

Ferdinand Graf

## NEUE JUDIKATUR ZUR ANWALTSHAFTUNG

*Die Entscheidungen zum Thema Anwaltshaftung mehren sich. Immer häufiger erscheint der Rechtsanwalt nicht nur als Rechtsfreund und Vertreter der Interessen seiner Partei vor Gericht, sondern in eigener Sache. Er hat sich als Beklagter in Schadenersatzstreitigkeiten zu verteidigen oder als Kläger um sein Honorar zu kämpfen und wird dabei nur zu oft mit seinen tatsächlichen oder behaupteten Kunstfehlern konfrontiert. Der Beitrag faßt die wesentliche Judikatur zur Anwaltshaftung seit 1989 zusammen und gibt kritische Anmerkungen.<sup>1)</sup>*

### 1. OGH 2. 2. 1989, 7 Ob 720/88; WBI 1989, 160 – Aussichtslose Prozeßführung

In dieser E wurde die Haftung eines Rechtsanwalts bejaht, der seinen Mandanten nicht mit genügender Deutlichkeit über die Aussichtslosigkeit eines Prozesses aufgeklärt hatte. Der Mandant und nunmehrige Kl wurde vom bekl Rechtsanwalt in einem Prozeß gegen eine Versicherung vertreten. Der Rechtsanwalt stützte seine Klage auf das KSchG, obwohl sein Mandant zweifellos nicht Verbraucher dieses Gesetzes war. Auch seine weitere rechtliche Argumentation war nicht überzeugender: Er leitete aus dem Zweigigen der Versicherung auf den Antrag des Mandanten auf Abschluß eines Versicherungsvertrages eine stillschweigende Annahme ab und argumentierte mit der mündlichen Deckungszusage des Versicherungsagenten, obwohl im Angebotsformular ausdrücklich darauf verwiesen wurde, daß alle Erklärungen des Versicherers nur schriftlich erfolgen.

Seinem Klienten erklärte der Rechtsanwalt nur, daß „einige Risiken bestünden“ und „die Prozeßaussichten nicht gut stünden“. Dies genügte den Anforderungen des OGH nicht. Zwar brauche sich ein Rechtsanwalt nicht unbedingt des Wortes „aussichtslos“ zu bedienen, die Aufklärung habe aber in solcher Weise zu erfolgen, daß die Chancenlosigkeit der Prozeßführung von der Partei klar erkannt werden könnte.<sup>2)</sup> Bestehe die so belehrte Partei dennoch auf der Prozeßführung, so begründe dies keine Schadenersatzpflicht. Diese worte nur durch die mangelhafte Aufklärung über die Er-

folgsaussichten und nicht durch die aussichtslose Prozeßführung an sich ausgelöst.<sup>3)</sup>

Anzumerken bleibt, daß die Schadenersatzpflicht des Rechtsanwalts schon dem Grunde nach durchaus zweifelhaft war, da der Klient dem Rechtsanwalt gegenüber ausdrücklich erklärt hatte, er habe nur die Wahl zwischen Konkurs oder Obsiegen. Der Klient hätte daher möglicherweise die Prozeßführung trotz ausreichender Belehrung auf sich genommen. Der OGH führte dazu an, daß der bekl Anwalt den ihm obliegenden Beweis, daß der Klient auch bei gehöriger Aufklärung prozessiert hätte, nicht einmal angeboten habe. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Es entspricht herrschender Rsp, daß den Geschädigten die Beweislast für einen eingetretenen Schaden und für die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden trifft.<sup>4)</sup> Daher hätte der Kl nachzuweisen gehabt, daß er bei gehöriger Aufklärung nicht prozessiert hätte. Man könnte nun freilich argumentieren, daß in Fällen unterlassener Aufklärung eine Vermutung dafür bestehe, daß ein entsprechend aufgeklärter Mandant dem Rat seines Rechtsanwalts auch gefolgt wäre.<sup>5)</sup> Aus der Tatsache der unternommenen – aussichtslosen – Prozeßführung könnte dann geschlossen werden, daß der Mandant eben nicht entsprechend aufgeklärt wurde. Selbst unter dieser Annahme müßte aber im vorliegenden Fall geprüft werden, ob die Vermutung, daß der entsprechend beratene Mandant die Prozeßführung nicht unternommen hätte, nicht durch dessen Bemerkung, er habe nur die Wahl zwischen Obsiegen und Konkurs, und

1) Für eine umfassende Darstellung der auftauchenden Fragen s. *Ferdinand Graf, Anwaltshaftung* (1991).

2) Vgl auch EvBl 1972/124; SZ 58/165.

3) Siehe schon SZ 15/121; JBl 1962, 152. Vgl dazu auch *Stözl*, Folgen einer „aussichtslosen Prozeßführung“ für den Rechtsanwalt, *AnwBl* 1973, 180. Es sei in diesem Zusammenhang auch auf die E OGH 15. 11. 1989, 1 Ob 23/89, *AnwBl* 1990, 457, verwiesen, in der ausgesprochen wurde, daß ein Rechtsanwalt, der eine aussichtslose Prozeßführung unternimmt, ohne den Mandanten entsprechend aufgeklärt zu haben, nicht nur den verursachten Schaden zu ersetzen habe, sondern auch *keinen Anspruch auf Honorar* habe, da seine Tätigkeit für den Mandanten wertlos gewesen sei. Will man den Kl so stellen, wie er ohne schädigende Handlung stünde, so müßte dem Rechtsanwalt zumindest jenes Entgelt zustehen, das ihm nach einer Aufklärung über die Aussichtslosigkeit des Prozesses zugestanden wäre. Dies hätte der Klient ja jedenfalls entrichten müssen. Vgl auch *F. Graf, Anwaltshaftung* 70.

4) JBl 1972, 426; NZ 1980, 73; RdW 1987, 96; 5 Ob 555/89; *Kozioł-Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts<sup>6</sup> 1421 und 441 f; *Kozioł*, Haftpflichtrecht<sup>7</sup> 1333.

5) So bereits OGH 126. 1. 1988, 8 Ob 593/87 (unveröffentlicht); BGH in *NJW* 1983, 1665; vgl auch *F. Graf, Anwaltshaftung* 69 f.

die vorhergegangene Nichtbefolgung des anwaltlichen Rates, ein Vergleichsangebot zu akzeptieren, zerstört wurde.

## 2. OGH 11. 4. 1989, 5 Ob 530/89; JBl 1989, 727 – Kontrollpflichten des rechtskundigen Mandanten

Die E behandelt die Frage, inwieweit ein rechtskundiger Mandant verpflichtet ist, die Tätigkeit seines Rechtsanwalts zu überwachen. In dem der E zugrundeliegenden Sachverhalt hatte es der Rechtsanwalt eines Kfz-Haftpflichtversicherers unterlassen, einen – erfolgversprechenden – Berufungsgrund in die Berufung aufzunehmen. Der Prozeß wurde verloren, und der Versicherer nahm in der Folge diesen „Kunstfehler“ des Rechtsanwalts zum Anlaß, um den Rechtsanwalt im Regreßweg in Anspruch zu nehmen. Der Rechtsanwalt verteidigte sich unter Hinweis darauf, daß der zuständige Schadensreferent ihm sogar „Ezzes“ für die Abfassung der Berufung gegeben habe und mit dem Inhalt der Berufungsschrift ausdrücklich einverstanden gewesen sei. Aus dieser „Mitarbeit“ des Schadensreferenten leitete der Rechtsanwalt ein wesentliches Mitverschulden des Kl ab.

Der OGH folgte diesem Einwand nicht. Die Pflicht zur umfassenden Beratung und Belehrung gelte prinzipiell auch gegenüber einem rechtskundigen Mandanten.<sup>6)</sup> Auch dieser müsse darauf vertrauen können, daß der Rechtsanwalt alle nach der Rechtsordnung erforderlichen Schritte zur Wahrung der Rechte seines Mandanten unternehmen werde. *Auch den rechtskundigen Mandanten treffe keine generelle Verpflichtung zur umfassenden Kontrolle seines Rechtsanwalts.* Eine Kontrollpflicht könne nur dann angenommen werden, wenn sich bereits aus der flüchtigen Durchsicht der vom Rechtsanwalt übermittelten Akten ergebe, daß dieser Fehler mache. Im vorliegenden Fall könne dem Versicherer kein Vorwurf gemacht werden. Den Schadensreferenten traf keine Verpflichtung, das anzufechtende Urteil sorgfältig zur Gänze durchzulesen und auf das Vorhandensein allfälliger weiterer, vom Rechtsanwalt nicht aufgezeigter Rechtsfehler zu überprüfen und den Rechtsanwalt vom Ergebnis dieser Überprüfung zu verständigen. Der Schadensreferent konnte vielmehr darauf vertrauen, daß der Rechtsanwalt das Urteil einer sorgfältigen Prüfung unterzogen und alle in Betracht kommenden Berufungsgründe erkannt habe.

## 3. OGH 18. 4. 1989; 5 Ob 555/89 – Belehrungspflicht, Kausalität und Schaden

Die nunmehrige Kl war Verkäuferin einer Liegenschaft. Als Kaufpreis waren S 1.420.000,- vereinbart worden, in dem den Behörden vorgelegten, von einem Notar verfaßten Kaufvertrag wurden allerdings bloß S 850.000,- angegeben. Die Käuferin leistete bei Vertragsabschluß eine Teilzahlung von S 570.000,-, geriet aber mit der Bezahlung des Restkaufpreises in Verzug. Daraufhin beauftragte die Kl den nun bekl Rechtsanwalt, die restlichen S 850.000,- einzuklagen. Der Rechtsanwalt war über die Differenz zwischen dem tatsächlichen und dem „offiziellen“ Kaufpreis informiert. Da sich der Differenzbetrag in der Exekution als uneinbringlich erwies, erklärte die Verkäuferin durch den Bekl der Käuferin den Rücktritt vom Vertrag.

In der Folge wurde über die Kl in einem Finanzstrafverfahren eine Strafverfügung in der Höhe von S 45.000,-

verhängt, da sie als abgabepflichtige Verkäuferin durch unrichtige Angabe des Kaufpreises Grunderwerbsteuer hinterzogen habe. Schließlich wurde der Verkäuferin auch noch die Zahlung der Grunderwerbsteuer in der Höhe von S 115.000,- vorgeschrieben, da die Käuferin, die sich vertraglich zur Leistung der Steuer verpflichtet hatte, noch nicht geleistet habe. Daraufhin brachte die Kl eine Schadenersatzklage gegen den Rechtsanwalt ein, da dieser es unterlassen habe, gem § 20 Abs 1 GrEStG 1955 rechtzeitig zu beantragen, daß die Grunderwerbsteuer nicht festgesetzt werde, da der Erwerbsvorgang rückgängig gemacht worden sei. Die Kl brachte vor, daß die rechtzeitige Antragstellung ihre Steuerpflicht abgewendet hätte.

Die Klage wurde in letzter Instanz *abgewiesen*. Zunächst nahm der OGH zur Anwendbarkeit des § 1298 ABGB auf den Anwaltsvertrag Stellung. Dies ist vor allem in Hinblick auf die Entscheidung 8 Ob 700/89 (s zu dieser E unter Nr 4)<sup>7)</sup> bemerkenswert, in der ausgeführt wurde, daß § 1298 ABGB nur für Erfolgsverbindlichkeiten gelte und auf bloße Sorgfaltsverbindlichkeiten, zu denen die durch den Anwaltsvertrag begründeten Pflichten zählen, nicht anwendbar sei. In der nun gegenständlichen E geht der OGH von der Anwendbarkeit des § 1298 ABGB auf Anwaltsverträge aus. Das Höchstgericht macht aber deutlich, daß Haftungsansatzpunkt nur die vom Kl zu beweisende Nicht- oder Schlechterfüllung sein könne. *Der Kl habe die Pflichtverletzung, den dadurch verursachten Schaden und damit auch die Kausalität der Pflichtwidrigkeit zu beweisen.* Erst danach trete die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB ein, und es obliege dann dem Schädiger, darzutun, daß er ohne Verschulden gehandelt habe.

Hinsichtlich des Umfangs der anwaltlichen Belehrungspflicht führte der OGH in Einklang mit seiner stRsp<sup>8)</sup> zum Anwaltsvertrag aus, daß der Rechtsanwalt über alle mit dem erteilten Auftrag zusammenhängenden Fragen aufzuklären habe, von denen er annehmen muß, daß sie dem Mandanten unbekannt seien. *Der Rechtsanwalt könne sich dabei nicht auf eine eingeschränkte, nur genau dem Wortlaut des Auftrages entsprechende Belehrungspflicht berufen.* Dem Bekl hätte nach der erfolglosen Exekutionsführung zur Hereinbringung des Kaufpreisrestes bekannt sein müssen, daß Forderungen gegen die Käuferin nicht ohne weiteres einbringlich zu machen seien. Er hätte daher zu bedenken gehabt, daß sie möglicherweise die fällige Grunderwerbsteuer nicht bezahlt habe und die Kl Gefahr laufe, als Gesamtschuldnerin von der Finanzbehörde in Anspruch genommen zu werden. Der Rechtsanwalt hätte daher selbst bei einem auf die schriftliche Erklärung des Rücktritts vom Vertrag beschränkten Auftrag von sich aus die Kl über ihre mögliche Haftung aufzuklären gehabt. Darüber hinaus hätte er, wenn nicht schon feststand, daß die Käuferin die Grunderwerbsteuer bereits entrichtet hatte, alle Vorkehrungen zu treffen gehabt, die nach dem Gesetz zur Verfügung standen, um die Haftung der Kl für diese Abgabe abzuwenden.

Der OGH verneinte die Haftung des Rechtsanwalts aber letztlich, da selbst bei umfassender Aufklärung die Haftung der Kl für die rückständige Grunderwerbsteuer nicht abzuwenden gewesen wäre. Zum Zeitpunkt der anwaltlichen Beratung enthielt § 20 GrEStG 1955 in Abs 6 noch die Bestimmung, daß die hier relevanten Bestimmungen des § 20 nur dann galten, wenn beim rückgängig gemachten Erwerbsvorgang die Steuerschuldner ihrer Offenlegungs- und Wahrheitspflicht rechtzeitig nachgekommen sind. Diese Bestimmung war später durch Erkenntnis des VfGH aufgehoben worden. Da aber die Tätigkeit des Rechts-

Aufe

Freie

P

Voll-  
Binn

anwalts im Lichte der damals geltenden Rechtslage zu beurteilen war, konnte dem Anwalt aus der unterlassenen Aufklärung kein Vorwurf gemacht werden. Die Aufklärung über § 20 GrEStG 1955 wäre zwecklos gewesen, da die unrichtige Angabe des Kaufpreises durch die Kl eine Berufung auf § 20 GrEStG 1955 unmöglich gemacht hatte.

Dem bekl Rechtsanwalt wurde auch nicht zum Vorwurf gemacht, daß er nicht erkannt hatte, daß die Ausschließung bestand, die Vorschrift des § 20 Abs 6 GrEStG beim VfGH erfolgreich anzufechten. Der Rechtsanwalt handelt jedenfalls pflichtgemäß, wenn er seinem Mandanten rät, sich in Übereinstimmung mit der geltenden Gesetzeslage zu verhalten.<sup>9)</sup>

#### 4. OGH 15. 2. 1990, 8 Ob 700/89;

RdW 1990, 311

### § 1298 ABGB, Beweislastumkehr, Pflichten bei Vergleichsabschluß

Der Kl warf in dem dieser E zugrundeliegenden Sachverhalt der bekl Rechtsanwältin vor, einen bindenden Vergleich abgeschlossen zu haben, ohne von ihm hierzu ermächtigt gewesen zu sein. Darüber hinaus wäre der Vergleich auch ungünstig gewesen, hätte der Kl doch gute Chancen gehabt, im Prozeß zu obsiegen. Im Haftungsprozeß berief sich der Kl auf § 1298 ABGB und argumentierte offenbar, daß es der Rechtsanwältin obliege, darzutun, daß sie an der Erfüllung ihrer Verbindlichkeit – ie dem Abschluß eines günstigen Vergleiches – ohne ihr Verschulden gehindert worden sei.

Der OGH stellte zunächst fest, daß sich aus der Aktenlage ergebe, daß die Anwältin zum Abschluß des Vergleiches ermächtigt gewesen war. Zu prüfen blieb daher lediglich, ob die Bekl zu Recht zum Abschluß des Vergleiches geraten hatte und welcher Seite der Beweis hierfür oblag. Bezüglich des Verhaltens der Anwältin anlässlich des Vergleichsabschlusses beschränkt der OGH seine Prüfung zu Recht auf die Frage, ob für die Anwältin aufgrund der erteilten Information und des Prozeßstandes ein Vergleich empfehlenswert gewesen war.<sup>10)</sup> War dies der Fall, so haftet die Rechtsanwältin für eine – ex post betrachtet – unrichtige Empfehlung auch dann nicht, wenn sich nachträglich herausstellen sollte, daß im Prozeß ein besseres Ergebnis erzielt worden wäre. Entscheidend ist die ex-ante-Perspektive. Voraussetzung des Obsiegens im Haftungsprozeß ist daher sowohl der Nachweis des anwaltlichen Pflichtverstoßes als auch der Beweis, daß im Prozeß mehr zu erzielen gewesen wäre.<sup>11)</sup> Im vorliegenden Fall hatte die Rechtsanwältin pflichtgemäß gehandelt, da einerseits die Prozeßaussichten nach den vorliegenden Beweisergebnissen nicht günstig waren und andererseits auch wirtschaftliche Überlegungen für den Vergleichsabschluß sprachen.

In der Frage der Anwendbarkeit des § 1298 ABGB fehlt der OGH in großer und in diesem Fall nicht nur für *Erfüllungsverbindlichkeiten*, nicht aber für bloße Sorgfaltsverbindlichkeiten gelte. Diese Unterscheidung ist nicht erforderlich, sind doch beide „vertragsmäßige . . . Verbindlichkeiten“ (Sd § 1298 ABGB). Beide sind gleichermaßen zu „erfüllen“. Werden allerdings die einen durch die Herbeiführung des geschuldeten Erfolges erfüllt, so bedeutet im Falle einer Sorgfaltsverbindlichkeit bereits die Anwendung des geschuldeten Sorgfalts die Erfüllung, selbst wenn ein

erstrebter Erfolg nicht eintreten sollte. In beiden Fällen hat der Geschädigte die Nichterfüllung – ie den Nichteintritt des geschuldeten Erfolges bzw die Sorgfaltsverletzung – nachzuweisen. Erst wenn dieser Nachweis gelungen ist, kommt § 1298 ABGB ins Spiel und verlangt vom Schädiger den Nachweis, daß er an der Erfüllung seiner Verbindlichkeit ohne sein Verschulden verhindert worden sei.<sup>12)</sup> (Inzwischen ist die E ecolex 1991, 241 ergangen, die iSd bisherigen Rsp nicht zwischen Erfolgs- und Sorgfaltsverbindlichkeiten unterscheidet.)

#### 5. OGH 27. 2. 1990, 4 Ob 607/89;

AnwBl 1991, 51 –

### Abschluß des Anwaltsvertrages

In dieser E hatte sich der OGH unter anderem mit der Frage zu beschäftigen, wann der Vertrag zwischen Rechtsanwalt und Klient zustande kommt und ab wann den Rechtsanwalt Beratungs- und Belehrungspflichten gegenüber seinem Mandanten treffen. Der bekl Anwalt wurde im März beauftragt, die Einverleibung des Eigentumsrechtes seiner Mandantin auf einer Liegenschaft vorzunehmen. Die schriftliche Vollmacht der Mandantin erhielt er allerdings erst im November. Der Titel der Mandantin beruhte auf einem Schenkungsvertrag, der auf seiten des Geschenkgebers durch dessen Rechtsanwalt abgeschlossen worden war. Teil der zur Einverleibung notwendigen Unterlagen war die Vollmacht, die der Schenker der Liegenschaft seinem Rechtsanwalt erteilt hatte. Diese Vollmacht war – wie sich später herausstellte – zur Vornahme des unentgeltlichen Veräußerungsgeschäftes aber unzureichend. Die Mandantin brachte vor, daß dieser Mangel bis August ohne größere Probleme behoben hätte werden können. Der Rechtsanwalt unterließ aber die Prüfung der übersandten Unterlagen und die Belehrung seiner Mandantin bis zum Erhalt der schriftlichen Vollmacht im November. Die Einverleibung des Eigentumsrechtes konnte in der Folge nur unter Aufwendung erheblicher Mittel bewirkt werden.

Die Mandantin klagte daraufhin den Rechtsanwalt auf Ersatz der ihr aus der Unterlassung der Belehrung und der rechtzeitigen Prüfung der Unterlagen entstandenen Mehraufwendungen. Die Mandantin brachte vor, daß der

6) Vgl dazu auch NZ 1987, 148; RdW 1989, 221; s F. Graf, Anwaltschaftung 67 f. So auch für die BRD M. Vollkommer, Anwaltschaftung 241.

7) Vgl auch die unter Nr 1 besprochene E 7 Ob 720/88.

8) SZ 34/153. Vgl auch die E OGH 1. 3. 1989; 1 Ob 516/89, RdW 1989, 221, in der ausgeführt wird, daß der Mandant darauf vertrauen darf, daß der Rechtsanwalt den übernommenen Auftrag nicht bloß dem Wortlaut, sondern dem ihm geläufigen Geschäftszweck entsprechend ausführen werde. Siehe F. Graf, Anwaltschaftung 63 f mwN.

9) So bereits SZ 44/139; SZ 58/165; F. Graf, Anwaltschaftung 59. Dieser Grundsatz gilt auch in Fällen, in denen der Rechtsanwalt seinem Mandanten rät, sich in Einklang mit der herrschenden Rsp zu verhalten. Der Rechtsanwalt wird selbst dann nicht haftbar, wenn von der bisher gefestigten Spruchpraxis gerade in seinem Fall abgegangen wird. Ein Wandel der ständigen Judikatur muß nicht vorausbedacht werden.

10) Vgl auch BGH in VersR 1961, 276, mit Besprechung von Fenzl, ÖJZ 1962, 310; NJW 1988, 3269. Siehe F. Graf, Anwaltschaftung 73 ff.

11) Siehe Rsp 1933/83 mit zustimmender Anm Lohsing; Fenzl, ÖJZ 1970, 338 f.

12) Bezüglich dieser kontroversiellen Ausführungen des OGH zur Frage des § 1298 ABGB sei auf die Ausführungen Wilhelms in ecolex 1990, 733, und Binders in JBl 1990, 814 verwiesen. Vgl auch die E 5 Ob 555/89 (oben Nr 3).

Rechtsanwalt die Verpflichtung gehabt hätte, sie unverzüglich nach Auftragserteilung – im März – auf etwaige, der Einverleibung entgegenstehende Probleme aufmerksam zu machen. Die rechtzeitige Belehrung hätte den eingetretenen Schaden verhindert. Der Bekl wandte ein, daß er vor Zusendung der Vollmacht nicht zur Beratung der Kl verpflichtet gewesen wäre.

Der OGH verwarf den Einwand des Bekl. Der Anwaltsvertrag sei ein formfreier Vertrag, auf den in erster Linie die Vorschriften der RAO anzuwenden seien; hilfsweise würden die Bestimmungen des ABGB<sup>13)</sup> gelten. Weder RAO noch ABGB enthielten Formvorschriften für das Zustandekommen des Vertrages. Der Vertrag zwischen Rechtsanwalt und Kl sei daher bereits im März zustande gekommen, als die Schwester der Kl – als ihre Vertreterin – den Rechtsanwalt beauftragte und dieser den Auftrag angenommen habe. Von diesem Zeitpunkt an hätte den Rechtsanwalt die Pflicht zur umfassenden Belehrung seiner Mandantin getroffen. Die Unterfertigung einer schriftlichen Vollmacht wäre weder für das Zustandekommen des Vertrages noch für das Entstehen der Beratungspflicht relevant gewesen.<sup>14)</sup> In der Sache selbst verwies der OGH zurück, da nicht feststand, ob die rechtzeitige Belehrung den Schadenseintritt tatsächlich verhindern hätte können.

**6. OGH 27. 3. 1990, 5 Ob 544/90;  
EvBl 1990/135 – Schmerzensgeld für  
fahrlässig verursachten Freiheitsentzug**

In dem dieser E zugrundeliegenden Sachverhalt war der nunmehrige Kl zu einer viermonatigen unbedingten Freiheitsstrafe verurteilt worden. Sein damaliger Anwalt unterließ es, den Kl darauf aufmerksam zu machen, die Strafhafte rechtzeitig anzutreten, um dadurch in den Genuß der Weihnachtsamnestie zu gelangen. Bei rechzeitigem Strafantritt hätte der Kl nur ein Viertel der Haft verbüßen müssen. Der Kl begehrt vom Anwalt, dem nunmehrigen Bekl, Ersatz des Verdienstentganges und Schmerzensgeld.

Der OGH sprach den Verdienstentgang zu, wies aber die Klage in Hinsicht auf das Schmerzensgeld ab. Zunächst merkte das Höchstgericht an, daß der Rechtsanwalt selbst dann zur Prüfung der Möglichkeit für eine Begnadigung verpflichtet gewesen wäre, wenn diese Prüfung nicht ausdrücklich Gegenstand des Auftrages gewesen wäre. Für den Anwalt bestehe grundsätzlich die Verpflichtung, auch über den Auftrag hinausgehende Handlungen vorzunehmen, wenn für ihn erkennbar ist, daß dies zur Abwendung eines drohenden Schadens des Mandanten unbedingt erforderlich ist.<sup>15)</sup>

Den Anspruch auf Schmerzensgeld wies der OGH mit der Begründung ab, daß einerseits der Rechtsanwalt nicht vorsätzlich gehandelt habe und andererseits der Freiheitsentzug nicht rechtswidrig gewesen sei, da er auf einer rechtmäßig verhängten Freiheitsstrafe beruhe. Dem Rechtsanwalt sei nur vorzuwerfen, daß er es fahrlässig unterlassen habe, die rechtmäßig verhängte Haft seines Mandanten zu verkürzen. Diese Unterlassung mache aber die an sich rechtmäßige Haft nicht rechtswidrig. Daher seien die Voraussetzungen des Zuspruchs von Schmerzensgeld nach § 1329 ABGB – die vorsätzliche Herbeiführung eines „widerrechtlichen Arrestes“ – nicht gegeben. Auch § 1325 ABGB, die andere Bestimmung des ABGB, die Zuspruch von Schmerzensgeld vorsehe, sei nicht anwendbar, da keine Körperverletzung vorliege. Daher sei es zwar möglich, daß

auch bloß fahrlässige Handlungen, die indirekt bewirkt haben, daß es nicht zu einer Abkürzung einer rechtmäßigen Haft gekommen sei, grundsätzlich Schadenersatzansprüche begründen können, der zu ersetzende Schaden umfasse allerdings nicht den Schmerzensgeldanspruch.

**7. OGH 5. 4. 1990, 7 Ob 13/90;  
RdW 1990, 375 – Treuhänder**

In dieser E ging es um die Deckungsklage des Rechtsanwalts gegen seine Vermögensschadenshaftpflichtversicherung. Der Kl war von Käufer und Verkäufer mit der Abfassung und Durchführung eines Liegenschaftskaufvertrages betraut worden. Der Kl war darüber hinaus auch von der Sparkasse des Käufers als Treuhänder bestellt worden. Er sollte den Betrag von S 500.000,- an den Verkäufer auszahlen, sobald die lastenfreie Einverleibung des Eigentumsrechtes des Käufers und die Einverleibung einer Höchstbetrags-hypothek von S 650.000,- für die Sparkasse sichergestellt wären. Der Rechtsanwalt zahlte den Betrag allerdings bereits zu einem Zeitpunkt aus, zu dem er über die zur Einverleibung notwendige Unbedenklichkeitsbescheinigung noch nicht verfügte; die anderen Originalurkunden befanden sich jedoch bereits sämtlich in seiner Innehabung. In der Folge bezahlte der Käufer die Grunderwerbsteuer nicht, so daß die Unbedenklichkeitsbescheinigung nicht ausgestellt und der Vertrag nicht verbüchert werden konnte. Der Verkäufer trat daher vom Vertrag zurück und weigerte sich, die erhaltenen S 500.000,- zurückzuzahlen. Er rechnete diesen Betrag mit ihm zustehenden Schadenersatzansprüchen auf. Über das Vermögen des Käufers wurde der Konkurs eröffnet. Der Rechtsanwalt ersetzte der Sparkasse den erlittenen Schaden und machte diesen Betrag gegen seine Versicherung geltend.

Der OGH bejahte den Pflichtverstoß des Anwalts und damit den Anspruch gegen die Versicherung. Nach Ansicht des OGH wäre es die Pflicht des Anwalts gewesen, im Zuge der Errichtung des Kaufvertrages gegenüber der Sparkasse und gegenüber dem Verkäufer darauf hinzuweisen, daß die grundbücherliche Durchführung des Kaufvertrages daran scheitern könnte, daß der Käufer möglicherweise nicht in der Lage sein werde, den für die Entrichtung der Grunderwerbsteuer notwendigen Betrag aufzubringen. Diese Hinweispflicht habe umso mehr bestanden, als der Kauf zur Gänze fremdfinanziert war.

Die Entscheidung des OGH läßt zwei wesentliche Fragen unbeantwortet: Zum ersten muß gefragt werden, ob den Rechtsanwalt tatsächlich die Verpflichtung traf, die Sparkasse darauf hinzuweisen, daß die Bezahlung der Grunderwerbsteuer nicht gesichert war. Es ließe sich mit der E 7 Ob 550/86<sup>16)</sup> argumentieren, daß es sich bei der Sparkasse um einen rechtskundigen Mandanten gehandelt habe, der in puncto Kreditsicherung einer Beratung nur dann bedürfe, wenn dies ausdrücklich verlangt werde. Dies könnte umso mehr behauptet werden, als ein Direktor der Sparkasse an den Vertragsgesprächen zwischen den Parteien anwesend und aktiv beteiligt war. Ihm war daher bekannt, daß keine besonderen Vorkehrungen zur Sicherung der Begleichung der Grunderwerbsteuer getroffen worden waren. Auf der anderen Seite betonen E wie die unter Nr 2 besprochene E 5 Ob 530/89, daß den Rechtsanwalt auch gegenüber rechtskundigen Mandanten umfassende Beratungs- und Belehrungspflichten zumindest solange treffen, als der Mandant nicht in eindeutiger Weise zu erkennen

Aufe

Freie

P

Voll-  
Bini

gibt, daß er der Belehrung nicht bedarf. Wird man letztlich die Belehrungspflicht des Rechtsanwalts vor allem in Hinblick auf die letzte zitierte E bejahen können, so hätte die Frage, inwieweit der Direktor einer Sparkasse in Fragen der hypothekarischen Sicherstellung von Darlehen einer eingehenden Rechtsbelehrung bedarf, zumindest erörtert werden sollen.

Darüber hinaus scheint aber auch die Kausalität der unterlassenen Belehrung für den Schaden der Sparkasse durchaus zweifelhaft. Es würde festgestellt, daß der Direktor die Auszahlung der S 500.000,- an den Verkäufer nicht davon abhängig gemacht habe, daß zu diesem Zeitpunkt das Höchstbetragspfandrecht bereits einverleibt war. Wenn der Direktor allenfalls bereit gewesen wäre, den Betrag vor Einverleibung der Höchstbetragshypothek auszahlen zu lassen, so scheint es durchaus möglich, daß er die Auszahlung gebilligt hätte, obwohl die Bezahlung der Grunderwerbsteuer nicht gesichert war. Diesen Kausalitätsbeweis hätte in einem Regreßprozeß gegen den Rechtsanwalt der Kl zu erbringen gehabt. Im Fall der Deckungsklage hat der Rechtsanwalt die Anspruchsvoraussetzungen seines Deckungsanspruches nachzuweisen. Daher hätte den Kl Rechtsanwalt die Beweislast in Bezug auf die Kausalität seines „Kunstfehlers“ getroffen.

### 8. OGH 10. 5. 1990, 6 Ob 549/90 – Vertragsverfasser

Der bekl Rechtsanwalt vertrat den Kl (Vermieter) bei Abschluß eines Mietvertrages. Der Bekl nahm unrichtigerweise Grundstücke in den Mietvertrag auf, die sich nicht im Eigentum des Kl befanden. Der Mieter, dem der Eigentümer dieser anderen Grundstücke deren Benutzung untersagte, brachte daraufhin gegen den Vermieter Klage auf Auflösung des Vertrages und Ersatz bereits getätigter und nun nutzloser Aufwendungen ein. Der Klage des Mieters wurde in erster Instanz stattgegeben. Gegen dieses Urteil hatte der Vermieter Berufung erhoben, über die aber noch nicht entschieden worden war.

In der Folge klagte der Vermieter den Rechtsanwalt auf Feststellung, daß dieser für alle Schäden hafte, die ihm aus der fehlerhaften Abfassung des Mietvertrages entstanden sind und entstehen werden. Die Untergerichte wiesen die Klage ab, da dem Kl das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung fehle. Seine Rechtsposition sei nicht gefährdet. Solange kein rechtskräftiges Urteil im Erstprozeß vorliege, sei ihm auch noch kein Schaden entstanden. Es sei auch keine Verjährung der Ansprüche zu befürchten, da die Verjährung erst mit Zustellung des letztinstanzlichen Urteils zu laufen beginne.

Der OGH gab der Revision des Kl statt und verwies die Sache zur neuerlichen Entscheidung zurück. Das OGH hat gemeint, daß der behauptete Schadenersatzanspruch gegen den Rechtsanwalt ein Rechtsverhältnis nach § 226 ZPO darstelle und daher – bei Vorliegen der üblichen Voraussetzungen – auf Feststellung dieses Rechtsverhältnisses geklagt werden könne. Das rechtliche Interesse auf Feststellung dieses Schadenersatzanspruches bejahte der OGH, da die konkrete Möglichkeit bestehe, daß infolge des schädigenden Ereignisses – der fehlerhaften Vertragsabfassung – in Zukunft ein Schaden entstehen könne. Durch die Entscheidung erster Instanz im Verfahren zwischen Mieter und Vermieter habe sich die Möglichkeit des Schadenseintritts unmissverständlich aktualisiert. Da die Feststellungsklage nicht

nur dem Ausschluß der Gefahr der Verjährung, sondern auch der Vermeidung von Beweisschwierigkeiten diene, sei es auch nicht erheblich, daß die Verjährung allenfalls erst mit Zustellung der letztinstanzlichen Entscheidung beginne.

### 9. OGH 24. 10. 1990, 1 Ob 674/90; AnwBl 1991, 118 – Haftung der Sozietät

In dieser E beschäftigte sich der OGH mit der Haftung der Mitglieder einer Anwaltssozietät für die von den Mitgliedern der Sozietät angestellten Konzipienten. Im Anlaßfall hatte sich der nachmalige Kl mit einem Rechtsproblem *telefonisch* an die aus zwei Anwälten bestehende Kanzlei gewandt und hatte am Telefon von einer Konzipientin einen Rat erhalten, der im Gegensatz zur eindeutigen und wiederholt veröffentlichten Judikatur des OGH stand. Da sich der Kl an den Rat hielt, wurde er in einen kostspieligen Prozeß verwickelt, in dem ihn der eine der beiden Partner vertrat. Nach der unausweichlichen Prozeßniederlage klagte er diesen Partner auf Schadenersatz wegen des durch die Konzipientin – dessen Erfüllungsgehilfin – erteilten falschen Rates. Da ihm in diesem Prozeß nur Ersatz für einen Teil seines Schadens zugesprochen wurde, belangte er in der Folge auch den anderen Partner. Dieser bestritt eine Haftung nach § 1313 a ABGB für den falschen Rat der Konzipientin, da der Kl nicht mit ihm, sondern nur mit seinem Partner einen Anwaltsvertrag geschlossen habe. Der OGH akzeptierte dieses Argument nicht: Die Frage, wer für die Falsch Auskunft hafte, sei unabhängig davon, mit welchem der Anwälte in der Folge ein Vertrag zustande komme; entscheidend sei nur, mit welchem der Partner der *Auskunftsvertrag* zustande gekommen sei. Nach Ansicht des OGH sei dieser Auskunftsvertrag konkludent *mit beiden Partnern* abgeschlossen worden: Da der per Telefon ratsuchende nachmalige Kl das Tätigwerden der Konzipientin nicht einem der beiden Anwälte ausschließlich zuordnen konnte, sondern aufgrund eines von der Sozietät gesetzten Rechtsscheines annehmen durfte, sie werde für beide tätig, kam nach den Grundsätzen über den Schutz des Vertrauens auf den äußeren Tatbestand ein Auskunftsvertrag mit beiden Partnern zustande, sodaß beide nach § 1313 a ABGB haften.

Dem Grundgedanken der Entscheidung ist sicherlich zuzustimmen: Wenn ein Vertrag mit beiden Partnern zustande kommt, haften beide für die als Erfüllungsgehilfin

13) So die stRsp; s bloß SZ 56/181; WBl 1988, 205.

14) Siehe F. Graf, Anwaltschaftung 13 f.

15) Vgl dazu bereits die unter Nr 3 besprochene E 5 Ob 555/89.

16) Veröffentlicht in NZ 1987, 148. Diese E beschäftigt sich mit der Frage, ob die Belehrungspflicht des Rechtsanwalts gegenüber jedem Mandanten gleich umfassend sei oder ob auf ein gewisses Vorwissen vertraut werden dürfe. Der bekl Anwalt hatte seine Mandantin, ein Kreditinstitut, nicht ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, daß die Einverleibung eines Pfandrechtes auf der Liegenschaft des Schuldners nach Veräußerung und Einverleibung des Eigentumsrechtes der Käufer nicht mehr möglich sein werde. Der OGH führte aus, daß bei der Beurteilung der Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts der Auftrag und das im Einzelfall betroffene Geschäft berücksichtigt werden müssen. Im vorliegenden Fall könne daher nicht davon ausgegangen werden, daß die Kl in dieser Frage nur über „*rechtliche Minimalkenntnisse*“ verfüge, da die Gewährung von Krediten einen sehr wesentlichen Teil ihrer Geschäfte ausmache. Daher dürfe der Anwalt davon ausgehen, daß die Kl einer juristischen Beratung nicht bedürfe und allfällige Wünsche und Aufträge von sich aus äußern werde. Vgl zu dieser E F. Graf, Anwaltschaftung 67 f.

eingesetzte Konzipientin. Zugestimmt kann der Entscheidung auch insoweit werden, als sie im konkreten Fall einen konkludenten Vertragsabschluß mit beiden Partnern annimmt. Bedauerlich, wenn auch verständlich ist lediglich, daß der OGH ausdrücklich betont, im vorliegenden Fall nicht näher auf die allgemeine Frage einzugehen, ob Rechtsanwälte, die ihre Kanzlei in der Rechtsform einer GesbR führen, Klienten gegenüber generell solidarisch haften. Diese Ausparung ist deswegen bedauerlich, da sich diese Frage mit Hilfe des vom OGH in der vorliegenden Entscheidung benutzten Prinzips, nämlich des Abstellens darauf, mit wem der Anwaltsvertrag geschlossen wurde, beantworten läßt. Die entscheidende Frage ist, wer aufseiten der Anwaltskanzlei Partner des Anwaltsvertrages wurde: bloß derjenige Anwalt, der das Mandat tatsächlich übernahm, oder überhaupt alle Mitglieder der Sozietät.<sup>17)</sup> Diese Frage läßt sich *allerdings nicht allgemein beantworten*, es kommt auf die Umstände des Einzelfalles an, insbesondere auf das Auftreten der Sozietät im Geschäftsverkehr: Je einheitlicher und geschlossener dieses Auftreten ist, desto wahrscheinlicher ist es, daß der Mandant, der die Sozietät bzw einen Anwalt der Sozietät aufsucht, den Auftrag nicht nur diesem Anwalt, sondern der Sozietät als solcher überträgt.<sup>18)</sup> Handelt es sich jedoch zB um eine bloße Regiegemeinschaft,<sup>19)</sup> also eine Innengesellschaft, so wird der Klient idR nur jenen Anwalt beauftragen, mit dem er den Kontakt gesucht hat. Die bloße Tatsache, daß die Anwälte in einer Sozietät zusammengeschlossen sind, vermag daher per se keinerlei Auskunft darüber zu geben, ob im Schadensfall eine Solidarhaftung besteht oder nicht.

Läßt sich aufgrund der Bewertung der Umstände des Einzelfalles allerdings klären, daß nicht bloß ein bestimmtes

Mitglied der Sozietät, sondern die Sozietät als solche Vertragspartner des Mandanten wurde, so haften alle Mitglieder<sup>20)</sup> der Sozietät solidarisch für die Erfüllung der vertraglichen Pflicht. Waren die socii solidarisch zur Erbringung der vertraglichen Leistung verpflichtet, so trifft sie auch für den aus der Schlechterfüllung entstandenen Schaden die solidarische Haftung. Dies gilt auch dann, wenn nur einen socius Verschulden an der Vertragsverletzung trifft. Daher wird auch das Verschulden eines Erfüllungsgehilfen, dessen sich ein Mitglied bedient, nicht bloß einem socius, sondern jedem Mitglied der Sozietät zugerechnet.

- 17) Die vom Mandanten unterschriebene Vollmacht ist zur Klärung dieser Frage nur bedingt geeignet, sie regelt nur das *Außenverhältnis*. Wer im Innenverhältnis verpflichtet ist, ergibt sich nur aus dem internen Auftragsvertrag. Soweit die Vollmacht aber nur auf ein Mitglied der Sozietät ausgestellt ist, ist dies ein Indiz dafür, daß auch der Auftragsvertrag nur mit diesem Anwalt geschlossen wurde. Wer sich nach außen nur von einem bestimmten Rechtsanwalt vertreten lassen will, der wird regelmäßig auch an der internen Bearbeitung durch diesen Anwalt interessiert sein. Siehe BGH in BGHZ 56, 355; R. Boergen, Die vertragliche Haftung des Rechtsanwalts 26 f; F. Graf, Anwaltschaftung 28.
- 18) Es lassen sich aber auch bestimmte Fälle aufzeigen, in denen klar ist, daß bloß ein Mitglied beauftragt wurde: So etwa, wenn der Mandant ein Spezialproblem gerade von einem bestimmten Fachmann bearbeitet sehen will, oder wenn Gegenstand des Auftrages eine Privatangelegenheit ist, die ein befreundeter Anwalt übernehmen soll. Gleiches gilt in Fällen der Verfahrenshilfe. Siehe näher F. Graf, Anwaltschaftung 31 f.
- 19) Zum Begriff s F. Graf, Anwaltschaftung 26.
- 20) Da die GesbR als solche keine eigene Rechtspersönlichkeit hat, treffen die vertraglichen Pflichten nicht die Gesellschaft als solche, sondern die Gesellschafter.

## KREDITSCHÄDIGUNG UND WAHRHEITSBEWEIS

Aufer  
Beweislast  
Freier  
Ehren-  
beleidigung  
P.  
Kredit-  
schädigung  
§ 1330 ABCGB

Der OGH geht in stRsp davon aus, daß bei der „Kreditschädigung“ im Sinne des § 1330 Abs 2 ABGB den Kl die Beweislast für die Unrichtigkeit der verbreiteten Tatsachen trifft.<sup>1)</sup> Dieser auch von der Lehre<sup>2)</sup> geteilte Standpunkt erscheint zunächst einleuchtend. Denn nach allgemeinen Regeln hat der Geschädigte alle Anspruchsvoraussetzungen und daher auch jene Tatsachen zu beweisen, welche das Rechtswidrigkeitsurteil begründen. Bedenkt man allerdings die großen Schwierigkeiten, mit denen ein solcher Beweis für den Geschädigten verbunden ist, neigt man dazu, diese Regel nochmals zu überdenken. Vor allem dann, wenn der Kl etwas „Negatives“ nachweisen muß, zB daß er ein bestimmtes Verhalten nicht gesetzt habe, ist die Beweisführung mühsam. Schon im gemeinen Recht galt deshalb der Grundsatz: „Negativa non sunt probanda“. Ohne auf die hier aufgeworfene Problematik einzugehen, hat der OGH<sup>3)</sup> noch vor kurzem einer sich gegen den

Vorwurf der rechtswidrigen Finanzierung wehrenden politischen Partei den Beweis dafür auferlegt, daß diese Anschuldigung unzutreffend ist. Sie hatte also zu beweisen, daß sie *nicht* auf illegalem Wege Geldbeträge erhalten hat. War der Beweis in diesem Fall immerhin noch möglich, weil der Vorwurf der Umleitung von Steuergeldern ein konkretes Projekt betraf, so muß man nur die Beschuldigung abstrakter formulieren, um zu sehen, daß der „Beweis des Gegenteils“ kaum mehr erbracht werden kann. Selbst wenn eine politische Partei alle sie betreffenden Zahlungsvorgänge offenlegt, ist in Anbetracht der Tatsache, daß dubiose Parteispenden selten in den Büchern aufscheinen, noch nichts bewiesen.

Auch der Prima-facie-Beweis wird dem Kl meist wenig helfen. Er setzt nämlich eine „formelhafte Verknüpfung“ zwischen einer bewiesenen Tatsache und dem gesetzlich geforderten Tatbestandselement voraus.<sup>4)</sup> Daher hätte es beim vorhin geschilderten Sachverhalt dem Kl nichts