



<b>Fall-Nr.:</b>	BZ.2007.20
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	06.09.2007
<b>Entscheiddatum:</b>	06.09.2007

### **Entscheid Kantonsgericht, 06.09.2007**

**Art. 97 Abs. 1, 398 Abs. 2 und 3 und 399 Abs. 2 OR (SR 220). Haftung eines Anwalts für den Schaden, der einem Mandaten durch die nicht fristgerechte Einleitung der Klage auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts entstanden ist: Ersatzfähiger Schaden (positives Vertragsinteresse), Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch grobes Drittverschulden, Abgrenzung zwischen Hilfsperson und Substitut. Kürzung des Honoraranspruchs wegen Schlechterfüllung. Teilweise Gutheissung der Berufung (Kantonsgericht St. Gallen, Präsident der III. Zivilkammer, 6. September 2007, BZ.2007.20). Das Bundesgericht hat dieses Urteil bestätigt (Urteil 4A\_407/2007 neues Fenster vom 14. März 2008).**

#### Erwägungen

I.

1. Mit Befehlsbegehren vom 25. November 2003 (kläg.act. 2) ersuchte der - durch den Beklagten vertretene - Kläger beim Kreisgerichtspräsidium um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für den Betrag von Fr. 16'920.- nebst Zins auf dem Grundstück Nr. X5, Eigentümer A. Am 26. November 2003 ergänzte er das Gesuch mit dem Begehren um (vorgängig) superprovisorische Anordnung (bekl.act. 6). Mit Entscheid des Kreisgerichtspräsidenten vom 27. November 2003 (kläg.act. 3) wurde das Grundbuchamt angewiesen, den entsprechenden Eintrag für die Dauer des summarischen Verfahrens vorzumerken. Diese dringliche Anordnung wurde mit Entscheid vom 3. Februar 2004 bestätigt und das Grundbuchamt angewiesen, das entsprechende Bauhandwerkerpfandrecht vorzumerken (kläg.act. 4). Gleichzeitig



wurde dem Gesuchsteller in Ziffer 2 des Entscheids eine Frist von drei Monaten (ab Rechtskraft) zur Einleitung der Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts angesetzt. Bereits am 19. Januar 2004 hatte der Beklagte beim Vermittleramt die Durchführung eines Vermittlungsvorstands verlangt, mit dem Begehren, A sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 16'920.- anzuerkennen und zu bezahlen (kläg.act. 5). Die Vermittlung, an welcher nur der Kläger teilnahm, fand am 26. März 2004 statt. Der Leitschein enthält in Ziffer 1 das erwähnte Begehren um Anerkennung und Bezahlung des Forderungsbetrags, nicht aber einen Antrag auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (vgl. kläg.act. 6). Gestützt auf den Leitschein leitete der Kläger - nunmehr durch Rechtsanwalt B - am 26. Mai 2004 Klage auf Feststellung der Forderung als Pfandsumme sowie auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ein (kläg.act. 7). Nach Mandatsbeendigung durch den Beklagten bzw. Rechtsanwalt B am 6. Oktober 2004 (ob eine Mandatsniederlegung [so der Kläger: Klage, 5 Ziff. III.A.9] oder ein Mandatsentzug [so der Beklagte: vgl. Berufung, 15 Ziff. III.11] erfolgte, ist strittig) wandte sich der Kläger an weitere Rechtsanwälte, welche jedoch nicht bereit waren, den Prozess weiterzuführen. Mit Entscheid vom 7. April/14. Juni 2005 trat der Kreisgerichtspräsident auf die Klage wegen unzulässiger Klageänderung bzw. fehlender Prozessvoraussetzung der Vermittlung nicht ein und wies das Grundbuchamt zur Löschung der erwähnten Eintragung an (kläg.act. 12).

2. Der Kläger vertritt die Auffassung, der Beklagte habe seine auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht verletzt, indem er es versäumt habe, innerhalb der mit Entscheid vom 3. Februar 2004 (kläg.act. 4) angesetzten Frist von drei Monaten Klage auf Feststellung der Pfandsumme und definitive Eintragung des Pfandrechts einzuleiten. Daraus sei ihm ein Schaden in der Höhe von insgesamt Fr. 10'883.05 erwachsen. Diesen Schaden machte der Kläger, nach erfolgloser Vermittlung (vgl. vi-act. 1), mit Klage vom 7. August 2006 (vi-act. 2) beim Kreisgerichtspräsidenten geltend. Der Beklagte beantragte mit Klageantwort vom 20. Oktober 2006 (vi-act. 11), die Klage sei abzuweisen, soweit darauf überhaupt einzutreten sei. Gleichzeitig ersuchte er um Sicherstellung der Parteikosten durch den Kläger. Diesem Ersuchen wurde mit Entscheid vom 24. Oktober 2006 entsprochen und eine Sicherheitsleistung sowohl für die mutmasslichen Gerichts- als auch für die mutmasslichen Parteikosten erhoben. Mit Entscheid vom 5.



Dezember 2006 (begründet versandt am 17. Januar 2007; zugestellt am 18. Januar 2007: vgl. vi-act. 23) hiess der Kreisgerichtspräsident die Klage überwiegend gut.

3. Gegen diesen Entscheid erhob der Beklagte am 19. Februar 2007 Berufung an das Kantonsgericht (act. B/1; Poststempel vom 19. Februar 2007 gemäss Nachforschungsbericht der Schweizerischen Post). Er beantragte, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen. Eventualiter sei die Klage nach richterlichem Ermessen maximal im Betrag von Fr. 3'400.- gutzuheissen. Mit Schreiben vom 6. März 2007 (act. B/8) wurde der Beklagte um Berichtigung des Aktenverzeichnisses ersucht. Diesem Ersuchen kam er mit bereinigter Berufungsschrift vom 12. März 2007 (act. B/9) nach. Mit Berufungsantwort vom 12. April 2007 (act. B/13; Poststempel gleichen Datums: vgl. act. B/14) beantragte der Kläger die Abweisung der Berufung. Mit nachträglicher Eingabe vom 26. April 2007 (act. B/16; Poststempel vom 27. April 2007 gemäss Track & Trace der Schweizerischen Post) nahm der Beklagte zu ausgewählten Punkten der klägerischen Berufungsantwort Stellung. Am 27. April 2007 wurde die nachträgliche Eingabe an den Kläger weitergeleitet. Gleichzeitig wurde den Parteien mitgeteilt, dass keine Verhandlung vorgesehen sei (act. B/18). Am 3. Juli 2007 wurde eine Vergleichsverhandlung durchgeführt (vgl. act. B/19). Nachdem anlässlich der Vergleichsverhandlung keine Einigung erzielt werden konnte, wurde den Parteien am 4. Juli 2007 ein schriftlicher Vergleichsvorschlag unterbreitet (act. B/20 und B/21), welcher in der Folge jedoch keine Zustimmung fand (vgl. act. B/22).

## II.

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen ergibt, dass diese vorliegend erfüllt sind (Art. 79, 224 Abs. 1 lit. a, 225 und 229 ZPO). Auf die Berufung ist daher einzutreten.

2. Ob bzw. inwieweit sich die nachträgliche Eingabe des Beklagten (act. B/16) als zulässig erweist (vgl. Art. 164 ZPO), kann vorliegend offen bleiben, da sie keine für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache massgebenden Ausführungen enthält.



III.

1. a) Die Parteien sind sich einig, dass der Kläger den Beklagten beauftragte, beim zuständigen Kreisgerichtspräsidium um vorläufige Vormerkung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu ersuchen. In Entsprechung dieses Auftrags reichte der Beklagte beim Kreisgerichtspräsidenten die Begehren vom 25. und 26. November 2003 ein (kläg.act. 2 und bekl.act. 6). Mit Entscheid vom 3. Februar 2004 (kläg.act. 4) wurde das Gesuch vorläufig gutgeheissen und dem Kläger eine Frist von drei Monaten zur Einleitung einer Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts angesetzt. Mit Bezug auf den genauen Inhalt des zwischen den Parteien zweifellos bestehenden Rechtsverhältnisses bzw. dessen weiteren Verlauf sind sich der Kläger und der Beklagte indessen uneinig.

Nach Darstellung des Klägers hat der Beklagte die von ihm zu wahrenen Sorgfaltspflichten aus Auftrag verletzt, indem er es unterliess, innert der angesetzten Frist von drei Monaten Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts einzuleiten (Klage, 4 Ziff. III.A.6).

Der Beklagte hält dem entgegen, dass kein Grund bestanden habe, sich um die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bzw. die rechtzeitige Einberufung eines weiteren Vermittlungsvorstandes oder die Ergänzung des Rechtsbegehrens vom 19. Januar 2004 zu bemühen (vgl. Berufung, 10 Ziff. III.7). Der Umfang des Auftrags sei beschränkt gewesen und allen Parteien sei von Anfang an klar gewesen, dass das Bauhandwerkerpfandrecht nicht definitiv eingetragen werden solle (vgl. Berufung, 3 Ziff. II.7, 5 Ziff. III.2 und 10 Ziff. III.7). Diese Auffassung vertritt der Beklagte - in so deutlicher Weise - jedoch erstmals im Berufungsverfahren (vgl. auch Berufungsantwort, 4 Ziff. III.2). Vorinstanzlich hatte er noch geltend gemacht, dass sich der Kläger im Anschluss an den Entscheid betreffend vorläufige Eintragung entschieden habe, "das Weitere persönlich vorzunehmen" (Klageantwort, 7 Ziff. IV.A.7) und damit die Angelegenheit für ihn erledigt gewesen sei.



b) Fordert ein Auftraggeber vom Beauftragten Schadenersatz, hat er zu beweisen, dass der Beauftragte den Vertrag verletzt, er dadurch einen Schaden erlitten hat und zwischen seinem Schaden und der Vertragsverletzung ein adäquater Kausalzusammenhang besteht (vgl. FELLMANN, Berner Kommentar, Art. 394-406 OR, Bern 1992, N 332 zu Art. 398 OR, m.w.H.). Um beurteilen zu können, welche Pflichten der Beklagte vorliegend hätte wahrnehmen müssen, ist zunächst der konkrete Vertragsinhalt zu ermitteln. Zu prüfen ist demnach, ob sich der Auftrag gemäss dem tatsächlichen Willen der Parteien tatsächlich auf die Vormerkung der definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bezog bzw. ob nach dem Vertrauensprinzip von einem entsprechenden Vertragsinhalt auszugehen war. Die Beweislast für den Bestand und den Inhalt des behaupteten Auftrages obliegt dem Kläger (vgl. DERENDINGER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrags, Diss. Freiburg 1988, N 329).

c) Der Kläger macht geltend, dass von Anfang an die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts angestrebt worden sei (Berufungsantwort, 3 Ziff. III.2 und 3). Hierin sieht er sich u.a. durch das Schreiben des Beklagten vom 9. Februar 2004 (bekl.act. 13; in der Berufungsantwort fälschlicherweise kläg.act. 13) bestärkt. Mit diesem Schreiben wurde dem Kläger der Entscheid des Kreisgerichts betreffend vorläufige Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts übermittelt. Im Schreiben heisst es: "Die unsererseits geforderte Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ist richterlich damit vorgemerkt. Wir haben nunmehr eine Frist von 3 Monaten zur Anhebung der Klage." Gleichzeitig teilte der Beklagte dem Kläger mit diesem Schreiben mit, dass er schon vor einiger Zeit die Vermittlung angebeht habe, was ihm bekannt sei. Des Weiteren führte er aus: "Die Abhaltung des Vermittlungsvorstandes ist in dieser Forderungssache prozessual notwendig. Zuständig ist der Vermittler. Ich ersuche Sie höflich, sich mit mir zwecks Absprache des weiteren Vorgehens in Verbindung zu setzen. Insbesondere interessiert, ob Sie alleine den Termin wahrnehmen wollen oder in meinem Beisein."

Dem Kläger ist insgesamt zuzubilligen, dass aus dem Schreiben nicht hervorgeht, dass der Auftrag nur eine - auf die Vormerkung der provisorischen Eintragung - beschränkte Tragweite aufgewiesen hätte (vgl. Berufungsantwort, 4 Ziff. III.3). Der Beklagte führt zwar aus, dass der Hinweis auf die Dreimonatsfrist im Schreiben vom 9. Februar 2004



"nur der guten Ordnung halber" erfolgt sei. Hätte der Kläger nach dem 9. Februar 2004 seine Meinung (auf die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu verzichten) geändert, hätte er das Vermittlungsbegehren vom 19. Januar 2004 selbstverständlich ergänzt bzw. ein weiteres entsprechendes Vermittlungsbegehren eingereicht. Weil aber der Kläger seine Meinung nicht geändert habe, sei dies nicht nötig gewesen (vgl. Berufung, 7 Ziff. III.3). Diese Auffassung wird vom unmittelbaren Wortlaut des Schreibens jedoch nicht gestützt: So wird die Klageanhebung nicht als blosse Möglichkeit angedeutet.

d) Nach Ansicht des Beklagten wurde mit dem gewählten Vorgehen bezweckt, Druck auf den Schuldner des Klägers auszuüben (vgl. Berufung, 5 Ziff. III.2). Er führt aus, dass er mit der Einreichung des Vermittlungsbegehrens betreffend Leistungsklage (kläg.act. 5) bis zum Erhalt des Entscheids des Kreisgerichts betreffend provisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (kläg.act. 4) im Februar 2004 zugewartet hätte, hätte tatsächlich die Intention bestanden, das provisorisch angemeldete Bauhandwerkerpfandrecht definitiv eintragen zu lassen (Berufung, 6 Ziff. III.3). Auch dies erscheint jedoch nicht als zwingend.

Auch die weiteren Sachvorbringen des Beklagten, wonach das Auftragsverhältnis spätestens am 24. Februar 2004 beendet worden sei, was seiner Ansicht nach ebenfalls dafür spricht, dass der Vertragsgegenstand beschränkt war, vermögen sodann (noch) nicht zu überzeugen: Zwar trifft zu, dass der Beklagte dem Kläger am 24. Februar 2004 eine Rechnung (bekl.act. 16) samt Begleitbrief (bekl.act. 15) zustellte. Nicht klar ist jedoch, ob es sich dabei tatsächlich um ein "Schluss Schreiben" an den Kläger handelte (so aber der Beklagte: vgl. Klageantwort, 7 Ziff. IV.A.7 und Bezeichnung gemäss Aktenverzeichnis). Dafür könnte zwar der Schlusssatz "Für die angenehme Zusammenarbeit, das entgegengebrachte Vertrauen und die Erledigung danken wir Ihnen bestens" sprechen. Die übrigen Wendungen "aufgelaufene Bemühungen" und "unsere Aufwendungen für die Periode 14. Oktober 2003 bis Februar 2004" lassen aber genauso gut eine andere Deutung zu (so schon Urteil, 6 Erw. II.3c). Auch dass der Beklagte keinen weiteren Kostenvorschuss vom Kläger verlangt hat (vgl. Berufung, 8 Ziff. III.5), kann sodann nicht als massgebend erscheinen. Schliesslich trifft zwar zu, dass im Leitschein nur der Kläger allein - ohne Hinweis auf ein Vertretungsverhältnis - aufgeführt worden ist (kläg.act. 6), auch wenn das



Vermittlungsbegehren noch vom Beklagten ausgegangen war (vgl. kläg.act. 5; Berufung, 9 Ziff. III.6). Dies kann jedoch auch auf andere Gründe zurückzuführen sein (vgl. auch Berufungsantwort, 6 Ziff. III.6).

e) Unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen liegt somit nahe, dass die Ausführungen des Klägers zutreffen und die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts Vertragsgegenstand bildete. Dieser Eindruck wird schliesslich auch durch bekl.act. 19 bestärkt. In diesem Schreiben beruft sich Rechtsanwalt C auf ein Telefongespräch mit dem Beklagten, anlässlich dessen ihm dieser zugestanden habe, dass "betreffend Forderungs- und Feststellungsklage i.S. Herr D ein Fehler passiert sei" (vgl. bekl.act. 19, S. 2).

Steht für das Gericht das Beweisergebnis aber bereits fest und vermöchten weitere Beweiserhebungen daran nichts mehr zu ändern, können diese unterbleiben. Auf die Befragung von E, des damaligen Treuhänders des Klägers, auf welchen sich der Beklagte für das entsprechende Beweisthema im Berufungsverfahren erstmals beruft (vgl. Berufung, 3 Ziff. II.7, 5 Ziff. III.2, 6 f. Ziff. III.3 und 10 Ziff. III.7), kann demnach verzichtet werden. Vorliegend ist nicht anzunehmen, dass E Aussagen machen könnte, wonach der Kläger nach Treu und Glauben davon hätte ausgehen müssen, dass der Umfang des Mandats eine lediglich beschränkte Tragweite aufwies. Hinzu kommt, dass sich E und der Kläger offensichtlich in einer noch unbereinigten Auseinandersetzung gegenüberstehen (vgl. Berufungsantwort, 2 Ziff. II.4; bekl.act. 14 und 15), womit allein schon fraglich ist, ob er als Zeuge überhaupt unbefangen aussagen könnte.

2. a) Aus dem oben Gesagten folgt, dass - mangels anderer Anhaltspunkte - davon auszugehen ist, dass sich der Auftrag auf die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bezog (mit gleichem Ergebnis: Urteil, 6 Erw. II.3c). Um seiner Sorgfaltspflicht zu entsprechen, hätte der Beklagte folglich fristgerecht um die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ersuchen müssen. Weil er dies unbestrittenermassen unterliess, ist ihm eine Vertragsverletzung vorzuwerfen (vgl. Urteil, 7 Erw. II.3f).

Zu prüfen bleiben die weiteren Haftungsvoraussetzungen:



b) Nach dem Kläger beträgt der Schaden, der ihm zufolge der Vertragsverletzung des Beklagten erwachsen ist, Fr. 10'883.05 (vgl. Klage, 7 Ziff. III.A.14). Diesen Schaden hat die Vorinstanz überwiegend anerkannt und dem Kläger - nach Prüfung der weiteren Haftungsvoraussetzungen - Schadenersatz im Umfang von Fr. 10'667.65 zugesprochen. Die Differenz ergibt sich aus der Reduktion der anerkannten Kosten für den Beizug weiterer Anwälte auf Fr. 1'050.- (statt Fr. 2'000.-: vgl. Urteil, 8 ff. Erw. II.4d) einerseits und der Erhöhung des anerkannten Kostenvorschusses auf Fr. 2'000.- (statt Fr. 1'500.-) bzw. der Anerkennung vom Kläger bezahlter Anwaltskosten von Fr. 234.60 (bekl.act. 16) andererseits (vgl. Urteil, 7 f. Erw. II.4a und 10 Erw. II.4h).

Zu berücksichtigen ist indessen, dass unter dem Titel von Art. 398 Abs. 2 i.V.m. 97 OR nur das positive Vertragsinteresse zu ersetzen ist. Der Auftraggeber ist mithin so zu stellen, wie wenn die Vertragsverletzung nicht erfolgt, der Auftrag demnach gehörig (vertragsgerecht) erfüllt worden wäre (DERENDINGER, a.a.O., N 228; WEBER, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. 1, 4. Aufl., Basel/Genf/München 2007, N 30 zu Art. 398 OR; FELLMANN, a.a.O., N 339 zu Art. 398 OR; LÜCHINGER, Schadenersatz im Vertragsrecht, Diss. Freiburg 1999, N 134 ff.). Damit fallen als Schadenspositionen aber all jene Kosten ausser Betracht, welche auch bei ordnungsgemässer Erfüllung des Auftrags angefallen wären. Dies trifft vorliegend auf sämtliche Verfahrenskosten betreffend die Vormerkung der provisorischen Eintragung (Fr. 150.- Entscheidungsgebühr für die dringliche Anordnung samt Grundbuchgebühren [kläg.act. 3], Fr. 500.- Entscheidungsgebühr für die vorläufige Eintragung samt Grundbuchgebühren [kläg.act. 4], Fr. 150.- Vermittlerkosten [kläg.act. 6]) zu.

Anders wäre nur zu entscheiden, wenn dem Kläger in Anlehnung an die Rechtslage in Deutschland das Recht zum Rücktritt vom Vertrag und die damit verbundenen Rechtsfolgen (Art. 107/109 OR; Ersatz des negativen Vertragsinteresses) auch unter Art. 97 OR zugebilligt werden sollten, wie dies von einem Teil der Lehre befürwortet wird (vgl. SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003, N 68.10; WIEGAND, in: Honsell/Vogt/ders. [Hrsg.], Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. 1, 4. Aufl., Basel/Genf/München 2007, N 58 zu Art. 97 OR). Da das Vertragsverhältnis bei Klageeinleitung vorliegend unbestrittenermassen bereits beendet war, erübrigt sich dies hier jedoch.



Zu prüfen bleiben - im Rahmen des positiven Vertragsinteresses - somit noch die Kosten der Rechtsberatung durch die vom Kläger beigezogenen Anwälte (Fr. 2'000.-) sowie die Kosten des Nichteintretensentscheids und des Vorverfahrens betreffend Sicherheitsleistung (Entscheid betreffend Sicherheitsleistung [kläg.act. 11]: Fr. 400.- Entscheidgebühr und Fr. 450.- Parteikosten; Entscheid betreffend definitive Eintragung [kläg.act. 12]: Fr. 1'000.- Entscheidgebühr und Fr. 4'733.05 Parteikosten).

c) Hinsichtlich dieser Kosten (Kosten der weiteren Rechtsberatung sowie Kosten des Nichteintretensentscheids bzw. des Entscheids betreffend Sicherheitsleistung) ist zweifellos anzunehmen, dass sie natürlich kausal durch die Vertragsverletzung des Beklagten verursacht worden sind. Fraglich ist jedoch, ob ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und diesen Kosten zu bejahen ist.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Ursache adäquat kausal und damit für den Kausalverlauf rechtserheblich, wenn das Verhalten des Schädigers nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrung des Lebens an sich geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen und daher der Eintritt dieses Erfolgs durch die konkrete Tatsache allgemein als begünstigt erscheint (BREHM, Berner Kommentar, Art. 41-61 OR, Bern 2006, N 121 zu Art. 41 OR; BGE 93 II 22 ff., 29; 93 II 329 ff., 337; 96 II 392 ff., 396 f.; 101 II 69 ff., 73; 102 II 232 ff., 237). Ob ein adäquater Kausalzusammenhang besteht, muss der Richter von Fall zu Fall prüfen. Dabei entscheidet er nach Recht und Billigkeit: Er muss unter Berücksichtigung des Zwecks der anzuwendenden Rechtsnorm entscheiden, ob ein Schaden billigerweise noch dem Schadensverursacher zugeordnet werden kann (vgl. BREHM, a.a.O., N 121a zu Art. 41 OR).

Eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, d.h. eine Ablösung der ursprünglichen Ursache durch eine neue, mit der Wirkung, dass der adäquate Kausalzusammenhang zur ursprünglichen Ursache zu verneinen ist (vgl. BREHM, a.a.O., N 136 zu Art. 41 OR), fällt bei grobem Selbstverschulden des Geschädigten, grobem Verschulden Dritter oder höherer Gewalt in Betracht (vgl. BREHM, a.a.O., N 136 ff. zu Art. 41 OR).



aa) Kosten des Nichteintretensentscheids bzw. des Entscheids betreffend Sicherheitsleistung

Vorliegend besteht die Vertragsverletzung des Beklagten darin, dass er es versäumt hat, fristgerecht ein Vermittlungsbegehren betreffend die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu stellen. Die wegen fehlender Vermittlung aussichtslose Klage reichte in der Folge jedoch nicht der Beklagte, sondern dessen Kanzleikollege, Rechtsanwalt B, für den Kläger beim Kreisgericht ein (vgl. auch die Ausführungen des Klägers in der Berufungsantwort, 11 Ziff. III.11, wonach Rechtsanwalt B ihn nicht darüber informiert habe, dass er einen Fehler gemacht habe und der Prozess deswegen aussichtslos sei). Damit könnte ein Unterbrechungsgrund in Form groben Drittverschuldens gegeben sein. Dies jedoch nur, wenn Rechtsanwalt B nicht als Hilfsperson im Sinne von Art. 101 OR gehandelt hat. In diesem Fall wäre sein Fehlverhalten nämlich dem Beklagten zuzurechnen.

Der Beklagte macht - ausgehend von der Behauptung, dass sich sein Auftrag nur auf die provisorische Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts bezogen habe - geltend, dass anlässlich einer Besprechung vom 24. Mai 2004, an welcher auch Rechtsanwalt B teilgenommen habe, einleitend festgehalten worden sei, dass dieser das Mandat ausschliesslich führe (Klageantwort, 8 Ziff. IV.B.7 und 8). In der Berufungsschrift präzisiert er, dass Rechtsanwalt B beigezogen und vom Kläger entsprechend mandatiert worden sei, weil sich der Beklagte infolge Auslastung nicht habe zur Verfügung stellen können, als der Kläger am 24. Mai 2004 dessen anwaltliche Dienste kurzfristig habe in Anspruch nehmen wollen (Berufung, 11 Ziff. III.8). Die Mandatierung sei mündlich erfolgt (Berufung, 12 Ziff. III.8).

Der Kläger macht demgegenüber geltend, dass das Mandat "bürointern an Herrn B übertragen" worden sei, obwohl er den Beklagten hierzu gar nie mandatiert habe (Klage, 4 f. Ziff. III.A.7 und III.A.8). In der Berufungsantwort legt er dar, dass der Beklagte das Mandat offensichtlich weiter innegehabt habe, die fehlerhafte Eingabe aber von Rechtsanwalt B habe unterzeichnen lassen. Er habe auf den Beizug von Rechtsanwalt B keinen Einfluss gehabt. Insbesondere sei nicht er es gewesen, der auf einen Anwaltswechsel gedrängt habe. Es sei ihm gegenüber nur so dargestellt worden,



dass Herr B an diesem Dossier mitarbeite. Es sei auch keine neue Vollmacht unterzeichnet worden (Berufungsantwort, 8 Ziff. III.7 und III.8).

Zum Beweis für ihre Behauptungen berufen sich die Parteien einzig auf ihre eigenen Aussagen (vgl. Klage, 5 Ziff. III.A.8; Berufung, 11 Ziff. III.8; Berufungsantwort, 8 Ziff. III.7 und III.8). Diese können jedoch, da zu erwarten ist, dass die Parteien auch bei einer gerichtlichen Befragung an ihrer Darstellung festhalten, zur Überzeugung des Gerichts nicht ausreichen. Somit rechtfertigt es sich, von einer Befragung der Parteien mit Bezug auf diesen Punkt abzusehen.

Tatsache ist, dass die am 26. Mai 2004 verfasste Klage (vgl. kläg.act. 7) von Rechtsanwalt B (für den Kläger) unterzeichnet worden ist, der sich gegenüber dem Kreisgerichtspräsidium einleitend auf seine ordentliche Bevollmächtigung berief (vgl. kläg.act. 7, 2 Ziff. II.1). Ob dies - wie der Beklagte behauptet - Folge eines selbständigen Mandats zwischen dem Kläger und Rechtsanwalt B war, welches das ursprüngliche Vertragsverhältnis zum Beklagten ablöste, oder - wie vom Kläger dargetan - im Rahmen des ursprünglichen Vertragsverhältnisses erfolgte, kann vorliegend offen bleiben, da dies mit Bezug auf die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung ist. Auch wenn die Ausführungen des Klägers zutreffen sollten, wäre nämlich - worauf sogleich zurückzukommen ist - davon auszugehen, dass Rechtsanwalt B als Substitut - und nicht als blosse Hilfsperson - gehandelt hat. Damit hätten sich allfällige Schadenersatzansprüche mit Bezug auf von Rechtsanwalt B zu verantwortendes Fehlverhalten aber gegen diesen und nicht gegen den Beklagten zu richten (vgl. auch BGE 121 III 310 ff., 315; GAUTSCHI, Berner Kommentar, Art. 394-406 OR, 3. Aufl., Bern 1971, N 8c zu Art. 399 OR).

Nach Art. 398 Abs. 3 OR darf ein Substitut mit der Auftragserfüllung betraut werden, wenn der Auftragnehmer dazu ermächtigt worden oder durch die Umstände genötigt ist, oder wenn die Vertretung Übungsgemäss als zulässig betrachtet wird.

Demgegenüber darf der Beauftragte ohne das Vorliegen solcher Umstände in einem weiteren Mass Hilfspersonen beiziehen, soweit und solange die Pflicht zur persönlichen Erfüllung (Art. 398 Abs. 3 OR) dadurch nicht beeinträchtigt wird.



Mit Bezug auf die Frage, ob ein Dritter als Hilfsperson oder als Substitut zu qualifizieren ist, was im Hinblick auf die Übertragung der Auftragserfüllung und die Rechtsfolgen bei einem Fehlverhalten von entscheidender Bedeutung ist, wird in Lehre und Rechtsprechung eine Interessenabwägung vorgenommen, die sich an verschiedenen Kriterien orientiert. Als massgebend wird insbesondere erachtet, ob der Dritte selbständig handelt und die Leistung ohne Weisung und Aufsicht des Beauftragten erbringt (sog. technische Selbständigkeit. Vgl. FELLMANN, Berner Kommentar, Art. 394-406 OR, Bern 1992, N 539 zu Art. 398 OR; WEBER, a.a.O., N 3 zu Art. 398 OR; KOLLER, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Zürich 1980, N 398 und 410 ff.). Als weiteres Kriterium für die Annahme eines Substitutionsverhältnisses wird die wirtschaftliche bzw. rechtliche Selbständigkeit des Substituten genannt, welche als erfüllt betrachtet wird, wenn der Substitut zum Beauftragten in keinem Unterordnungsverhältnis steht (vgl. auch DERENDINGER, a.a.O., N 110; KOLLER, a.a.O., N 399 und 410 ff.). Als entscheidend wird schliesslich erachtet, dass der Substitut völlig in die Verantwortung des Beauftragten einrückt und dessen unmittelbarem Einfluss- und Kontrollbereich faktisch entzogen ist (vgl. FELLMANN, a.a.O., N 541 f. zu Art. 398 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich 2003, N 2869; vgl. auch ZR 1953 Nr. 207, S. 352 ff., 352). Damit sich das Haftungsprivileg bei der Substitution rechtfertigen lässt, wird ausserdem verlangt, dass der Beizug eines Substituten (auch) im Interesse des Auftraggebers erfolgt (FELLMANN, a.a.O., N 544 zu Art. 398 OR; BGE 112 II 347, 353 f.).

Vorliegend hat der Beklagte, der vom Haftungsprivileg gemäss Art. 399 Abs. 2 OR profitiert, zu beweisen, dass er zur Übertragung an einen Dritten ausdrücklich ermächtigt oder durch die Umstände genötigt war oder er die Vertretung durch den Dritten bei Dienstleistungen der in Frage stehenden Art Übungsgemäss als zulässig betrachten konnte und deshalb auf eine stillschweigende Zustimmung des Klägers schliessen durfte (vgl. FELLMANN, a.a.O., N 588 zu Art. 398 OR).

Dieser Beweis wird vom Beklagten zwar nicht explizit geführt. Nach Auffassung des Kantonsgerichts sprechen die konkreten Umstände, insbesondere dass der Kläger über den Beizug von Rechtsanwalt B informiert war und diesen offensichtlich duldete sowie der Grund für die Übertragung der Auftragsausführung, welcher nach Darstellung



des Beklagten darin bestand, dass er selbst mit Arbeit ausgelastet war, was der Kläger nicht (in spezifischer Weise) bestritt, bei gesamthafter Würdigung aber dafür, dass Rechtsanwalt B als Substitut tätig geworden ist. In Lehre und Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine Substitution Übungsgemäss als zulässig betrachtet werden kann (Art. 398 Abs. 3 OR), wenn innerhalb einer Arztpraxis oder einer Anwaltskanzlei ein anderer Beauftragter im Notfall einspringt (WEBER, a.a.O., N 5 zu Art. 398 OR; GAUTSCHI, a.a.O., N 42b zu Art. 398 OR; vgl. auch ZR 1953 Nr. 207, S. 352 ff.). Der Ansicht, dass Rechtsanwalt B als Substitut handelte, war zunächst wohl auch der Kläger: Ursprünglich richtete sich sein Vermittlungsbegehren in der vorliegenden Streitsache nämlich noch gegen diesen, bevor er mit Eingabe vom 3. Mai 2006 ein Vermittlungsbegehren mit dem Beklagten als Streitpartei stellte (vgl. bekl.act. 22 und 23; vgl. auch bekl.act. 24; zudem vgl. die Ausführungen des Klägers in der Berufungsantwort, 10 Ziff. III.10, wonach der Beklagte Rechtsanwalt B "offensichtlich substituiert" habe).

Wurde Rechtsanwalt B vom Beklagten aber befugterweise als Substitut beigezogen, führt dies zu einer Haftungsbeschränkung für den Beklagten (unzutreffend demnach Berufungsantwort, 10 Ziff. III.10, wonach sich der Beklagte das Verhalten seines Bürokollegen, den er offensichtlich substituiert habe, anrechnen lassen müsse). Der durch die Einleitung einer aussichtslosen Klage verursachte Schaden ist ihm unter den Voraussetzungen von Art. 399 Abs. 2 OR nur zuzurechnen, wenn er den Substituten mangelhaft ausgewählt und/oder instruiert hat. Diesbezüglich dürfte ein Fehlverhalten des Beklagten aber zu verneinen sein. Entsprechendes, beispielsweise dass der Beklagte Rechtsanwalt B nicht genügend aufgeklärt hat und/oder er es an den erforderlichen Weisungen fehlen liess (vgl. FELLMANN, a.a.O., N 66 zu Art. 399 OR), wird vom Kläger jedenfalls nicht geltend gemacht.

Mit Bezug auf die Kosten des Nichteintretensentscheids (Fr. 1'000.- Entscheidgebühr und Fr. 4'733.05 Parteikosten) und, damit zusammenhängend, des Entscheids betreffend Sicherheitsleistung (Fr. 400.- Entscheidgebühr und Fr. 450.- Parteikosten) fehlt es - aufgrund groben Drittverschuldens von Rechtsanwalt B - somit an einem adäquaten Kausalzusammenhang zum Fehlverhalten des Beklagten, weshalb eine Haftung für diese Schadenspositionen vorliegend ausser Betracht fallen muss.

bb) Kosten der Rechtsberatung durch Dritte



Hinsichtlich der Kosten der Beratung durch die Rechtsanwälte C, F, G und H, welche der Kläger im Hinblick auf eine Weiterführung des Prozesses aufsuchte (vgl. Klage, 5 f. Ziff. III.A.9-11), kann auf die obigen Erwägungen verwiesen werden: Diese Kosten wurden ebenfalls erst durch die aussichtslose Klageeinleitung verursacht. Diese hat aber nicht der Beklagte verschuldet. Damit fehlt es - aufgrund groben Drittverschuldens von Rechtsanwalt B - auch bezüglich dieser Kosten (total Fr. 2'000.-) an einem adäquaten Kausalzusammenhang zur Vertragsverletzung des Beklagten.

d) Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass der Beklagte für die vom Kläger geltend gemachten Schadenspositionen nicht aufzukommen hat, weil einerseits unter Art. 398 Abs. 2 i.V.m. 97 OR nur das positive Vertragsinteresse zu ersetzen ist und es andererseits an einem adäquaten Kausalzusammenhang zur Vertragsverletzung des Beklagten fehlt. Weiteren Schaden, welcher im Rahmen von Art. 398 Abs. 2 i.V.m. 97 OR ersatzfähig wäre (vgl. hierzu GAUTSCHI, a.a.O., N 29c zu Art. 398 OR), hat der Kläger sodann nicht geltend gemacht.

3. a) Lehre und Rechtsprechung befürworten bei Schlechterfüllung des Auftrags eine Kürzung bzw. den Verlust des Honoraranspruchs, welche neben den Anspruch auf Schadenersatz treten kann (vgl. GMÜR, Die Vergütung des Beauftragten, Diss. Freiburg 1994, N 471 und N 533 f.; FELLMANN, a.a.O., N 533 zu Art. 394 OR; WEBER, a.a.O., N 43 zu Art. 394 OR; BGE 117 II 563 ff., 566; 110 II 283 ff., 285 f.; 4C.96/1998 vom 2. Juli 1998, Erw. 3b = Pra 1999 Nr. 22, S. 115 ff., 119). Leitgedanke ist dabei, dass das Äquivalenzverhältnis zwischen den Parteien wiederhergestellt werden soll, welches dadurch in Mitleidenschaft gezogen wurde, dass der Beauftragte durch sein Verhalten die erfolgreiche Erfüllung des Auftrages (teilweise) vereitelt hat. Wird daher der Nachteil der nicht richtigen Erfüllung der versprochenen Leistung durch den Ersatz des dem Auftraggeber erwachsenden Schadens noch nicht ausreichend wettgemacht, muss die Gegenleistung des Auftraggebers soweit gekürzt werden, bis die durch das Verhalten des Beauftragten ausgelöste Störung des Äquivalenzverhältnisses der auszutauschenden Leistungen beseitigt ist. Als Regel gilt: Soweit das Resultat der Arbeit des unsorgfältigen Beauftragten für den Auftraggeber unbrauchbar ist, schuldet er jenem keine Vergütung (vgl. DERENDINGER, a.a.O., N 447; vgl. auch BGE 4C.96/1998 vom 2. Juli 1998, Erw. 4a = Pra 1999 Nr. 22, S. 115 ff., 119). Nach DERENDINGER richtet sich das Mass der Herabsetzung der Honorarforderung des



Beauftragten einzig danach, inwieweit das Leistungsverhalten ein für den Auftraggeber in Anbetracht aller Umstände annehm- und brauchbares Resultat bewirkte.

Massgebend ist nach dieser Lehrmeinung also die Brauchbarkeit der Gesamtleistung (DERENDINGER, a.a.O., N 449; vgl. auch FELLMANN, a.a.O., N 540 zu Art. 394 OR).

Dem widerspricht GMÜR. Seiner Auffassung nach hat eine ergebnisorientierte Beurteilung im Rahmen des Auftragsrechts keinen Platz, da es sich beim Auftrag gerade nicht um eine "obligation de résultat" handle. Er hält das Mass der Sorgfaltspflichtverletzung für ausschlaggebend (GMÜR, a.a.O., N 493).

b) Der Beklagte hat es versäumt, fristgerecht ein Vermittlungsbegehren betreffend die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu stellen. Damit steht dem Kläger - unabhängig, auf welchen der genannten Gesichtspunkte abgestellt wird - ein (noch zu beziffernder) Reduktionsanspruch zu.

Gemäss den Ausführungen des Klägers hat er dem Beklagten einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.- geleistet (vgl. Klage, 2 Ziff. III.A.1). Dies stimmt jedoch mit der Darstellung des Beklagten nicht überein: Danach hat der Kläger am 31. Oktober 2003 einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.- erbracht (Klageantwort, 4 Ziff. IV.A.2 und 7 Ziff. IV.B.1). Dies geht auch aus bekl.act. 16 hervor. Am 24. Mai 2004 ist dem Kläger ausserdem Rechnung über Fr. 234.60 gestellt worden (vgl. bekl.act. 16). Diese Restzahlung sei in der Folge auch geleistet worden (vgl. Klageantwort, 7 Ziff. IV.A.7). Im Zusammenhang mit der Besprechung, welche zwischen ihm, Rechtsanwalt B und dem Kläger im Hinblick auf die Einleitung der Klage am 24. Mai 2004 stattgefunden haben soll, erwähnt der Beklagte einen weiteren Kostenvorschuss von Fr. 1'000.- (vgl. Klageantwort, 8 Ziff. IV.B.7). Es kann somit angenommen werden, dass der Kläger dem Beklagten total Fr. 2'234.60 bezahlt hat (vgl. auch Urteil, 10 Erw. II.4h). Auf die Leistungen des Beklagten dürfte sich aber nur der Betrag von Fr. 1'234.60 bezogen haben. Eine Honorarminderung gegenüber dem Beklagten fällt daher maximal in diesem Betrag in Betracht. Das übrige Honorar betrifft Leistungen von Rechtsanwalt B und könnte damit höchstens diesem gegenüber zu einem Honorarabzug berechtigen.

In Anbetracht der Tatsache, dass die Sorgfaltspflichtverletzung des Beklagten als eher gravierend einzustufen ist, rechtfertigt sich vorliegend eine Kürzung um 100%.



4. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Kläger vom Beklagten das geleistete Honorar in der Höhe von Fr. 1'234.60 zurückfordern kann. Im Übrigen betrifft seine Klage Schadenspositionen, welche im Rahmen von Art. 398 Abs. 2 i.V.m. 97 OR nicht ersatzfähig bzw. vom Beklagten nicht adäquat kausal verursacht worden sind, und ist daher abzuweisen.

.....