

## Anwaltshaftung

### Keine Wiedereinsetzung, wenn Anwaltskollege aus Bürogemeinschaft Fax vergisst

ZPO § 85 Abs. 2

Beauftragt der Prozessbevollmächtigte einer Partei einen anderen Rechtsanwalt damit, eine Berufungsschrift zu erstellen, zu unterschreiben und wegen des mit Ende des Tages eintretenden Ablaufs der Berufungsfrist an das Berufungsgericht zu faxen, unterlässt es der beauftragte Rechtsanwalt dann aber versehentlich, die von ihm erstellte und unterschriebene Berufungsschrift per Fax an das Berufungsgericht zu versenden, so ist das darin liegende Verschulden des beauftragten Rechtsanwalts der Partei gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand scheidet in diesem Fall aus.

BGH, Beschl. v. 20.11.2018 – VI ZB 32/17

**Aus den Gründen:** [8] aa) Der mit dem Prozessbevollmächtigten in bloßer Bürogemeinschaft tätige Rechtsanwalt ist allerdings nicht allein aufgrund dieses Umstands Bevollmächtigter der Partei des eigentlich Prozessbevollmächtigten im Sinne von § 85 Abs. 2 ZPO (vgl. nur BGH, Urteil vom 9. November 1978 – VII ZR 145/78, VersR 1979, 160; BayObLG, MDR 1988, 683; BeckOK ZPO/Piekenbrock, 29. Ed. 1.7.2018, ZPO § 85 Rn. 21; Hk-ZPO/Bendtsen, 7. Aufl., § 85 Rn. 15; Weth in Musielak/Voit, ZPO, 15. Aufl., § 85 Rn. 12; Zöller/Althammer, ZPO, 32. Aufl., § 85 Rn. 20). Ist er vom Prozessbevollmächtigten im konkreten Fall unterbevollmächtigt worden, gilt aber jedenfalls dann anderes, wenn ihm die Sache nach den gesamten Umständen des Einzelfalles zur selbständigen Bearbeitung und nicht nur in Bezug auf untergeordnete Hilfstätigkeiten zugewiesen worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 27. Januar 2004 – VI ZB 39/03, NJW-RR 2004, 993; BGH, Beschlüsse vom 9. Juni 2004 – VIII ZR 86/04, NJW 2004, 2901, 2902; vom 30. März 1993 – X ZB 2/93, NJW-RR 1993, 892, 893; vom 19. Dezember 1983 – II ZB 6/83, VersR 1984, 239; vom 8. März 1978 – IV ZB 61/77, VersR 1978, 665; MükoZPO/Toussaint, 5. Aufl., § 85 Rn. 14f.; Zöller/Althammer, ZPO, 32. Aufl., § 85 Rn. 18; weitergehend wohl BeckOK ZPO/Piekenbrock, 30. Ed. 15.9.2018, ZPO § 85 Rn. 19). Ein dem Unterbevollmächtigten im Rahmen seiner in Untervollmacht erbrachten Tätigkeit (vgl. hierzu auch BGH, Beschluss vom 23. November 1978 – II ZB 7/78, VersR 1979, 255) vorzuwerfendes Verschulden ist in einem solchen Fall der Partei über § 85 Abs. 2 ZPO direkt zuzurechnen.

#### Anmerkung der Redaktion:

Der Beschluss ist lehrreich: Das kollegiale Aushelfen (Berufungsschrift erstellen, unterschreiben und per Fax versenden) in einer Bürogemeinschaft kann durchaus haftungsträchtig sein. Hier hatte ein Anwalt seinem Kollegen geholfen und war so zu dessen Unterbevollmächtigten geworden. Weil keine ReNo im Spiel war, gab es auch keine Chance auf Wiedereinsetzung. Dem Kläger wurde das im Zusammenhang mit der Berufungseinlegung vorzuwerfende Verschulden des Anwalts gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zugerechnet, weil diesem jedenfalls konkludent Untervollmacht zur Einlegung der Berufung erteilt worden war. Die Einlegung der Berufung sei, so der BGH, auch keine untergeordnete Hilfstätigkeit.

Der Volltext ist im Internet abrufbar in der Anwaltsblatt-Datenbank unter [www.anwaltsblatt.de](http://www.anwaltsblatt.de) (AnwBl Online 2019, 227).

### Steuerberater muss Eigeninteresse an empfohlener Kapitalanlage offenbaren

BGB §§ 249, 280 Abs. 1, 675

a) Der steuerliche Berater handelt seinem Mandanten gegenüber pflichtwidrig, wenn er diesen zu einem Vertragsschluss mit einem Dritten veranlasst, ohne zu offenbaren, dass für ihn wirtschaftliche Vorteile mit einem solchen Vertragsschluss verbunden sind. Beweispflichtig für den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden ist der Mandant, dem die Beweiserleichterung im Sinne des Anscheinsbeweises zugutekommen kann.

b) Tätigt der über die wirtschaftliche Beteiligung seines Beraters an dem eine steuersparende Anlage vermittelnden Unternehmen nicht aufgeklärte Mandant mehrere Anlagen, ist der Schaden unter Einbeziehung aller Anlagen zu berechnen (im Anschluss an BGH, WM 2018, 2179).

BGH, Ur. v. 6.12.2018 – IX ZR 176/16

**Sachverhalt:** [1] Der Kläger nimmt die Beklagten als seine ehemaligen Steuerberater auf Schadensersatz in Anspruch. Die Beklagten zu 2 und 3 sind Steuerberater, die ihre gemeinsame Tätigkeit in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgeübt haben und ab dem Jahr 2000 für den Kläger in Steuerangelegenheiten tätig waren. Zur Steueroptimierung empfahlen sie dem Kläger, geschlossene Fonds zu zeichnen. Hierzu könne sich der Kläger an die A. GmbH (fortan: A.) wenden. An der A. war eine T. GmbH zu 50 vom Hundert beteiligt, deren Gesellschafter zu jeweils 50 vom Hundert die Beklagten zu 2 und 3 waren. Die Beklagte zu 1, deren Gesellschafter und Geschäftsführer die Beklagten zu 2 und 3 waren, wurde im Jahr 2005 gegründet. Ein von dem Kläger und der Beklagten zu 1 unterzeichneter Steuerberatungsvertrag trägt das Datum 12. Dezember 2005.

#### Anmerkung:

Dass ein steuerlicher Berater seinem Mandanten gegenüber pflichtwidrig handelt, wenn er diesen zu einem Vertragsschluss mit einem Dritten veranlasst, ohne zu offenbaren, dass für ihn wirtschaftliche Vorteile mit einem solchen Vertragsschluss verbunden sind, ist evident. Erstaunlich ist aber die weitere Aussage des IX. Senats, dass ein Steuerberater der Gefahr, einen Mandanten aufgrund eines eigenen wirtschaftlichen Vorteils nicht mehr unvoreingenommen zu beraten und diesem nicht die für eine eigenverantwortliche Entscheidung erforderlichen Grundlagen zu vermitteln, dadurch entgehen könne, dass er dem Mandanten, dem er einen bestimmten Vertragspartner empfiehlt, seinen eigenen wirtschaftlichen Vorteil offenbart (Rn. 20). Dies klingt so, als ob der betroffene Steuerberater lediglich im Einzelfall eine Aufklärungspflichtverletzung begangen habe. In Wirklichkeit ist die Beteiligung der beklagten Steuerberater an der A. GmbH mit der Tätigkeit eines Steuerberaters gänzlich unvereinbar.

Für Rechtsanwälte nimmt der BGH in ständiger Rechtsprechung die Unverträglichkeit von Anwaltszulassung und Makler Tätigkeit an. So hat der Senat sogar explizit die Vermittlung von Finanzdienstleistungen mit dem Anwaltsberuf als grundsätzlich unvereinbar angesehen (BGH NJW-RR 2000, 437; BGH AnwBl 2004, 188). Zu Recht hebt er hervor, dass Rechtsanwälte bei der Ausübung ihres Berufs vielfach Kenntnis vom Geld- oder Immobilienvermögen des Mandanten erhalten. In seinem Zweitberuf als Finanz- oder

Immobilienmakler könne ein Rechtsanwalt an der Umschichtung dieses Vermögens verdienen. Deshalb bestehe auch hier die Gefahr, dass er im eigenen Courtage-Interesse dem Mandanten eine derartige Umschichtung empfehle, die er als unabhängiger Rechtsanwalt nicht empfehlen dürfte. Diese Gefahren vertragen sich nicht mit der Rolle des Rechtsanwalts als berufener unabhängiger Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten (§§ 3 Abs. 1 BRAO, § 43 a Abs. 1 BRAO), die es gerade erfordert, dass der Rechtsanwalt frei von Abhängigkeiten jeglicher Art ist. Diese innere Unabhängigkeit ist aber gefährdet, wenn der Anwalt ein (auch nur mittelbares) Provisionsinteresse hat (BGH AnwBl 2004, 188 f.).

Für den Steuerberater, der seinen Beruf nach § 57 Abs. 1 StBerG ebenfalls unabhängig auszuüben hat und den nach § 57 Abs. 4 StBerG ein tendenziell noch über § 7 Nr. 8 BRAO hinausgehendes Zweitberufsverbot trifft (zur Reichweite des Verbots siehe BVerfG AnwBl 2013, 825 sowie jüngst BVerwG AnwBl 2018, 616; OVG Münster, AnwBl 2017, 891; *Kleine-Cosack*, NJW 2018, 3273; *Ring*, DStR-Beih 2018, 37), gelten diese Grundsätze erst recht. Eine Zustimmung oder Aufklärung der betroffenen Mandanten ist insoweit ohne Bedeutung. Übt aber der Steuerberater eine mit § 57 Abs. 4 StBerG unvereinbare zweitberufliche Tätigkeit aus, so stellt ein gleichwohl erfolgendes Tätigwerden (hier in Form der Anlageempfehlung) zwingend eine Pflichtverletzung dar. Man wird sogar noch einen Schritt weitergehen müssen: Hätten die beklagten Steuerberater aus berufsrechtlichen Gründen gar nicht Gesellschafter und Geschäftsführer der A. GmbH sein dürfen, erscheint es sachgerecht, ihnen auch die Beweislast für den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden aufzubürden. Denn hier geht es nicht um eine im Einzelfall erfolgte Falschberatung, sondern um eine für einen Steuerberater generell unzulässige Tätigkeit. Hätten die beklagten Steuerberater aber ihrem Mandanten überhaupt nicht an die A. GmbH weiterverweisen dürfen, gibt es auch keine Handlungsalternative, die „sich dem Kläger im Falle pflichtgemäßer Aufklärung ... aufgetan“ hätte (so aber Rn. 27). Richtigerweise dürfte daher von einer Beweislastumkehr auszugehen sein (vgl. auch BGH NJW-RR 2005, 1290, 1291 f.).

Wäre ein Anlageberatungsvertrag zwischen dem Mandanten und den Beklagten zustande gekommen (wovon das Berufungsgericht und ihm folgend der Senat allerdings im konkreten Fall nicht ausgegangen sind, vgl. Rn. 15), so wäre dieser nach zutreffender Ansicht gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 57 StBerG als nichtig anzusehen gewesen. Denn wenn schon ein Tätigkeitsverbot im Einzelfall zur Nichtigkeit des Vertrags führt, muss dies erst recht bei genereller Unzulässigkeit der Tätigkeit der Fall sein (so BGHZ 147, 39, 44 = NJW 2001, 1569, 1570 zum Rechtsanwalt; anders aber BGHZ 78, 263, 268 = NJW 1981, 399 f.; BGHZ 95, 81, 84 = NJW 1985, 2523 zum Steuerberater sowie BGH AnwBl 2016, 594 Rn. 26 ff. zum Rechtsanwalt). Auch aus diesem Grund ist es sachgerecht, dass dann, wenn ein separater Anlageberatungsvertrag nicht geschlossen worden ist, die Steuerberater zumindest mit den Beweiserleichterungen zugunsten des Mandanten leben müssen, die einen Anlageberater nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. Rn. 23) treffen.

Akad. Rat Dr. Christian Deckenbrock, Universität zu Köln

Der Volltext ist im Internet abrufbar in der Anwaltsblatt-Datenbank unter [www.anwaltsblatt.de](http://www.anwaltsblatt.de) (AnwBl Online 2019, 229).

## Anwaltsvergütung

### Honorarvereinbarung: Aufklärungspflichten des Pflichtverteidigers

BGB §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2; BRAO §§ 48, 49

**Ein zum Pflichtverteidiger bestellter Anwalt muss vor Abschluss einer Vergütungsvereinbarung dem Beschuldigten einen eindeutigen Hinweis erteilen, dass er auch ohne den Abschluss der Honorarvereinbarung zu weiterer Verteidigung verpflichtet ist.**

BGH, Urt. v. 13.12.2018 – IX ZR 216/17

#### Anmerkung der Redaktion:

Es ging um Rückzahlung von Anwaltshonorar aus einer Honorarvereinbarung. Der Anwalt war für den Kläger in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren und in einem gegen diesen geführten Ermittlungsverfahren tätig gewesen. Im anschließenden Strafverfahren wurde er als Pflichtverteidiger bestellt. Er hatte – gestützt auf eine nach Bestellung als Pflichtverteidiger abgeschlossene Honorarvereinbarung – für seine Tätigkeit im Arbeitsgerichts- und Strafverfahren ein Gesamthonorar von 12.500 Euro erhalten. Der Mandant wollte sein Geld zurück – zumindest soweit es die gesetzlichen Gebühren übersteigt. Sein Anwalt hätte ihm sagen müssen, dass er ihn auch ohne Honorarvereinbarung weiter zu verteidigen habe. Seine Klage vor dem LG war erfolgreich. Vor dem OLG Hamm unterlag er zu einem Teil. Für den Abschluss einer formal fehlerfreien Vergütungsvereinbarung sei es nicht erforderlich, dass der Anwalt den Mandanten darauf hinweise, dass er als Pflichtverteidiger von der Staatskasse bezahlt werde und zur Führung der Verteidigung kraft Gesetzes auch ohne (Mehr-)Vergütung durch den Mandanten verpflichtet sei, so das OLG Hamm.

Der für die Anwaltschaft zuständige IX. Zivilsenat des BGH verhalf seiner Revision zu Erfolg. Der klägerische Anspruch ergebe sich aus §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB (*culpa in contrahendo*). Auch der gerichtlich zum Verteidiger bestellte Anwalt könne eine Honorarvereinbarung treffen. Diese sei auch wirksam. Ihr stehe nicht entgegen, dass sie keinen Hinweis darauf enthalte, dass der zum Pflichtverteidiger bestellte Anwalt den Mandanten auch ohne den Abschluss der Honorarvereinbarung weiter zu verteidigen habe. Eine entsprechende Hinweispflicht wird zwar nicht von § 3 a Abs. 1 RVG gefordert, eine dahingehende Aufklärung sei also keine Wirksamkeitsvoraussetzung einer Honorarvereinbarung wie der BGH ausdrücklich feststellt.

Über Umwege kommt er dann aber doch letztendlich zu einer entsprechenden Hinweispflicht: Nämlich im Wege einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aus *culpa in contrahendo*. Auch den Pflichtverteidiger träfen vorvertragliche Sorgfaltpflichten. Diese seien hier verletzt. Der Beschuldigte könne nur dann sachgerecht über den Abschluss einer Honorarvereinbarung entscheiden, wenn er weiß, dass der Pflichtverteidiger ihn auch ohne diese verteidigen müsse. Nach dem Motto „Weil nicht sein kann, was nicht sein darf“ kommt der BGH nun doch zu dem gewünschten Ergebnis. Dieses wirkt konstruiert. Der Gesetzgeber hatte sich bewusst gegen entsprechende Aufklärungspflichten entschieden, diese werden nun durch die Hintertür wieder eingeführt. Die aktuelle Rechtsprechung zu Vergütungsvereinbarungen stellt Norbert Schneider in diesem Heft vor (AnwBl 2019, 155).

Der Volltext ist im Internet abrufbar in der Anwaltsblatt-Datenbank unter [www.anwaltsblatt.de](http://www.anwaltsblatt.de) (AnwBl Online 2019, 235).