

Im Auftrag des  
Deutschen Anwaltvereins  
herausgegeben von den  
Rechtsanwälten:

Felix Busse  
Dr. Michael Kleine-Cosack  
Wolfgang Schwackenberg

Schriftleitung:

Dr. Peter Hamacher  
Udo Henke  
Rechtsanwälte  
Bonn, Adenauerallee 106

Jahrgang 50  
April 2000

# Anwalts blatt



Nachrichten für die Mitglieder  
des Deutschen Anwaltvereins e.V.

## Die Haftung des Rechtsanwalts gegenüber Nichtvertragspartnern

*Prof. Dr. Barbara Grunewald, Geschäftsführende Direktorin  
des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln*

### I. Einleitung

Ein erfahrener Anwalt wird vielleicht denken, das Thema dieses Beitrags habe für ihn keine Bedeutung. Denn mit Personen, die nicht seine Vertragspartner sind, verbindet ihn keine rechtliche Sonderbeziehung. Daher – so scheint es – kann nur Deliktsrecht zur Anwendung kommen. Und da eine Verletzung der durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten sogenannten absoluten Rechtsgüter im Zuge einer Beratung ernsthaft nicht in Frage kommt, scheint nur § 826 BGB einschlägig zu sein. Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung, wie sie diese Norm voraussetzt, wird aber – so könnte man meinen – bei einigermaßen seriöser Beratung schon nicht unterlaufen. Aber leider sind, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, die Dinge nicht so einfach.

### II. Beratung, die an eine Person gerichtet ist, die nicht Vertragspartner ist

#### 1. Das Beispiel: Third Party Legal Opinions

Häufig erfolgt die Beratung eines Dritten aufgrund eines Vertrages mit einer anderen Person. Hierzu gehören einmal die Fälle, in denen die Beratung des Dritten klar Inhalt der Absprache zwischen Rechtsanwalt und Auftraggeber ist – wie dies etwa bei der Beauftragung eines Anwalts durch einen Rechtsschutzversicherer im eigenen Namen der Fall ist<sup>1</sup>. Bisweilen werden auch konkludente Absprachen mit demselben Inhalt getroffen. Hierzu zählt etwa die sogenannte third party legal opinion, also eine Rechtsauskunft, die auf Veranlassung und für eine Person erteilt wird, die gerade nicht der Mandant des auskunftgebenden Rechtsanwalts ist<sup>2</sup>. Wenn beispielsweise eine ausländische Bank einen Kredit an eine deutsche Gesellschaft gibt, hat sie

auch das Risiko juristischer Komplikationen bei der Abwicklung des Geschäftes zu tragen. So könnte es etwa sein, dass die darlehensnehmende Gesellschaft nicht wirksam gegründet, oder dass die Vertreter der Gesellschaft zum Abschluss eines solchen Geschäftes nicht vertretungsbefugt sind oder auch, dass das Kreditgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Die Bank kann dieses Risiko dadurch absichern, dass sie von der Gesellschaft ein Schreiben verlangt, in dem die Wirksamkeit der Gründung, die Vertretungsmacht der Geschäftsführer und die Wirksamkeit des Vertrages bestätigt werden. Die Gesellschaft beauftragt ihren Anwalt mit der Erstellung einer entsprechenden Erklärung – eben der third party legal opinion. Der Inhalt ist von der Bank vorgegeben, da es ja um ihre Absicherung geht. Der Sinn dieses Verlangens liegt weniger darin, im Falle des Scheiterns des Geschäftes einen zusätzlichen Schuldner – eben den Anwalt bzw. seine Versicherung – zu haben. Vielmehr soll auf diese Weise in erster Linie sichergestellt werden, dass die angesprochenen Rechtsfragen von der Gegenseite überhaupt gesehen und eigenverantwortlich geprüft werden<sup>3</sup>. Zudem hat der Anwalt der Gegenseite eine bessere Kenntnis der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse des Vertragspartners (im Beispiel also der Gesellschaft) als die andere Seite (im Beispiel die Bank). Zugleich wird erreicht, dass es faktisch, eventuell auch rechtlich<sup>4</sup>, ausgeschlossen ist, dass sich der Vertragspartner auf rechtliche Einwände beruft, die das Gutachten als nicht begründet bezeichnet. Solche Gutachten finden sich insbesondere im Bereich internationaler Finanztransaktionen<sup>5</sup>.

#### 2. Rechtliche Einordnung

Um das Ergebnis gleich vorweg zu nehmen: Für diese Rechtsgutachten haftet der Anwalt dem Auskunftsempfänger

1 BGH VersR 1967, 76.

2 Canaris, ZHR 163 (1999), 206, 233; zu den Erscheinungsformen der third party legal opinion vgl. Adolff, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit deutscher Anwälte bei der Abgabe von Third Party Legal Opinions, S. 5 ff.; Schneider, ZHR 163 (1999), 246, 247.

3 Bosch, ZHR 163 (1999), 274, 277.

4 Verwirkung, widersprüchliches Verhalten.

5 BGH NJW 1970, 1737; Bosch, ZHR 163 (1999), 274 (277).



ger. Das ist – soweit ersichtlich – nicht bestritten. Umstritten ist nur, woraus sich diese Haftung ergibt. Nun mag man meinen, dass dies nur von sekundärer Bedeutung sei, solange doch feststehe, dass gehaftet wird. Aber dem ist nicht so. Insbesondere wenn es um die Möglichkeiten zur Vereinbarung eines Haftungsausschlusses geht und auch, wenn die Einordnung weniger klar liegender Fallkonstellationen in Rede steht, spielt die Rechtsgrundlage der Haftung des Anwalts eine entscheidende Rolle.

#### a) Auskunftsvertrag zwischen Rechtsanwalt und Dritten

Hier kommt zum einen die Annahme eines Auskunftsvertrages gemäß § 675 Abs. 1 BGB zwischen Anwalt und Dritten in Frage<sup>6</sup>. Dem steht § 356 StGB (sogenannter Parteiverrat) nicht entgegen, obwohl dieser Auskunftsvertrag ein zweites Mandat in derselben Sache wäre. Diese Norm setzt voraus, dass der Anwalt „pflichtwidrig“ handelt<sup>7</sup>. Dies tut er in dem hier diskutierten Fall aber gerade nicht, da er das an die Gegenseite gerichtete Gutachten ja gerade im Auftrag seines Mandanten erstellt. Aber die Annahme eines solchen zweiten Vertrages, der ja dem Anwalt keinerlei Gegenleistung verschaffen würde, erscheint doch eher gekünstelt<sup>8</sup>. Denn man müsste ja unterstellen, dass der Anwalt nichts weiter gegenüber dem Dritten erklärt, als seine Bereitschaft zu haften<sup>9</sup>.

#### b) Vertrag zwischen Rechtsanwalt und Mandant als Vertrag mit Schutzwirkung für den Dritten

Die heutige Rechtsprechung würde in diesen Fällen davon ausgehen, dass der Vertrag zwischen Anwalt und Mandant (im Beispiel also zwischen Anwalt und Gesellschaft) Schutzwirkung zugunsten des Dritten (im Beispiel der Bank) entfaltet<sup>10</sup>. Die Judikatur hat dies vielfach für vergleichbare Fälle in Bezug auf Expertisen von Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern, sowie Bau- und Kunstsachverständigen entschieden<sup>11</sup>. Die mit dieser Einordnung verbundenen Schwierigkeiten liegen auf der Hand: Wenn die Haftung gegenüber dem Dritten auf dem Vertrag mit dem Mandanten beruht, dann müsste sich der Dritte gemäß der Grundregel des § 334 BGB auch alle Einreden und Einwendungen aus dem Vertrag zwischen Rechtsanwalt und Mandant entgegenhalten lassen<sup>12</sup>. Wäre das Gutachten also beispielsweise deshalb falsch, weil der Auftraggeber den Rechtsanwalt getäuscht hat, so käme eine Haftung des Rechtsanwalts gegenüber dem Dritten nicht in Frage<sup>13</sup>. Haftungsausschlüsse, die zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten vereinbart wurden, würden auch gegenüber dem Dritten greifen und zwar unabhängig davon, ob der Dritte sie kennt oder nicht. Da dies der Judikatur aber dann doch zu weit geht, nimmt der BGH<sup>14</sup> an, dass § 334 BGB im Vertrag zwischen dem Rechtsanwalt und dem Mandant konkludent abgedungen sei: Ein ganz unwahrscheinliches Verhalten! Denn von dieser Abrede profitiert weder der Mandant noch der Rechtsanwalt. Kein Wunder also, dass diese Annahme der Judikatur als rein fiktiv bezeichnet und daher vielfach kritisiert worden ist<sup>15</sup>.

#### c) Garantieübernahme als Fall der Vertrauenshaftung

Überzeugender ist eine Sichtweise, die davon ausgeht, dass zwischen dem Rechtsanwalt und dem Dritten ein Vertrauensverhältnis begründet wird, aufgrund dessen den Rechtsanwalt eine verschuldensabhängige Einstandspflicht trifft<sup>16</sup>. Diese Garantieübernahme ist keine rechtsgeschäftliche Erklärung. Vielmehr ist sie Bestandteil einer Vertrau-

enshaftung – ähnlich der Haftung aus culpa in contrahendo, die unter Umständen ja auch eine Person treffen kann, die nicht Vertragspartner werden soll<sup>17</sup>.

Legt man diese Überlegungen der genannten Fallkonstellation zugrunde, so wird auch deutlich, dass ein Haftungsausschluss nur dadurch erreicht werden kann, dass das Vertrauen des Dritten eingeschränkt, also ihm gegenüber erklärt wird, dass nur in einem eingeschränkten Umfang gehaftet werde<sup>18</sup>. Dies gilt auch für eine Begrenzung der Haftung nach § 51 a BRAO<sup>19</sup>. Da das Haftungsrisiko nur im Verhältnis zwischen dem Dritten (und nicht im Verhältnis zum Auftraggeber) besteht, ist diese Konsequenz auch sachgerecht. Die in der Praxis gebräuchlichen third party legal opinions entsprechen dem exakt. Sie führen deutlich auf, was Basis der Prüfung war, und damit auch, wofür nicht gehaftet wird.

### 3. Grenzfälle

Auf der Basis einer Garantieübernahme aufgrund eines Vertrauensverhältnis lassen sich dann auch die problematischeren Fälle lösen: Wie ist es etwa, wenn eine Partei im Rahmen von Verhandlungen der anderen Partei ein Rechtsgutachten vorlegt, um die Gegenseite zu bestimmten Entscheidungen zu veranlassen – etwa zum Verzicht auf die Erhebung einer Klage oder zum Abschluss eines Vergleichs? Der BGH hat die Haftung eines Rechtsanwaltes für ein Gutachten zu Recht in einem Fall abgelehnt, in dem im Zuge von Vergleichsverhandlungen dem Kläger ein Gutachten vorgelegt worden war, das die Gegenpartei in Auftrag gegeben hatte und das – nach Ansicht des Klägers – die Rechtslage für ihn zu ungünstig schilderte<sup>20</sup>. Der BGH hat geprüft, ob der Vertrag zwischen Mandant und Anwalt, der dem Rechtsgutachten zugrunde lag, Schutzwirkung zugunsten des späteren Klägers entfalte, und dies unter Hinweis darauf verneint, dass der Mandant dem Dritten nicht zu Schutz und Fürsorge verpflichtet sei<sup>21</sup>. Mit diesem Argument konnte man zum Zeitpunkt der Entscheidung

6 So die frühere Rechtsprechung: RGZ 52, 365, 366; RGZ 129, 109; BGHZ 7, 371; BGH NJW 1970, 1737; BGH WM 1976, 498; ebenso: Bosch, ZHR 163 (1999), 274, 282.

7 Vgl. hierzu: Tröndle/Fischer, StGB, § 356 Rdnr. 6; Schönke/Schröder, StGB, § 356 Rdnr. 17; Lackner, StGB, § 356 Rdnr. 7.

8 Eingehende Schilderung bei Jost, Vertragslose Auskunfts- und Beratungshaftung 1991, S. 80 ff.

9 Vgl. Adolff, aaO, S. 86; Hirte, Berufshaftung, S. 387.

10 Vgl. die Rechtsprechungsübersicht von Lang, WM 1988, 1001.

11 BGH NJW 1977, 2073 (Rechtsanwalt); BGH NJW 1982, 2431 (Sachverständiger); BGH NJW 1984, 355, (Sachverständiger); BGH NJW 1987, 1758 (Steuerberater); BGH NJW 1988, 200 (Rechtsanwalt); BGHZ 127, 378 (Sachverständiger); BGH WM 1998, 440 (Sachverständiger).

12 Schneider, ZHR 163 (1999), 246, 253.

13 Vgl. BGHZ 127, 378; Schneider, ZHR 163 (1999), 246, 253.

14 BGHZ 93, 271, 275; BGHZ 127, 378, 385; BGH JZ 1998, 624, 625.

15 Borgmann/Haug, Anwaltshaftung, S. 217 Rdnr. 15; Grunewald, AcP 187 (1987), 289; Canaris, JZ 1995, 444; Canaris, JZ 1998, 603, 604; Schneider, ZHR 163 (1999), 246, 253; Stahl, Zur Dritthaftung von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen, Diss. Tübingen 1989, S. 47 f.; Zugehör, Handbuch der Anwaltschaft, Rdnr. 1346, 1415 ff.

16 Adolff, aaO, S. 118; Grunewald, AcP 187 (1987), 285, 299; Grunewald, JZ 1982, 627, 631; Neuner, JZ 1999, 126, 135; Schneider, ZHR 163 (1999), 246, 254; Weber NZG 1999, 1, 4; im Ergebnis ähnlich aber mehr die „Berufsträgerschaft“ des Beratenden betonend, Jost, aaO, S. 254 ff.

17 Canaris, ZHR 163 (1999), 206, 222 ff.

18 Dies ist u. a. durch einen Hinweis in der Expertise selbst möglich.

19 Borgmann/Haug, Anwaltshaftung, S. 262 Rdnr. 40; Henssler/Prütting-Stobbe, BRAO, § 51 a Rdnr. 32.

20 BGH WM 1962, 933, 934.

21 BGH WM 1962, 933, 934; BGH NJW-RR 1986, 484; BGH WM 1986, 711; BGH NJW-RR 1986, 1307; BGH NJW 1987, 1758.



(1961) das Vorliegen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach verneinen. Heutzutage wäre dies aber nicht mehr möglich, da dieses Kriterium – wie gerade spätere Entscheidungen zur Expertenhaftung zeigen – nicht mehr uneingeschränkt gilt<sup>22</sup>. Geht man dagegen davon aus, dass den Anwalt dem Dritten gegenüber eine Einstandspflicht nur für den Fall trifft, dass das Gutachten schuldhaft unrichtig war und der Anwalt eine entsprechende Einstandspflicht erklärt hat, fällt die Lösung des Falles leicht. Denn eine solche Garantieübernahme liegt nur vor, wenn das Gutachten aus der Sicht des Dritten (also des späteren Klägers) für ihn und nicht für den Auftraggeber des Rechtsanwalts bestimmt war. Das war in dem geschilderten Fall sicherlich nicht so.

### III. Beratung, die zwar nicht an den Dritten gerichtet ist, ihm aber nach dem Vertrag zwischen Rechtsanwalt und Mandant zugute kommen soll

#### 1. Das Beispiel: Testamentserrichtung

Es kommt auch vor, dass die Beratung zwar nicht an den Dritten gerichtet ist, ihm aber nach der Intention des Mandanten doch zugute kommen soll. Die Klassiker dieser Fallgruppe sind die sogenannten Testamentsfälle<sup>23</sup>. Der spätere Erblasser beauftragt einen Rechtsanwalt mit der Beratung bei der Abfassung eines Testaments mit dem Ziel, eine bestimmte Person oder Personengruppe zu begünstigen. Der Rechtsanwalt verzögert schuldhaft die Beratung, so daß gesetzliche Erbfolge eintritt. Oder er berät den Erblasser irgendwie unrichtig mit der Folge, dass der Dritte nicht oder jedenfalls nicht so wie geplant begünstigt wird. Der Dritte klagt dann nach dem Tod des Erblassers gegen den Rechtsanwalt. Dieser Klage wurde verschiedentlich stattgegeben<sup>24</sup>. In der Tat sind die Kriterien eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter klar erfüllt. Der Dritte ist in Leistungsnähe, ja er ist sogar der Einzige, dem die geschuldete Leistung zugute kommt. Der Gläubiger – der Erblasser – hat auch ein Interesse am Schutz des Dritten. Und dies alles ist für den Vertragspartner – also den Rechtsanwalt – auch erkennbar. Ebenfalls gegeben ist ein Schutzbedürfnis des Dritten. Er hat keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Rechtsanwalt. Wenn man gleichwohl ein etwas ungesüßtes Gefühl bei diesen Entscheidungen hat, dann deshalb, weil in diesen Fällen der Schadensersatzanspruch des Dritten häufig auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens geht, und das, obwohl der Dritte gar nicht Vertragspartner und auch nicht Dritter eines echten Vertrages zugunsten Dritter ist<sup>25</sup>. Doch darf das letztlich keinen Unterschied machen.

#### 2. Die rechtliche Einordnung: Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte

Anders als in den eingangs geschilderten Fallkonstellationen, in denen die Erklärung des Rechtsanwalt direkt an den Dritten gerichtet war, liegt in der jetzt diskutierten Fallgruppe, in der der Dritte von der Beratung nur profitieren soll, ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vor. Die Konsequenz daraus ist, dass die Vereinbarung eines Haftungsausschlusses im Vertrag zwischen Mandant und Rechtsanwalt auch zu Lasten des Dritten wirkt. Dieses Ergebnis ist auch sachgerecht. Da der Dritte nicht Adressat der Erklärung des Rechtsanwalts ist – genau darin liegt ja der Unterschied zur ersten Fallgruppe –, kann er auch nicht auf eine Erklärung des Rechtsanwalts vertrauen. Daher besteht in seiner Person auch kein umfassendes Schutzbedürfnis, das der Wirksamkeit eines Haftungsausschlusses entgegenstehen könnte.

#### 3. Grenzfälle

Nicht alle Sachverhalte liegen so klar wie in die Testamentsfälle. Dies zeigt etwa ein Fall des Landgerichts Heidelberg<sup>26</sup>, in dem ein Rechtsanwalt von der Vorstandsvorsitzenden einer Aktiengesellschaft in Gründung in Anspruch genommen wurde. Der Rechtsanwalt, der von den Gründern beauftragt worden war, hatte die Satzung der Aktiengesellschaft nicht ordnungsgemäß entworfen, was zur Folge hatte, dass die Gesellschaft nicht eingetragen wurde. Die für die Eintragung erforderliche Satzungsänderung wurde von einem Gesellschafter blockiert. Daher scheiterte die Eintragung und die Klägerin, also die Vorstandsvorsitzende, wurde von den Gläubigern der Aktiengesellschaft auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Wäre die Aktiengesellschaft eingetragen worden, hätte die Klägerin nicht gehaftet. Denn sie wurde nach den Grundsätzen der sogenannten Handelndenhaftung in Anspruch genommen, die nur greifen, wenn die Gesellschaft nicht eingetragen wird<sup>27</sup>. Die Klägerin wollte den Schaden, der ihr durch die Inanspruchnahme entstanden war, von dem Rechtsanwalt ersetzt haben. Das Landgericht hat gemeint, der Beratungsvertrag, der zum Entwurf der Satzung der Gesellschaft geführt habe, entfalte zwar durchaus Schutzwirkung zugunsten der Klägerin. Es fehle aber der Schutzzweckzusammenhang, da die geschäftserfahrene Klägerin das Haftungsrisiko, das mit der Übernahme des Vorsitizes im Vorstand bei einer Gesellschaft in Gründung verbunden sei, bewusst übernommen habe. Auch sei der Kausalverlauf dadurch unterbrochen worden, dass ein Gründungsgesellschafter aus anderen Gründen (er hatte Zweifel an der Liquidität der Gesellschaft) seine Mitwirkung an der Satzungsänderung, die zur Eintragung der Gesellschaft erforderlich war, versagt habe<sup>28</sup>.

In diesem Fall ist es sehr zweifelhaft, ob die Kriterien eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter überhaupt erfüllt sind. Ist die Vorstandsvorsitzende überhaupt in Leistungsnähe? Sollte ihr nach der Intention der Auftraggeber, der Gründer, die Beratung bei der Gründung überhaupt zu Gute kommen? Wohl kaum. Denn schließlich ging es darum, dass die Gründer die Erstellung einer Satzung in Auftrag gegeben hatten. Die Vorstandsvorsitzende war an diesem Vertrag im Grunde nicht beteiligt. Dagegen wird man schon wegen eines etwaigen Rückgriffsanspruchs davon ausgehen können, dass die Gründer ein Interesse am Schutz der Vorstandsvorsitzenden haben. Insofern war also das zweite Kriterium für die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (Schutzinteresse des Gläubigers) erfüllt. Dies wird auch den beklagten Rechtsanwälten erkennbar gewesen sein. Sofern man mit dem Landgericht die Kriterien eines Vertrages mit Schutzwirkung als erfüllt ansieht, wird man auch kaum sagen können, dass der Kausalverlauf durch die Weigerung eines Gesellschafters, die Satzung wie verlangt zu ändern, unterbrochen war. Denn schließlich ging es ja gerade darum, dass eine Satzungsänderung nicht erforderlich sein und damit auch eine Blockade eines Gründungsgesellschafters nicht in Fra-

22 BGH NJW 1984, 355; BGH NJW-RR 1986, 484; BGH WM 1986, 711; BGH NJW-RR 1986, 1307; BGH NJW 1987, 1758.

23 BGH JZ 1966, 141 = NJW 1965, 1955.

24 BGH NJW 1965, 1955; BGH NJW 1995, 2551.

25 Siehe Schlitt/Seiler NJW 1996, 1325, 1326.

26 LG Heidelberg ZIP 1997, 2045.

27 Hüffer, AktG, § 41 Rdnr. 18 ff.; Kraft in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 41 Rdnr. 89 ff.

28 LG Heidelberg ZIP 1997, 2045, 2047.





ge kommen sollte. Daher spielt es keine Rolle, dass die Motive für die Blockade (die Vor-AG hatte höhere Anlaufverluste als geplant) mit der fehlerhaften Satzungserstellung nichts mehr zu tun hatten.

Wie schwer in jedem einzelnen Fall die Klärung der Frage ist, ob nun ein Vertrag mit Schutzwirkung vorliegt, zeigt sehr deutlich ein ganz ähnlicher, aber im entscheidenden Punkt eben doch anders gearteter Fall, den der BGH zu entscheiden hatte<sup>29</sup>: Ein Rechtsanwalt war von den Gründungsgesellschaftern mit der Errichtung einer GmbH beauftragt worden. Die Gesellschaft sollte einen bereits bestehenden Elektrohandel übernehmen. Der Rechtsanwalt übersah die Regelung von § 25 HGB mit der Folge, dass die neu gegründete GmbH für die Altschulden des übernommenen Elektrohandels einstehen musste. Die Gesellschaft nahm den Anwalt auf Ersatz dieser Kosten in Anspruch und hatte damit zu Recht Erfolg. Denn Inhalt der den Gründern geschuldeten Beratung war gerade auch die Errichtung der später geschädigten GmbH. Damit war die Gesellschaft klar in Leistungsnähe, ja sie war sogar selbst das Objekt der Leistung. Die Beratung im Zusammenhang mit der Übernahme des Elektrohandels sollte daher auch ihr zu Gute kommen. Auf diesem Hintergrund wird der Unterschied zum Fall des Landgerichts Heidelberg deutlich: Die Gesellschaft als solche ist zwar – wie geschildert – selbst klar in Leistungsnähe, nicht aber ihre Organe.

Auf dieser Linie liegt auch der neueste Fall, den der BGH zu dieser Problematik entschieden hat<sup>30</sup>. Hier ging es um eine Beratung im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung in einer GmbH. Das neue Kapital sollte zumindest teilweise von Altgesellschaftern übernommen werden. Der von der GmbH beauftragte Rechtsanwalt riet zu dem sogenannten „Schütt-aus-hol-zurück-Verfahren“ ohne darauf hinzuweisen, dass die Judikatur diese Vorgehensweise als Fall der verdeckten Sacheinlage ansieht. Den darauf zurückzuführenden Schaden wollten die Gesellschafter von dem Rechtsanwalt ersetzt haben. In wenigen Sätzen sagt der BGH, die Gesellschafter seien Adressat der anwaltlichen Pflichten gewesen und daher in den Schutzbereich des Vertrages mit der GmbH einbezogen. Ihr Vermögen und nicht das der GmbH sei bei einer falschen Beratung in Bezug auf verdeckte Sacheinlagen gefährdet gewesen. Damit ist der entscheidende Aspekt genannt: Die Beratung über das mit der verdeckten Sacheinlage verbundene Risiko sollte nach der Intention des Vertragspartners des Rechtsanwalts (eben der GmbH) den Gesellschaftern als den eigentlich Betroffenen zugute kommen. Sie waren daher, um die Terminologie des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter zu benutzen, in Leistungsnähe.

Weitergehend weist die Entscheidung darauf hin, dass zwischen der GmbH und den Gesellschaftern kein Interessengegensatz im Bereich der Beratung durch den Rechtsanwalt bestehe. Dieser kurze Satz lässt hoffen: Er könnte als erstes Anzeichen dafür gewertet werden, dass das Fehlen eines Interessengegensatzes als maßgeblich für die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter in Zukunft angesehen werden wird. Dann würde die eingangs geschilderte<sup>31</sup>, nicht überzeugende Judikatur zu diesem Problembereich nicht mehr gelten.

#### IV. Haftung nach Deliktsrecht

##### 1. Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB

Fälle der Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB sind kaum bekannt geworden. Lediglich wenn es um den Schutz des

Eigentums geht, kommt in der Praxis eine Haftung von Anwälten nach § 823 Abs. 1 BGB in Frage. Schließlich ist es ohne weiteres denkbar, dass nach (zu Unrecht) gewonnener Herausgabeklage der Prozessgegner gegen den beratenden Anwalt wegen Eigentumsverletzung vorgeht, wäre doch schließlich der Prozess ohne anwaltliche Vorbereitung meist nicht gewonnen worden. Doch kann man einer solchen Inanspruchnahme gelassen entgegentreten. Denn schließlich müsste die Eigentumsverletzung erst einmal nachgewiesen werden. Auch dürfte es schwierig sein, die Rechtswidrigkeit des Handelns des Rechtsanwalts auch nur einigermaßen schlüssig darzulegen. Zudem geht die Judikatur davon aus, dass jedenfalls grundsätzlich derjenige, der subjektiv redlich ein Rechtspflegeverfahren betreibt, rechtmäßig handelt. Der Gegner muss sich gegen eine ungerichtfertigte Inanspruchnahme in dem Verfahren selbst verteidigen. Nur wenn ihm dies nicht möglich ist, kommt es zur Anwendung des Deliktsrechts<sup>32</sup>. Dies wiederum hat zur Folge, dass im Zwangsvollstreckungsverfahren bei der Vollstreckung in schuldnerfremdes Gut eine deliktsrechtliche Inanspruchnahme des Rechtsanwalts möglich ist. Hier gibt es auch Beispielsfälle: So wurde etwa eine Rechtsanwältin nach § 823 Abs. 1 BGB zur Leistung von Schadensersatz verurteilt, weil sie Diskothekeninventar für den Vermieter (gestützt auf ein Vermieterpfandrecht) verwertet hatte, obwohl das Inventar zur Sicherheit an einen Dritten – den späteren Kläger – übereignet worden war<sup>33</sup>.

##### 2. Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB

Auch Fälle einer Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB wegen Verletzung eines Schutzgesetzes sind kaum bekannt geworden. Das spricht einmal zweifelsohne für die Anwaltschaft, die gegen solche Schutzgesetze (etwa Betrug oder Untreue) wohl nur selten verstößt. Zum anderen ist dieser Befund aber auch Ausdruck der restriktiven Interpretation des Begriffes des Schutzgesetzes. Verstöße gegen Berufspflichtigen (Verpflichtung zur Verschwiegenheit, zur gewissenhaften Ausübung der anwaltlichen Tätigkeit etc.) werden nicht als Verstöße gegen ein Schutzgesetz eingeordnet<sup>34</sup>. Begründet wird dies mit dem Hinweis, dass diese Normen nicht den Schutz Dritter bezwecken, was aber gerade Voraussetzung für die Annahme sein soll, dass eine bestimmte Norm Schutzgesetz ist<sup>35</sup>. Völlig unproblematisch ist allerdings auch dieses Ergebnis nicht. Denn ob eine Norm den Schutz Dritter bezweckt oder nicht bezweckt, lässt sich kaum je sicher sagen, da der Normgeber sich für gewöhnlich darüber keine Gedanken macht. Daher wird mehr und mehr eine andere Definition des Schutzgesetzes vorgeschlagen: Danach sollen die Bestimmungen Schutzgesetze sein, bei denen sich aus ihrem Umfeld ergibt, dass ihr Schutzzweck gerade durch privatrechtliche Schadensersatzansprüche erreicht werden soll<sup>36</sup>. Der BGH formuliert ähnlich: Ein Schutzgesetz liege nicht vor, wenn der Geschädigte „anderweit ausreichend abgesichert sei“<sup>37</sup>. Ob sich dieser Wechsel der Betrachtungsweise irgendwie

29 BGH NJW 1986, 581.

30 BGH ZIP 2000, 72.

31 Oben II/2 b.

32 BGH NJW 1992, 2014, 2015.

33 BGH NJW 1992, 2014.

34 Canaris, ZHR 163 (1999), 206, 219; Jost aaO, S. 187f; Weber NZG 1999, 1,5.

35 Palandt, § 823, Rdnr. 141.

36 MünchKomm-Mertens, § 823 Rdnr. 163.

37 Larenz/Canaris, § 77 3 a S. 435.



auswirken wird, ist endgültig noch nicht abzusehen, ist aber eher unwahrscheinlich. Denn schließlich hat der BGH in den vergleichbaren Fällen der Wirtschaftsprüferhaftung einen möglichen Verstoß gegen Berufspflichten als Basis für einen Schadensersatzanspruch gestützt auf § 823 Abs. 2 BGB nicht einmal erwähnt<sup>38</sup>.

### 3. Haftung nach § 826 BGB

#### a) Das Beispiel: Räuberische Aktionäre

In einem 1992 vom BGH entschiedenen Fall<sup>39</sup> war Klägerin eine Aktiengesellschaft, die ihr Kapital um 1,9 Mrd. DM erhöhen wollte. Gegen den Kapitalerhöhungsbeschluss legten zwei Aktionäre, F und D, mit je ungefähr drei kurz zuvor erworbenen Aktien, vertreten durch den beklagten Rechtsanwalt Widerspruch ein. Dies – sowie die erklärte Absicht, demnächst Anfechtungsklage zu erheben – wurde dem Registerrichter mitgeteilt, der daraufhin den Kapitalerhöhungsbeschluss nicht eintrug. Die Klägerin, die den Betrag aus der Kapitalerhöhung zur Finanzierung eines Anteilerwerbs an einer Bank dringend benötigte, sah die Durchführung dieses Vorhabens als gefährdet an und befürchtete erhebliche finanzielle Nachteile. Sie nahm daher Kontakt zu dem Beklagten auf, der gestützt auf Angaben des Aktionärs F behauptete, er vertrete außer F und D auch noch eine ganze Gruppe von Aktionären. Nach nächtlichen Verhandlungen in der Kanzlei des Beklagten einigte man sich darauf, dass die Klägerin 1,5 Mio treuhänderisch an den Beklagten zur Weiterleitung an die von ihm vertretenen Aktionäre erhalten und dafür die Anfechtungsklage nicht erhoben werden sollte. Nach der dann problemlos erfolgten Eintragung der Kapitalerhöhung verlangte die klagende Aktiengesellschaft diesen Betrag von dem Rechtsanwalt unter Hinweis darauf zurück, dass die angeblich von dem Anwalt vertretenen Aktionäre nicht existierten und die ganze Aktion nur dazu gedient habe, die Gesellschaft mehr oder weniger zu erpressen. Diese Klage hatte vor dem Bundesgerichtshof Erfolg. Dabei wurde eine Aussage zugrunde gelegt, die vorwiegend zur Haftung der Wirtschaftsprüfer gegenüber Dritten entwickelt worden ist. Danach handelt sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB auch derjenige, der seine Berufspflichten in einem Maße grob fahrlässig und leichtfertig verletzt, dass sein Verhalten als bedenken- und gewissenlos zu bezeichnen ist<sup>40</sup>. Dies, so das Urteil, sei hier der Fall. Der Beklagte habe sich über die Existenz der von ihm vertretenen Aktionärsguppe vergewissern und Zielsetzung sowie Umfang und Inhalt seines Mandatsauftrags abklären müssen. Nur so habe er sicherstellen können, dass er eine mit seiner Stellung als Organ der Rechtspflege zu vereinbarende Vertretung durchführe. Es habe dem Beklagten verdächtig erscheinen müssen, dass sein Auftraggeber, der Aktionär F, keine Angabe zu diesen Punkten gemacht habe<sup>41</sup>.

#### b) § 152 VVG

Dieses außerdem auf § 823 Abs. 2 BGB mit §§ 266, 253 StGB gestützte Urteil mag als solches richtig sein. Es weist aber auf ein nicht zu unterschätzendes Haftungspotential hin. Wie gerade die Entwicklung im Bereich der Dritthaftung von Wirtschaftsprüfern zeigt, lässt sich im Nachhinein oft relativ problemlos von einer grob fahrlässigen und leichtfertigen Verletzung von Berufspflichten sprechen. Man ist sich darüber einig, dass gerade die Dritthaftung der Wirtschaftsprüfer zu einer Aufweichung der Tatbestandsmerkmale von § 826 BGB geführt hat<sup>42</sup>. Dies birgt eine erhebliche Gefahr: Denn nach § 152 VVG, § 51

Abs. 3 BRAO entfällt die Deckungspflicht des Versicherers, wenn das Haftpflichtereignis vorsätzlich herbeigeführt wird. Es wird daher konsequenterweise in der Literatur vorgeschlagen, der extensiven Interpretation von § 826 BGB eine restriktive Interpretation des Haftungsausschlusses von § 152 VVG folgen zu lassen<sup>43</sup>. Die Entwicklung ist dabei insoweit offen.

### V. Zusammenfassung

1) Bei einer zielgerichteten Beratung eines Dritten aufgrund eines Auftragsverhältnisses mit einer anderen Partei haftet der Anwalt dem Dritten unter Umständen aufgrund einer Garantieübernahme als Bestandteil eines besonderen Vertrauensverhältnisses. Ein Haftungsausschluss geht daher nur zulasten des Dritten, wenn er diesem gegenüber deutlich geworden ist.

2) Das Vertragsverhältnis zwischen dem Anwalt und seinem Auftraggeber kann ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sein. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Beratung zwar nicht an den Dritten gerichtet ist, ihm nach dem Vertrag aber gleichwohl zugute kommen soll. Ein mit dem Mandanten vereinbarter Haftungsausschluss gilt dann auch zulasten des Dritten.

3) Eine Haftung des Anwalts gegenüber Dritten nach § 826 BGB sollte nur in Extremfällen eingreifen.

38 BGH ZIP 1998, 583.

39 BGHZ 84, 312, 314; BGHZ 110, 342, 350.

40 RG JW 1929, 3149; BGH WM 1986, 904; Jost, aaO, S. 73 ff; Überblick zur Wirtschaftsprüferhaftung, bei Grunewald ZGR 1999, 583, 590.

41 BGH NJW 1992, 2821.

42 Vgl. die Darstellung bei Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, § 78 II 2 d, III 1 a, IV 3; Canaris, ZHR 163 (1999), 206, 214.

43 Canaris, ZHR 163 (1999), 206, 214; Grunewald, ZGR 1999, 583, 592; Hirte, Berufshaftung, S. 426.

## Ist der Freie Mitarbeiter abgeschafft? Was nun? \*

### Der Freie Mitarbeiter im Spiegel des anwaltlichen Berufsrechts \*\*

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln

#### Übersicht

- I. Die Beschäftigung von Rechtsanwälten vor dem Hintergrund der Problematik der Scheinselbstständigkeit
- II. Berufsrechtliche Grundlagen der Statusbeurteilung als freier Mitarbeiter
  1. Die Regelungskompetenz der Satzungsversammlung gem. § 59b BRAO
  2. Die partielle Annäherung des freien Mitarbeiters an den Sozietätspartner
  3. Der Schutz des freien Mitarbeiters über § 26 BerufsO

\* Siehe zu anderen Aspekten des Themas die Veröffentlichungen in AnwBl 2000, 149 ff.

\*\* Schriftliche Fassung meines Vortrags auf der Veranstaltung des DAV zum Thema „Ist der Freie Mitarbeiter abgeschafft? Was nun?“ am 28.4.1999. Der Vortragsstil wurde teilweise beibehalten.