die Anwaltstätigkeit als ein Dienst höherer Art	49
3. Übertragung aufgrund besonderen Vertrauens	51
a. Objektiver Maßstab und typisierende Betrachtungsweise	51
b. Das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant	53
aa. Die drei Dimensionen von Vertrauenserwartungen	54
aaa. Kompetenzerwartung	57
bbb. Integritätserwartung	64
ccc. Loyalitätserwartung	70
bb. Die besondere (verfassungsrechtliche) Bedeutung des Vertrauensverhältnisses	75
aaa. Verfassungsrechtliche Institutionalisierung der Rechtsanwaltschaft	76
bbb. Verfassungsrechtlicher Schutz des Vertrauensverhältnisses	78
ccc. Zwischenergebnis	78
cc. Der Zustand der Vertrauensbeziehung – Eine Untersuchung	79
aaa. Empirische Untersuchungen	79
bbb. Bewertung	81
ccc. Ergebnis	82
dd. Ausblick: Der Vertrauensberuf in Zeiten von „Legal Tech“	83
aaa. Legal Tech als Unterstützung der Anwaltstätigkeit	84
bbb. Legal Tech als Konkurrenz für die Anwaltschaft	90
c. Das Vertrauensverhältnis zwischen Sozietät und Mandant	97
aa. Der „rechtsformneutrale“ Tatbestand	98
bb. Organisationsvertrauen	99
cc. Vertrauen zu allen Berufsträgern der Sozietät	99
dd. Stellungnahme	100
4. Kein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen	103
a. Dauerndes Dienstverhältnis	104
aa. Allgemeines	104
bb. Anwaltliches Dauerberatungsmandat	106
cc. Syndikusrechtsanwalt	109

b. Feste Bezüge	111
aa. Qualität der Bezüge	111
aaa. Existenzsicherung	111
bbb. Planungssicherheit	114
ccc. Stellungnahme	115
bb. Der Abgeltungsbereich der Bezüge und die Aufspaltung des Dienstverhältnisses in Dienste höherer und niederer Art	124
aaa. Die gesamte Tätigkeit	124
bbb. Teilbereiche	125
ccc. Stellungnahme	125
ddd. Die Schwerpunkt- oder Abfärbetheorie als Kompromiss?	133
c. Folgeproblem des Dauermandats: Vertragliche Vereinbarung oder tatsächliche Durchführung der Dienste höherer Art	142
aa. Die Lösung der Rechtsprechung	143
bb. Die (zu erwartende) Lösung Hensslers	144
aaa. Verständnis des LG München I	145
bbb. Verständnis des OLG München und des BGH	147
ccc. Eigenes Verständnis	148
d. Kein Kündigungsausschluss für den Dienstverpflichteten?	161
II. Das Kündigungsrecht des § 627 BGB und die Sonderregelung des § 32 BORA	163
1. Kündigung gem. § 627 I BGB und Abschluss eines neuen Mandatsvertrags	164
2. Gewillkürte Vertragsübernahme	165
3. Stellungnahme	166
a. Erforderlichkeit einer Lösung zugunsten des Mandanten	166
aa. Sinn und Zweck des § 32 BORA	166
bb. Die möglichen Wege zur Vermeidung von Mehrkosten für den Mandanten	167
cc. Der „einfachste“ Weg	169
dd. Der Schutz des Mandanten und das anwaltliche Wettbewerbsverbot	171
b. Eine Lösung zu wessen Lasten?	175
c. Ergebnis	176

III. Kündigung zur Unzeit (§ 627 II BGB)	176
1. Kündigung durch den Rechtsanwalt	176
a. Die Kündigung „zur Unzeit“	176
b. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes	179
c. Die Möglichkeit des § 87 II ZPO	180
2. Kündigung, Terminabsage und Nichterscheinen des Mandanten	180
a. Kurzfristige Kündigung	182
aa. Vorprüfung	182
aaa. Vertragsschluss	182
bbb. Kündigungserklärung des Mandanten	182
bb. Die Ansprüche des Rechtsanwalts	184
aaa. Kein Teilvergütungsanspruch (§ 628 I 1 BGB), Schadensersatz (§ 627 II 2 BGB) oder Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs (§ 615 S. 1 BGB)	184
bbb. Schadensersatz wegen der Verletzung einer Nebenpflicht (§§ 280 I, 241 II BGB)	185
b. Kurzfristige Terminabsage	195
aa. Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs (§ 615 S. 1 BGB)	195
aaa. Einvernehmliche Terminverlegung	196
bbb. Einseitige Absage	197
bb. Schadensersatz wegen der Verletzung einer Nebenpflicht (§§ 280 I, 241 II BGB)	202
cc. Ergebnis	203
c. Nichterscheinen ohne Absage	203
C. Die vergütungsrechtlichen Konsequenzen (§ 628 BGB)	206
I. (Teil-)Vergütung des Rechtsanwalts, § 628 I 1 BGB	206
1. Grundsätze	206
a. § 628 I 1 BGB und die Berechnung „pro rata temporis“	206
b. Das anwaltliche Gebührenrecht und die Sonderregelung des § 15 IV RVG	207
c. Beispiel: Terminsgebühr (Nr. 3104 VV RVG)	209
2. Ausnahmen und Einzelfälle	211
a. Wertgebühren mit Einschränkungen	211
b. Rahmengebühren, § 14 RVG	211
aa. Satz- und Betragsrahmengebühren	212

bb. Der (zeitliche) Umfang der anwaltlichen Tätigkeit, § 14 I 1 RVG	212
cc. Ergebnis	216
c. Vergütungsvereinbarungen, § 3 a RVG	217
aa. „Tarif-basierte Vergütung“	218
bb. Fest- und Zeitvergütung	220
aaa. Anwendbarkeit des § 15 IV RVG	220
bbb. Berechnung nach den Grundsätzen des § 628 I 1 BGB	222
cc. Erfolgshonorar, § 4 a RVG	223
aaa. Vorüberlegung: Die Möglichkeit des Erfolgsintritts nach der Kündigung	223
bbb. Rechtsfolgen bei eintretendem Erfolg	226
ccc. Rechtsfolgen bei ausbleibendem Erfolg	231
II. Herabsetzung der Vergütung, § 628 I 2 BGB	240
1. Anwendungsbereich	240
a. Grundsatz: Keine Rückabwicklung bereits beendeter Mandatsverhältnisse	240
b. Ausnahme: Vorsätzlicher Parteiverrat iSd § 356 StGB	244
aa. Analogiefähigkeit des § 654 BGB	244
bb. Anwendung auf den Anwaltsvertrag nur bei Parteiverrat iSd § 356 StGB	247
cc. Zeitlicher Anwendungsbereich	250
dd. Ergebnis	251
2. Veranlassung der Kündigung durch vertragswidriges Verhalten	252
a. Vertragswidriges Verhalten	252
aa. Grundsätze beider Alternativen	252
aaa. Vertretenmüssen und Schwere der Pflichtverletzung	252
bbb. Abmahnungserfordernis	256
bb. Ausgewählte Probleme anwaltlichen Fehlverhaltens (§ 628 I 2 Alt. 2 BGB)	263
aaa. Sorgfaltspflichtwidrige Mandatsbearbeitung	263

bbb. Nichtbefolgen von Weisungen	265
ccc. Interessenkollisionen und Aufklärungspflichten (und der für das vertragswidrige Verhalten maßgebliche Zeitpunkt)	277
ddd. Sonderfall: Unmöglichkeit der Mandatsfortführung	297
cc. Vertragswidriges Verhalten des Mandanten (§ 628 I 2 Alt. 1 BGB)	312
b. Kausalität	314
aa. Wortlaut des § 628 I 2 BGB	315
bb. Systematischer Zusammenhang mit...	316
aaa. § 628 II BGB	316
bbb. § 626 I BGB	316
ccc. § 627 I BGB	320
ddd. § 54 RVG	321
cc. Ergebnis	321
3. Interessenfortfall	322
a. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise und ihre Kritiker	322
aa. Denklogik und Kausalität	323
bb. Arzt- vs. Anwaltsvertrag	324
cc. Eine Angelegenheit für § 628 II BGB?	326
dd. Risikoverlagerung zulasten des Anwalts?	328
ee. § 54 RVG und der gesetzgeberische Wille	331
ff. BGH: Abkehr von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise?	332
gg. Ergebnis	333
b. Vergütungsherabsetzung auch ohne Neubeauftragung?	334
III. Abbedingung des § 628 I BGB	335
1. Individualvereinbarungen	336
2. AGB	339
3. Kontrolle über § 3 a II 1 RVG trotz Abbedingung des § 628 I 1 BGB?	340
a. Grundsatz: „pacta sunt servanda“	341
b. Ungerechtfertigter Eingriff in die Vertragsfreiheit?	342
c. Tragfähiger Gegenschluss zu § 628 II BGB?	343
d. Wertungswiderspruch zu § 308 Nr. 7 a) BGB?	347
e. Ergebnis	348

IV. Rückgewährpflicht, § 628 I 3 BGB	348
1. § 628 I 3 BGB als Anspruchsgrundlage	348
2. Ungerechtfertigte Bereicherung oder Rücktrittsrecht	349
3. Zu viel gezahlte Vorschüsse (§ 9 RVG)	351
D. Prozessuales	354
I. Erstattung der Mehrkosten für einen zweiten Rechtsanwalt gem. § 91 II ZPO infolge Mandatskündigung gem. § 627 BGB	354
1. Ausgangslage	354
a. Berücksichtigung von § 628 I 2 BGB erst im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage	354
b. Berücksichtigung von § 628 I 2 BGB bereits im Kostenfestsetzungsverfahren	355
2. Analyse der Auffassungen	356
3. Stellungnahme	358
a. § 91 II 2 ZPO als eine verdrängende Sonderregelung?	359
b. Kostenerstattungsanspruch auch ohne angefallene Kosten	360
c. Die zu berücksichtigenden Gebührentatbestände	361
d. Die Möglichkeiten des Rechtspflegers	362
e. Ergebnis	364
4. Eine einschlägige Ausnahme?	365
a. Die Darstellung der Rechtsprechung	365
b. Die vier Szenarien der Kostenerstattung beim Anwaltswechsel	365
c. Ergebnis	367
II. Erstattung der Mehrkosten für einen zweiten Rechtsanwalt im Fall der Beiordnung	368
1. Keine Besserstellung des Anwalts durch die öffentlich- rechtliche Sonderbeziehung	369
2. Keine unmittelbare Anwendung von § 628 I 2 BGB	370
3. (Weitestgehende) Deckungsgleichheit von § 54 RVG und § 628 I 2 BGB?	371
a. Gesetzeshistorie: § 628 I 2 BGB als Vorbild für § 54 RVG?	371
b. Die Tatbestände im Vergleich	374
aa. Gemeinsamkeiten	375

bb. Unterschiede	376
aaa. Schuldhaftes Verhalten	376
bbb. Abmahnungserfordernis	381
ccc. Zwischenergebnis	382
4. Kürzung des öffentlich-rechtlichen Gebührenanspruchs gem. § 628 I 2 BGB	382
a. Die drei Szenarien auf dem Weg zur Kostenneutralität	382
b. Die Zulässigkeit einer entsprechenden Anwendung von § 628 I 2 BGB	384
aa. Grundsätzliche Abhängigkeit der „Hilfsschuld“ von der „Hauptschuld“	384
bb. § 54 RVG als abschließende Sonderregelung?	385
aaa. Sinn und Zweck der §§ 45, 54 RVG	387
bbb. Gesetzeshistorie: Orientierung an den Voraussetzungen des § 628 I 2 BGB	387
ccc. Ein falsches Verständnis von § 628 I 2 BGB	388
cc. Ergebnis	389
5. Folgeüberlegung: Entbehrlichkeit der wichtigen Gründe nach § 48 II BRAO?	389
E. Zusammenfassung	391
I. Das freie Kündigungsrecht (§ 627 BGB)	391
II. Die vergütungsrechtlichen Konsequenzen (§ 628 BGB)	393
III. Prozessuales	396
Literaturverzeichnis	397

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft bzw. Amtsgericht
AGS	Anwaltsgebühren spezial: Zeitschrift für das gesamte Gebührenrecht
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebs-Berater
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckOGK	Beck'scher Online-Grosskommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BFH	Bundesfinanzhof
BFB	Bundesverband der freien Berufe
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI I	Bundesgesetzblatt, Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BLJ	Bucerius Law Journal
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BNotK	Bundesnotarkammer
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte
BRAGO	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRAK-Mitt.	BRAK-Mitteilungen

Abkürzungsverzeichnis

BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CCBE	Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Union
DAR	Deutsches Autorecht
DAV	Deutscher Anwaltverein e.V.
DB	Der Betrieb
DBB	Beamtenbund und Tarifunion
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DJT	Deutscher Juristentag
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStRE	DStR-Entscheidungsdienst
DStRK	DStR kurzgefasst
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einl.	Einleitung
EStG	Einkommensteuergesetz
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f./ff.	folgende
FAO	Fachanwaltsordnung
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FD-	Fachdienst
Fn.	Fußnote
GfK	Gesellschaft für Konsumforschung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch

Hs.	Halbsatz
HwO	Handwerksordnung
iSd	im Sinne der/des
iVm	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JurBüro	Das juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung LindenmaierMöhring
LR	Legal Revolution
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Zeitschrift für Medizinrecht
MMR	Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung
MüKo	Münchener Kommentar
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NK-	NomosKommentar
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

Abkürzungsverzeichnis

NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
RAGebO	Rechtsanwaltsgebührenordnung
RdA	Recht der Arbeit
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGBl I	Reichsgesetzblatt, Teil I
RGRK	Reichsgerichtsrätekomentar
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RPflG	Rechtspflegergesetz
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
S.	Satz bzw. Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
VuR	Zeitschrift Verbraucher und Recht

VV	Vergütungsverzeichnis (zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz)
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZKM	Zeitschrift für Konfliktmanagement
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZwVwV	Zwangsverwalterverordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

A. Einleitung

Über dem anwaltlichen Mandatsverhältnis schwebt stets das Damoklesschwert der Kündigung. Zu verantworten haben dies die Verfasser des BGB. Denn sie waren es, die insbesondere die Tätigkeit des Rechtsanwalts vor Augen hatten, als es darum ging, für Dienste höherer Art, die aufgrund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, ein Sonderkündigungsrecht zu schaffen.¹ Im Fall der Vereinbarung solcher Dienste, so war man sich letztlich einig, müsse die Kündigung auch ohne das Vorhandensein eines wichtigen Grundes jederzeit gestattet sein.² Rund 120 Jahre später durchbricht § 627 BGB damit unverändert grundlegende zivilrechtliche Prinzipien für die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen.³

Ungeachtet ihres Ausnahmecharakters wird der Regelung allerdings weder in der juristischen Ausbildung noch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum besondere Aufmerksamkeit zuteil.⁴ Die einschlägigen Kommentierungen des Dienstvertragsrechts beschränken sich zumeist auf eine arbeitsrechtliche Sichtweise und rücken in der Folge das benachbarte Kündigungsrecht aus § 626 BGB in den Fokus. Daneben droht der Sondertatbestand für die Dienste höherer Art, der für Arbeitsverhältnisse keine Geltung beansprucht, mitunter fast in Vergessenheit zu geraten. Das erstaunt, scheint er – gerade was die anwaltliche Praxis anbelangt – doch erheblich an Bedeutung gewonnen zu haben. Betrug die Zahl der zugelassenen Rechtsanwälte auf dem Gebiet der heutigen Bundesrepublik Deutschland im Jahr 1915 noch etwa 12.500, sind es mittlerweile rund 165.000 zugelassene Berufsträger.⁵ Dass sich die Anwaltschaft dabei in den letzten 25 Jahren sogar mehr als verdoppelt hat, ist eine Entwicklung, die zur Zeit der Kodifizierung des BGB zwar noch undenkbar gewesen sein muss.⁶ Auf der

1 *Mugdan*, II S. 913.

2 *Mugdan*, II S. 913, 1265.

3 *Henssler*, in: MüKo BGB, § 627 Rn. 3.

4 *Maschmann*, in: Festschrift Hoyningen-Huene, S. 297, 297 konzediert eine „stiefmütterliche Behandlung“ dieses Problemkreises.

5 BRAK, Entwicklung der Zahl zugelassener Rechtsanwälte seit 1915, abrufbar unter: https://www.brak.de/w/files/04_fuer_journalisten/statistiken/2019/entwicklung-zugelassene-rae_zahlen.pdf (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).

6 So *Kilian*, NJW 2017, 3043, 3044 im Hinblick auf den Umstand, dass der Anteil der Rechtsanwälte unter den Angehörigen der juristischen Kernberufe heute mehr

anderen Seite ist sie jedoch sicherlich ein gewichtiger Grund dafür, dass sich die Gerichte heute in steter Regelmäßigkeit mit der vorzeitigen Beendigung von Mandatsverhältnissen auseinanderzusetzen haben.⁷

Das gilt selbst für den BGH, der allein in den letzten zehn Jahren fünf Entscheidungen veröffentlicht hat, in denen er sich speziell zu den Folgen der Mandatskündigung für den rechtsanwaltlichen Vergütungsanspruch äußert.⁸ Hebt man die §§ 627, 628 BGB einmal aus dem Kontext des Anwaltsvertrags heraus, sind es bezüglich dieser sogar fünfzehn Urteile des höchsten deutschen Zivilgerichts innerhalb desselben Zeitraums. Wenngleich die Regelungen der §§ 627, 628 BGB seit dem Jahr 1900 kaum nennenswert geändert wurden,⁹ besteht hinsichtlich ihrer Auslegung und Anwendung offensichtlich immer noch reichlich Klärungsbedarf.

Dieser Feststellung entspricht es, dass das Verhältnis der §§ 627, 628 BGB insbesondere zu den Vorschriften des anwaltlichen Berufs- sowie Gebührenrechts Fragen aufwirft, die noch nicht abschließend geklärt sind. Zwar liegen eine Reihe von Gerichtsentscheidungen, Monografien und Aufsätzen vor, die sich gezielt mit den Besonderheiten des anwaltlichen Mandatsvertrags im Kontext der §§ 627, 628 BGB auseinandersetzen. Da es jedoch gleichzeitig an einer überzeugenden Gesamtdarstellung fehlt, will diese Abhandlung den Versuch einer Gesamtschau unternehmen.

Ihr erstes Kapitel (S. 26 ff.) befasst sich insofern eingehend mit den tatbestandlichen Voraussetzungen des freien Kündigungsrechts und der Frage, inwieweit das anwaltliche Mandatsverhältnis diese erfüllt. Die analoge Anwendbarkeit des § 627 I BGB auf den Anwaltswerkvertrag wird dabei ebenso diskutiert wie die Bedeutung der berufsrechtlichen Sonderregelungen aus § 48 BRAO und § 2 MediationsG. Es wird dargelegt, weshalb die Tätigkeit des Rechtsanwalts die Einordnung als „Vertrauensberuf“ nach wie vor

als 85 % beträgt, während Ende des 19. Jahrhunderts auf zehn Richter nur etwa sechs Rechtsanwälte kamen.

7 Ob daneben auch ein „zunehmend raues Klima“ in der Anwalt-Mandanten-Beziehung für den Anstieg von Mandatsbeendigungen ursächlich ist, wie dies von *Mugler*, AnwBl 2000, 19, 19 behauptet wird, darf jedenfalls angezweifelt werden; ausführlich zum Zustand der (Vertrauens-)Beziehung zwischen Rechtsanwalt und Mandant S. 79 ff.

8 BGH NJW 2020, 2538; BGH NJW 2019, 1870; BGH NJW 2017, 3376; BGH NJW 2014, 317; BGH NJW-RR 2012, 294.

9 § 627 BGB wurde im Zuge des ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes um das Negativmerkmal „kein Arbeitsverhältnis“ ergänzt (BGBl I 1969, S. 1106); der Verweis auf das Rücktrittsrecht in § 628 I 3 BGB erhielt im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung eine Anpassung dergestalt, dass § 346 BGB anstelle von § 347 BGB a.F. eingefügt wurde (BGBl I 2002, S. 2850).

verdient und eingehend untersucht, wann der Rechtsanwalt in einem „dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen“ steht. Zudem wird das Verhältnis von § 627 I BGB und § 32 I, II BORA einer Klärung zugeführt und es wird aufgezeigt, welche Konsequenzen der Mandant zu befürchten hat, wenn er den Termin mit seinem Rechtsanwalt versäumt.

Die Auswirkungen der Kündigung für die gesetzlichen Gebühren beziehungsweise für das vereinbarte Fest-, Zeit oder Erfolgshonorar werden im zweiten Kapitel (S. 206 ff.) ebenso dargestellt wie die Möglichkeiten der Parteien, die Vergütungsfolgen von vornherein vertraglich zu regeln. Es wird erörtert, welche Verhaltensweisen innerhalb der Anwalt-Mandanten-Beziehung als „vertragswidrig“ anzusehen sind, wann Kündigungen durch sie „veranlasst“ werden und weshalb das „Interesse“ gerade an der Leistung des Anwalts rein wirtschaftlich zu bemessen ist.

Abschließend werden die zuvor erarbeiteten Grundsätze in den prozessualen Bereich der Kostenerstattung verlagert (S. 354 ff.). Dieser wurde im Schrifttum bisher weitestgehend außer Acht gelassen, weshalb sich die vorliegende Arbeit um eine grundlegende Klärung des Verhältnisses zwischen den Regelungen aus § 91 ZPO, § 628 BGB und § 54 RVG bemüht.

B. Das freie Kündigungsrecht (§ 627 BGB)

I. Die tatbestandlichen Voraussetzungen und die Anwendbarkeit auf den anwaltlichen Mandatsvertrag

1. Freies Dienstverhältnis

Weder der insofern eindeutige Wortlaut noch die systematische Stellung der Vorschrift im Gesetz lassen Zweifel daran aufkommen, dass die Anwendbarkeit des § 627 BGB das Vorliegen eines Dienstvertrags iSd § 611 BGB voraussetzt. Durch den Einschub des negativen Merkmals „kein Arbeitsverhältnis“ im Zuge des ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes¹⁰ hat der Gesetzgeber zudem klargestellt, dass es sich um ein freies Dienstverhältnis handeln muss, also um ein solches, bei dem der Dienstverpflichtete eine eigenbestimmte und selbstständige Tätigkeit zu leisten hat.¹¹ Im Folgenden soll näher untersucht werden, inwieweit der anwaltliche Mandatsvertrag diese Voraussetzung erfüllt.

a. Der Anwaltsvertrag als freies Dienstverhältnis

aa. Noch unverbindliche Auskünfte oder bereits Annahme des Mandats?

Freilich wird das Kündigungsrecht des § 627 BGB erst dann relevant, wenn sich Anwalt und Mandant zuvor rechtsverbindlich auf die Übernahme des Mandats verständigt haben. Was zunächst einmal selbstverständlich klingt, kann unter Umständen zu Abgrenzungsproblemen führen, denn anwaltlicher Rat ist begehrt und gerade nach Vermittlung im Bekannten- und Freundeskreis schnell erteilt. Wenn es dann wieder heißt, „kannst Du mal

10 Zur vermeintlich lediglich klarstellenden Funktion des Einschubs, insbesondere im Hinblick auf die Negativvoraussetzungen „kein dauerndes Dienstverhältnis“ und „keine festen Bezüge“, S. 109 ff.

11 *Henssler*, in: MüKo BGB, § 627 Rn. 11; *Preis*, in: Staudinger BGB, § 627 Rn. 5.

eben?¹²,¹² stellt sich die Frage nach der Verbindlichkeit der Auskunftserteilung.

Dabei gilt es zu beachten, dass der Abschluss eines Anwaltsvertrags nicht an besondere Formvorschriften gebunden ist und damit grundsätzlich auch schlüssig erfolgen kann.¹³ Deshalb kann insbesondere der Übergang von der Vertragsanbahnung, bei welcher der potenzielle Mandant nur Erkundigungen einholt, zum Vertragsschluss fließend sein.¹⁴ Die Abgrenzung, ob der Auskunft bereits ein rechtlicher Bindungswille des Anwalts zu entnehmen ist oder diese noch der Anwerbung des Mandanten dient oder aber ob der Anwalt gar aus reiner Gefälligkeit handelt, hat anhand einer Abwägung aller Umstände des Einzelfalls zu erfolgen.¹⁵

Hierbei ist die berufsrechtliche Sonderregelung des § 44 BRAO allerdings nicht geeignet, ein Indiz für die Mandatsannahme durch konkludentes Handeln darzustellen.¹⁶ Bei der Pflicht zur unverzüglichen Ablehnung des Auftrags handelt es sich vielmehr um einen gesetzlich geregelten Fall des Verschuldens bei Vertragsschluss (*culpa in contrahendo*),¹⁷ welcher unter Umständen die Schadensersatzpflicht des Anwalts auslöst, noch bevor ein Mandatsverhältnis tatsächlich besteht. Anders als beispielsweise § 362 HGB führt eine Verletzung von § 44 BRAO jedoch gerade nicht dazu, dass der Vertrag auch zustande kommt.¹⁸ Dementsprechend kann sie die Vermutung eines Vertragsschlusses ebenfalls nicht begründen.¹⁹ Ebenso im eigenständig sanktionierten vorvertraglichen Bereich angesiedelt, und deshalb zur Feststellung des Vertragsschlusses ungeeignet, sind die Informations- und Belehrungspflichten²⁰ des Anwalts.²¹ Des Weiteren er-

12 Legal Tribune Online vom 26.7.2018, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/job-karriere/j/rechtsanwalt-rat-freundschaftsdienste-bekannte-honorar-freizeit/> (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).

13 Zuletzt BGH NJW-RR 2019, 1076 Rn. 9.

14 Vgl. Klees, in: Hinne/Klees/Müllerschön/Winkler, § 2 Rn. 5.

15 Vgl. BGH BeckRS 2012, 1242 Rn. 2 m.w.N.

16 So aber Heinemann, in: Vollkommer/Greger/Heinemann, § 3 Rn. 2.

17 BGH NJW 1967, 1567, 1568.

18 Kilian, in: Henssler/Prütting BRAO, § 44 Rn. 1.

19 Schultz, in: Gaier/Wolf/Göcken, Haftung Rn. 10.

20 Zu nennen sind insbesondere § 49 b V BRAO, nach dem der Rechtsanwalt darauf hinzuweisen hat, wenn sich die Gebühren nach dem Gegenstandswert richten, und die Regelung des § 12 a I ArbGG, die eine Hinweispflicht auf den Umstand begründet, dass auch die obsiegende Partei die Kosten nicht erstattet verlangen kann.

21 Anderer Ansicht sind wohl Rinkler/Pape, in: Fischer/Vill/Fischer/Pape/Chab, § 1 Rn. 15, denen zufolge es naheliegt, bis zur Erfüllung dieser Pflichten noch keinen Rechtsbindungswillen auf Seiten des Anwalts anzunehmen.

weist es sich als Zirkelschluss, die Regelung des § 675 II BGB zur Ermittlung eines Rechtsbindungswillens heranzuziehen.²² Denn § 675 II BGB, dem insofern lediglich deklaratorische Funktion zukommt,²³ weist lediglich auf die Folgenlosigkeit einer fehlerhaften Auskunftserteilung hin, sofern die Haftung unter anderem aus einem Vertragsverhältnis nicht in Betracht kommt. Zur Klärung der Vorfrage, ob überhaupt ein Anwaltsvertrag zustande gekommen ist, trägt § 675 II BGB demzufolge nichts bei.²⁴

Vermögen (spezial-)gesetzliche Regelungen keine entscheidenden Indizien zu liefern, bleibt es auch im Rahmen der Gesamtabwägung hinsichtlich des Abschlusses eines Anwaltsvertrags bei den allgemein anerkannten Kriterien. So können insbesondere die erkennbare Bedeutung des Anliegens für den Mandanten, wesentliche wirtschaftliche Interessen beider Parteien oder die drohende Gefahr, in die der Rechtsuchende ohne sachkundigen Beistand geraten kann, auf einen Rechtsbindungswillen schließen lassen.²⁵ Hingegen spricht für die Annahme einer reinen Gefälligkeit, wenn die Tätigkeit des Anwalts im außerrechtlichen, also etwa freundschaftlichen oder familiären Bereich, wurzelt.²⁶ Nach diesen Kriterien kann bereits die einmalige Erteilung von Rechtsrat die Annahme eines Vertragsschlusses rechtfertigen,²⁷ weshalb sowohl Anwalt als auch Mandant gut beraten sind, beim Erstkontakt beziehungsweise vor der Auskunftserteilung die vertragliche Situation explizit anzusprechen.

bb. Geschäftsbesorgung mit dienstvertraglichem oder werkvertraglichem Charakter

Kann von einem Rechtsbindungswillen der Parteien ausgegangen werden, ist sodann die Rechtsnatur des Anwaltsvertrags und dessen Tatbestandsmäßigkeit im Hinblick auf das Kündigungsrecht des § 627 I BGB zu klären. In Anlehnung an § 3 I BRAO kennzeichnet sich der Anwaltsvertrag im Wesentlichen durch die dem Rechtsanwalt eigentümliche Verpflichtung aus, den Mandanten in dessen Rechtsangelegenheiten zu beraten und zu vertreten. Er schuldet insofern umfassenden anwaltlichen Beistand, der

22 So aber *Rinkler/Pape*, in: Fischer/Vill/Fischer/Pape/Chab, § 1 Rn. 28.

23 *Heermann*, in: MüKo BGB, § 675 Rn. 119; *Martinek/Omlor*, in: Staudinger BGB, § 675 Rn. C2.

24 *Schultz*, in: *Offermann-Burckart*, § 4 Rn. 48.

25 Anstelle vieler *Rinkler*, in: Fischer/Vill/Fischer/Pape/Chab, § 1 Rn. 28 ff.

26 *Schultz*, in: *Offermann-Burckart*, § 4 Rn. 55.

27 Zu der dann folgerichtigen Einordnung als (Anwalts-)Werkvertrag S. 28 ff.

weder zwangsläufig noch notwendigerweise auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs gerichtet ist.²⁸ Kommt er dem nach, erblickt die einhellige Auffassung darin regelmäßig eine Dienstleistung gem. § 611 BGB, welche eine Geschäftsbesorgung iSd § 675 BGB zum Gegenstand hat.²⁹ Die Einordnung der anwaltlichen Tätigkeit als Geschäftsbesorgung ist zwar für die Anwendbarkeit des § 627 I BGB nicht von unmittelbarer Relevanz, gleichzeitig ist sie aber folgerichtig, erfüllt sie doch bereits von Gesetzes wegen im Wesentlichen deren konstitutive Merkmale. So übt der Rechtsanwalt seinen Beruf gem. § 1 BORA grundsätzlich frei und selbstbestimmt aus, während er nach § 3 I BRAO als Interessenvertreter seines Mandanten handelt. Schon danach liegt die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen nahe.³⁰ Da die Geschäftsbesorgung im Rahmen eines Anwaltsvertrags nach herrschender Ansicht einen dienstvertraglichen Charakter aufweist, werden auf diesen grundsätzlich auch die §§ 611 ff. BGB mitsamt der Regelung des § 627 BGB angewendet.

Hingegen findet § 627 I BGB keine unmittelbare Anwendung, wenn der Geschäftsbesorgung ausnahmsweise ein Werkvertrag gem. § 631 BGB zugrunde liegt.³¹ Entgegen dem Regelfall ist dies anzunehmen, wenn die Parteivereinbarung auf eine einmalige, in sich abgeschlossene Leistung gerichtet ist,³² der Mandant also einen durch anwaltliche Arbeit herbeizuführenden konkreten Erfolg erwartet.³³ Freilich ist damit nicht etwa das Obsiegen in einem Rechtsstreit gemeint. Zum einen wird sich der Rechtsanwalt vor der Abgabe eines derartigen Versprechens schon aus dem Grund hüten, dass der „Erfolgseintritt“ zumeist von der Entscheidung des Gerichts abhängt und so nur begrenzt seinem eigenen Einflussbereich unterliegt.³⁴ Zum anderen wäre dies mit dem nach wie vor Geltung beanspruchenden Grundsatz des Verbots eines anwaltlichen Erfolgshonorars wohl nicht in Einklang zu bringen. Die anwaltliche Tätigkeit ist jedoch in berufsrecht-

28 Vgl. BGH NJW 1965, 106, 106.

29 So bereits RGZ 88, 223, 227; *Rinkler/Pape*, in: Fischer/Vill/Fischer/Pape/Chab, § 1 Rn. 5 m.w.N.

30 Vgl. BGH BeckRS 1958, 31389490; ausführlich zur „Geschäftsbesorgungsformel“ des BGH *Martinek/Omlor*, in: Staudinger BGB, § 675 Rn. A9 ff.

31 Zur Möglichkeit der analogen Anwendung S. 33 ff.

32 So ausdrücklich zum Steuerberatungsvertrag BGH NJW-RR 2006, 1490 Rn. 4.

33 BGH NJW 2019, 1870 Rn. 7.

34 *Fischer*, S. 37; auch *Günther*, in: BeckOGK BGB, § 627 Rn. 18 plädiert für die Einordnung als Dienstvertrag, sofern der Anwalt den Erfolg nicht garantieren kann oder will.

lich zulässigerweise auf die Herbeiführung eines Erfolgs gerichtet, wenn sie auf die Schaffung eines geistigen Werkes abzielt,³⁵ also etwa die Beantwortung einer konkreten Rechtsfrage,³⁶ die Erstellung eines schriftlichen Rechtsgutachtens³⁷ oder die Fertigung eines Vertragsentwurfs.³⁸

aaa. Der Rechtsanwalt als Berater

Wenngleich die Tätigkeit des Rechtsanwalts mitunter im Grenzbereich zwischen Dienst- und Werkvertragsrecht angesiedelt ist,³⁹ vermag ihre grundsätzliche Einordnung als Dienstleistung angesichts ihres typischen Charakters zu überzeugen. Denn bereits die berufsrechtliche Grundsatznorm des § 3 I BRAO erblickt in der *Beratung* in allen Rechtsangelegenheiten eine der wesentlichen Berufungen des Rechtsanwalts.⁴⁰ Bei Zugrundelegung eines natürlichen Sprachverständnisses zeichnet sich die Beratungstätigkeit jedoch nicht dadurch aus, dass der Auftraggeber ein von ihm erwartetes Endergebnis vorformuliert und die Beratung als erbracht ansieht, sofern ihm dieses vom Beauftragten vollendet präsentiert wird. Zwar verfolgt jeder Gläubiger mit der Leistung, die er sich versprechen lässt, irgendeinen Zweck und will letztlich irgendeinen „Erfolg“ erreichen. Dabei kann er aber auch von dem Versprechen des Erfolgeintritts absehen und es vielmehr bei dem Versprechen einer Handlung, die zu diesem Erfolg hinführen soll, belassen.⁴¹ Letzteres ist bei der Beauftragung eines Beraters anzunehmen. Denn hier kommt es dem Auftraggeber entscheidend auf den Weg hin zum Ergebnis, also die Tätigkeit als solche, an. Bevor er eine Entscheidung fällt und so den angestrebten „Erfolg“ letztlich selbst herbeiführt, möchte der Auftraggeber beraten werden. Empfehlungen sollen ihm

35 Mennemeyer, in: Fahrendorf/Mennemeyer, Kap. 1 Rn. 13.

36 BGH NJW 2019, 1870 Rn. 7.

37 BGH NJW 1965, 106, 106.

38 RGZ 88, 223, 227.

39 Fischer, S. 34; allgemein zur Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag *ders.*, S. 34 ff. und Tillmanns, S. 13 ff.

40 Dem liegt die Erkenntnis des Gesetzgebers zugrunde, dass sich die anwaltliche Tätigkeit nicht mehr nur durch die Wahrnehmung der Mandanteninteressen vor Gericht auszeichnet. Vielmehr misst er der vorsorgenden Rechtspflege, in der Streitigkeiten frühzeitig beigelegt und Prozesse vermieden werden, unschätzbaren Wert bei, BT-Drs. 3/120, S. 49; zudem gilt es zu berücksichtigen, dass die rein beratende Tätigkeit inzwischen den Großteil der anwaltlichen Tätigkeit ausmacht, vgl. Busse, in: Henssler/Prütting BRAO, § 3 Rn. 13.

41 Dies hat dann die Einordnung als Dienstleistung zur Folge, Tillmanns, S. 13.

dabei ebenso ausgesprochen werden wie Warnungen. Er möchte Auskünfte erhalten, welche ihm die Entscheidungsfindung erleichtern und er möchte das Für und Wider mit seinem Berater abwägen. Der diskursive Informationsaustausch zwischen Rechtsanwalt und Mandant ist das eigentliche und einzige Ziel der Beratung.⁴²

Die Erkenntnis, dass bei einer Beratungsleistung nicht die Erfolgsherbeiführung, sondern die Tätigkeit als solche im Vordergrund steht, deckt sich zudem mit der Rechtsprechung des BGH hinsichtlich des Umfangs anwaltlicher Beratungspflichten. Nach dieser liegt das Ziel der Rechtsberatung in erster Linie darin, dem Mandanten eigenverantwortliche Entscheidungen in seiner Rechtsangelegenheit zu ermöglichen.⁴³ Bevor der Mandant allerdings zu einer solchen Entscheidung überhaupt im Stande ist und so den angestrebten Erfolg letztlich selbst herbeiführen kann, muss er zunächst einmal durch den Rechtsanwalt allgemein, umfassend und möglichst erschöpfend belehrt werden.⁴⁴ Dabei hat ihm der Rechtsberater diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziel zu führen geeignet sind und ihm den sichersten und gefahrlosesten Weg dorthin vorzuschlagen.⁴⁵ Demzufolge ist, sofern der Mandant nicht eindeutig etwas anderes zu erkennen gibt,⁴⁶ grundsätzlich davon auszugehen, dass es dem Mandanten bei der Beauftragung des Anwalts auf eine umfassende Rechtsberatung und weniger auf die unmittelbare Herbeiführung eines konkreten Erfolgs ankommt. Von diesem Standpunkt aus betrachtet wird die anwaltliche (Beratungs-)Tätigkeit mit Recht im Regelfall als Dienst- und nicht als Werkleistung qualifiziert.

bbb. Die tätigkeitsbezogene Vergütung

Über § 3 I BRAO und das natürliche Begriffsverständnis einer Beratungsleistung hinaus ließen sich nach hier vertretener Auffassung auch Grundgedanken des anwaltlichen Gebührenrechts für die regelmäßige Einordnung der anwaltlichen Tätigkeit als Dienstleistung anführen.⁴⁷ In eine

42 Vgl. BGH NJW-RR 2011, 335 Rn. 28.

43 BGH NJW 2007, 2485 Rn. 10.

44 Vgl. BGH NJW 2007, 2485 Rn. 9.

45 BGH NJW 2007, 2485 Rn. 9; BGH NJW-RR 2007, 569 Rn. 10; BGH NJW-RR 2006, 923 Rn. 14; BGH NJW 1996, 2648, 2649.

46 Vgl. BGH NJW 2007, 2485 Rn. 9.

47 Dagegen hält *Fischer*, S. 34 das Abstellen auf die Vergütungsform bei der grundsätzlichen Abgrenzung von Dienst- und Werkleistung für nicht zielführend.

ähnliche Richtung zielen ansatzweise bereits die Ausführungen des Reichsgerichts aus dem Jahr 1916. Denen zufolge handelt es sich beim Anwaltsvertrag nur dann ausnahmsweise um einen Werkvertrag, wenn der zu erzielende Erfolg den Inhalt der Vertragsleistung bildet und Erfolg und Vergütung dementsprechend in einem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen.⁴⁸ Der Absicherung des hier durch das Gericht angesprochenen werkvertraglichen Synallagmas dient § 641 I BGB.⁴⁹ Erst wenn der Mandant das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß billigt und damit zum Ausdruck bringt, dass der vom Rechtsanwalt zugesagte Erfolg erreicht ist, wird auch der anwaltliche Vergütungsanspruch fällig.⁵⁰

Dass hinsichtlich der Vergütung des Rechtsanwalts jedoch in erster Linie tätigkeits- und nicht erfolgsbezogen gedacht wird, ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 15 I RVG.⁵¹ Dem zufolge entgelten die Gebühren die *gesamte Tätigkeit* des Rechtsanwalts vom Auftrag bis zur Erledigung der Angelegenheit. Hinzu kommt, dass es nach § 15 IV RVG auf bereits entstandene Gebühren grundsätzlich ohne Einfluss ist, wenn sich die Angelegenheit vorzeitig erledigt oder der Auftrag endigt, bevor die Angelegenheit erledigt ist. Demnach kann der Rechtsanwalt die einmal entstandene Gebühr auch dann berechnen, wenn er das Mandat ansonsten nicht zu Ende führt,⁵² also der letztlich angestrebte Erfolg gar nicht eintritt. Nur ausnahmsweise kommt es für das Entstehen einer Gebühr über die bloße Verrichtung der anwaltlichen Tätigkeit hinaus noch darauf an, dass der Anwalt einen bestimmten Erfolg erreicht, wie zum Beispiel im Fall der Einigungs-, Aussöhnungs- oder Erledigungsgebühr (Nr. 1000–1002 VV).⁵³

Dass der Anwaltswerkvertrag auch in gebührenrechtlicher Hinsicht nicht den Normalfall darstellt, wird zudem durch die Regelung des § 34 I 1 RVG verdeutlicht. Unter anderem bei der (einmaligen) Rat-beziehungsweise Auskunftserteilung und der Gutachtenerstellung soll der

48 RGZ 88, 223, 227.

49 Busche, in: MüKo BGB, § 641 Rn. 2.

50 Voit, in: BeckOK BGB, § 641 Rn. 1.

51 Hingegen kommt § 4 a I RVG und § 49 b II BRAO im Zuge der Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag, auch wenn dies auf den ersten Blick naheliegend erscheint, keine entscheidende Bedeutung zu. Haben sich die Parteien auf den Abschluss eines Anwaltswerkvertrags geeinigt, so ist dies nicht gleichbedeutend mit der (grundsätzlich unzulässigen) Vereinbarung eines Erfolgshonorars. Denn dieser Erfolg hat mit dem werkvertraglich geschuldeten Erfolg nichts zu tun, Teubel, in: NK-RVG, § 4 a Rn. 17.

52 Enders, in: Hartung/Schons/Enders RVG, § 15 Rn. 160.

53 Baumgärtel, in: Baumgärtel/Hergenröder/Houben RVG, § 15 Rn. 4.

Rechtsanwalt auf eine Gebührenvereinbarung hinwirken. Damit „zwingt“⁵⁴ der Gesetzgeber den Anwalt zum Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung gerade in den beiden Fällen, die von der Rechtsprechung ausdrücklich als Beispielsexemplare des Anwaltswerkvertrags hervorgehoben wurden. In Anbetracht der Tatsache, dass die Vergütungsvereinbarung gem. § 3 a RVG ebenfalls eine Ausnahme des durch § 2 I RVG aufgestellten Grundsatzes der Abrechnung nach Wertgebühren darstellt, kann man in § 34 I 1 RVG insofern durchaus einen weiteren Indikator für den Ausnahmecharakter anwaltlicher Werkleistungen erblicken.

ccc. Ergebnis

Die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 627 BGB auf den Anwaltsvertrag wird zu Recht kaum in Frage gestellt. Denn regelmäßig stellt hier die Dienstleistung, etwa in Form der Beratung oder des rechtlichen Beistands, und nicht der zu erzielende Erfolg das Hauptmerkmal des Vertrags dar.⁵⁵ Diese Annahme sieht sich durch ein natürliches Begriffsverständnis der Beratertätigkeit und in Teilen durch das anwaltliche Gebührenrecht bestätigt.

b. Analoge Anwendung auf den Anwaltswerkvertrag?

aa. Das Fehlen eines freien Kündigungsrechts für den Rechtsanwalt?

Das Recht zur frist- und grundlosen Kündigung nach § 627 I BGB setzt das Vorliegen eines Dienstverhältnisses voraus und findet auf Werkverträge dementsprechend keine unmittelbare Anwendung. Das heißt jedoch nicht, dass das Gesetz nicht auch ein entsprechend freies Kündigungsrecht für Werkverträge vorhält. Vielmehr kann der Besteller gem. § 648 S. 1 BGB bis zur Vollendung des Werks jederzeit den Vertrag kündigen. Einer Fristsetzung oder gar der Angabe eines wichtigen Grundes bedarf es hierzu, wie bei § 627 I BGB, nicht. Allerdings steht das Recht zur Kündigung ausweislich des Wortlauts von § 648 S. 1 BGB ausschließlich dem Besteller zu, im Fall des Anwaltswerkvertrags also lediglich dem Mandanten. Ein freies

54 So *Henssler*, NJW 2005, 1537, 1537 im Hinblick auf die ansonsten geltende niedrige Kappungsgrenze von 250 Euro gem. § 34 I 3 Hs. 1 RVG.

55 *Rinkler/Pape*, in: *Fischer/Vill/Fischer/Pape/Chab*, § 1 Rn. 7.

Kündigungsrecht auch für den Unternehmer (Rechtsanwalt) sieht das Gesetz nicht vor. Insoweit stellt sich die Frage nach einer analogen Anwendung von § 627 I BGB auf den Anwaltswerkvertrag.⁵⁶ Diese kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen einer Analogie, namentlich das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage,⁵⁷ gegeben sind.

Dabei erscheint jedenfalls die Annahme einer vergleichbaren Interessenlage durchaus vertretbar. *Henssler/Deckenbrock* führen insofern mit Recht an, auch der Anwaltswerkvertrag könne von der besonderen Vertrauensbeziehung zwischen Rechtsanwalt und Mandant gekennzeichnet sein.⁵⁸ Und in der Tat ist nicht ersichtlich, weshalb der Mandant bei der Beauftragung des Rechtsanwalts etwa mit der Erstellung eines bestimmten Rechtsgutachtens nicht ebenso auf die Kompetenz, Integrität und Loyalität desselben vertrauen sollte.⁵⁹ Wissenschaftliche Bildung und ein überdurchschnittliches Maß an Fachkenntnissen sind hierfür ebenso erforderlich wie für die Rechtsberatung in Gestalt einer Dienstleistung.⁶⁰ Auf der anderen Seite erscheint der Ausschlusstatbestand des „dauernden Dienstverhältnisses mit festen Bezügen“ nur schwer auf den Werkvertrag, bei welchem in erster Linie die einmalige Herbeiführung eines konkreten Erfolgs geschuldet wird, übertragbar.

Unter Umständen bedarf die Frage der Vergleichbarkeit der Sachverhalte an dieser Stelle allerdings keiner abschließenden Entscheidung. Denn die analoge Anwendung von § 627 I BGB auf den (Anwalts-)Werkvertrag würde voraussetzen, dass die §§ 631 ff. BGB hinsichtlich eines freien Kündigungsrechts für den Unternehmer unvorhergesehen unvollständig sind. Auf der anderen Seite kann von dem Vorliegen einer solchen planwidrigen Regelungslücke dann nicht ausgegangen werden, wenn bestimmte Tatbestände bewusst nicht in eine Regelung aufgenommen wurden, weil für sie die entsprechenden Rechtsfolgen nach der Regelungsidee nicht eintreten sollten.⁶¹ Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass § 648 S. 1 BGB

56 *Henssler/Deckenbrock*, ZAP 2005, 413, 419; die Frage ebenfalls aufwerfend, gleichzeitig jedoch dieser nicht weiter nachgehend, *Rinkler/Pape*, in: *Fischer/Vill/Fischer/Pape/Chab*, § 1 Rn. 81.

57 Dazu grundlegend *Larenz*, S. 354 ff.

58 *Henssler/Deckenbrock*, ZAP 2005, 413, 419.

59 Ausführlich zu der für § 627 I BGB elementaren Bedeutung des Tatbestandsmerkmals „Übertragung aufgrund besonderen Vertrauens“ und den einzelnen Elementen des Vertrauensbegriffs S. 51 ff.

60 Vgl. S. 49 ff.

61 *Würdinger*, AcP 206 (2006), 946, 951.

ein freies Kündigungsrecht vorsieht, dieses allerdings ausdrücklich nur dem Besteller zugesteht, erscheint es eher fernliegend, dass der Gesetzgeber den Werkunternehmer unbewusst nicht mit in den Anwendungsbereich der Norm einbezogen hat.⁶² Ein Blick in die Gesetzesmaterialien bekräftigt diese Annahme. Denn die Gesetzgebungskommission sah den Unternehmer dadurch, dass sie ausschließlich dem Besteller das Recht zur „willkürlichen Aufhebung“ des Vertrags zugestand, nicht unbillig oder ungerecht behandelt.⁶³ Zur Begründung verwies sie zum einen auf die Regelung des heutigen § 648 S. 2 BGB, welche den Vergütungsanspruch des Unternehmers grundsätzlich aufrechterhält. Zum anderen orientierte sich die Kommission an der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts, wenn sie ausführte, es sei eine Eigentümlichkeit des Werkvertrags, dass der Besteller zwar nicht allein, jedoch vorzugsweise ein Interesse an der Herstellung des Werks habe. Deshalb stünde dem Unternehmer auch kein Recht auf die Ausführung zu.⁶⁴ Nach dem Vorbild etwa des Sächsischen Gesetzbuchs oder des Schweizer Obligationenrechts hat sich der historische Gesetzgeber demnach bewusst für ein einseitiges Lossagungsrecht des Bestellers entschieden. In dem Fall, dass man entgegen der herrschenden Auffassung die „subjektiv-historische“⁶⁵ Auslegung von Normen ablehnt und eine „objektiv-zeitgemäße“ Interpretation anhand der jeweiligen geltungszeitlichen Verhältnisse befürwortet,⁶⁶ ist darauf hinzuweisen, dass auch der moderne Gesetzgeber nach wie vor ein freies Kündigungsrecht für den Werkunternehmer ablehnt. Im Zuge der Einfügung des beiderseitigen Rechts zur Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648 a I BGB⁶⁷ weist der Gesetzgeber gesondert daraufhin, dass das Werkvertragsrecht des BGB seit jeher nur dem Besteller ein jederzeitiges Kündigungsrecht zusteht und dieses Recht auch unverändert erhalten bleiben soll.⁶⁸

Demnach lässt eine Gesamtschau der Gesetzesmaterialien die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke hinsichtlich eines freien Kündigungs-

62 Auch *Henssler/Deckenbrock*, ZAP 2005, 413, 419 bezweifeln das Vorliegen einer Regelungslücke, gehen darauf in der Folge aber nicht weiter ein, sondern widmen sich in erster Linie den drohenden Rechtsfolgen für die Vergütungsregelung des § 648 S. 2 BGB.

63 *Mugdan*, II S. 280 f.

64 *Mugdan*, II S. 281.

65 Ausführlich zu der entsprechenden Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG *Höpfner*, RdA 2018, 321, 322 ff.

66 Vgl. *Merz*, AcP 163 (1964), 305, 317 f.

67 Näheres dazu sogleich, S. 36 ff.

68 BT-Drs. 18/8486, S. 49.

rechts für den Werkunternehmer nicht zu. Da der Rechtsanwender gem. Art. 20 III GG an das Gesetz gebunden ist, hat er sich an den Willen der Legislative zu halten und darf nicht zum Ersatzgesetzgeber mutieren.⁶⁹ Schon aus diesem Grund verbietet sich eine analoge Anwendung des § 627 I BGB auf den (Anwalts-) Werkvertrag. Zudem weisen *Henssler/Deckenbrock* zutreffend auf die ansonsten für die Vergütung des Rechtsanwalts drohenden Folgen hin. Denn ließe man eine Analogie zu, müsste man konsequenterweise auch dem Besteller das freie Kündigungsrecht zugestehen.⁷⁰ Da § 628 I 1 BGB dem Rechtsanwalt jedoch grundsätzlich nur einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung zugesteht, § 648 S. 2 BGB hingegen, ungeachtet der Anrechnung ersparter Aufwendungen, die Vergütung für noch nicht erbrachte Leistungen vorsieht, wäre die Ausübung des freien Kündigungsrechts nach § 627 I BGB für den Mandanten günstiger.⁷¹ In der Folge bestünde die Gefahr, dass die Vergütungsregelung des § 648 S. 2 BGB leerliefe.⁷²

bb. Die Kündigung aus wichtigem Grund (§ 648 a BGB) und der Rechtsgedanke von § 628 I BGB

Wenngleich dem Rechtsanwalt auch kein gänzlich freies Recht zur Kündigung des Anwaltswerkvertrags zusteht, gibt ihm § 648 a I BGB jedenfalls die Möglichkeit der fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund. Schon vor Aufnahme der Regelung in das Gesetz war ein entsprechendes beiderseitiges Kündigungsrecht, auch für Werkverträge, richterrechtlich anerkannt.⁷³ Mit dessen Kodifizierung verfolgte der Gesetzgeber gleichwohl das Ziel, für mehr Rechtssicherheit für die Praxis zu sorgen.⁷⁴ Kommt es zur fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses aus wichtigem Grund, stellt sich sodann die Frage nach den Folgen für den Vergütungsanspruch.⁷⁵ Schon vor der Neuregelung des Werkvertragsrechts entsprach es der herrschenden Auffassung, dass der damalige § 649 S. 2 BGB (nun

69 *Würdinger*, AcP 206 (2006), 946, 951.

70 *Henssler/Deckenbrock*, ZAP 2005, 413, 419.

71 *Maschmann*, in: Festschrift Hoyningen-Huene, S. 297, 310 f. spricht angesichts der erheblich voneinander abweichenden vergütungsrechtlichen Konsequenzen von einer „Flucht des Bestellers in den Werkvertrag“.

72 *Henssler/Deckenbrock*, ZAP 2005, 413, 419.

73 BGH NJW 2016, 1945 Rn. 40 m.w.N.

74 BT-Drs. 18/8486, S. 50.

75 *Henssler/Deckenbrock*, ZAP 2005, 413, 420.

§ 648 S. 2 BGB) keine Anwendung finden und der Unternehmer keinen Vergütungsanspruch für noch nicht erbrachte Leistungen erhalten sollte.⁷⁶ Nun hat der Gesetzgeber in § 648 a V BGB ausdrücklich festgelegt, dass der Unternehmer nur die Vergütung verlangen kann, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt.

Allerdings differenziert § 648 a V BGB weder danach, wer die Kündigung ausgesprochen hat, noch dahingehend, wer möglicherweise durch sein Verhalten die Kündigung veranlasst hat. Dieser Umstand verdient Aufmerksamkeit, denn schon vor der gesetzlichen Neukonzeption plädierten *Henssler/Deckenbrock* dafür, jedenfalls bei Anwaltswerkverträgen auf den Rechtsgedanken des § 628 I BGB abzustellen, da dieser die Folgen einer vorzeitigen Beendigung des Vertrags verursachungsgerecht verteile.⁷⁷ Der Ansatz, die Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs von der Frage abhängig zu machen, wer die Kündigung letzten Endes veranlasst hat, vermag schon wertungsgemäß zu überzeugen. Denn wenn etwa der Grund zur außerordentlichen Kündigung des Anwaltswerkvertrags in einem Verhalten des Rechtsanwalts liegt, so kann es schlicht unbillig sein, den Mandanten auch für diese Fälle uneingeschränkt zur Entrichtung einer Teilvergütung zu verpflichten.⁷⁸

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber nach hier vertretener Auffassung aber auch die systematischen Parallelen der §§ 648, 648 a BGB zu den §§ 626 ff. BGB verkannt. Ebenso wie die §§ 626, 627 BGB für Dienstverhältnisse sehen nun die §§ 648, 648 a BGB für Werkverträge sowohl ein freies Kündigungsrecht als auch ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund vor. Der wesentliche Unterschied ist zunächst nur darin zu erblicken, dass § 648 S. 1 BGB lediglich einer Partei das Recht zugesteht, das Vertragsverhältnis frist- und grundlos zu kündigen. Es überrascht, dass selbst der Bundesrat die Ähnlichkeit der Vorschriften nicht erkannt zu haben scheint. Denn obwohl dieser im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich die Kürzung des Vergütungsanspruchs für den Fall verlangt hat, dass der wichtige Grund in einer vertraglichen Pflichtverletzung des Unternehmers besteht und der Besteller an der Teilleistung kein Interesse hat,⁷⁹ fehlt ein Hinweis auf die nahezu gleichlautende Vorschrift des § 628 I 2 BGB. Wäre ein solcher erfolgt, hätte sich wohl auch die Gegenäußerung der Bundesregie-

76 BGH NJW 2016, 1945 Rn. 40 m.w.N.

77 *Henssler/Deckenbrock*, ZAP 2005, 413, 420.

78 Vgl. die Stellungnahme des Bundesrats vom 22.4.2016 zum Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/8486, S. 84.

79 BT-Drs. 18/8486, S. 84.

rung teilweise erledigt. Denn der Auffassung, dass die Rechtsfolgen der Kündigung ansonsten denjenigen eines Rücktritts entsprächen,⁸⁰ kann mit Blick auf § 628 I 2 BGB nicht uneingeschränkt zugestimmt werden. Dieser regelt nicht die vergütungsrechtlichen Folgen eines Rücktritts, sondern, letztlich wie § 648 a V BGB, unter anderem diejenigen einer Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 I BGB). Des Weiteren führt die Bundesregierung gegen eine Kürzung des Vergütungsanspruchs die Möglichkeit der Inanspruchnahme auf Schadensersatz nach § 648 a VI BGB an.⁸¹ Diesbezüglich gilt es jedoch zu erkennen, dass auch die Existenz eines Schadensersatzanspruchs nach § 628 II BGB den historischen Gesetzgeber nicht davon abgehalten hat, unter Umständen bereits eine Kürzung des Vergütungsanspruchs gem. § 628 I 2 BGB vorzunehmen. Darüber hinaus verwundert es, dass der Gesetzgeber ausdrücklich Wert auf eine klare Unterscheidung der Rechtsfolgen der freien Kündigung und derjenigen der Kündigung aus wichtigem Grund legt.⁸² Denn er lässt damit außer Acht, dass sich § 628 I BGB sowohl auf § 626 BGB als auch auf § 627 BGB bezieht und damit beide Kündigungstatbestände einheitlich regelt. Hätte der Gesetzgeber die Parallelen zu § 628 BGB erkannt, so hätte es zumindest einer eingehenden Begründung bedurft, weshalb er im Fall des § 648 a V BGB vom Regelungskonzept des Gesetzes, genauer gesagt demjenigen der §§ 626 ff. BGB, abweicht.

Wenngleich es als der elegantere Weg erscheint, den anwaltlichen Vergütungsanspruch direkt zu kürzen und nicht erst den „Umweg“ über den Schadensersatzanspruch zu gehen, kommt eine entsprechende Anwendung des § 628 I 2 BGB, wie sie von *Henssler/Deckenbrock* vorgeschlagen wurde, wohl nicht (mehr) in Betracht. Denn die Grenze der verfassungskonformen Auslegung ist dann erreicht, wenn sich diese in einen Widerspruch zum klar erkennbar geäußerten Willen des Gesetzgebers begibt.⁸³ Letzterer muss sich dabei nicht zwingend aus dem Gesetzeswortlaut ergeben, sondern kann ebenso durch die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte des Gesetzes aufgezeigt werden.⁸⁴ Zu beachten sind hierbei nach Auffassung des BVerfG vor allem die Begründung eines Gesetzesentwurfes, die darauf bezogenen Stellungnahmen von Bundesrat und Bundesregierung und die Stellungnahmen, Beschlussempfehlungen und Be-

80 BT-Drs. 18/8486, S. 97.

81 BT-Drs. 18/8486, S. 97.

82 BT-Drs. 18/8486, S. 97.

83 BVerfG NJW 2018, 1935 Rn. 150 m.w.N.

84 Höpfner, RdA 2018, 321, 325.

richte der Ausschüsse. In diesen Materialien fänden sich regelmäßig die im Verfahren als wesentlich erachteten Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe und Personen.⁸⁵ In Bezug auf § 648 a V BGB hat die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme deutlich gemacht, dass sie kein Bedürfnis dafür sieht, die Vergütungsregelung durch Sphären- oder sonstige Zurechnungsregelungen weiter auszudifferenzieren.⁸⁶ Den Vorschlag des Bundesrats, Pflichtverletzungen des Unternehmers und das fehlende Interesse des Bestellers an der Teilleistung im Rahmen des Vergütungsanspruchs zu berücksichtigen,⁸⁷ lehnte die Bundesregierung ausdrücklich ab.⁸⁸ Einen weiteren Vorstoß des Bundesrats, nach dem auch ein mögliches Verschulden des Bestellers Berücksichtigung finden und unter Umständen auch noch nicht erbrachte Leistungen anteilig vergütet werden sollten,⁸⁹ versprach die Bundesregierung zwar im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen. Die unveränderte Endfassung des Gesetzes kann jedoch nur als Ablehnung desselben verstanden werden. Der insofern nun eindeutig zum Ausdruck gebrachte Wille des Gesetzgebers, etwaige Unbilligkeiten allein über § 648 a VI BGB und das Schadensersatzrecht zu lösen, lässt für eine entsprechende Anwendung des § 628 I 2 BGB auf Anwaltswerkverträge keinen Raum.

c. Ausnahme: Beiordnung⁹⁰

Einschränkungen erfährt das grundsätzlich beiderseitige Recht zur Kündigung nach § 627 I BGB allerdings, sofern das Dienstverhältnis infolge der Beiordnung eines Rechtsanwalts zustande gekommen ist. Bei der Beiordnung, berufsrechtlich abgesichert in § 48 I BRAO,⁹¹ handelt es sich um einen Verwaltungsakt, der auf der einen Seite den Rechtsuchenden be-

85 BVerfG NJW 2018, 2542 Rn. 74.

86 BT-Drs. 18/8486, S. 97.

87 BT-Drs. 18/8486, S. 84.

88 BT-Drs. 18/8486, S. 97.

89 BT-Drs. 18/8486, S. 85.

90 Zur Frage der Kostenerstattung bei mehreren beigeordneten Rechtsanwälte S. 368 ff.

91 Die nachfolgenden Ausführungen gelten ebenso für die Regelung der Pflichtverteidigung und Beistandsleistung in Straf- und Ordnungswidrigkeitsverfahren in § 49 BRAO.

günstigt und auf der anderen Seite den Rechtsanwalt belastet.⁹² Sie ist eine Maßnahme öffentlich-rechtlicher Natur und demnach nicht geeignet, ein privatrechtliches Dienstverhältnis zwischen dem Rechtsuchenden und dem ihm beigeordneten Anwalt zu begründen. Vielmehr folgen aus der Beiordnung unmittelbar nur die Pflicht des Anwalts, einen entsprechenden Vertrag abzuschließen (Kontrahierungszwang)⁹³ und vorvertragliche Fürsorge-, Belehrungs- und Betreuungspflichten.⁹⁴ Das Vertragsverhältnis wiederum entsteht erst mit der Beauftragung und Vollmachterteilung durch den Rechtsuchenden, wozu dieser aber auch infolge der Beiordnung nicht verpflichtet ist.⁹⁵

aa. Die Kündigung durch den Mandanten

Dass die Entscheidungsfreiheit über das Entstehen und den Bestand des Dienstverhältnisses jedenfalls auf Seiten des Mandanten von der Beiordnung unbeeinträchtigt bleibt, wird schon durch § 48 I BRAO deutlich, welcher den Grundsatz der Vertragsfreiheit ausdrücklich nur zulasten des Rechtsanwalts einschränkt.⁹⁶ Hinzu kommt die Regelung des § 48 II BRAO, welche ausweislich ihres Wortlauts zwar für den Anwalt, nicht aber für den Rechtsuchenden festlegt, dass die Aufhebung der Beiordnung (nur) beim Vorliegen wichtiger Gründe beantragt werden kann.⁹⁷ Es ist daher letztlich unstrittig, dass der Mandant das Dienstverhältnis auch im Fall der Beiordnung jederzeit gem. § 627 I BGB kündigen kann.

92 *Vorwerk*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 48 BRAO Rn. 3 b; *Henssler*, in: Henssler/Prütting BRAO, § 48 Rn. 18.

93 *Henssler*, in: Henssler/Prütting BRAO, § 48 Rn. 7.

94 BGH NJW 1973, 757, 758 m.w.N.; *Jungk*, in: Borgmann/Jungk/Schwaiger, § 12 Rn. 42 stützt diese auf eine analoge Anwendung des § 44 BRAO, der den Anwalt zur Mitteilung der Ablehnung eines Auftrags verpflichtet.

95 BGH NJW 1973, 757, 758; *Vorwerk*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 48 BRAO Rn. 3 b m.w.N.

96 Hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit dieser Einschränkung bestehen keine Bedenken mehr, BVerfG NJW 1971, 187.

97 Zu der Frage, ob über den Wortlaut der Norm hinaus ein Antragsrecht auch für den Rechtsuchenden anzuerkennen ist, *Henssler*, in: Henssler/Prütting BRAO, § 48 Rn. 22 f.

bb. Die Kündigung durch den Rechtsanwalt

Hingegen ist klärungsbedürftig und im Kontext der vorliegenden Arbeit von besonderem Interesse, wie sich die Aufhebungsregelung des § 48 II BRAO und der Kontrahierungszwang für den Rechtsanwalt auf das Kündigungsrecht desselben auswirken. Jedenfalls nach erfolgter Aufhebung der Beordnung gibt es keinen Grund mehr, dem Anwalt die Ausübung des Kündigungsrechts nach § 627 I BGB zu versagen.⁹⁸ Bis zu diesem Zeitpunkt allerdings stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit einer vom Rechtsanwalt ausgesprochenen Kündigung.

aaa. Wirksamkeit der Kündigung, ungeschriebener Kündigungsausschluss oder Verstoß gegen ein Verbotsgesetz?

Die Konstellation, dass der beigeordnete Anwalt noch vor der Aufhebung eine Kündigung des Mandatsverhältnisses anstrebt, hat die Rechtsprechung bisher nur vereinzelt und dann auch eher am Rande beschäftigt. Hierbei sind unterschiedliche Lösungsansätze auszumachen. Das OLG Karlsruhe stellt sich insofern auf den Standpunkt, dass der Rechtsanwalt das Mandatsverhältnis zwar eigentlich nicht kündigen dürfe, ohne zuvor die Aufhebung seiner Beordnung erwirkt zu haben. Die dennoch ausgesprochene Kündigung sei gleichwohl wirksam. Das Gericht erblickt in dem Verstoß gegen den Kontrahierungszwang eine Pflichtverletzung, welche sie auf vergütungsrechtlicher Ebene im Rahmen des § 628 I 2 BGB berücksichtigt wissen will.⁹⁹ Damit setzt sich das OLG vermeintlich in einen Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH. Denn dieser hat in einem älte-

98 Vgl. *Vorwerk*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 48 BRAO Rn. 10; *Henssler*, in: Henssler/Prütting BRAO, § 48 Rn. 18.

99 OLG Karlsruhe BeckRS 2006, 15151. Geht man von der Wirksamkeit der Kündigung vor Aufhebung der Beordnung aus, dann hätte dies nach hier vertretener Ansicht zudem nahezu immer die Schadensersatzpflicht des Anwalts gem. § 627 II 2 BGB zur Folge. Denn ein Rechtsuchender, dem ein Anwalt beigeordnet wird, ist entweder aus finanziellen oder aus logistischen Gründen nicht in der Lage, sich anderweitig Dienste zu besorgen. Eine dennoch ausgesprochene Kündigung erfolgte damit zur Unzeit. Folgt man *Dombek*, in: Festschrift Streck, S. 655, 668, der davon ausgeht, dass die Prüfung des wichtigen Grundes nach § 48 II BRAO entsprechend der Regelung in § 627 II BGB zu erfolgen hat, dann wird dem Anwalt auch die Entlastung regelmäßig nicht gelingen. Denn kann er keine wichtigen Gründe für die Aufhebung der Beordnung anführen, dann wird ihm dies hinsichtlich der Kündigung zur Unzeit ebenfalls nicht gelingen.

ren Urteil zum beigeordneten Armenanwalt angeführt, dass sich der Anwalt nach Auffassung des Gerichts nicht vom Vertragsverhältnis lösen könne, weil er unter öffentlich-rechtlichem Zwang stehe.¹⁰⁰ Weitergehende Ausführungen in Bezug auf die rechtliche Konstruktion einer solchen Kündigungseinschränkung bleibt der Senat allerdings schuldig. Gleiches gilt für die Richter des V. Senats am BVerwG, welche mit einem knappen Verweis auf das Urteil der obersten Zivilrichter lediglich festhalten, dass die Beiordnung einer Mandatsniederlegung durch einseitige Erklärung des Anwalts entgegenstehe.¹⁰¹

Einen rechtlichen Begründungsansatz für die Einschränkung des Kündigungsrechts liefert derweil *Vorwerk*. Dieser erblickt in § 48 BRAO ein Verbotsgesetz iSd § 134 BGB. Dementsprechend sei eine vom Rechtsanwalt vor Aufhebung seiner Beiordnung ausgesprochene Kündigung des Mandatsverhältnisses nichtig.¹⁰² Einen anderen Ansatz verfolgt *Schultz* im Hinblick auf den Kontrahierungszwang für den Rechtsanwalt nach § 48 I BRAO. So sei der Rechtsanwalt auch im Fall der wirksamen Kündigung des Mandatsvertrags aufgrund der uneingeschränkt fortbestehenden Beiordnung ohnehin verpflichtet, das Vertragsverhältnis erneut zu begründen. Da der BGH bereits an anderer Stelle aus Abschlusszwängen Kündigungseinschränkungen hat folgen lassen,¹⁰³ könne ein solcher (ungeschriebener) Kündigungsausschluss auch aus § 48 BRAO abgeleitet werden.¹⁰⁴ An anderer Stelle findet man den schlichten Hinweis, der Rechtsanwalt könne das Vertragsverhältnis vor Aufhebung der Beiordnung nicht kündigen.¹⁰⁵ Oder die Frage der Wirksamkeit der Kündigung wird mangels Entscheidungserheblichkeit bewusst offengelassen, da der Rechtsanwalt auch im Fall einer wirksamen Kündigung berufsrechtlich zur Vertretung und

100 BGH NJW 1958, 1186, 1186.

101 BVerwG BeckRS 2006, 23062.

102 *Vorwerk*, in: Gaier/Wolf/Göcken, § 48 BRAO Rn. 6; zustimmend *Henssler*, in: Henssler/Prütting BRAO, § 48 Rn. 18 und *Kalaitzis*, in: NK-Kostenhilferecht, § 48 BRAO Rn. 15.

103 Nach Auffassung des Gerichts kann sich die Kündigung eines bestehenden Vertragsverhältnisses als „unbillige Behinderung“ der anderen Partei darstellen, sofern der Kündigende zum sofortigen erneuten Vertragsschluss verpflichtet wäre, BGH NJW-RR 1995, 1260, 1263; BGH NJW 1989, 3010, 3011.

104 *Schultz*, in: Gaier/Wolf/Göcken, Haftung Rn. 158.

105 *Rinkler/Pape*, in: Fischer/Vill/Fischer/Pape/Chab, § 1 Rn. 92; *Kilian/Koch*, B Rn. 784; *Heinemann*, in: Vollkommer/Greger/Heinemann, § 6 Rn. 7 a.