

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 175/84

Verkündet am:
31. Oktober 1985
Thiesies
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Klaus L [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED], M [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Rechtsanwalt Hermann J. E [REDACTED], K [REDACTED]platz [REDACTED], M [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 1985 durch die Richter Fuchs, Zorn, Henkel, Gärtner und Winter

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 9. Oktober 1984 aufgehoben, soweit es zum Nachteil des Beklagten erkannt hat.

Auf die Berufung des Beklagten wird das Endurteil der 32. Zivilkammer des Landgerichts München I vom 5. Januar 1984 in Ziffer I teilweise abgeändert und die Klage in Höhe eines weiteren Betrages von 2 215,08 DM nebst Zinsen seit dem 8. September 1982 abgewiesen.

Im übrigen wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger nimmt den Beklagten, für den er als Rechtsanwalt tätig war, auf Zahlung restlicher Vergütung in An-

spruch. Der Beklagte verweigert die Zahlung und macht geltend, daß der Kläger ihm wegen positiver Verletzung eines Anwaltsvertrages zum Schadensersatz verpflichtet sei.

Der Beklagte war persönlich haftender Gesellschafter der SMW L [REDACTED] KG. Diese schloß am 25. August 1975 mit der Sa [REDACTED], einer Aktiengesellschaft nach finnischem Recht, einen Vertrag, durch den ihr das Alleinvertriebsrecht für deren Fernsehgeräte, Hifi-Ausrüstungen und Ersatzteile in der Bundesrepublik Deutschland und West-Berlin eingeräumt wurde. § 27 dieses Vertrages hat folgenden Wortlaut:

"Für alle Streitigkeiten aus diesem oder über diesen Vertrag und/oder seine Zusätze oder Nachträge ist ausschließlich das Amtsgericht in Helsinki/Finnland zuständig. Für das Vertragsverhältnis gilt ausschließlich finnisches materielles Recht."

Zwischen den Vertragsparteien kam es zu Differenzen, die den Beklagten veranlaßten, sich an den Kläger zu wenden. Am 23. Februar 1978 erteilte er ihm, handelnd für sich selbst und für die Firma SMW L [REDACTED] KG, durch Unterzeichnung eines ihm von dem Kläger übersandten formularmäßigen Anwaltsvertrages das Mandat: "alle Angelegenheiten gegen und im Zusammenhang mit Fa. Sa [REDACTED]/F [REDACTED]". Dafür waren unter anderem folgende Bedingungen vorgesehen:

"4. Die Verjährungsfrist für alle gegenseitigen Ansprüche aus dem Mandat beträgt zwei Jahre.

Sie beginnt am Ende desjenigen Jahres, in welchem das Mandat beendet ist.

Dies gilt nicht, soweit die Verjährung nach dem Gesetz früher eintritt.



8. Die Aufrechnung gegen Honorarforderungen einschließlich Auslagen und Mehrwertsteuer ist ausgeschlossen."

Ebenfalls am 23. Februar 1978 unterzeichnete der Beklagte eine ihm übersandte formularmäßige Honorarvereinbarung, mit der als Honorar das Zweifache der gesetzlichen Gebühren vereinbart wurde.

Nachdem die Sa. [REDACTED] den Vertrag mit der SMW L [REDACTED] KG gekündigt hatte, erhob sie wegen nicht bezahlter Warenlieferungen gegen diese und gegen den Beklagten vor dem Landgericht München II Klage auf Zahlung von 975 895,45 DM. Zur Zuständigkeit des Gerichts führte sie in der Klageschrift vom 3. August 1978 aus:

"Obwohl unter § 27 des Vertrages vom 25.8.1975 als ausschließlicher Gerichtsstand das Amtsgericht Helsinki - Finnland - vereinbart wurde, ist das Landgericht München II gemäß § 17 bzw. 13 ZPO örtlich und sachlich zuständig.

Zwar ist die Gerichtsstandsvereinbarung zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) nicht rechtsunwirksam, jedoch setzt die Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile gemäß § 328 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO die Verwirklichung der Gegenseitigkeit voraus. Diese ist zwischen Finnland und Deutschland bisher mangels eines entsprechenden Staatsvertrages nicht gegeben. (Siehe auch Baumbach-Lauterbach ZPO 35. Auflage Anhang nach § 328 unter Finnland).

Da somit ein in Finnland bei dem vereinbarten Gericht erwirktes Urteil nicht in Deutschland vollstreckungsfähig wäre, muß die Klägerin nach den gesetzlichen Gerichtsstandsbestimmungen vor dem Landgericht München II Klage erheben."

Die damaligen Beklagten, anwaltlich vertreten durch den Kläger, ließen sich im Termin zur ersten mündlichen Verhandlung am 23. Oktober 1978 auf die Klage ein, ohne die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts zu rügen. Sie beantragten Abweisung der Klage, weil die Sa [REDACTED] das Alleinvertriebsrecht der SMW L [REDACTED] KG verletzt habe, rechneten mit den nach ihrer Ansicht daraus folgenden, zum Teil schon bezifferten Schadensersatzansprüchen auf und erhoben Stufenwiderklage auf Auskunftserteilung. Unter dem 31. Oktober 1978 richtete der Kläger an die Firma SMW L [REDACTED] KG ein Schreiben, das auszugsweise lautet:

"Fa. SA [REDACTED] / Fa. L [REDACTED] KG u.a.
hier: Anwendung finnischen Rechtes

Sehr geehrter Herr L [REDACTED]!

Bei unserer letzten Besprechung habe ich Ihnen - unter Bezugnahme auf vorgängige Besprechungen - nochmals erklärt, daß gegen die Vereinbarung im Vertrag vom 25.8.1975 § 27, wonach für das Vertragsverhältnis ausschließlich finnisches materielles Recht gilt, wenig bzw. kaum etwas zu machen ist.

Selbst wenn diese Vertragsbestimmung wegen Nichtigkeit oder Ungültigkeit aus den Angeln zu heben wäre, so würde dies die Gefahr nach sich ziehen, daß damit der gesamte Vertrag ungültig würde, mit der Folge, daß Ihr Alleinvertretungsrecht für die BRD auch nicht mehr als vertraglich vereinbart gelten würde.

Wir waren uns bei den bisherigen Besprechungen darüber einig, daß dieser Versuch deswegen nicht unternommen werden sollte.

Wir hatten bei unseren letzten Zusammenkünften besprochen, daß ich mich zwangsläufig darum bemühen müsse, ein Rechtsgutachten erstellen zu lassen, welche Möglichkeiten das finnische Recht hinsichtlich der für Ihre Firma und Sie im Prozeß vorgenommenen Aufrechnung und Widerklage gegeben sind.

Zur Klage selbst ist es eindeutig so, daß es einer Nachprüfung der Zulässigkeit nach finnischem Recht nicht bedarf, denn wenn geliefert wird, muß auch die gelieferte Ware bezahlt werden.

Umgekehrt für die Aufrechnung, Widerklage etc. Ansprüche aus Schadensersatz etc. muß unsererseits nachgewiesen werden, daß dies nach finnischem Recht zulässig ist.

Mit Sicherheit wird die Gegenseite (SA [REDACTED]) in dem kommenden Schriftsatz behaupten, daß aufgrund gegebenen finnischen Rechtes Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen etc. nicht möglich ist.

Aus diesem Grund habe ich - gem. unserer letzten Besprechung - die notwendigen Recherchen darüber durchgeführt, wer für die Erstattung eines Gutachtens über finnisches Recht überhaupt in Frage kommen könnte."

Das Landgericht wies die Widerklage durch Teilendurteil ab, weil § 33 ZPO (Gerichtsstand der Widerklage) durch § 27 des Vertrages vom 25. August 1975 wirksam abbedungen sei. Auf die Berufung der damaligen Beklagten erklärte das Oberlandesgericht die Widerklage für zulässig und verwies die Sache an das Landgericht zurück. Die S [REDACTED], vertreten durch beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwälte, legte beim Bayerischen Obersten Landesgericht Revision ein mit der Bitte, den Rechtsstreit zuständigkeitshalber an den Bundesgerichtshof zu verweisen. Für die damaligen Beklagten stellte der Kläger beim Bayerischen Obersten Landesgericht den Antrag auf Zurückweisung der Revision. Der Bundesgerichtshof gab der Revision durch Urteil vom 8. Juli 1981 - VIII ZR 256/80, NJW 1981, 2644 statt und stellte das erstinstanzliche Urteil wieder her.

Die damaligen Beklagten ließen durch den Kläger ein Rechtsgutachten des Professors Dr. B. [REDACTED] einholen. Es kam zu dem Ergebnis, es beständen erhebliche Zweifel, daß eine Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des Bundesgerichtshofs Erfolg haben werde. Gleichwohl riet der Kläger dem Beklagten, die Verfassungsbeschwerde einzulegen, wenn auch unter dem Hinweis, es müsse selbstverständlich dahingestellt bleiben, ob das Bundesverfassungsgericht sie annehme und ihr dann stattgebe. Das Bundesverfassungsgericht nahm die Beschwerde durch Beschluß vom 8. Oktober 1981 nicht zur Entscheidung an. Den Streitwert setzte es später auf 6 000 DM fest.

Das Landgericht verurteilte durch Urteil vom 16. November 1981 die damaligen Beklagten unter Abweisung der Klage im übrigen, an die Sa. [REDACTED] 748 590,65 DM nebst Zinsen zu zahlen. Es vertrat unter Berufung auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8. Juli 1981 die Auffassung, die Vereinbarung des ausländischen Gerichtsstandes führe hier zu einem Aufrechnungsverbot.

Dieses Urteil wurde an den Kläger am 25. November 1981 zugestellt. Nach dem Vortrag des Beklagten teilte der Kläger ihm die Zustellung mit Schreiben vom 10. Dezember 1981 mit und unterrichtete ihn davon, daß bei Einlegung der Berufung und Hinzukommen weiterer Voraussetzungen die Vollstreckung aus dem Urteil verhindert werden könne. Der Beklagte richtete an den Kläger ein Schreiben vom 27. Dezember 1981 folgenden Wortlauts:

"Für den Fall, dass wir uns telefonisch verfehlen sollten, möchte ich auf diesem Wege unser Gespräch vom 17.12.1981 bestätigen.

Ihr dringender Rat ging dahin, auf jeden Fall Berufung gegen das Urteil des LG München II vom 16.11.1981 bis spätestens den 28.12.1981 einzulegen, da Sie sich Chancen ausrechnen, auf diesem Wege die anstehenden Zwangsvollstreckungsmassnahmen gegen mich zu verhindern.

Ich legte Ihnen bei diesem Gespräch am 17.12.1981 dar, dass ich nicht in der Lage sei, das Berufungsverfahren zu finanzieren, worauf Sie mir vorschlugen, das Berufungsverfahren im Wege der Prozesskostenhilfe durchzuführen. Mit dieser Präferenz beauftrage ich Sie, Berufung einzulegen.

Auf die mir dann von Ihnen am 23.12.1981 vorgelegte Vereinbarung, die Berufung unter Geltendmachung der gesetzlichen Gebühren einzulegen, kann ich nicht eingehen.

Nachdem ich mich auf Ihren ausdrücklichen Rat hin auf München als Verhandlungsort für das Verfahren eingelassen habe und bisher die doppelte Gebühr vereinbart war, bin ich finanziell nicht in der Lage, das Berufungsverfahren anders als im Wege der Prozesskostenhilfe zu finanzieren.

Ich bitte höflich um Bestätigung, dass Sie die Berufung einlegen, um Schaden zu vermeiden."

Der Kläger legte mit Schriftsatz vom 28. Dezember 1981 die Berufung beim Oberlandesgericht München ein. Nach seinem Vortrag wäre er mit der Durchführung der Berufung zu Armenrechtsgebühren zu keiner Zeit einverstanden gewesen und habe sich mit Schreiben vom 23. Dezember 1981 lediglich bereit erklärt, auf den die gesetzlichen Gebühren dafür übersteigenden Honoraranteil zu verzichten. Die Berufung wurde später zurückgenommen.

Durch formularmäßigen Anwaltsvertrag vom 30. Dezember 1980 erteilte der Beklagte dem Kläger das Mandat in einer Mietangelegenheit gegen Frau Dr. H. [REDACTED] und deren Ehemann. Der Vertrag enthält in Nr. 8 den Ausschluß der Aufrechnung

gegen Honorarforderungen des Klägers. Ebenfalls am 30. Dezember 1980 unterzeichnete der Beklagte eine formularmäßige Vereinbarung, in der als Honorar des Klägers in dieser Angelegenheit das Zweifache der gesetzlichen Gebühren vereinbart wurde.

Am 6. Mai 1981 unterzeichnete der Beklagte eine Honorarvereinbarung, daß dem Kläger in der Angelegenheit SMW L [REDACTED] GmbH & Co. KG gegen Wolf Freiherr von Ho [REDACTED] als Honorar das Zweifache der gesetzlichen Gebühren zustehe. Der Beklagte bestreitet nicht, auch in dieser Angelegenheit die Honorarverpflichtung persönlich eingegangen zu sein.

Der Kläger gab mit Kostennote vom 13. Januar 1982 dem Beklagten die ihm nach seiner Ansicht zustehenden Vergütungsansprüche für seine Tätigkeit in den vorbezeichneten und in einigen anderen Rechtsangelegenheiten auf, jedoch ohne Ansprüche für die Einlegung der Berufung beim Oberlandesgericht München am 28. Dezember 1981. Mit Schreiben vom 21. April 1982 teilte er dem Beklagten mit, daß er nach Erhalt dessen Schreibens vom 15. April 1982 in Sachen Sa [REDACTED] seine Tätigkeit in allen Angelegenheiten als erledigt ansehe, und mit welchen Kosten und in welchen Verfahren er dessen verschiedene à conto-Zahlungen, und zwar zunächst auf den die gesetzlichen Gebühren übersteigenden Teil seines Vergütungsanspruchs, verrechnet habe.

Nach seiner Berechnung standen dem Kläger noch zu:

In der Rechtsangelegenheit ./.. Frau Dr. H[REDACTED] der gesetzliche Gebührenanspruch	2 568,88 DM
in der Rechtsangelegenheit ./.. Freiherr von Ho[REDACTED] ein Restanspruch	5 277,09 DM
in der Rechtsangelegenheit ./.. Sa[REDACTED]	52 848,63 DM 60.694,60 DM.

Die Zahlung dieses Betrages nebst 14,25 % Zinsen seit dem 16. Februar 1982 hat der Kläger mit der Zahlungsklage verlangt.

Der Beklagte macht geltend, der Kläger habe sich einer positiven Verletzung der ihm aus dem Anwaltsvertrage obliegenden Pflichten dadurch schuldig gemacht, daß er in der unzutreffenden Erwartung, dann könnten auch die Gegenansprüche geltend gemacht werden, geraten habe, die Firma SMW L[REDACTED] KG und er, der Beklagte, sollten sich auf die von der Sa[REDACTED] vor dem unzuständigen Landgericht München II erhobene Klage rügelos einlassen. Dadurch sei den damaligen Beklagten ein beträchtlicher Schaden, nämlich die Gerichtskosten in Höhe von 39.523,94 DM und die ihren Rechtsanwälten vor dem Bundesgerichtshof zu zahlenden sowie die der Sa[REDACTED] zu erstattenden Kosten in Höhe von 74.489,23 DM, entstanden. Der Kläger sei zum Ersatz dieses Schadens verpflichtet. Ein Gebührenanspruch in dieser Rechtsangelegenheit, die er auch später fehlerhaft betrieben habe, stehe ihm deshalb nicht zu. Gegen die Gebührenforderungen des Klägers aus den Rechtsangelegenheiten ./.. Frau Dr. H[REDACTED] und Freiherr

von Ho[REDACTED] hat der Kläger mit der von ihm behaupteten Schadensersatzforderung die Aufrechnung erklärt und im Wege der Widerklage die Verurteilung des Klägers zur Zahlung eines weiteren Teilbetrages von 5 000 DM beantragt. Dagegen hat der Kläger hilfsweise die Einrede der Verjährung erhoben und später auf Feststellung geklagt, daß dem Beklagten ein darüber hinausgehender Schadensersatzanspruch nicht zustehe. Er beruft sich gegenüber der Aufrechnung mit etwaigen Schadensersatzansprüchen auf das in Nr. 8 der Anwaltsverträge in den Angelegenheiten ./.. Sa[REDACTED] und Frau Dr. H[REDACTED] vereinbarte Aufrechnungsverbot.

Das Landgericht hat der Klage unter Abweisung eines Teilbetrages von 273,70 DM und eines Teils der Zinsforderung stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht diesem einen weitergehenden Zinsanspruch zuerkannt; die Berufung des Beklagten hat es zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, begehrt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

I.

1. Der Kläger war in den drei Rechtsangelegenheiten, aus denen er Vergütungsansprüche geltend macht, von dem Beklagten beauftragt worden, für ihn als Rechtsanwalt tätig zu

sein. Deshalb ist der Beklagte grundsätzlich zur Gewährung derjenigen Vergütung (Gebühren und Auslagen) verpflichtet, die sich nach der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte bemißt (§§ 611 Abs. 1, 675 BGB, § 1 Abs. 1 BRAGO). Der Kläger verlangt aufgrund der mit dem Beklagten getroffenen Honorarvereinbarungen das Zweifache der gesetzlichen Gebühren. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 BRAGO kann der Rechtsanwalt aus einer Vereinbarung eine höhere als die gesetzliche Vergütung nur fordern, wenn die Erklärung des Auftraggebers schriftlich abgegeben und nicht in der Vollmacht oder in einem Vordruck, der auch andere Erklärungen umfaßt, enthalten ist. Die von dem Beklagten unterzeichneten Honorarvereinbarungen entsprechen dieser Form, wie auch die Revision nicht bezweifelt, aber nur hinsichtlich der Gebühren des Klägers, nicht auch hinsichtlich seiner Auslagen.

Der Kläger hat jedoch auch seine Auslagen dem Beklagten zweifach in Rechnung gestellt. Das Landgericht hat diesen Fehler, soweit er in den Forderungen des Klägers für seine Tätigkeit in den Rechtsangelegenheiten ./ Frau Dr. H. [REDACTED] und Freiherr von Ho. [REDACTED] enthalten war, durch Abweisung der Klage in Höhe von 273,70 DM behoben. Es hat jedoch, wie auch das Oberlandesgericht, übersehen, daß derselbe Fehler auch in der Forderung des Klägers für seine Tätigkeit in dem Rechtsstreit gegen die Sa. [REDACTED] enthalten ist.

Der Kläger berechnet seine Klageforderung insoweit, indem er zu dem sich aus seinem Verrechnungsschreiben vom 21. April 1982 ergebenden offenstehenden Betrag von 10 675,16 DM die von ihm mit 1 948,10 DM berechnete Vergütung für seine Tätigkeit in dem Verfahren vor dem Bundesver-

fassungsgericht und die mit 10 225,37 DM berechnete Vergütung für seine Tätigkeit in dem zweiten Berufungsverfahren vor dem Oberlandesgericht hinzuzählt. In der Kostennote vom 13. Januar 1982, welche die Grundlage des Verrechnungsschreibens bildet, sind in den Positionen I und II, 1, 2 und 5 die Auslagen nach §§ 26 und 27 BRAGO jedoch ebenso zweifach enthalten wie in der Kostennote vom 1. September 1982 für die Tätigkeit in dem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht. Der restliche Vergütungsanspruch des Klägers für seine Tätigkeit in dem Rechtsstreit gegen die Sa [REDACTED] ist unter Zugrundelegung der von ihm angegebenen Streitwerte nur in folgender Höhe schlüssig:

LG München II	3 x (8.280,00 + 8.280,00)	49 680,00 DM
1 HKO 3222/78	Auslagenpauschale	<u>40,00 DM</u>
		49 720,00 DM
	6,5 % Mehrwertsteuer	<u>3 231,80 DM</u>
		52 951,80 DM
		=====
OLG München	2 x (4.641,00 + 4.641,00)	18 564,00 DM
23 U 1629/80	Auslagenpauschale	<u>30,00 DM</u>
		18 594,00 DM
	6,5 % Mehrwertsteuer	<u>1 208,61 DM</u>
		19 802,61 DM
		=====
Bayerisches ObLG	2 x 4.641,00	9 282,00 DM
	Auslagenpauschale	<u>30,00 DM</u>
		9 312,00 DM
	6,5 % Mehrwertsteuer	<u>605,28 DM</u>
		9 917,28 DM
		=====
Kosten der Ablichtungen		867,00 DM
	6,5 % Mehrwertsteuer	<u>56,35 DM</u>
		923,35 DM
		=====

Bundesverfassungsgericht

Verfassungsbeschwerde	2 x 417,30	834,60 DM
	Auslagenpauschale	<u>40,00 DM</u>
		874,60 DM
	6,5 % Mehrwertsteuer	<u>56,84 DM</u>
		931,44 DM
		=====
Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung		931,44 DM
		=====

OLG München	10 225,37 DM
23 U 4838/81	=====

Gutachten Prof. Dr. P██████	8 964,90 DM
	=====

Insgesamt mithin:	104 648,19 DM
-------------------	---------------

Darauf hat der Beklagte an à conto-Zahlungen geleistet	<u>54 014,64 DM</u>
--	---------------------

verbleiben	<u>50 633,55 DM</u>
	=====

Die Klage ist mithin nur in Höhe von (50 633,55 + 7 572,27 vom Landgericht zuerkannte Vergütung in den Rechtsangelegenheiten ./ Dr. H██████ und Freiherr von Ho██████) = 58.205,82 DM schlüssig.

2. Der Beklagte bestreitet, dem Kläger einen Auftrag erteilt zu haben, die Berufung vom 28. Dezember 1981 beim Oberlandesgericht München einzulegen. Der Berufungsrichter stellt jedoch fest, daß der Beklagte mit dem Schreiben vom 27. Dezember 1981, dessen Auslegung der Tatrichter verant-

wortet, dem Kläger den schriftlichen Auftrag zur Einlegung des Rechtsmittels gegeben hat. Die dagegen gerichtete, auf Verletzung von § 286 ZPO gestützte Rüge der Revision ist nicht begründet. Die Auslegung läßt nicht erkennen, daß der Berufungsrichter dabei wesentlichen Prozeßstoff übersehen hat. Das Ergebnis der Auslegung mag zwar wenig wahrscheinlich sein, ist jedoch möglich und verstößt nicht gegen Erfahrungssätze oder gegen die Denkgesetze.

Der Kläger war jedoch bei der in dem Schreiben vom 27. Dezember 1981 aufgezeigten Sachlage verpflichtet, den Beklagten darauf hinzuweisen, daß er die Möglichkeit habe, ohne sich durch einen beim Berufungsgericht zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten zu lassen, innerhalb der Berufungsfrist einen Antrag auf Bewilligung von Prozeßkostenhilfe zu stellen, um nach dessen Entscheidung die Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsfrist beantragen und die versäumte Prozeßhandlung nachholen zu können. Sollte der Kläger, wofür das Schreiben sprechen könnte, eine solche Beratung unterlassen haben, könnte darin eine ihn dem Beklagten zum Schadensersatz verpflichtende Verletzung seiner aus dem bestehenden Anwaltsvertrage obliegenden Pflichten liegen. Im übrigen hätte der Kläger mit Rücksicht auf die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs BGHZ 60, 85 und v. 8. Juli 1981 aaO auf jeden Fall gegen die Einlegung der Berufung raten müssen.

II.

1. Der Kläger hatte durch den Anwaltsvertrag vom 23. Februar 1978 mit der Firma SMW L [REDACTED] und dem Be-

16

klagten vereinbart, deren Interessen in allen die Salora Oy betreffenden Angelegenheiten als Rechtsanwalt wahrzunehmen, und demgemäß auch ihre Vertretung als Prozeßbevollmächtigter in dem von der Sa. [REDACTED] gegen sie vor dem Landgericht München II erhobenen Klage übernommen. Ein Rechtsanwalt ist kraft des Anwaltsvertrages verpflichtet, die Interessen seiner Auftraggeber nach jeder Richtung und umfassend wahrzunehmen. Der Anwalt, der die Beratung einer Partei in einem Zivilprozeß übernimmt, ist zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er durch sein Verschulden bewirkt, daß die Partei einen Prozeß verliert, den sie bei sachgemäßer Vertretung gewonnen hätte (BGH, Urt. v. 20. März 1961 - III ZR 172/59, LM BGB § 675 Nr. 28; ständig, zuletzt Senatsurt. v. 20. November 1984 - IX ZR 9/84, WM 1985, 203). Er muß sie über die Gesichtspunkte und Umstände, die für ihr ferneres Verhalten in der Angelegenheit entscheidend sein können, eingehend und erschöpfend belehren (BGH, Urt. v. 21. November 1960 - III ZR 160/59, LM BGB § 675 Nr. 26; ständig, zuletzt Urt. v. 15. Januar 1985 - VI ZR 65/83, NJW 1985, 1154). Dabei muß der Rechtsanwalt sein Verhalten so einrichten, daß er Schädigungen seines Auftraggebers, mag deren Möglichkeit auch nur von einem Rechtskundigen vorausgesehen werden können, vermeidet (BGH, Urt. v. 14. Januar 1975 - VI ZR 102/74, LM BGB § 276 (Ci) Nr. 25). Er ist verpflichtet, den "sichersten" Weg zu gehen, um das von seinem Mandanten erstrebte Ziel zu erreichen (BGH, Urt. v. 25. Juni 1974 - VI ZR 18/73, NJW 1974, 1865, 1866; Urt. v. 23. Juni 1981 - VI ZR 42/80, NJW 1981, 2741, 2742; Urt. v. 15. Januar 1985 aaO, jeweils m.w.N.). Will er einen weniger sicheren Weg gehen, dann muß er zumindest seinen Auftraggeber zuvor über die insoweit bestehenden Gefahren belehren und sein

weiteres Verhalten von dessen Entscheidung abhängig machen (BGH, Urt. v. 25. Juni 1974 aaO; vgl. auch Urt. v. 16. Oktober 1984 - VI ZR 304/82, NJW 1985, 264).

2. Davon geht das Berufungsgericht zwar aus. Es billigt aber die Ansicht des Klägers, er habe aus damaliger Sicht ohne Verschulden annehmen können, daß die Klage der Sa [REDACTED] vor dem Landgericht München II den Gerichtsstand der Widerklage (§ 33 ZPO) für die höheren Gegenansprüche der Firma SMW L [REDACTED] KG eröffnete, und hält deshalb die Zahlungs- und die Feststellungsklage für begründet, die Widerklage für unbegründet:

In der Rückschau möge zwar als erfolgreichste Strategie gegen die Klage der Sa [REDACTED] beim Landgericht München II die Berufung auf die Gerichtsstandsklausel im Vertrag vom 25. August 1975 und damit die Rüge der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts erscheinen. Das aus den vorgelegten Urkunden erkennbare damalige Interesse des jetzigen Beklagten an einer Geltendmachung seiner die Klageforderung der Sa [REDACTED] übersteigenden Forderung sei dabei aber außer acht gelassen. Denn seine Interessen seien bei Beginn des damaligen Prozesses dahin gegangen, nicht nur die Ansprüche der Sa [REDACTED] gegen ihn scheitern, sondern vor allem auch seine eigenen Schadensersatzforderungen möglichst durch ein inländisches Gericht feststellen zu lassen. Der vom Kläger vorgeschlagene und dann auch gewählte Weg, sich durch rügelose Einlassung die Möglichkeit der Aufrechnung und Erhebung einer Widerklage zu eröffnen, habe nicht etwa auf einer gefestigten Rechtsprechung oder herrschender Meinung widersprechenden Gegenansicht des Klägers beruht. Dieser habe

vielmehr auf eine das Problem der Wirksamkeit ausländischer Zuständigkeitsvereinbarungen eingehend durchleuchtende Darstellung von Walchshöfer (NJW 1972, 2164) zurückgreifen können, der unter Billigung entsprechender Entscheidungen des Oberlandesgerichts München und des Bundesarbeitsgerichts die Wirksamkeit einer über die internationale Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts getroffenen Vereinbarung von der Anerkennung des ausländischen Urteils im Inlande abhängig gemacht habe. Zwar habe der Bundesgerichtshof in BGHZ 60, 85 die Möglichkeit der Aufrechnung mit Forderungen aus einem Vertrag, in dem die Parteien die alleinige Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts vereinbart hatten, im Prozeß vor einem deutschen Gericht verneint. Er habe damals jedoch ausdrücklich offen gelassen, ob die von ihm vertretene Ansicht auch gelten müsse, wenn die Gerichtsstandsvereinbarung gleichermaßen für die Hauptforderung wie für die Aufrechnungsforderung gelte, der Kläger aber abweichend von der Vereinbarung vor dem Heimatgericht des Beklagten Klage erhebe. Daraus und aus den anderen aufgezeigten Fundstellen habe der Kläger, der insoweit später auch durch das vom Landgericht München II erholte Gutachten des Prof. Dr. Be- gerechtfertigt worden sei, das gewählte Vorgehen im Prozeß für richtig erachten können, zumal die Formulierungen der Sa- in der Klageschrift hätten erkennen lassen, daß diese von der Gerichtsstandsvereinbarung abweichend prozessieren und dabei sich auch zu den Einwendungen des Beklagten äußern wollte.

3. Dem kann nicht gefolgt werden:

Der Kläger wußte, daß das Landgericht München II für

die gegen seine Auftraggeber erhobene Klage der Sa [REDACTED] wegen der im Vertrage vom 25. August 1975 getroffenen Vereinbarung des ausschließlichen Gerichtsstandes Amtsgericht Helsinki international nicht zuständig war, die Klage also durch die Einrede der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts ohne weiteres hätte abgewehrt werden können. Die Sa [REDACTED] hatte in der Klageschrift nicht nur auf diese Gerichtsstandsvereinbarung, sondern sogar darauf hingewiesen, daß im Verhältnis Finnland ./.. Bundesrepublik Deutschland die Gegenseitigkeit der Anerkennung der ausländischen Urteile nicht verbürgt war (§ 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Der Kläger wußte also, daß ein von der Sa [REDACTED] in Finnland erwirktes Urteil gegen seine Auftraggeber in der Bundesrepublik Deutschland ebensowenig vollstreckbar sein würde wie ein auf Widerklage von diesen in der Bundesrepublik Deutschland gegen sie erwirktes Urteil in Finnland. Wie sein Schreiben an den Beklagten vom 31. Oktober 1978 zeigt, ging er selbst von der Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung aus. Deshalb war der sicherste Weg, den er pflichtgemäß seinen Auftraggebern hätte anraten müssen, sich auf die vor dem unzuständigen Landgericht München II erhobene Klage der Sa [REDACTED] nicht einzulassen und wegen der die Klageforderung übersteigenden Gegenforderung Klage in Finnland zu erheben. Der Kläger konnte sich nicht darauf verlassen, daß im Falle der rügelosen Einlassung auf die Klage nunmehr auch die Zuständigkeit des Landgerichts München II für die Entscheidung über die Aufrechnungs- und die Widerklageforderung begründet sein würde. Es ist zwar richtig, daß der Bundesgerichtshof die Frage noch nicht beantwortet hatte, ob die entgegen einer Vereinbarung des ausschließlichen internationalen Gerichtsstandes am Wohnsitz des Verkäufers von diesem am

Wohnsitz des Käufers erhobene Kaufpreisklage für jenen den Gerichtsstand der Widerklage eröffnete. Sie war in BGHZ 60, 85, 91 für die Frage der Aufrechnung offengelassen, mithin auch insoweit noch nicht im Sinne des Klägers entschieden worden. Angesichts der damals bekannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 52, 30, 36; 60, 85; Urt. v. 21. Dezember 1970 - II ZR 39/70, NJW 1971, 325), die sich auch in der Folgezeit nicht geändert hat (vgl. Urt. v. 8. Juli 1981 aaO; Urt. v. 3. April 1985 - I ZR 101/83, z.V.b.), war es für die damaligen Beklagten ein außerordentliches Risiko, wenn der Kläger ihnen anriet, sich auf die Klage rügelos einzulassen, damit die SMW L [REDACTED] KG trotz der bestehenden Gerichtsstandsvereinbarung, an der die damalige Klägerin ausdrücklich festhalten wollte, nunmehr vor dem deutschen Gericht aufrechnen und Widerklage erheben könne. Das hätte der Kläger bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ohne Schwierigkeiten erkennen können und müssen. Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Formulierungen in der Klageschrift der Sa [REDACTED] ließen erkennen, daß sie bereit gewesen sei, sich auch auf solche Einwendungen der damaligen Beklagten sachlich einzulassen, findet in der Klageschrift keine Stütze. In der rechtswissenschaftlichen Literatur zur Zeit der Klageerhebung vertretene Ansichten, die der Kläger als für sich günstig bewertet, konnten das in seinem Rat für seine damaligen Auftraggeber liegende Risiko nicht ausräumen. Daß sie trotz umfassender Aufklärung über das Risiko, das sie eingingen, wenn sie seinem Rat folgten, die vorbehaltlose sachliche Einlassung auf die Klage gewünscht hätten, wird weder vom Kläger behauptet, noch sind Anhaltspunkte dafür ersichtlich.

4. Das Verschulden des Klägers wird nicht dadurch beseitigt, daß Prof. Dr. P. in seinem Rechtsgutachten vom 18. März 1980 und das Oberlandesgericht München in seinem Urteil vom 25. Juli 1980 später seine Rechtsansicht teilten. Es entfällt nicht schon deshalb, weil ein Kollegialgericht sein Verhalten als vorwurfsfrei beurteilt hat. Die Rechtsprechung hat diesen Gedanken zwar in vorsichtiger Form bei Ansprüchen wegen Amtspflichtverletzungen von Beamten verwertet, aber nicht bei Vertragsverletzungen. Im übrigen gilt der Grundsatz überhaupt nur dann, wenn ein Kollegialgericht das Verhalten des Amtsträgers als objektiv rechtmäßig bezeichnet, nicht schon, wenn es sein Verschulden verneint hat (BGH, Urt. v. 20. März 1961 aaO).

5. Da der Kläger seine ihm aus dem Anwaltsvertrage gegenüber seinen damaligen Auftraggebern obliegende Pflicht, diese umfassend und möglichst erschöpfend zu beraten, insbesondere sie vor möglichen Schädigungen zu bewahren (BGHZ 89, 178, 181 m.w.N.), schuldhaft verletzt hat, ist er dem Beklagten zum Ersatz eines durch die positive Vertragsverletzung verursachten Schadens verpflichtet. Zu dem Eintritt und dem Umfang eines solchen Schadens hat der Berufungsrichter, von seinem Standpunkt aus zu Recht, Feststellungen nicht getroffen. Die Aufhebung seines Urteils und die Zurückverweisung der Sache, soweit die Klage nicht wegen fehlender Schlüssigkeit abzuweisen ist, gibt ihm Gelegenheit, die erforderlichen Feststellungen nachzuholen.

III.

Für das weitere Verfahren scheinen folgende Hinweise geboten:

1. Der Rechtsanwalt, der seinem Auftraggeber wegen positiver Vertragsverletzung zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat diesen bei der Schadensersatzleistung so zu stellen, wie er bei pflichtgemäßem Verhalten des Anwalts stände (Senatsurt. v. 20. November 1984 aaO; Steffen in RGRK-BGB 12. Aufl. § 675 Rdn. 78). Soweit der Kläger seine Pflichten aus dem Anwaltsvertrage in der Rechtsangelegenheit ./.. Sa [REDACTED] schuldhaft verletzt hat, kann der Beklagte, der den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung erhoben hat (vgl. Schriftsatz des Beklagten vom 27. September 1982, S. 14, Blatt 135 d. A.), die Erfüllung der Vergütungsfor- derung verweigern.

2. Der Kläger beruft sich gegenüber der von dem Be- klagten gegen die restliche Gebührenforderung in der Rechts- angelegenheit ./.. Frau Dr. H [REDACTED] erklärten Aufrechnung auf das in Nr. 8 des Anwaltsvertrages enthaltene Aufrechnungs- verbot. Die von dem Kläger verwendeten Anwaltsverträge ent- halten für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Ver- tragsbedingungen. Es handelt sich also bei ihnen um Allge- meine Geschäftsbedingungen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG). Die das Aufrechnungsverbot enthaltende Klausel schließt nach ihrer Formulierung jede Aufrechnung gegenüber Honorarforderungen des Klägers aus, d. h. auch die Aufrechnung mit unstreitigen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen. Entsprechende Klauseln haben der VIII. (Urt. v. 20. Juni 1984 - VIII ZR 337/82, NJW 1984, 2404) und der X. Zivilsenat des Bundesge- richtshofs (Urt. v. 16. Oktober 1984 - X ZR 97/83, NJW 1985, 319) für unwirksam erachtet, im nichtkaufmännischen Bereich wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 3 ABGB, wenn beide Parteien Kaufleute waren, wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG. Der er-

kennende Senat schließt sich dieser Rechtsprechung an. Daß im vorliegenden Falle die das uneingeschränkte Aufrechnungsverbot enthaltende Klausel in einem vorformulierten Anwaltsvertrage enthalten ist und der Rechtsanwalt nach § 17 BRAGO von seinem Auftraggeber angemessenen Vorschuß fordern kann, rechtfertigt entgegen der Ansicht des Klägers eine andere Beurteilung nicht. Auch unter Berücksichtigung des Vorschußrechtes würde der Auftraggeber eines Rechtsanwalts durch ein in dessen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenes Verbot, sogar mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen aufzurechnen, entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt werden. Die Klausel in Nr. 8 des von dem Kläger verwendeten Anwaltsvertrages ist deshalb unwirksam.

3. Soweit der Kläger sich darauf beruft, daß etwaige Schadensersatzansprüche des Beklagten verjährt seien, würde die Verjährung der Aufrechnung nicht entgegenstehen (§ 390 Satz 2 BGB). Sie könnte jedoch für den von der negativen Feststellungsklage erfaßten Anspruch Bedeutung haben.

Nach § 51 BRAO verjährt der Anspruch des Auftraggebers auf Schadensersatz aus dem zwischen ihm und dem Rechtsanwalt bestehenden Vertragsverhältnis in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist, spätestens jedoch in drei Jahren nach der Beendigung des Auftrags.

Die Parteien haben in Nr. 4 des Anwaltsvertrages in der Rechtsangelegenheit ./.. Sa [REDACTED] die Verjährungsfrist für alle gegenseitigen Ansprüche aus dem Auftrag auf zwei Jahre, als den Zeitpunkt ihres Beginns unterschiedslos das Ende

desjenigen Jahres bestimmt, in welchem das Mandat beendet wurde, wenn nicht die Verjährung nach dem Gesetz früher eingetreten war. Der Kläger hatte dem Beklagten mit Schreiben vom 21. April 1982 mitgeteilt, daß er seine Tätigkeit in allen Angelegenheiten als erledigt ansehe, und ihm eine Abrechnung erteilt. Nach der getroffenen Vereinbarung würde die Verjährung ohne zwischenzeitliche Hemmung oder Unterbrechung mithin am 31. Dezember 1984 vollendet gewesen sein, wenn nicht die nach § 51 BRAO bereits mit der Entstehung des Anspruchs beginnende Verjährungsfrist vorher abgelaufen war. Dann wäre jener Zeitpunkt der für die Vollendung der Verjährung maßgebende (vgl. auch § 225 Satz 1 BGB).

Der Gläubiger eines aus Verletzung des Mandatsvertrages haftenden Anwalts erlangt jedoch gegen diesen einen sogenannten Sekundäranspruch darauf, daß die Einrede der Verjährung, im Regelfall nach § 51 BRAO, nicht erhoben werde, wenn der Anwalt ein während des Laufs der Verjährungsfrist bestehendes Mandatsverhältnis erneut dadurch schuldhaft verletzt, daß er trotz gegebenen Anlasses seinen Auftraggeber nicht auf seine Verpflichtung hinweist, ihn im Wege des Schadensersatzes von seinen Verbindlichkeiten zu befreien, und ihn nicht über die Verjährung dieses gegen ihn gerichteten Anspruchs zutreffend belehrt (Senatsurteile v. 23. Mai 1985 - IX ZR 102/84, NJW 1985, 2250; v. 11. Juli 1985 - IX ZR 11/85, WM 1985, 1035; v. 10. Oktober 1985 - IX ZR 153/84, z. V. b.). Auf dieser erneuten Pflichtverletzung muß der Eintritt der Verjährung beruhen; andernfalls entsteht der Schadensersatzanspruch auf Unterlassung der Einrede nicht (BGH aaO; vgl. auch Urt. v. 26. Februar 1985 - VI ZR 144/83, NJW 1985, 1151). Spätestens das Urteil des

Bundesgerichtshofs vom 8. Juli 1981 aaO könnte dem Kläger begründeten Anlaß gegeben haben, den Beklagten auf seine ihm gegenüber bestehende Schadensersatzverpflichtung hinzuweisen und ihn über die Verjährung dessen gegen ihn gerichteten Anspruchs zutreffend zu belehren.

Fuchs

Zorn

Henkel

Gärtner

Winter