

Anwaltshaftung

Borgmann / Jungk / Schwaiger

6. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-74041-1
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.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](https://www.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](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

§ 19 Die Rechtsprüfung

dern die Prüfung den Spezialisten überlassen.²⁴¹ Auf die Vorarbeiten eines ausländischen Kollegen (Portugiesen) durfte sich der Anwalt nach dem BGH-Urteil vom 22.2.1972²⁴² verlassen und konnte davon ausgehen, dass dieser „sein Heimatrecht kannte und nach diesem Recht einen seiner Natur nach alltäglichen Vertrag fehlerfrei entworfen hatte“. Dieser Auffassung kann insoweit nicht gefolgt werden als der Anwalt sich auch dann auf die Kenntnisse des ausländischen Rechtsanwalts verlassen darf, wenn dieser parallel zum deutschen Mandat eingeschaltet ist und es sich nicht um eine alltägliche Sache handelt, denn gerade dann muss eine solche Beauftragung notwendig erscheinen.²⁴³ Um einer Haftung nach § 278 BGB für Fehler des Spezialisten bzw. ausländischen Kollegen zu entgehen, sollte dessen Einbeziehung durch Beschränkung des eigenen Mandats und separate Beauftragung durch den Mandanten erfolgen. Wenn der Fehler dann im Verantwortungsbereich des ausländischen Kollegen passiert, haftet nur dieser.²⁴⁴ Nur wenn dem deutschen Anwalt Zweifel an der Richtigkeit des Vorgehens des ausländischen Kollegen aufkommen mussten, weil der ausländische Anwalt die Probleme offensichtlich nicht erschöpfend behandelt hatte, kann eine Überprüfungspflicht gefordert werden. Wegen der Haftung für das Honorar des ausländischen Anwalts ist § 29b BORA zu beachten.²⁴⁵

Wird ausländisches Recht in einem Prozess relevant, stellt sich die Frage der Rollen- 46
verteilung: iura novit curia. Bei der **Ermittlung ausländischen Rechts** ist das Gericht – anders als der Anwalt – nach dem Wortlaut des § 293 ZPO „befugt“,²⁴⁶ über die von den Parteien beigebrachten Nachweise hinaus andere Erkenntnisquellen, wie zB Gutachten, Auskünfte bei ausländischen amtlichen Stellen, zu benutzen, muss sich aber die Kenntnisse ausländischen Rechts nicht aneignen. Die verwendeten Hilfen müssen allerdings gerade die ausländische Rechtspraxis, also die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften durch die Behörden, umfassen.²⁴⁷ Der BGH hält im Urteil vom 30.3.1976²⁴⁸ die Richter zu ihrer Nutzung sogar für verpflichtet. Die richterliche Erkenntnisgewinnung entpflichtet den Anwalt jedoch nicht: Der BGH betont stark die Mitwirkungspflicht der Partei und führt damit die Verantwortung des Prozessbevollmächtigten herbei. Zwar hätte im konkreten Fall das Gericht die Partei bzw. deren Vertreter zur Konkretisierung der gefragten Nachweise auffordern müssen. Dessen Unterlassen ließen die Richter aber nicht zur Entschuldigung des Anwalts gelten. Auch dieser Fall gibt ein Beispiel dafür, wie das Richterprivileg den Anwalt haftpflichtrechtlich belastet, obwohl hier die Untersuchungsmaxime gilt.²⁴⁹ Die Sorgfaltspflichten in Bezug auf die Kenntnis von Auslandsrecht einerseits für die Richter und andererseits für die Anwälte können nicht ohne weiteres gleichgestellt werden.²⁵⁰ Nach Aufgabe und Ziel sind die Pflichten verschieden. Der BGH betont immer wieder, dass es Aufgabe des Anwalts ist, auch die rechtlichen Erwägungen dem Gericht nahe zu bringen.²⁵¹ Es bleibt für den Anwalt, wenn

²⁴¹ So auch Fahrendorf in Fahrendorf/Mennemeyer Rn. 529.

²⁴² BGH NJW 1972, 1044.

²⁴³ Ausdrücklich zustimmend Fahrendorf in Fahrendorf/Mennemeyer Rn. 527.

²⁴⁴ So auch OLG München Beschl. v. 1.4.2016 – 15 U 3704/15 Rae.

²⁴⁵ Wer als Rechtsanwalt einen ausländischen Rechtsanwalt einschaltet, muss diesen bei der Einschaltung informieren, wenn er eine sich aus der Einschaltung ergebende eigene Verbindlichkeit oder Haftung für das Honorar, die Kosten und die Auslagen des ausländischen Rechtsanwalts nicht übernehmen will. S. OLG Hamburg NJW-RR 2017, 1465 und → § 2 Rn. 22 sowie → § 9 Rn. 15.

²⁴⁶ Vill in Handbuch der Anwaltschaft § 2 Rn. 74 meint: verpflichtet.

²⁴⁷ BGH NJW 2003, 2685; WM 2001, 502; NJW-RR 1991, 1211; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 3.

²⁴⁸ BGH MDR 1976, 832.

²⁴⁹ BGH NJW 1998, 1321; NJW-RR 1995, 766.

²⁵⁰ So aber offenbar Vollkommer/Greger/Heinemann AnwaltschaftsR § 11 Rn. 16.

²⁵¹ BGH NJW 2009, 987: Der Möglichkeit, auf die rechtliche Beurteilung des Gerichts Einfluss zu nehmen, entspricht im Verhältnis zum Mandanten die Pflicht, diese Möglichkeit zu nutzen.

er das Mandat nicht ablehnen will, die Möglichkeit der (betragsmäßigen) Haftungsbeschränkung (→ § 40 Rn. 39 ff.).

- 47 Nicht übersehen werden darf, dass das in Deutschland geltende **Europarecht**, die die Bundesrepublik bindenden **Staatsverträge** und das **IPR kein Auslandsrecht** darstellen. So entschied das OLG Koblenz²⁵² zutreffend, dass zum erforderlichen Wissensstand des Rechtsanwalts die Kenntnis des seit dem 1.2.1973 für die sechs ursprünglichen Mitgliedstaaten der EG geltenden Übereinkommens über gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung (früher EuGVÜ, jetzt EuGVVO²⁵³) und des einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (früher EKG, jetzt CISG) gehört. Das deutsche IPR ist von Amts wegen zu beachten²⁵⁴ und muss auch dem Anwalt, der ein Mandat mit Auslandsbezug übernimmt, geläufig sein. Anlass zur Überprüfung, ob überhaupt nach deutschem Recht eine Ehe geschlossen wurde, hat er beispielsweise, wenn das Prinzip der obligatorischen Zivilehe bei einer in Deutschland erfolgten Eheschließung nicht eingehalten wurde.²⁵⁵ Der Anwalt muss auch das internationale Zivilverfahrensrecht so weit kennen, wie es sein Mandat betrifft.²⁵⁶

3. Kenntnis der Judikatur

- 48 Wegen der richtungweisenden Bedeutung, die höchstrichterlichen Entscheidungen für die Rechtswirklichkeit zukommt, hat sich der Berater bei der Wahrnehmung seines Mandats grundsätzlich an dieser Rechtsprechung auszurichten, sagt der BGH.²⁵⁷ Gemeint ist die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung des jeweiligen Fachgebiets einschließlich der des Bundesverfassungsgerichts und des EuGH sowie des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.²⁵⁸ Das **Reichsgericht**,²⁵⁹ auf dessen Rechtsprechung der BGH in den Grundzügen aufbaut, verlangte eine Kenntnis seiner Entscheidungen nur insoweit sie in der amtlichen Sammlung veröffentlicht waren. Eine zB nur in Seufferts Archiv (Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten) enthaltene RG-Entscheidung brauchte der Anwalt nicht zu kennen.²⁶⁰ Selbst diese einschränkende Anforderung erschien damals als zu hoch angesetzt und fand heftige Kritik.²⁶¹ Friedländer²⁶² schrieb:

„In der Tat geht das RG in den Anforderungen, die es an das Wissen des Rechtsanwalts stellt, zu weit. Auch unter den in der amtlichen Sammlung erschienenen Entscheidungen gibt es solche, die jeder gebildete Jurist kennen muss und solche, bei denen dies nicht zutrifft. Es gibt Urteile, die in jedem größeren Kommentar angeführt und solche, die entlegen, wenig bekannt und schwer auffindbar sind. Oft enthält die Entscheidung einen wichtigen Grundsatz, der in der Überschrift und selbst im Register nicht zum Ausdruck kommt. Soll das alles der „Normalanwalt“ auswendig wissen? Davon kann ernstlich keine Rede sein.“

Diesem Ausruf können wir entnehmen, wie viel Arbeit dem Anwalt heutzutage durch die Publikationsmedien gegenüber 1930 beschert wird, denn „auswendig“ konnte schon früher der Anwalt nicht alle RG-Entscheidungen kennen. Die Möglich-

²⁵² OLG Koblenz NJW 1989, 2699.

²⁵³ Jetzt idF der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012, in Kraft getreten am 10.1.2015.

²⁵⁴ BGH NJW 1998, 1321; NJW-RR 1996, 372.

²⁵⁵ BGH NJW-RR 2003, 850 (853).

²⁵⁶ Vill in Handbuch der Anwaltschaft § 2 Rn. 69.

²⁵⁷ BGH NJW 2009, 1593 Rn. 9; 2001, 675; 2001, 146; 1993, 3323.

²⁵⁸ Vill in Handbuch der Anwaltschaft § 2 Rn. 76.

²⁵⁹ RG JW 1910, 254; 1916, 34; RGZ 125, 299 (306).

²⁶⁰ RG JW 1910, 294 (298).

²⁶¹ S. zB Eucken, Rn. 249–251.

²⁶² Friedländer § 28 Rn. 5.

keiten allerdings, etwas zu finden, sind gegenüber dieser Zeit exponentiell gestiegen, vor allem durch elektronische juristische Datenbanken.

Der **Bundesgerichtshof**²⁶³ ging **anfangs** mit seinen Anforderungen an die Rechts- 49
sprechungskennntnisse weit über die RG-Judikatur hinaus, als er ab 1952 ohne Übergang verlangte, dass der Anwalt nicht nur die in der amtlichen Sammlung abgedruckten Entscheidungen zu beachten habe, sondern sich weiterhin „in den zur Verfügung stehenden Fachzeitschriften“ allgemein über den neueren Stand der Rechtsprechung unterrichten müsse. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1958 heißt es sogar: „Es widerspricht der Sorgfaltspflicht eines gewissenhaften Rechtsanwalts, Rechtsfragen nur anhand der sog. amtlichen Entscheidungssammlung zu prüfen ...“²⁶⁴ Für andere Sondergebiete, wie das Arbeitsrecht, hat er „besonders“ die Berücksichtigung der amtlichen Entscheidungssammlung gefordert, also die Notwendigkeit weiteren Suchens offen gelassen.²⁶⁵ Vollständige Entscheidungssammlungen werden aber nicht für alle obersten Gerichtshöfe angeboten.²⁶⁶ Welche Veröffentlichungen der Rechtsberater jedenfalls zu berücksichtigen hat, ist nicht festgelegt, weder für Anwälte, noch für Steuerberater. Es ist aber sicher, dass sie zumindest *eine* Publikation verfolgen müssen.²⁶⁷ Fachzeitschriften üben eine Filterfunktion aus, indem sie die für die Praxis bedeutsamen Entscheidungen abdrucken und ggf. kommentieren lassen. Der Anwalt darf darauf vertrauen, durch ihre Lektüre über aktuelle Entwicklungen in Rechtsprechung und Schrifttum orientiert zu werden.²⁶⁸ Die Sammlung BFH/NV muss der Steuerberater nicht unbedingt auf leitsatzlose Entscheidungen durchforsten.²⁶⁹ Für die Zukunft kann anderes gelten. Der BGH meint nämlich: „Ob bei einer fortschreitenden, einen einfachen, raschen und kostengünstigen Zugriff gestattenden Informationstechnologie in Zukunft strengere Anforderungen an die Kenntnis höchstrichterlicher Entscheidungen zu stellen sind, kann vorliegend offen bleiben.“²⁷⁰ Vereinzelt wurde im Schrifttum „eine lückenlose Kenntnis der Rechtsprechung und einschlägigen Literatur“²⁷¹ erwartet. Bei der Anforderung, dass **die Urteile** – vor allem die **höchststrichterlichen** – mit Hilfe juristischer Zeitschriften, Kommentare und Lehrbücher gesucht werden müssten,²⁷² müssen heutzutage wohl die elektronischen Datenbanken hinzugefügt werden.²⁷³

Diese Forderungen müssen als Maßstab für die Anwaltpflichten weit übersetzt er- 50
scheinen, sofern sie nicht für den Einzelfall jeweils korrigiert werden. Gegenüber den früheren Rechtsprechungssammlungen sind inzwischen mannigfache **juristische Datenbanken** hinzugekommen – kostenlose und kostenpflichtige –, die bereits Hunderttausende von Entscheidungen gespeichert haben, was den Juristen zuweilen eher zu erdrücken und zu verwirren als zu bereichern scheint. Im Bereich der Rechtswissen-

²⁶³ BGH NJW 1952, 425; später VersR 1960, 209; NJW 1958, 825; 1957, 750 (751).

²⁶⁴ BGH MDR 1958, 496.

²⁶⁵ BGH NJW 1983, 1665 hat den LS. 2: „Ein Rechtsanwalt, der die Vertretung eines Arbeitnehmers in einem Arbeitsgerichtsprozess übernimmt, beachtet nur dann die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, wenn er die veröffentlichte höchstrichterliche Rechtsprechung, vornehmlich die in der Entscheidungssammlung des BAG abgedruckten Urteile, berücksichtigt.“

²⁶⁶ BGH NJOZ 2011, Rn. 24.

²⁶⁷ OLG Karlsruhe NJW 2005, 3358 unter Berufung auf BGH NJW 1979, 877. OLG Köln DStRE 2008, 1173 verlangt Kenntnis der BFH-Entscheidungen in BStBl und in der DStR bzw. der DStRE.

²⁶⁸ BGH NJOZ 2011, 328 Rn. 22.

²⁶⁹ BGH NJOZ 2011, 328. Vill in Handbuch der Anwaltschaft § 2 Rn. 79 weist jedoch darauf hin, dass der BFH oft wichtige Entscheidungen klein halten wolle und sie in dieser Publikation gleichsam verstecke. Sucher sollten also hier zugreifen!

²⁷⁰ BGH NJOZ 2011, 328 Rn. 26.

²⁷¹ Müller JR 1969, 161.

²⁷² BGH NJW-RR 1993, 212 für Steuerberater: maßgeblich sind BFHE und BStBl.

²⁷³ Vill in Handbuch der Anwaltschaft § 2 Rn. 79.

schaft hat sich die Anzahl der Periodika besonders auf Spezialgebieten auf ein Vielfaches gesteigert. Auch der Umfang der einzelnen Fachzeitschriften hat sich vervielfacht.²⁷⁴ Der Aufwand, um die Judikatur in den verschiedenen Medien zu finden, zu selektieren, zu lesen und zu erfassen, würde dem Anwalt kaum mehr Zeit und keine Muße zum juristischen Problemendenken lassen, und schon gar nicht zur Bildung einer eigenen rechtlich fundierten Überzeugung (→ Rn. 65), wenn er sich nicht in die Spezialisierung flüchten würde. Datenbanken sind also Fluch und Segen, da auf der anderen Seite doch vieles in kurzer Zeit gefunden werden kann. Dass der Anwalt sie auch benutzen *muss*, wird vorerst nur ab und zu gefordert.²⁷⁵ Das Schrifttum lehnt eine solche Verpflichtung bisher weitgehend ab.²⁷⁶ Spätestens seit Einführung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs (beA) ist nun aber ohnehin jeder Anwalt „online“, und die Recherche im Internet wird zunehmend zur Selbstverständlichkeit. Manches passiert eben auch nur noch im Internet, wie zB öffentliche Bekanntmachungen gemäß § 9 InsO, und es können dadurch auch Fristen in Gang gesetzt werden, so die 2-wöchige Ausschlussfrist für den Nachweis des Ausfalls absonderungsberechtigter Forderungen gemäß §§ 189, 190 InsO.²⁷⁷ Zudem verschwimmen die Grenzen zwischen Papier und Internet immer mehr, da viele Publikationen inzwischen auch oder gar nur noch digital erhältlich sind. Eine Differenzierung erscheint daher nicht (mehr) sinnvoll. Die Zumutbarkeit dürfte das geeignetere Kriterium sein, um die Sorgfaltspflichten im Einzelfall abzuwägen.

51 Erkennbare Tendenzen höchstrichterlicher Rechtsprechung sind für den Rechtsanwalt richtungsweisend, insbesondere, wenn sie von der OLG-Rechtsprechung schon aufgenommen worden sind. Auch ähnliche Urteile in anderer Sache können zu berücksichtigen sein.²⁷⁸ Im Urteil vom 8.10.1992²⁷⁹ fordert der BGH, dass sich die beklagten Anwälte über die Rechtsprechung von drei Oberlandesgerichten zur vertraglichen Übernahme von Getränkebezugsverpflichtungen im Zusammenhang mit dem Abzahlungsgesetz hätten „unterrichten können und müssen ...“. Aus der Anwendung des damaligen Abzahlungsgesetzes ergab sich ein Widerrufsrecht, das die Mandanten in ihrem Vertrag hätten berücksichtigen müssen, damit er wirksam wurde. Der BGH hatte schon zuvor über die Rechtslage richtungsweisend entschieden, was von den Anwälten übersehen worden war. Die OLG-Urteile folgten insoweit dem BGH und gaben eine Tendenz wieder, die aus dem ersten Urteil abgeleitet war. Der BGH²⁸⁰

²⁷⁴ Die NJW des Jahrganges 1950 umfasste 664 Seiten, 1992 waren es bereits 3.320 mit rd. 2.500 Gerichtsentscheidungen und 2018 waren es 3808 Seiten, die Nebenzeitschriften besonderer Rechtsgebiete und die NJW-RR nicht mitgezählt.

²⁷⁵ OLG München Beschl. v. 17.7.2007 – 4 UF 108/07, BeckRS 2007, 12213, fordert Blick auf die Homepage des BGH für einen Fachanwalt, zu dessen Aufgabe es gehöre, die neueste Rechtsprechung zu kennen und in den Prozess einzuführen. Anders zum selben Problemkreis OLG Zweibrücken Beschl. v. 9.10.2008 – 5 WF 107/06, BeckRS 2009, 00414, das eine zumutbare Möglichkeit zur Kenntnisnahme erst nach Veröffentlichung in der führenden Fachzeitschrift, der FamRZ, sieht, dann aber sofort. In einer Wiedereinsetzungsentscheidung verlangt der BGH NJW 2012, 3516, vom Anwalt einen Blick auf die Homepage des Gerichts, wenn er einen fristwahren Schriftsatz nicht an die übliche Faxnummer schicken kann, um festzustellen, ob das Gericht noch andere Nummern angibt.

²⁷⁶ Vollkommer/Greger/Heinemann AnwaltschaftsR § 11 Rn. 19 will es persönlichen Vorlieben überlassen, wo und wie man recherchiert; auch Fahrendorf in Fahrendorf/Mennemeyer Rn. 562 lehnt eine Pflicht, Datenbanken zu nutzen, ab. AA Vill in Handbuch der Anwaltschaft § 2 Rn. 85 hält zwar die Pflicht zur Nutzung von Datenbanken noch nicht für Standard, warnt aber davor, sich auf Veröffentlichungen zu verlassen, die nicht zeitnah genug sind.

²⁷⁷ BGH NJW-RR 2010, 59. Der Forderungsausfall ist ggf. zu schätzen. AG Müllheim NJW-RR 2013, 1064 sieht den im Insolvenz- und Steuerrecht tätigen Anwalt verpflichtet, regelmäßig „www.insolvenz.bekanntmachungen.de“ zu überprüfen.

²⁷⁸ Der BGH behandelt dies für den Sonderfall der Prüfung der Verfassungswidrigkeit, NJW 2009, 1593 Rn. 14.

²⁷⁹ BGH NJW-RR 1993, 243 (245); vgl. die krit. Anm. v. Borgmann in EWiR § 675 BGB 1/93, 31 und AnwBl 1993, 31.

²⁸⁰ BGH NJW-RR 1993, 243. Zur Frage des Verschuldens kann man freilich anderer Meinung sein.

§ 19 Die Rechtsprüfung

argumentiert zutreffend, dass seine Entscheidung aus dem Jahre 1980 auf *demselden Grundgedanken* beruhte wie die spätere aus dem Jahre 1989, so dass die Vorentscheidung schon zur Zeit der anwaltlichen Beratung im Jahre 1986 den höchstrichterlich eingeschlagenen Weg gewiesen hätte. Solange allerdings die Rechtslage noch nicht völlig geklärt ist und es für das Vorgehen des Anwalts mehrere Wege gibt, so hat er den „sichereren“ Weg zu gehen.²⁸¹ Bei verschiedenen langen Verjährungsfristen gebietet es zB nach dem BGH-Urteil vom 5.11.1992,²⁸² „die anwaltliche Sorgfalt, kein Risiko einzugehen und Ansprüche tunlichst vor Ablauf der kürzeren Frist geltend zu machen“. Und dies, obwohl der Anwalt im Rahmen der damals ersichtlichen Grundauffassung des BGH, die später auch bestätigt wurde, gehandelt hatte.²⁸³

Ist eine Rechtsfrage noch nicht höchstgerichtlich beantwortet, so wird der Anwalt **52** auch die **Judikatur anderer Gerichte, insbesondere der Oberlandesgerichte**, zu beachten haben. Dies gilt einmal unter dem Blickwinkel des Instanzenzugs,²⁸⁴ wenn also zB das OLG die letzte Instanz ist, aber auch sonst allgemein, wenn höchstrichterlich keine Beurteilung vorliegt.²⁸⁵ Ist ein Rechtsgebiet in der Entwicklung begriffen, und ist neue höchstrichterliche Rechtsprechung zu erwarten, werden an den Anwalt höhere Anforderungen gestellt.²⁸⁶ Der Rechtsanwalt hat dann seine Rechtsüberzeugung (→ Rn. 65) und die Beratung seines Mandanten nach der *ersichtlichen* Auffassung der Gesetzeskommentatoren und dem sonstigen Schrifttum auszurichten und auch die Rechtsprechung unterer Instanzen zu beachten.²⁸⁷ Entscheidend kann sein, wie deutlich diese in eine bestimmte Richtung weist.²⁸⁸ Dass bei dieser Prüfung Grenzen zu setzen sind, ist eine andere Frage (→ Rn. 63f.). Der BGH bestätigt diese Anforderung auch in der Richtung, dass er den Anwalt entschuldigt, wenn er sich auf eine – vom Revisionsgericht an sich nicht gebilligte – OLG-Rechtsprechung verlässt, die in Handkommentaren aufgeführt ist.²⁸⁹ Bei ungewöhnlichen Fallgestaltungen, die weder Gegenstand einer höchstrichterlichen oder instanzgerichtlichen Entscheidung waren noch in einem der gängigen Kommentare oder Lehrbücher behandelt wurden, bleibt ihm nichts übrig, als eigene, juristisch begründete Überlegungen anzustellen und danach zu handeln. Wenn das Prozessgericht im Endeffekt zu einem anderen Ergebnis kommt, kann ihm dies nicht zum Verschulden gereichen.²⁹⁰

²⁸¹ → § 21 Rn. 131 ff. Ähnliche Anforderungen gelten auch für Notare: Der BGH Urt. v. 21.1.2016 – III ZR 160/15, BeckRS 2016, 2702, sah eine Pflicht des Notars, im Jahr 2006 auf die zweifelhafte Wirksamkeit unbefristeter Fortgeltungsklauseln hinzuweisen.

²⁸² NJW 1993, 734; ebenso BGH NJW 1993, 2797 mit der Besonderheit, dass auch der bekl. Anwalt z. Zt. des Schadenseintritts (Vergleich) von der Verjährung ausgegangen war.

²⁸³ Im Vorprozess hatte das OLG die kürzere Verjährungsfrist eingreifen lassen; s. d. krit. Stellungnahme von Borgmann in AnwBl 1993, 188.

²⁸⁴ Darauf schränkt Vollkommer/Greger/Heinemann AnwaltshaftungsR § 11 Rn. 36 vornehmlich die Anwaltpflicht ein; so auch in Kündigungsfristsache OLG München NJW-RR 1991, 803.

²⁸⁵ BGH NJW 2011, 386 Rn. 22 hält dem Anwalt eine Entscheidung des OLG Köln entgegen, die bereits in einem Kommentar erwähnt, damals aber noch nicht veröffentlicht war und als eine der ersten, die die Anwendung des neuen FamFG klärten, bereits 14 Tage vor Rechtsmitteleinlegung in der führenden Fachzeitschrift FamRZ veröffentlicht war. Dass der Anwalt sie nicht herangezogen hatte, um die Rechtsunklarheit um Rechtsmittel und Einlegungsgericht zu klären, hat der BGH als Verschulden gewertet, das die Wiedereinsetzung ausschloss.

²⁸⁶ BGH NJW 2009, 1593 Rn. 9f.; 2001, 675.

²⁸⁷ Umfassende Prüfungspflichten sieht auch OLG Düsseldorf NJOZ 2004, 2806.

²⁸⁸ BGH NJW 2009, 1593 Rn. 9f. Eine quasi herabstufende Differenzierung nach dem Grad der Deutlichkeit lehnt Fahrendorf in Fahrendorf/Mennemeyer Rn. 541 ausdrücklich ab.

²⁸⁹ BGH NJW 1985, 495. Ebenso ist der Anwalt zu entschuldigen, wenn er sich bei unterschiedlicher OLG-Rechtsprechung vor einer höchstrichterlichen Klärung für eine der Auffassungen entscheidet: BGH FamRZ 1972, 90. Auf der anderen Seite soll er aber wieder die Tendenzen der BGH-Rspr. beachten, auch wenn die OLG-Rspr. ihnen nicht entspricht (→ Rn. 53 u. → Rn. 57f.).

²⁹⁰ BGH NJOZ 2016, 1042.

53 Im Schrifttum herrscht verständlicherweise Zurückhaltung, inwieweit der Rechtsberater **obiter dicta** zu beachten habe.²⁹¹ Hat der Rechtsanwalt die höchstrichterliche Rechtsprechung zu beachten – und auf diese allein sollte sich die Berücksichtigung von richtungsweisenden Rechtsausführungen beziehen –, so wird er bei Leitsätzen, die nicht eindeutig die Fallgestaltung im erteilten Mandat treffen, nicht umhin können, die Entscheidungsgründe dahingehend zu lesen, ob für die Beurteilung wesentliche Tendenzen ersichtlich sind. Das OLG Düsseldorf²⁹² entschuldigt zB einen Rechtsirrtum des Anwalts nicht aus dem Grund, weil sich der zu berücksichtigende Rechtssatz nicht aus dem veröffentlichten Leitsatz, sondern nur aus den tragenden Gründen der BGH-Entscheidung ergibt. Nur Leitsätzen, auch wenn allein den amtlichen, zu folgen, würde sich verflachend auf das Rechtsempfinden und die Rechtsentwicklung auswirken. Hierzu muss man konstatieren, dass die Nutzung juristischer Online-Datenbanken dazu verführt: Allzu häufig werden gefundene „Treffer“ unbesehen übernommen und zitiert. Tendenzen kann der Anwalt aber nur anhand der Gründe verfolgen. Nützlich sind obiter dicta für den Anwalt dann, wenn sie einen Streit der Gerichte – in diesem Fall verschiedener Senate des BGH über den Beginn einer Rechtsmittelbegründungsfrist nach Gewährung von PKH – ersichtlich machen.²⁹³ Folgt er der Meinung der Senate, die eine längere Frist für richtig halten, ist ihm von Amts wegen Wiedereinsetzung zu gewähren, wenn das angegangene Gericht der Meinung ist, die kürzere Frist habe Geltung.²⁹⁴ Generell muss aber der Maßstab daran, wie tief der Anwalt in die aufgefundene Rechtsprechung eindringen muss, ein realistischer bleiben: Die für das einzelne Mandat zur Verfügung stehende Zeit ist eben auch begrenzt.²⁹⁵

54 Von einer **neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung** hat der Rechtsanwalt **in angemessener Zeit Kenntnis zu nehmen**. Feste Fristen können hier natürlich nicht angesetzt werden. Jedes Mandat erfordert je nach der Materie eine mehr oder weniger lange Einarbeitungszeit. Bleibt der Anwalt innerhalb eines realistischen Toleranzrahmens, so scheidet schon eine Pflichtwidrigkeit, zumindest aber ein Verschulden aus.²⁹⁶ Überblickt man die Rechtsprechung – allerdings meist in Wiedereinsetzungssachen –, so wird dem Anwalt für die Kenntnisnahme höchstens eine Dauer von zwei bis vier Wochen ab der Veröffentlichung in allgemeinen Fachzeitschriften zugebilligt. Eine großzügigere Beurteilung ist angebracht, wenn sich der Anwalt in ein Spezialgebiet, also in das materielle Recht, einarbeiten muss. In einem Urteil vom 12.12.1957²⁹⁷ entschuldigte der BGH einen Anwalt, der eine bereits einen Monat zuvor in der NJW veröffentlichte BGH-Entscheidung unbeachtet gelassen hatte. So weit konnte sich das höchste Zivilgericht im Wiedereinsetzungsbeschluss vom 20.12.1978²⁹⁸ nicht mehr durchringen, obwohl der sich anwaltsfreundlich liest. Es ging um ein Problem der Rechtsmittelzu-

²⁹¹ S. Schlüter, Das obiter dictum (die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rspr. des BAG), München 1973; Vollkommer/Greger/Heinemann scheint mit dem Ziel auf ein „machbares Minimum“ einerseits das Lesen der Leitsätze ausreichend zu sein (§ 11 Rn. 30), er meint aber andererseits, dass bei der Rechtsberatung an einer Rechtsprechungsprognose nicht vorübergegangen werden könne (§ 11 Rn. 41) und die eigentliche Mandatsbearbeitung vertiefte Beschäftigung verlange (§ 11 Rn. 32).

²⁹² OLG Düsseldorf VersR 1980, 359 (360).

²⁹³ BGH NJW 2008, 3500; 2007, 3354 einerseits – BGH NJW-RR 2008, 1313 andererseits. S. dazu → § 55 Rn. 32.

²⁹⁴ BGH NJW 2013, 471.

²⁹⁵ Das sieht auch Fahrenndorf in Fahrenndorf/Mennemeyer Rn. 540.

²⁹⁶ Vill in Handbuch der Anwaltschaft § 2 Rn. 60 differenziert zwischen Haupt- und Spezialrechtsgebieten.

²⁹⁷ BGH NJW 1958, 825; auf der anderen Seite wirkt es eigenartig, wenn für die gegenständliche Rechtsprüfungspflicht BGH-Urteile angeführt werden, die z. Zt. der Benutzung noch nicht ergangen waren, so BGH NJW 1994, 1422 (1424).

²⁹⁸ BGH NJW 1979, 877.

§ 19 Die Rechtsprüfung

ständigkeit in Familiensachen während der Übergangszeit nach dem 1.7.1977. Der BGH hatte es mit zwei Entscheidungen gelöst, die im April-Heft der FamRZ²⁹⁹ und im Heft 18 vom 3. Mai der NJW³⁰⁰ veröffentlicht wurden. Der Prozessbevollmächtigte hatte aber noch am 19. Mai 1978 die Berufung beim danach „falschen“ Gericht eingelegt. Der BGH entschuldigte zunächst, dass der Anwalt „mit einer allgemeinen Beratungs- und Prozesspraxis“ die FamRZ als „juristische Spezial-Zeitschrift“ noch nicht gelesen hatte. Der BGH ließ im Übrigen offen, ob der Anwalt überhaupt gehalten war, auch die FamRZ regelmäßig zu lesen, was aber für einen im Familienrecht tätigen Anwalt keinem Zweifel unterliegen kann. Obwohl das Heft 18 der NJW erst 2 Wochen vor der Berufungseinlegung zugestellt worden war, entschuldigte der BGH den Anwalt nur wegen eines hohen Arbeitsanfalls vor Pfingsten: „Die Durchsicht von Fachzeitschriften muss dann im Interesse der rechtzeitigen Erledigung noch wichtigerer Aufgaben zurückgestellt werden“. Ebenfalls um ein Spezialgebiet – übergeleitete Unterhaltsansprüche gemäß § 37 BAföG – ging es im BGH-Beschluss vom 7.2.1979.³⁰¹ Hier wurde der Anwalt vom Schuldvorwurf befreit, weil er erst bei der Lektüre einer „allgemeinen juristischen Zeitschrift“, dem Juni-Heft der MDR, von dem maßgebenden BGH-Beschluss vom 23.1.1978 Kenntnis nahm und daraufhin innerhalb von 8 Tagen reagierte. Beachtlich ist, dass der Beschluss vom Januar 1978 in anderen Zeitschriften (FamRZ, VersR und NJW!) schon früher veröffentlicht worden war. Eine schon drei Monate zurückliegende Veröffentlichung eines BGH-Urteils zur Haftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG musste der Anwalt jedenfalls bei seiner Beratung zu berücksichtigen.³⁰² In den späteren Entscheidungen ist meist von einem „realistischen Toleranzrahmen“³⁰³ die Rede. Dass hierfür die immer wieder genannten vier bis sechs Wochen zur Verfügung stehen, wird man so nicht stehen lassen können. Die Zumutbarkeit und die Umstände des Einzelfalls sind zu betrachten. Hängt der Erfolg einer Klage gerade von einer bestimmten Rechtsfrage ab, wird man beispielsweise eine zeitnahe Recherche eher fordern müssen.³⁰⁴

Die vorstehend zur Zeitspanne für die Kenntnisnahme genannte Rechtsprechung 55 bezieht sich hauptsächlich auf neu zu beachtende Entscheidungen in Bezug auf verfahrensrechtliche Fristen, bei denen Eile geboten ist. Da solche Entscheidungen alsbald in den allgemeinen juristischen Zeitschriften abgedruckt werden, war in der Regel Spezialliteratur nicht zu beachten. Die dargestellten Anforderungen haben aber im Grundsatz auch für materiellrechtliche Fragen Geltung. So kommt es oft zu Haftpflichtfällen, weil der Anwalt **an** weiter **zurückliegende Entscheidungen** der höchsten oder ggf. oberen Gerichte (→ Rn. 51) **keine Erinnerung** mehr hat. Eine solche objektive Pflichtverletzung wird in der Regel nicht entschuldigt, wenn auch ansonsten der BGH keine zu hohen Anforderungen an das Erinnerungsvermögen stellt.³⁰⁵

Der Anwalt hat somit die **Pflicht, sich die Kenntnis des materiellen Rechts als- 56 bald zu verschaffen**. Das OLG Düsseldorf³⁰⁶ forderte zur Prüfungspflicht, inwieweit auch ein ausgegliedertes Vertriebsunternehmen die Produzentenhaftung trifft, dass der Anwalt „bei pflichtgemäßer Lektüre der von Anwälten regelmäßig auszuwertenden Fachzeitschriften – wozu jedenfalls die „Neue Juristische Wochenschrift“ zählt – hätte

²⁹⁹ BGH FamRZ 1978, 227 und 231.

³⁰⁰ NJW 1978, 889 (890).

³⁰¹ BGH VersR 1979, 375.

³⁰² So LG Braunschweig NJW 1985, 1171.

³⁰³ Z.B. BGH NJW 2001, 675; OLG Schleswig Urte. v. 11.4.2013 – 11 U 80/12, BeckRS 2013, 09391, meint, aus der Rechtsprechung ergebe sich ein Zeitraum von vier bis sechs Wochen.

³⁰⁴ Ähnlich Vill in Handbuch der Anwaltschaft § 2 Rn. 80; BGH NJW 2011, 386 verlangte Kenntnisnahme einer veröffentlichten Entscheidung zwei Wochen vor Ablauf der Frist.

³⁰⁵ S. BGH NJW 1989, 586 und andere zum Gedächtnis des Notars ergangene Urteile bei Haug/Zimmermann Amtshaftung Rn. 99.

³⁰⁶ OLG Düsseldorf Urte. v. 20.3.1986 – 8 U 51/85.

erkennen müssen, dass nach einer inzwischen veröffentlichten BGH-Entscheidung (NJW 1981, 2250) die Klage seines Mandanten aussichtslos war“. Mittel zur Kenntnisverschaffung sind Register von Zeitschriften, Entscheidungssammlungen oder die Suchfunktion im Internet zugänglicher Datenbanken,³⁰⁷ Lehrbücher, in erster Linie aber Kommentare. Ob es den Anforderungen genügt, wenn der Anwalt sich aus einem einschlägigen Handkommentar jüngster Auflage³⁰⁸ über die Rechtsprechung vergewissert, erscheint zweifelhaft.³⁰⁹ Zumindest wenn sich hieraus keine Klarheit ergibt oder Zweifel bleiben, hat er den angegebenen Fundstellen nachzugehen und/oder sich in einem Großkommentar bzw. im weiterführenden Schrifttum zu unterrichten.³¹⁰ Auf das Wissen, die Erfahrung und Zuverlässigkeit der Autoren muss er sich, was auch die Vollständigkeit der angeführten höchstrichterlichen Rechtsprechung betrifft, verlassen dürfen. Dies wird so auch vom BGH bestätigt.³¹¹ Damit kommt zugleich den Verlegern juristischen Schrifttums eine besondere Verantwortung bei der Auswahl der Autoren zu. Übernimmt der Anwalt Mandate auf Spezialgebieten, zB auf dem Bau- oder Speditionsrecht, so genügt für eine ordentliche Auftragsbefriedigung oft nicht die Lektüre von allgemeinen juristischen Zeitschriften (→ Rn. 35). Zur Kenntniserlangung auf einem erst heranwachsenden Spezialgebiet s. → Rn. 41. Vom Anwalt wurde verlangt, zumindest innerhalb eines halben Jahres – das entsprach der durch die Rechtsprechung neu geschaffenen Verjährungsfrist – Kenntnis von den die Sach- und Rechtslage klärenden Entscheidungen des BGH zu nehmen.³¹²

- 57 Einen unveränderlichen Fortbestand höchstrichterlicher Rechtsprechung wird bei der ständigen Entwicklung der menschlichen Gemeinschaft und ihrer Rechtsansichten niemand – schon gar nicht die Verfasser in Bezug auf von ihnen kritisierte Entscheidungen – zugunsten der Rechtssicherheit erwarten oder wünschen. Trotzdem kann der Anwalt grundsätzlich auf den **Fortbestand einer höchstrichterlichen Rechtsprechung vertrauen**,³¹³ weil von ihr nur in Ausnahmefällen abgewichen zu werden pflegt.³¹⁴ An dieser Stelle sei auf die nicht nur für den Kautelarjuristen „goldenen Worte“ des BGH im Urteil vom 25.3.1983³¹⁵ zur Beibehaltung der falsa-demonstratio-Regel hinzuweisen: „Im Fall einer durch gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung gefundenen Gesetzesauslegung“ treten „die Rechtswerte der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes in den Vordergrund und verlangen im Allgemeinen ein Festhalten an der einmal eingeschlagenen Rechtsentwicklung. Ein Abgehen von der Kontinuität der Rechtsprechung kann nur ausnahmsweise hingenommen werden, wenn ... schlechthin zwingende Gründe dafür sprechen“.

Er darf allerdings nicht blind vertrauen. Entgegenstehende Judikatur von Instanzgerichten und vereinzelte Stimmen im Schrifttum verpflichten den Rechtsanwalt zwar regelmäßig noch nicht, bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben die abweichende Meinung zu berücksichtigen.³¹⁶ Unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes hält

³⁰⁷ Borgmann zeigt in AnwBl 1993, 31, als Beispiel die Schwierigkeiten, ein BGH-Urteil zum Bierlieferungsvertrag im Zusammenhang mit dem Abzahlungsgesetz in Erläuterungswerken zu finden.

³⁰⁸ ZB Palandt: BGH NJW 2009, 987 Rn. 12; OLG Frankfurt FamRZ 1991, 1047.

³⁰⁹ Vollkommer/Greger/Heinemann AnwaltsshaftungsR § 11 Rn. 47 meint, lediglich ein Kommentar reiche nicht aus.

³¹⁰ BGH NJW 2011, 386.

³¹¹ BGH NJW 1984, 1358 und 1985, 495; gleichermaßen im Ergebnis: OLG München NJW-RR 1991, 803 mit der Ergänzung, dass sich der Anwalt an die herrschende Auffassung halten darf; etwaige einzelne abweichende Meinungen muss er nicht kennen.

³¹² BGH NJW 2001, 675.

³¹³ BGH NJW 1993, 3323.

³¹⁴ BGH NJW 2009, 1593 Rn. 9.

³¹⁵ BGH NJW 1983, 1610 (1611).

³¹⁶ BGH NJW 2009, 1593 Rn. 9; 1993, 3323.