

Anwaltshaftungsrecht

Vollkommer / Greger / Heinemann

5. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-72067-3
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

b) Zeitpunkt der Kenntnisnahme neuer Entscheidungen

Dabei stellt sich zugleich eine weitere Frage: Wie schnell muss sich der Anwalt über Neuerungen in der Rechtsprechung informieren bzw. **innerhalb welchen Zeitraums** ist eine Berücksichtigung maßgeblicher, neuerer Entscheidungen bei der Mandatsbearbeitung notwendig?⁹⁴

Während der BGH in dem insoweit eher milden Urteil vom 10.12.1957⁹⁵ dem tätigen Anwalt die Nichtbeachtung einer bereits **einen Monat zuvor** (in der NJW) veröffentlichten Entscheidung des BGH nicht zum Vorwurf machte, geht er in der Entscheidung vom 20.12.1978⁹⁶ offenbar selbstverständlich davon aus, dass jedenfalls die NJW **alsbald nach ihrem Erscheinen** sorgfältig studiert werden muss. Nur für Spezialzeitschriften soll Besonderes gelten:

„Trotzdem kann von einem Rechtsanwalt mit einer **allgemeinen Beratungspraxis und Prozesspraxis** grundsätzlich nicht verlangt werden, dass er diese juristische Spezialzeitschrift [FamRZ] jeweils **alsbald** nach Erscheinen darauf durcharbeitet, welche neuen höchstrichterlichen Entscheidungen auf den genannten Gebieten ergangen sind. Dies als allgemeinen Sorgfaltsmaßstab aufzustellen, würde nach Ansicht des Senats eine Überforderung darstellen. [...] Die Neue Juristische Wochenschrift bezieht der Prozessbevollmächtigte des Beklagten nach dessen eigenem Vorbringen regelmäßig. Auch wenn man – wie offenbar der Prozessbevollmächtigte selbst – davon ausgeht, dass er die höchstrichterlichen Entscheidungen in dieser allgemein verwendeten Wochenschrift, die nicht auf ein besonderes juristisches Fachgebiet beschränkt ist, **unverzüglich** durchsehen muss, liegt hier kein Verschulden vor.“

Einen ähnlichen Standpunkt vertritt auch das OLG Düsseldorf,⁹⁷ wenn es die Nichtbeachtung einer schon **sechs Wochen** zuvor in einer **allgemeinen juristischen Zeitschrift** (hier: NJW) veröffentlichten höchstrichterlichen Entscheidung für nicht entschuldbar hält. Streng verfährt hingegen das OLG Zweibrücken, wenn es dem Anwalt abverlangt, eine am 12.4.2006 ergangenen Entscheidung des BGH, die im Juli-Heft einer **Spezialzeitschrift** (hier: FamRZ) veröffentlicht wurde, bis zum Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs am 5.10.2006 zur Kenntnis zu nehmen.⁹⁸

Bei der Bearbeitung eines Mandats auf einem **Spezialgebiet**, das insbesondere eine Entwicklung der Rechtsprechung erwarten lässt, sieht der BGH⁹⁹ den Rechtsanwalt verpflichtet, Spezialzeitschriften (genannt werden ZIP, VIZ, DtZ und Agrarrecht) so rechtzeitig auf einschlägige Entscheidungen durchzusehen, dass er auf der Grundlage dieses Wissenstandes noch ausreichend Zeit hat, erforderliche Maßnahmen zu treffen.¹⁰⁰ Von

⁹⁴ Ironisch zum Verhältnis zwischen dem zulässigen Zeithonorar des Rechtsanwalts und seiner Lesegeschwindigkeit Ritter NJW 2015, 1147.

⁹⁵ BGH NJW 1958, 825.

⁹⁶ BGH NJW 1979, 877.

⁹⁷ OLG Düsseldorf VersR 1980, 359 (360); ebenso OLG Schleswig BeckRS 2013, 09391 ohne Angabe, in welcher Zeitschrift die Entscheidung veröffentlicht worden war; ähnlich OLG Jena BeckRS 2019, 24215 = AnwBl 2020, 44: Kenntnisnahme einer BGH-Entscheidung aus der NJW innerhalb von vier bis sechs Wochen; für den Steuerberater ebenso OLG Stuttgart NJOZ 2010, 2180 und OLG Celle DStRE 2011, 847.

⁹⁸ OLG Zweibrücken BeckRS 2013, 17062 = FamFR 2013, 504.

⁹⁹ BGH NJW 2001, 675 (678).

¹⁰⁰ Im konkreten Sachverhalt war eine die künftige Rechtsprechung des BGH indizierende Entscheidung vom 4.11.1994 zwischen Januar und März 1995 in Fachzeitschriften abgedruckt worden, am 31.7.1995 lief die zu wahrnehmende Verjährungsfrist ab; ob das Abstellen auf die Veröffentlichung des tatsächlich einschlägigen Urteils vom 28.4.1995 im Juni 1995 (in WM, ZIP und Agrarrecht) einen zu knapp bemessenen Zeitraum dargestellt hätte, konnte der BGH dahinstehen lassen, da der Rechtsanwalt jedenfalls wegen anderer Indizien (zB dem Urteil vom 4.11.1994), die bereits in der ersten Jahreshälfte 1995 bekannt waren, von dem drohenden Fristablauf auf der Basis des „sichersten Weges“ hätte ausgehen müssen, BGH NJW 2001, 675 (678).

einem **Steuerberater** wird erwartet, dass er sich anhand der Lektüre des BStBl. und der DStR über die neuesten Entscheidungen des BFH binnen vier bis sechs Wochen,¹⁰¹ zumindest über eine im August veröffentlichte Entscheidung noch im Erscheinungsjahr¹⁰² und über eine im Februar veröffentlichte Entscheidung spätestens im Frühjahr unterrichtet.¹⁰³ Gleiches wird man von einem steuerlich beratenden Rechtsanwalt, insbesondere einem Fachanwalt für Steuerrecht, erwarten müssen. Das BSG¹⁰⁴ stellte bei der Kenntnisnahme von einem seine bisherige Rechtsprechung grundsätzlich abändernden Urteil darauf ab, wann das den Rechtsprechungswandel einleitende Urteil in der entsprechenden Nachlieferung einer einschlägigen Entscheidungssammlung (SozR) bei der Bibliothek des BSG (!) eingegangen war.

- 27 Bei der Bemessung der dem Anwalt im Einzelfall zur Verfügung stehenden Frist wird allerdings **außergewöhnlichen Belastungen** in der Anwaltskanzlei Rechnung getragen. Denn ein – insbesondere durch Feiertage bedingter – erhöhter Arbeitsanfall berechtigt den Anwalt,

„die Durchsicht von Fachzeitschriften [...] dann im Interesse der rechtzeitigen Erledigung noch wichtigerer Aufgaben zurückzustellen.“¹⁰⁵

- 28 Insgesamt muss dem Rechtsanwalt ein „realistischer Toleranzrahmen“ zugebilligt werden, innerhalb dessen von einer neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung Kenntnis zu nehmen ist.¹⁰⁶ Bei der laufenden Fortbildung über allgemeine oder spezielle Fachzeitschriften ist ein **Toleranzzeitrahmen** von etwa vier bis sechs Wochen anzuerkennen.¹⁰⁷ Soweit fristgebundene Maßnahmen während eines speziellen Mandats, das eine höchstrichterlich noch nicht abschließende Rechtsmaterie betrifft, anstehen, kann der Zeitrahmen im Einzelfall ausnahmsweise sogar kürzer sein.¹⁰⁸ Nur soweit ein solcher eng begrenzter Ausnahmefall vorliegt, kann vom Rechtsanwalt verlangt werden, auf „schnellere“ Informationsmittel zurückzugreifen. Grundsätzlich besteht keine Verpflichtung, eine Zeitschrift einzusehen, die Entscheidungen besonders schnell veröffentlicht oder gar auf der Homepage des Gerichts nachzuforschen.¹⁰⁹

Buchhandlung DIE FACHBUCHHANDLUNG

¹⁰¹ OLG Köln DStRE 2008, 1173 (1175).

¹⁰² BGHZ 178, 258 (266) = NJW 2009, 1593 (1595).

¹⁰³ BGH DStRE 2011, 191 (195).

¹⁰⁴ BSG USK 9473; vgl. auch BSG SozR 3-1500 § 161 Nr. 10-13.

¹⁰⁵ BGH NJW 1979, 877.

¹⁰⁶ BGHZ 178, 258 (262 f.) = NJW 2009, 1593 (1594); BGH NJW 2001, 675 (678); 1985, 495 („Den die Rechtslage klarstellenden Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 23. November 1983 brauchte er im März 1984 noch nicht zu kennen, weil diese Entscheidung erst im Juni 1984 in der Neuen Juristischen Wochenschrift veröffentlicht worden ist.“); OLG München NJW-RR 1991, 803; Schnabl NJW 2007, 3025 (3026); Vill in Fischer/Fischer/Vill/Rinkler/Chab Anwaltshaftung-HdB § 2 Rn. 81.

¹⁰⁷ Fischer AnwBl 1993, 597 (599); Roßkothen AnwBl 2012, 503 (504); ausführlich Jungk in Borgmann/Jungk/Schwaiger Anwaltshaftung Kap. IV Rn. 54; so auch die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung zur Steuerberaterhaftung, OLG Köln DStRE 2008, 1173 (1175); vgl. H.-F. Lange DB 2003, 869 (870) mwN in Fn. 19; ob der BGH insoweit großzügiger verfährt, ist zweifelhaft, vgl. BGH DStRE 2011, 191 (195); BGHZ 178, 258 (266) = NJW 2009, 1593 (1595).

¹⁰⁸ BGH NJW 2001, 675 (678); aA Schnabl NJW 2007, 3025 (3029).

¹⁰⁹ Ebens Fischer AnwBl 1993, 597 (599); H.-F. Lange DB 2003, 869 (871); wann und wie oft sollte der Anwalt zB die Homepage des BGH überprüfen; in letzter Konsequenz müsste dann sogar gefordert werden, dass der Anwalt beim Gericht selbst nachfragt, ob das Mandat betreffende Entscheidungen jüngst ergangen sind; damit wären Rechtsanwalt und Gericht ersichtlich überfordert; vgl. auch BGH NJW 1985, 495; vgl. auch LG München II DStRE 2008, 1042 (1043); keine Verpflichtung des Steuerberaters, die Internetseiten der Zollverwaltung aufzurufen; unhaltbar OLG München BeckRS 2007, 12213, das einem Fachanwalt ansinnt, die Homepage des BGH auf einschlägige neue Entscheidungen, die noch nicht in Fachzeitschriften veröffentlicht sind, durchzusehen.

c) Umfang der Kenntnisnahme neuer Entscheidungen

In dem bereits vorstehend angeführten Urteil des OLG Düsseldorf äußert sich der Senat auch über die **Genauigkeit** der Lektüre von (zumindest allgemeinen) juristischen Fachzeitschriften. Denn es vertritt die Ansicht, dass der Rechtsirrtum des Anwalts auch dann nicht entschuldigt werden kann,²⁹

„wenn sich der zu berücksichtigende Rechtssatz nicht aus dem veröffentlichten Leitsatz, sondern nur aus den tragenden Gründen der BGH-Entscheidung ergibt.“¹¹⁰

Diese Ansicht ist in der Literatur – zu Recht – auf Kritik gestoßen. Kein Anwalt ist in der Lage, neben seiner eigentlichen Tätigkeit juristische Fachzeitschriften – auch wenn er sich dabei auf die Lektüre von NJW und MDR beschränken darf – so genau zu studieren, dass er sich alle in den wesentlichen Entscheidungsgründen erörterten Rechtsfragen für seine konkrete Kanzleitfähigkeit erarbeitet. Eine Beschränkung auf die Lektüre der den veröffentlichten Entscheidungen vorangestellten **Leitsätze** erscheint demgegenüber ausreichend. Denn jeder Leitsatz stellt zwar keine abschließende, wohl aber eine auf die wesentlichen, in der konkreten Entscheidung besprochenen Rechtsfragen konzentrierte Zusammenfassung dar. Die Leitsätze haben zudem gerade im Hinblick auf die wirkliche Gewichtung der jeweils behandelten rechtlichen Gesichtspunkte gewissermaßen „verbindlichen“ Charakter, weil sie in aller Regel von dem in der Sache befassten Gericht formuliert sind.¹¹¹ Dies gilt umso mehr für die sogenannten „amtlichen Leitsätze“ der Bundesgerichte, die vom jeweiligen Senat gemeinsam beraten und beschlossen werden. Kann sich der Anwalt aber auf die in den Leitsätzen zum Ausdruck gelangte wesentliche Zusammenfassung der Entwicklungstendenzen neuester Rechtsprechung verlassen, ist kein Grund ersichtlich, weshalb ihm darüber hinaus eine generelle,¹¹² seine Arbeitskraft und Arbeitszeit überfordernde Auseinandersetzung mit den Entscheidungsgründen abverlangt werden sollte.¹¹³

Diese Einschränkung kann indes nur für neueste, bislang nur in Fachzeitschriften veröffentlichte Rechtsprechung gelten. Hat aber diese aktuelle Rechtsprechung in der das spätere (Wieder-)Auffinden regelmäßig erleichternde **Kommentarliteratur** Berücksichtigung gefunden, ist es für den Rechtsanwalt zumutbar und auch im Hinblick auf seine generelle Pflicht zur Wahrnehmung der Mandanteninteressen geboten, sich in die für die jeweilige Rechtsfrage durch Kommentare verwiesene Rechtsprechung durch Lektüre der Entscheidungsgründe einzulesen und einzuarbeiten.

Hier zeigt sich wiederum deutlich die Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen präsentem Wissen einerseits und zu erarbeitenden Kenntnissen andererseits. Das auf die **neueste Rechtsprechung** bezogene, präsente Wissen des Rechtsanwalts kann sich durchaus im Wesentlichen auf die Kenntnis der Leitsätze beschränken; demgegenüber ist eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Judikatur bei der Mandatsbearbeitung zu verlangen, wo der Anwalt nicht auf sein Gedächtnis beschränkt ist, sondern ihm – die Zugänglich-

¹¹⁰ OLG Düsseldorf VersR 1980, 359, allerdings seinerseits „nur“ im Leitsatz; vgl. auch Rosen-dorfer, Ballmanns Leiden oder Lehrbuch für Konkursrecht, 10. Aufl. 2002, S. 167: „passen tun allenfalls die markigen Leitsätze, die in der ‚NJW‘ fett gedruckt sind. Alle lesen nur das Fettgedruckte, und was fett gedruckt wird, entscheidet der Redakteur. Das ist auch noch nicht untersucht worden: der Einfluss der ‚NJW‘-Redakteure auf die Rechtsfortbildung. Er ist wahrscheinlich größer als der des BGH“.

¹¹¹ Fachzeitschriften enthalten durchwegs einen Hinweis, wenn der Leitsatz, abweichend von dieser Regel, von der Redaktion formuliert ist.

¹¹² Im Einzelfall kann dies aber aus Verständnisgründen durchaus nötig sein, so etwa, wenn der Leitsatz in Frageform gekleidet ist.

¹¹³ Zustimmend Fischer AnwBl 1993, 597 (599); vgl. zum Vertrauen auf Leitsätze auch BGH NJW 1957, 750.

keit maßgeblicher Rechtsprechung erleichternde – Hilfsmittel modernster Art zur Verfügung stehen.¹¹⁴

d) Vertrauen auf Fortbestand der höchstrichterlichen Rechtsprechung

- 33 Der im Sinne obiger Ausführungen bestpräparierte Anwalt kann einen für den Mandanten geführten Prozess deshalb verlieren, weil die zur Entscheidung berufenen Gerichte eine bislang entschiedene Rechtsfrage nunmehr anders beurteilen. Kehrseite der Verpflichtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung wegen der ihr zukommenden Präjudizwirkung als dem „sichersten Weg“ zu folgen, muss dann aber konsequenterweise ein genereller, von aktueller richterlicher Rechtsänderung unabhängiger **Schutz des anwaltlichen Vertrauens** in eine solche höchstrichterliche Rechtsprechung sein.¹¹⁵ Freilich ist innerhalb der Judikatur eine Tendenz festzustellen, die dem Anwalt den Vorwurf einer Pflichtverletzung gleichwohl dann macht, wenn die maßgebliche, bislang höchstrichterlich entschiedene Rechtsfrage in Literatur und untergerichtlicher Rechtsprechung umstritten war.¹¹⁶ Ein Rechtsanwalt, der aber nur der im Schrifttum und von der untergerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Auffassung folgen würde, setzt sich dem potentiellen Vorwurf aus, nicht die höchstrichterliche Rechtsprechung berücksichtigt zu haben. Diese den anwaltlichen Vertrauenschutz einschränkende Rechtsprechung geht so nicht nur von unmöglichen prophetischen Fähigkeiten des Anwalts hinsichtlich der zukünftigen Rechtsentwicklung aus,¹¹⁷ sondern muss sich den Vorwurf eigener Inkonsistenz gefallen lassen.¹¹⁸ Eine Einschränkung ist allenfalls dort zu machen, wo für den Anwalt eine Entwicklungstendenz der jeweils maßgeblichen – insbesondere auf Grund der für ihn verpflichtenden Lektüre von Fachzeitschriften – **allzu deutlich, geradezu prognostizierbar ist**, und er deshalb mit einer Änderung der Rechtsauffassung auch in der höchstrichterlichen Judikatur rechnen muss.¹¹⁹ Ein evidenter Rechtsprechungswandel liegt noch nicht vor, wenn der Senat eines obersten Bundesgerichts in einem *obiter dictum* eine abweichende Auffassung vertritt, solange ein anderer Senat in der Sache anders entschieden hatte und diese Entscheidung wiederum zustimmend zitiert wurde.¹²⁰

- 34 In seinem Grundsatzurteil vom 30.9.1993¹²¹ hat der BGH diese Einschränkung des Vertrauenschutzes folgendermaßen präzisiert:

„So hat er [der Rechtsanwalt] die **Auswirkungen neuer Gesetze** auf eine zu dem alten Rechtszustand ergangene Judikatur zu erwägen. Auch hat er **Hinweise eines obersten Gerichts auf die Möglichkeit einer künftigen Änderung seiner Rechtsprechung** zu berücksichtigen. Ferner hat er nach Möglichkeit neue Entwicklungen in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, namentlich das **Entstehen neuer Rechtsfiguren zu verfolgen** und im Rahmen des ihm Zumutbaren deren mögliche Auswirkungen auf eine ältere Rechtsprechung im Bereich der jeweiligen Problemfelder zu bedenken. Dies kann unter bestimmten Umständen dazu führen, dass der Anwalt dann, wenn es auf einem Rechts-

¹¹⁴ Ähnlich *Fahrendorf* in Fahrendorf/Mennemeyer Rn. 562.

¹¹⁵ BGHZ 178, 258 (262) = NJW 2009, 1593 (1594).

¹¹⁶ BGHZ 60, 98 = NJW 1973, 364; weitere Nachweise bei *Rebbinder* FS Stimpel, 1985, 47 (56) Fn. 33.

¹¹⁷ *Rebbinder* FS Stimpel, 1985, 47 (56) Fn. 33; *Hübner* NJW 1989, 5 (6, 8); *Veit* MittBayNot 1995, 177 (179); *Vill* in Fischer/Fischer/Vill/Rinkler/Chab Anwaltshaftung-HdB § 2 Rn. 82.

¹¹⁸ *Rebbinder* FS Stimpel, 1985, 47 (56) Fn. 33; *Hübner* NJW 1989, 5 (6, 8).

¹¹⁹ *Rebbinder* FS Stimpel, 1985, 47 (56) Fn. 33; *Veit* MittBayNot 1995, 177 (179); *Jungk* in Borgmann/Jungk/Schwaiger Anwaltshaftung Kap. IV Rn. 58; *Vill* in Fischer/Fischer/Vill/Rinkler/Chab Anwaltshaftung-HdB § 2 Rn. 82.

¹²⁰ BGH NJW 2013, 471 (472).

¹²¹ BGH NJW 1993, 3323 (3324); bestätigt durch BGHZ 178, 258 (262) = NJW 2009, 1593 (1594); BGH NJW 2015, 770 (771); zustimmend *Hessler* JR 1994, 506; *Jungk* in Borgmann/Jungk/Schwaiger Anwaltshaftung Kap. IV Rn. 58; *Vill* in Fischer/Fischer/Vill/Rinkler/Chab Anwaltshaftung-HdB § 2 Rn. 82; ablehnend *Schaefer* NJW 1994, 501; *Veit* MittBayNot 1995, 177 (179 f.).

gebiet mit dogmatischem Wandel zu einer bestimmten Frage an neueren höchstrichterlichen Entscheidungen fehlt, die dem gewandelten Verständnis Rechnung tragen konnten, nicht mehr ohne weiteres auf den Fortbestand einer alten Rechtsprechung vertrauen darf, sondern wegen seiner Pflicht zur Wahl des relativ sichersten Weges gehalten ist, eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Rechnung zu stellen. Allgemeine Regeln lassen sich insoweit kaum finden. Entscheidend sind stets die besonderen Umstände des Einzelfalls. Grundsätzlich wird darauf abzustellen sein, **mit welchem Grad an Deutlichkeit (Evidenz)** eine neue Rechtsentwicklung in eine bestimmte Richtung weist und eine neue Antwort auf eine bisher anders entschiedene Frage nahelegt.“

Der BGH hat gut daran getan, zu betonen, dass es sich „regelmäßig [...] um besonders zu begründende, eng umgrenzte Ausnahmefälle handeln [wird], in denen es als schuldhafte Pflichtverletzung des Anwalts zu werten ist, dass er seiner Beratung die Möglichkeit einer Änderung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht zugrunde gelegt hat.“¹²² Allein nach dieser Maßgabe kann eine **Einschränkung des Vertrauensgrund-satzes** hingenommen werden, zumal der BGH die Möglichkeit hat, vor der Anwendung seiner gewandelten Rechtsprechung eine Übergangsfrist zu gewähren.¹²³ Mehr als zweifelhaft erscheint freilich, ob die vom BGH aufgestellten Voraussetzungen im entschiedenen Fall tatsächlich gegeben waren.¹²⁴ Auch die von Vill¹²⁵ angeführten Beispiele legen weder einen evidenten Rechtsprechungswandel selbst noch ein aus damaliger Sicht prognostizierbares Ergebnis dieses Wandels nahe.

2. Rechtsprechung anderer Gerichte

Die Anforderungen an die Kenntnis der Rechtsprechung anderer Gerichte wird man wohl **vornehmlich** unter dem Blickwinkel des Instanzenzuges zu betrachten haben. Da die Aufgaben der Wahrung der Rechtseinheit und der Rechtsfortbildung in erster Linie¹²⁶ dem Revisionsgericht anvertraut sind (vgl. § 132 Abs. 4 GVG; ferner §§ 543 Abs. 2 Nr. 2, 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO; § 121 Abs. 2 GVG; § 70 Abs. 2 Nr. 2 FamFG; § 78 Abs. 2 Nr. 1 GBO; § 160 Abs. 2 SGG, § 132 Abs. 2 VwGO, § 115 Abs. 2 FGO),¹²⁷ kommt den Entscheidungen der nachgeordneten Gerichte **keine vergleichbare institutionalisierte Autorität und faktische Präjudizienwirkung** zu (→ § 11 Rn. 40); dann kann aber auch grundsätzlich keine entsprechende Informationspflicht für den Rechtsanwalt bestehen.¹²⁸ Man wird daher die anwaltliche Kenntnis der Rechtsprechung anderer Gerichte auf solche Gebiete zu beschränken haben, mit denen die höchstrichterliche Rechtsprechung entweder noch nicht befasst war¹²⁹ oder überhaupt nicht befasst sein kann, etwa weil der

¹²² BGH NJW 1993, 3323 (3324).

¹²³ Vgl. BGH NJW 1999, 58 (60), wonach das Interesse des Gläubigers, sich gegen Vermögensverlagerungen zu schützen oder auf vom Bürgen später erworbene Vermögen zugreifen zu können, die Sittenwidrigkeit von Bürgschaften, die finanziell krass überforderte Ehe- bzw. Lebenspartner ab 1.1.1999 erteilen, nur dann ausschließt, wenn dieser beschränkte Haftungszweck vertraglich geregelt ist; bemerkenswerterweise stammt die Entscheidung vom 8.10.1998 und wurde vor dem 1.1.1999 in WM, ZIP, BB, DB und DStR veröffentlicht, in NJW und MDR allerdings erst im Januar 1999.

¹²⁴ Veit MittBayNot 1995, 177 (180).

¹²⁵ Vill in Fischer/Fischer/Vill/Rinkler/Chab Anwaltshaftung-HdB § 2 Rn. 82.

¹²⁶ Vgl. aber nunmehr § 511 Abs. 4 ZPO, § 61 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 FamFG und bereits vorher § 124 Abs. 2 VwGO.

¹²⁷ BGH NJW 2001, 146 (148).

¹²⁸ Eindeutig unzutreffend Römermann/Hartung AnwBerufsR § 20 Rn. 5 („Die Rechtsprechung hält den Rechtsanwalt jeweils für verpflichtet, sich einen kompletten Überblick über die relevante Rechtsprechung zu verschaffen, und nicht nur der Rechtsprechung der Obersten Gerichtshöfe des Bundes, sondern auch diejenige sämtlicher Oberlandesgerichte aus Vergangenheit und Gegenwart.“); richtig vielmehr OLG München NJW-RR 1991, 803.

¹²⁹ BGH WM 1993, 420 (423) = MDR 1993, 280 (281 f.) = NJW-RR 1993, 243 (245) = ZAP Fach 23, 157 mit abl. Anm. Rinsche.

Instanzenzug beim Oberlandesgericht¹³⁰ oder beim Oberverwaltungsgericht bzw. Verwaltungsgerichtshof (faktisch) endet.¹³¹

a) Bislang fehlende höchstrichterliche Rechtsprechung

- 37 In seinem Urteil vom 8.10.1992 hat der BGH¹³² es als vorwerfbare Anwaltspflichtverletzung angesehen, dass der Rechtsanwalt die Anwendbarkeit des Abzahlungsgesetzes auf eine Getränkebezugsverpflichtung übersehen hatte, obgleich zum damaligen Zeitpunkt eine höchstrichterliche Klärung dieser Rechtsfrage noch ausstand. Dabei verweist der BGH auch darauf, dass bereits drei Oberlandesgerichte die Frage in diesem Sinne entschieden hatten. Entscheidendes Kriterium war jedoch, dass die künftige Rechtsprechung des BGH durch vorgehende Urteile bereits „eindeutig vorgezeichnet“ war. Die Kriterien für eine Berücksichtigung der obergerichtlichen Rechtsprechung bei **Fehlen einer höchstrichterlichen Judikatur** müssen somit dieselben sein wie im Falle einer ausnahmsweise vom Rechtsanwalt vorhersehbaren Rechtsprechungsänderung.¹³³ Eine Tendenz innerhalb der höchstrichterlichen Rechtsprechung muss bereits evident sein, so dass unterstützend auf das Schrifttum und Entscheidungen der Instanzgerichte zurückgegriffen werden muss, um eine Bestätigung für diese Rechtsprechungsprognose erhalten zu können.¹³⁴ Sehr streng ist deshalb die Auffassung des OLG Düsseldorf, bereits **eine einzige obergerichtliche Entscheidung** müsse für die Beurteilung einer ansonsten in der Literatur höchst umstrittenen Rechtsfrage als maßgeblich zugrundegelegt werden.¹³⁵ Folgt der Rechtsanwalt der obergerichtlich vorherrschenden Rechtsprechung zu einer höchstrichterlich noch ungeklärten Rechtsfrage, so trifft ihn kein Verschulden.¹³⁶ Nur in diesem Sinne darf die genannte Entscheidung verstanden werden, eine voraussetzungslose Recherche in Spezialzeitschriften (WM, NJW-RR, FamRZ) darf daraus nicht abgeleitet werden.¹³⁷

b) Instanzenzug endet beim Obergericht

- 38 Wo der Rechtsweg zu einem obersten Bundesgericht verschlossen ist (zB im einstweiligen Rechtsschutz), besteht oft eine in wesentlichen Streitfragen uneinheitliche Rechtsprechung innerhalb der verschiedenen Gerichtsbezirke¹³⁸ bzw. Länder. Daher kann im Interesse des Mandanten vom Anwalt nicht schlechthin die Berücksichtigung der für das

¹³⁰ So etwa im einstweiligen Rechtsschutz (§ 542 Abs. 2 ZPO; § 70 Abs. 4 FamFG); OLG München NJW-RR 1991, 803; *E. Schneider* MDR 1972, 745; *Wedemeyer* NJW 1979, 293; *Jungk* in Borgmann/Jungk/Schwaiger Anwaltshaftung Kap. IV Rn. 52; *Fahrendorf* in Fahrendorf/Mennemeyer Rn. 546; *Vill* in Fischer/Fischer/Vill/Rinkler/Chab Anwaltshaftung-HdB § 2 Rn. 84.

¹³¹ Insbesondere wegen der Irrevisibilität von Landesrecht, vgl. § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO.

¹³² BGH WM 1993, 420 (423) = MDR 1993, 280 (281 f.) = NJW-RR 1993, 243 (245).

¹³³ Ebenso *Vill* in Fischer/Fischer/Vill/Rinkler/Chab Anwaltshaftung-HdB § 2 Rn. 83.

¹³⁴ Vgl. BGH NJW 2013, 2971 (2972); 2011, 386 (387); die spätere Rechtsprechung des BGH aus dem Jahr 2015 zur hinreichenden Individualisierung eines Güteantrags musste ein Rechtsanwalt im Jahr 2011 noch nicht antizipieren (LG Köln BeckRS 2018, 30521; aA OLG Köln BeckRS 2019, 12614), auch nicht im Jahr 2013 (OLG Jena BeckRS 2019, 24215 = AnwBl 2020, 44), wohl aber im Jahr 2016 (OLG Köln BeckRS 2019, 12616; BeckRS 2019, 12371).

¹³⁵ OLG Düsseldorf DStRE 2020, 116 (119).

¹³⁶ BGH NJW 2013, 2971 (2972).

¹³⁷ So die Befürchtung von *Rinsche* (6. Aufl.) Rn. I 117, die von *Fahrendorf* in Fahrendorf/Mennemeyer Rn. 547 nicht mehr geteilt wird.

¹³⁸ *Wedemeyer* NJW 1979, 293 hat diesen Umstand sehr anschaulich am Beispiel des einstweiligen Rechtsschutzes in Wettbewerbssachen beschrieben; *Fahrendorf* in Fahrendorf/Mennemeyer Rn. 546 mit dem zutreffenden Hinweis, dass die letzinstanzliche Kompetenz der OLG weiter annimmt, zuletzt durch die Einführung der Rechtsbeschwerde zum BGH in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und in Familiensachen durch § 70 FamFG.

Mandat maßgeblichen obergerichtlichen Rechtsprechung überhaupt verlangt werden; vielmehr erfordert die Rechtsprüfungspflicht eine Orientierung an der Rechtsprechung des in der Sache **örtlich und sachlich zuständigen** Gerichts.¹³⁹ Die Anforderungen an die Verschaffung dieser Kenntnis sind dabei wie für die höchstrichterliche Rechtsprechung zu beurteilen. Auch hier ist eine zweigleisige Vorgehensweise geboten: Der Rechtsanwalt muss zum einen laufend von der aktuellen, in den allgemeinen juristischen Fachzeitschriften veröffentlichten Rechtsprechung Kenntnis nehmen.¹⁴⁰ Zum anderen muss er sich bei der Mandatsbearbeitung die jeweilige Behandlung der Streitfrage durch das maßgebliche Oberlandesgericht erarbeiten, insbesondere über den Weg der Kommentarliteratur, gegebenenfalls aber auch über die Konsultation spezieller Datenbanken, einschlägiger Entscheidungssammlungen (zB die amtlichen Sammlungen des BayVGH, die OLG-Reports oder die FGPrax) oder gar der Internet-„Homepage“ des Gerichts.

Zu weitgehend erscheint unter diesen Prämissen die Ansicht des Kammergerichts, der Rechtsanwalt müsse die Rechtsprechung von (den Instanzenzug nicht abschließenden!) **Spezialkammern des Landgerichts** beachten, weil dieser eine „der höchstrichterlichen Rechtsprechung vergleichbare Autorität und damit eine faktische Präjudizienwirkung“ zukomme.¹⁴¹ Damit wird der Bogen der an den Anwalt zu stellenden Anforderungen überspannt, denn Richtschnur für den Anwalt ist die bestehende höchstrichterliche Rechtsprechung, nicht die jedes einzelnen untergeordneten Gerichts, auch wenn dieses zulässigerweise beharrlich dissentiert.¹⁴² Das Ergebnis des KG ist umso fragwürdiger als diese Spezialrechtsprechung offensichtlich von der überwiegenden Rechtsprechung und Literatur abwich. Zutreffend ist hingegen die Ansicht des OLG Düsseldorf, wonach ein Rechtsanwalt sich nicht über die **Verfahrensweise eines Landesarbeitsgerichts** zu informieren braucht, wenn diese von den obersten Gerichten für rechtswidrig erachtet wird, selbst wenn er Fachanwalt für Arbeitsrecht ist und seinen Kanzleisitz im Bezirk dieses Gerichts hat.¹⁴³

3. Stellungnahme

a) Kenntnis der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung als Ausdruck der Fortbildungs- und allgemeinen Interessenwahrungspflicht

Die Entscheidung des Richters, des Gerichts, die richterliche Auslegung und Anwendung der Rechtsnormen, kurz das sogenannte Richterrecht entfaltet zwar grundsätzlich keine (formelle) Bindungswirkung. Richterrecht steht Gesetzesrecht keineswegs gleich.¹⁴⁴ Grundsätzlich ist es Aufgabe der Gerichte, Recht für den Einzelfall zu sprechen. Damit ist zugleich ausgesprochen, dass an sich jeder gerichtlichen Entscheidungen im Rahmen der Rechtskraftwirkung des Urteils eine **Verbindlichkeit nur für diesen Einzelfall** kommt. Andererseits nehmen aber gerichtliche Entscheidungen, insbesondere oberster Gerichte für sich in Anspruch, eine „objektivierte“ Betrachtung bei der Auslegung und

¹³⁹ F. Fischer AnwBl 1993, 597 (598); Fahrendorf in Fahrendorf/Mennemeyer Rn. 546; Zugehör in Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee Rn. 551; aA Römermann/Hartung AnwBerufsR § 20 Rn. 5.

¹⁴⁰ OLG München NJW-RR 1991, 803.

¹⁴¹ KG MDR 1993, 178 = AnwBl 1993, 35 mit abl. Anm. Borgmann AnwBl 1993, 31 (33); in dieselbe Richtung tendiert wohl neuerdings Mäsch NJW 2001, 1547 (1548 f.); kritisch Borgmann in Borgmann/Jungk/Grams, 4. Aufl., Kap. IV Rn. 52 („hinterhältige Ansicht“).

¹⁴² Ähnlich OLG Braunschweig NJW-RR 1998, 350 (351).

¹⁴³ OLG Düsseldorf NJOZ 2004, 1187 (1190).

¹⁴⁴ Larenz Methodenlehre S. 415; gewiss gibt es Ausnahmen: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 BVerfGG Gesetzeskraft haben, aber auch eine sogenannte „ständige Rechtsprechung“, die sich zu Gewohnheitsrecht verdichtet und so gesetzesgleiche Verbindlichkeit erlangt hat, vgl. Larenz Methodenlehre S. 418.

Anwendung der jeweiligen maßgeblichen Rechtsnorm vorgenommen zu haben, daher ein Muster für künftige, dieselbe Rechtsfrage betreffenden Entscheidungen, mithin **Präjudizien** zu sein.¹⁴⁵ Wenngleich kein Gericht gleichermaßen an solche Präjudizien gebunden ist wie an Rechtsnormen,¹⁴⁶ lässt sich indes eine **faktische Bindungswirkung** von insbesondere höchstrichterlichen Entscheidungen nicht verleugnen.¹⁴⁷ Die Instanzgerichte nehmen höchstrichterliche Rechtsprechung zumeist als Richtschnur ihrer eigenen Entscheidungen¹⁴⁸ und auch die obersten Gerichte weichen nur äußerst zurückhaltend und selten von ihrer eigenen Rechtsprechung ab.¹⁴⁹ Es besteht daher eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass jede im Rahmen des Mandats relevante Rechtsfrage im gesamten Instanzenzug im Wesentlichen einheitlich und der bisherigen gerichtlichen Beurteilung folgend entschieden wird. Aber auch außergerichtlich wirkt diese „Verbindlichkeit“ fort, denn der anwaltliche Vertreter des Gegners des Mandanten wird sich auf die „Präjudizien“ ebenso einstellen wie beteiligte Firmen, Banken und Verbände.¹⁵⁰

- 41 Aus dieser faktischen Bindungswirkung rechtfertigt sich die Pflicht des Anwalts, die jeweils maßgebliche höchstrichterliche Rechtsprechung zu beachten.¹⁵¹ Besteht Rechtsprognose in der Vorausahnung künftiger Entscheidungen der Gerichte,¹⁵² so kann die Rechtsprognose und damit die Rechtsberatung am Recht, wie es in der Rechtsprechung wirklich gehandhabt wird und damit tatsächlich besteht, nicht vorbeigehen. Erst „Gesetz und Richteramt“¹⁵³ zusammen konstituieren die geltende Rechtsordnung. Aus dieser rechtlich-tatsächlichen Situation heraus folgt für den Rechtsanwalt der an sich **äußerliche** Grund, sich die erforderlichen Kenntnisse des Richterrechts im Rahmen seiner allgemeinen (§ 43a Abs. 6 BRAO) oder besonderen (§ 15 FAO; § 7 Abs. 1 S. 1 BORA) Fort-

¹⁴⁵ Larenz Methodenlehre S. 412; vorbildlich zum Ausdruck kommt der zugrundeliegende methodische Ansatz in Art. 1 Abs. 2 des Schweizerischen ZGB: „Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter [...] nach den Regeln entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.“; dieser Gedanke kommt auch im Rechtsmittelrecht zum Ausdruck, das die Rechtsprechung der Obergerichte zur „Fortsbildung des Rechts“ oder der „Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung“ verpflichtet sieht, vgl. §§ 511 Abs. 4 Nr. 2, 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO; § 70 Abs. 2 Nr. 2 FamFG; auch die Existenz der Großen Senate (§ 132 GVG; § 5 ArbGG; § 41 SGG; § 11 VwGO; § 11 FGO) und des Gemeinsamen Senats der oberen Gerichtshöfe des Bundes (Art. 95 Abs. 3 GG) spricht hierfür.

¹⁴⁶ Larenz Methodenlehre S. 413 hat dies zutreffend beschrieben („Nicht das Präjudiz als solches bindet“, sondern allein die darin ausgelegte und konkretisierte Norm.“).

¹⁴⁷ BGH NJW 2001, 675 (678); 1993, 3323 (3324); Köhler JR 1984, 45 ff.; Olzen JZ 1985, 155 (157); Raacke DRiZ 1985, 391 ff.

¹⁴⁸ Zu den Gründen dafür ausführlich Olzen JZ 1985, 155 (157); zT krit. Raacke DRiZ 1985, 391 (392).

¹⁴⁹ BGHZ (GS) 85, 64 (66): „Ein Abgehen von der Kontinuität der Rechtsprechung kann nur ausnahmsweise hingenommen werden, wenn deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe dafür sprechen“; BSGE 40, 292 (296); BAGE 45, 277 (287 f.); dazu krit. Köhler JR 1984, 45 ff.; zum Problem der Änderung einer höchstrichterlichen Rechtsprechung allgemein Olzen JZ 1985, 155 (157); Robbers JZ 1988, 481 ff.

¹⁵⁰ Larenz Methodenlehre S. 413; Olzen JZ 1985, 155 (157); Robbers JZ 1988, 481 (482); eingehend zur ständigen Interaktion zwischen Kautelarjurisprudenz und (geänderter) höchstrichterlicher Rechtsprechung Rebbinder FS Stimpel, 1985, 47 (54 ff.) und Köhler FS 125 Jahre bayerisches Notariat, 1987, 202 ff.

¹⁵¹ BGHZ 193, 193 (204) = NJW 2012, 2435 (2438); BGHZ 178, 258 (262) = NJW 2009, 1593 (1594); BGH NJW 2001, 675 (678); 1993, 3323 (3324); Fahrendorf in Fahrendorf/Mennemeyer Rn. 539; Vill in Fischer/Fischer/Vill/Rinkler/Chab Anwaltshaftung-HdB § 2 Rn. 79.

¹⁵² „The prophecies of what the courts will do in fact [...] are what I mean by the law“; der bekannte Ausspruch des großen angelsächsischen Juristen Oliver Wendell Holmes ist gewürdigt bei Roth FS Bosch, 1976, 827 (835 f.).

¹⁵³ Vgl. den Titel der gleichnamigen Schrift von Oskar Bülow, 1885, die wie folgt endet: „Denn nicht Gesetz, sondern Gesetz und Richteramt schafft dem Volk sein Recht“.