

# Anwaltshaftung

Systematische Darstellung der Rechtsgrundlagen für die anwaltliche Berufstätigkeit

von

Dr. Brigitte Borgmann, Antje Jungk, Michael Schwaiger, Dr. Karl H. Haug

5. Auflage

[Anwaltshaftung – Borgmann / Jungk / Schwaiger / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Berufsrecht Rechtsanwälte](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 63893 0

## § 19 Die Rechtsprüfung

treffen.<sup>320</sup> Weiterhin ist nachdrücklich auf die nicht nur für den Kautelarjuristen „goldenen Worte“<sup>321</sup> des BGH im Urteil vom 25.3.1983<sup>322</sup> zur Beibehaltung der falsa-demonstratio-Regel hinzuweisen:

„Im Fall einer durch gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung gefundenen Gesetzesauslegung“ treten „die Rechtswerte der Rechtssicherheit und des Vertrauenschutzes 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“.

**Hinweise eines obersten Gerichts** auf die Möglichkeit einer zukünftigen Rechtsprechungsänderung müssen deutlich und auch in der Öffentlichkeit bekannt sein, wenn der Anwalt verpflichtet sein soll, sie zu beachten. Dazu gehören an erster Stelle Vorlagebeschlüsse zum Großen Zivilsenat<sup>323</sup> und auch solche zum Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes, oder zum Bundesverfassungsgericht, sofern sie veröffentlicht sind, sowie Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, welche die Gerichte verpflichten, in ihrer Rechtsprechung bestimmte Aspekte zu berücksichtigen. Die unbeschränkte Vertragsfreiheit wird beispielsweise im Familienrecht nicht immer geschützt, wenn sie auf ungleicher Stärke der Parteien beruht.<sup>324</sup> In welche Richtung die Entscheidung der angerufenen höchsten Gerichte gerade bei Uneinigkeit mehrerer Senate gehen wird, ist freilich meist nicht vorhersehbar, so dass der Anwalt allenfalls zur Vorsicht angehalten ist, jedoch seiner Rechtsprüfung noch keine gesicherte neue Rechtsprechung zugrunde legen kann. Bei Vergleichen kann er einen Abänderungszeitpunkt mit Erlass der erwarteten Entscheidung ins Auge fassen, eine Klage sollte er, wenn keine Fristabläufe drohen, und der Anspruchsgrund fraglich werden kann, einstweilen zurückstellen. Gibt ein oberes Bundesgericht zu erkennen, dass es seine langjährige Rechtsprechung ändern wolle, indem es die im Rechtszug untergeordneten Gerichte in geeigneten Fällen um Revisionszulassung bittet, so kann auch dies auf eine künftige Rechtsprechungsänderung schließen lassen,<sup>325</sup> sofern es über den Kreis der Prozessbeteiligten hinaus bekannt wird. Hierauf dürfte es ankommen, wenn man dem BGH-Urteil vom 28.9.1995<sup>326</sup> folgt, dass eine Erkundigungspflicht schon besteht, wenn die Handhabung in Fachkreisen, denen der Berater angehört, erörtert wird (s.o. Rn. IV 44).

Die Ausrichtung nach der Rechtsprechung hat für den Anwalt unter dem Leitmotiv **61** zu stehen, den **Interessen** des Mandanten möglichst zum Erfolg zu verhelfen. Das

<sup>320</sup> Das BGH-Urteil vom 18.4.2007, NJW 2007, 2174 ging bei der Testamentsvollstreckerauftrag, die seiner Meinung folgend nach 30 Jahren verjähren sollte, davon aus, dass die in § 197 Abs. 1 Z. 2 BGB n. F. aufgeführten und ausnahmsweise erst innerhalb von 30 Jahren verjährenden (familien- und) erbrechtlichen Ansprüche alle Ansprüche umfassen, die sich aus dem mit „Erbrech“ überschriebenen 5. Buch des BGB ergeben. Nach Aufgabe dieser Sonderverjährung durch G. v. 24.9.2009 (BGBI. I 3142) trafe die Begründung „Gesetzesänderung“ auch für eine zu erwartende geänderte Rechtsprechung zu.

<sup>321</sup> So Köbel in Urteilsanm. DNotZ 1983, 598 (603).

<sup>322</sup> BGH NJW 1983, 1610/1611; so auch KG, DNotZ 1994, 7/11; den Vorrang hat die Rechtssicherheit.

<sup>323</sup> Beispielsweise für die Behandlung der Übersicherung von Globalabtretungen: Vorlagebeschl. IX.ZS wegen Differenzen mit dem XI. und VII. ZS, NJW 1997, 1570, entschieden durch den Großen Senat in Zivilsachen, NJW 1998, 671.

<sup>324</sup> Beispiele für die Bürgschaft: BVerfG NJW 1994, 36 und 2749; für familienrechtliche Verträge: BVerfG NJW 2001, 957 und 2248; dazu BGH NJW 2004, 930; NJW 2009, 842.

<sup>325</sup> So bei der Abkehr des XII. ZS von der Anrechnungsmethode beim Ehegattenunterhalt zugunsten der auf dem Surrogationsprinzip aufbauenden Differenzmethode auch zugunsten des während der Ehe nicht berufstätigen Ehegatten, BGH NJW 2001, 2254. Der Senat hatte allerdings bis zum Urteilserlass nichts darüber verlauten lassen, in welchem Maß er sich von seiner früheren Rspr. abkehren wolle, sodass die Anwälte sich nicht auf die unsichere Rechtslage einstellen konnten. Da später das BVerfG ebenso entschied, waren nicht nur Vergleiche (BGH NJW 2001, 3618), sondern auch Urteile abänderbar, BVerfG NJW 2002, 1185.

<sup>326</sup> BGH NJW 1995, 3248 (3249).

## *Kapitel IV. Die Pflichten aus dem Anwaltsvertrag*

heißt einmal, steht die aktuelle Rechtsprechung zwar den Bestrebungen entgegen, zeichnet sich aber eine Änderung zu dessen Gunsten ab, so ist er darüber aufzuklären und nach seiner Weisung vorzugehen (s.u. Rn. IV 143f.). Sind noch Rechtsmittel möglich oder ist eine Steuerfestsetzung noch nicht bestandskräftig, so muss der Berater das Notwendige veranlassen.<sup>327</sup> Zum anderen kann es auch bedeuten, dass trotz der Erwartung einer für den Mandanten ungünstigen Wende in der Judikatur gleichwohl nach der aktuellen Rechtsprechung vorgegangen wird und dass – z.B. in Verwaltungs- oder Steuersachen – noch mit einem Stattgeben der Anträge gerechnet werden kann. Die Aufklärung und Belehrung über die gegenwärtige Rechtsprechung, die abweichenenden Tendenzen und die Frage nach der Zweckmäßigkeit sind Anwaltspflichten, jedoch hat sich der Mandant zu entschließen. In diesem Sinne kann das BGH-Urteil vom 3.6.1993<sup>328</sup> verstanden werden. Die Berater – ein Rechtsanwalt und eine Steuerberaterin in Sozietät – hatten eine rechtliche Gestaltung empfohlen, die zu steuerlichen Mehrbelastungen führte, welche bei einer Ausrichtung nach der damaligen Rechtsprechung nicht eingetreten wäre. Der Umstand, dass sich später – zur Zeit des Haftpflichtprozesses – die höchstrichterliche Rechtsprechung im Sinne des Vorgehens der Berater änderte, sah das Gericht nicht als Entschuldigungsgrund an.<sup>329</sup> Diese an sich vom Standpunkt der Rechtsberater unbefriedigende Folge beruht auf dem Grundsatz, dass primär nicht die Rechtsüberzeugung des Anwalts, sondern das Interesse bzw. Begehren der Mandantschaft für die Beratung ausschlaggebend zu sein hat (vgl. u. Rn. IV 65). Offen bleibt im Übrigen nicht selten die Frage, welche Rechtskenntnisse zur Zeit der Beratung gefordert werden konnten.

### 4. Kenntnis der Fachliteratur

- 63 Die **Berücksichtigung der Fachliteratur** und anerkannter Lehrmeinungen wird neben der Forderung nach Beachtung präjudizierender Gerichtsentscheidungen vom BGH kaum noch erwähnt. Schneider meint deshalb ganz ernsthaft, dass eine im wissenschaftlichen Schrifttum anerkannte Lehre vom Anwalt dann unberücksichtigt zu lassen sei, wenn ihr von der höchstrichterlichen oder jeweils maßgebenden obergerichtlichen Rechtsprechung nicht gefolgt wird. Kommentare und andere Fachbücher (z.B. dieses) zu lesen, wird deshalb rein zur Auffindung der einschlägigen Rechtsprechung empfohlen.<sup>330</sup> Die Selbstinformation des Anwalts könne sich auf das Studium der einschlägigen Rechtsprechung beschränken. Dieser resignierende Rat ist Folge der genannten Judikatur, und man kann ihn an den vorsichtigen Anwalt nur als pragmatische Richtschnur weitergeben. Abgesehen davon hat er jedenfalls Sinn und Grund in der Richtung, dass der Anwalt die – auch kostenmäßigen – Interessen seines Mandanten zu berücksichtigen und deshalb soweit wie möglich den sichereren Weg zu gehen hat (s.u. § 21). Dies gilt schon für die Prozessführung in den unteren Instanzen, denn „stets ist es nun einmal“, wie ein Richter am Landgericht<sup>331</sup> ausführt, „das BGH-Präjudiz, das dem Tatsächter am ehesten und sichersten den Weg weist ... Die Rechtsprechung des BGH genießt also – rein faktisch gesehen – hohes Ansehen; kein Rechtsprofessor, keine Fakultät hat ein vergleichbares Ansehen als dass es etwa einem Kautelar-Juristen in den Sinn käme, danach seine Klauseln zu formen. Der BGH ist eben in unserem Rechtsleben die Autorität.“ Hinzuzufügen ist, dass ein Abweichen

<sup>327</sup> BGH NJOZ 2011, 328 = WM 2010, 2050 Rn. 30. Vill in Zugehör u.a. Rn. 606.

<sup>328</sup> BGH NJW 1993, 2799.

<sup>329</sup> So auch BGH NJW 2001, 146.

<sup>330</sup> Vill in Zugehör u.a. Rn. 611; Vollkommer/Greger/Heinemann, § 11 Rn. 47, nach ihrer Meinung reicht zur Durcharbeitung *ein* Kommentar nicht aus, Rn. 48 a.a.O.

<sup>331</sup> Raacke, DRiZ 1985, 391.

## § 19 Die Rechtsprüfung

von der BGH-Rechtsprechung die anwaltlich beratenen Parteien praktisch in die nächste Instanz zwingt.<sup>332</sup>

Hat die maßgebende Rechtsprechung aber ein Rechtsgebiet noch nicht bepflegt, ist 64 es neu und in Entwicklung<sup>333</sup> oder soll im Interesse des Mandanten gegen die bisherige Judikatur angegangen werden, dann ist das **Studium der Lehrbücher und Kommentare** unerlässlich. Bei kurzfristig zu fassenden Entschlüsse sind die Anforderungen natürlich geringer zu stellen. Bei genügender Zeit darf allerdings an der einschlägigen Fachliteratur nicht vorbeigegangen werden. Dass dazu auch und vor allem literarische Äußerungen der zuständigen Bundesrichter gehören, halten *Vollkommer/Greger/Heinemann*<sup>334</sup> für ebenso bedauerlich, wie bedenklich.<sup>335</sup> Instruktiv ist ein RG-Urteil,<sup>336</sup> das zwar aus dem Jahre 1917 stammt, aber durchaus noch Geltung in Anspruch nehmen kann. Der Anwalt wurde haftpflichtrechtlich verurteilt, weil er es nicht verstanden hatte, im Zwangsversteigerungsverfahren die Erteilung des Zuschlags zu verhindern. Von 8 Kommentatoren, die das Reichsgericht zitiert, vertraten 5 eine Ansicht, die dem Mandanten geholfen hätte. Nach Auffassung des RG hat der Anwalt seine Pflicht verletzt, sich ausreichend in dieser Fachliteratur zu orientieren. *Friedlaender* stimmt in der Urteilsanmerkung zu und bleibt in der Entgegnung<sup>337</sup> auf Angriffe bei seiner überzeugenden Meinung, nicht zuletzt, weil der Anwalt seit Mandatserteilung bis zum Versteigerungstermin 3 Wochen Zeit gehabt hatte. Selbst durch irreführende Fragen oder Empfehlungen der Richter wird der Anwalt grundsätzlich nicht von der eigenen Prüfungspflicht entbunden, so z.B. vom Studium von Erläuterungsbüchern, das vom OLG Celle<sup>338</sup> gerade dann gefordert wird, wenn der Rechtsberater keine näheren Kenntnisse auf dem besonderen Gebiet der Höfeordnung besitzt. Zur Frage der Überprüfung höchststrichterlich nicht entschiedener Rechtsfragen ist weiterhin auf das BGH-Urteil vom 14.7.1970<sup>339</sup> aufmerksam zu machen. Der BGH prüft die Frage der Zulässigkeit der Eintragung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit über einen Verzicht auf Bergschäden anhand der zur Zeit der Ratserteilung vorliegenden Literatur bis hin zu den Festschriften. Da lediglich Außenseiter eine andere Meinung als der Notar vertreten hatten, wurde er rehabilitiert und das Berufungsurteil aufgehoben. Daraus ergibt sich im Rückschluss, dass auch das Studium wissenschaftlicher Literatur in einschlägigen Fällen zur Aufgabe des Anwalts gehören kann.<sup>340</sup>

## 5. Die Überzeugung des Rechtsanwalts

Es ist zu unterscheiden die **eigene Rechtsüberzeugung des Rechtsanwalts** von 65 denjenigen, die darauf gerichtet ist, inwieweit das Begehr des Mandanten nach der Rechtsprechung und Fachliteratur erfolgversprechend sein dürfte. Das letztere hat für die Beratung und das Vorgehen des Anwalts ausschlaggebend zu sein. Er ist im Interesse und auf Kosten seines Mandanten tätig. Der Einfluss der eigenen Rechtsansicht wird bei der Fülle der oft ins Detail gehenden Rechtsprechung immer mehr verdrängt. Der angesehene Zivilrechtslehrer *Kohler*<sup>341</sup> erkannte schon 1916 diese Tendenz, als er ausrief:

<sup>332</sup> So Olzen, JZ 1985, 155/157.

<sup>333</sup> BGH NJW 2001, 675, s.o. Rn. IV 41.

<sup>334</sup> Vollkommer/Greger/Heinemann, § 11 Rn. 50.

<sup>335</sup> Unter dem Gesichtspunkt der faktischen Autorität sei dieser Übergriff bedenklich (§ 11 Fn. 148).

<sup>336</sup> RG JW 1917, 462 = RGZ 89, 426.

<sup>337</sup> JW 1918, 499.

<sup>338</sup> OLG Celle NJW 1977, 1350 m. Anm. Deubner.

<sup>339</sup> BGH MDR 1970, 998 = VersR 1970, 932.

<sup>340</sup> Vollkommer/Greger/Heinemann, § 11 Rn. 51.

<sup>341</sup> Archiv für Bürgerliches Recht, 42. Bd., S. 121.

## Kapitel IV. Die Pflichten aus dem Anwaltsvertrag

„Hier muss ich mich lebhaft gegen die Art wenden, wie heutzutage Anwälte haftbar gemacht werden, weil sie bei ihren Rechtsberatungen und Rechtsausführungen ein reichsgerichtliches Urteil übersahen ... Der Rechtsanwalt soll nach seiner wissenschaftlichen Überzeugung handeln, nicht nach der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit der Rechtsprechung; sonst kommt man noch dazu, dass, wenn die Praxis mehrerer Senate eines Gerichts verschieden ist, der Anwalt den Senat, an den die Sache kommt, ermitteln und danach sein Rechtshandeln einrichten muss.“

*Kohler* verkannte bei seinem sicher schätzenswerten Engagement als Wissenschaftler allerdings den Sinn und Zweck der Berufstätigkeit des Anwalts. Ungeachtet seiner Stellung als Organ der Rechtspflege<sup>342</sup> steht im Vordergrund der Dienst für den Mandanten aufgrund des Anwaltsvertrags. Der Fall darf nicht juristischer Selbstzweck sein, sondern muss in Verfolgung der Parteibelange behandelt werden.<sup>343</sup> Deshalb ist auch für den Mandanten grundsätzlich der sicherere Weg<sup>344</sup> zu gehen.

- 66 Das kann im Extremfall dazu führen, dass der **Anwalt gegen seine eigene Rechtsüberzeugung** handeln muss, wenn keine Möglichkeit besteht, das Mandat so rechtzeitig niederzulegen, dass für eine anderweitige Vertretung gesorgt werden kann.<sup>345</sup> Es steht dann in seinem gewissenhaften Ermessen, ob er es später zurückgeben will. Hierzu verpflichtet ihn die Rechtsprechung geradezu, wenn eine Verwaltungsübung dem Mandanten Vorteile – meist sind es Steuervorteile – gewährt, die der Anwalt zu Recht, wie sich später herausstellt, für rechtswidrig hält. Mit seiner Mandatsniederlegung soll er dem Mandanten dann Gelegenheit geben, einen anderen Anwalt zu beauftragen, der weniger Skrupel hat.<sup>346</sup> Eine heftige Kontroverse zu der Frage „Ist der Anwalt verpflichtet, gegen seine Überzeugung zu appellieren, wenn es sein Klient so verlangt, oder hat er die Vertretung niederzulegen?“, wurde schon von *Pollak* und *Feuchtwanger* in JW 1927, 2608 ausgetragen. Der ungarische Vorsitzende des Rechtsanwaltsbundes schiebt trotz der „Universalität der anwaltlichen Ethik ... eine Unmenge traditioneller Dogmen“ beiseite und hält die Niederlegung für überflüssig. Der Münchener Rechtsanwalt *Feuchtwanger* hingegen hält sie wegen der „spezifischen Anwaltsaufgabe im Dienste der Rechtshygiene und Prozessprophylaxe“ für angebracht. Eine berufsethische Frage, die der Anwalt im Rahmen seiner Freiheit, ob er ein Mandat annehmen oder weiterführen will, entscheiden kann,<sup>347</sup> bis zu den beiden Grenzen, an denen seine Mitwirkung für unerlaubte oder unrechte Zwecke<sup>348</sup> oder für ein rechtlich unhaltbares oder aussichtsloses Vorgehen<sup>349</sup> stets abzulehnen ist.
- 67 Raum für die **Verwirklichung anwaltlicher Rechtsüberzeugung** bleibt in der Praxis, wenn die Rechtsprechung unter Beachtung der Stimmen im Schrifttum nicht oder nicht mehr als sichere unanfechtbare Position und Leitlinie angesehen werden kann. Dies entspricht im Wesentlichen der vom RG<sup>350</sup> entwickelten und vom BGH<sup>351</sup> übernommenen Auffassung, dass der Rechtsanwalt nach sorgfältiger juristischer Prüfung sich selbst eine Rechtsanschauung zu bilden und dieser zu folgen hat, soweit nicht die oberste Rechtsprechung oder allgemein anerkannte Theorie eine sichere Richtschnur bieten. Das RG<sup>352</sup> unterstützt diese These mit dem – allerdings heute

<sup>342</sup> S. o. Rn. I 23.

<sup>343</sup> Z. B. wenn ein Nachteil für den Mandanten wegen rechtsirrtümlicher Ansicht des Gerichts durch Hilfsanträge abgewendet werden kann: BGH NJW 1974, 1865.

<sup>344</sup> S. u. Rn. IV 131.

<sup>345</sup> Ähnlich, aber zurückhaltender: Friedlaender, § 28 Rn. 6.

<sup>346</sup> BGH NJW 1995, 3248 (3249).

<sup>347</sup> S. o. Rn. III 38f. und 107.

<sup>348</sup> BGH NJW 1997, 518; s. o. Rn. III 57.

<sup>349</sup> Näheres zu den nicht befolgbaren Weisungen s. u. Rn. IV 144 ff.

<sup>350</sup> RG JW 1910, 298; RGZ 87, 183/187.

<sup>351</sup> BGH NJW 1967, 105/107.

<sup>352</sup> RGZ 87, 183/187.

## § 19 Die Rechtsprüfung

wenig betonten – Argument, anderenfalls werde die sowohl für den einzelnen Fall als auch allgemein für die Rechtspflege wertvolle Bedeutung der wissenschaftlichen Überzeugung des Rechtsanwalts verdrängt. Ohne solches mutiges Voranschreiten wäre aber eine neue Rechtsprechung kaum denkbar, wie auch BGH-Richter *Vill* anerkennt und den Anwalt, der mit Gründen für eine neue Auffassung streitet, für unverzichtbar erklärt.<sup>353</sup>

Ein **Beispiel** gibt das oben genannte BGH-Urteil vom 14.7.1970 (Rn. IV 64). Die 68 Frage der Zulässigkeit der Eintragung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit über einen Verzicht auf Bergschäden war zur Zeit der Beratung nach der Rechtsprechung offen und wurde in der Literatur überwiegend verneint. Hier hätte ein Anwalt, anders als der im entschiedenen Fall tätige Amtsnotar, nach seiner Rechtsüberzeugung dem Mandanten Antrieb für den Versuch einer Durchbrechung der bisher vorherrschenden Meinung geben können. Das gelang so auch 6 Jahre nach der Beratung in einem anderen Rechtsstreit. Dagegen muss sich der Anwalt in Fristsachen kurzfristig eine Rechtsansicht bilden, wenn er keine zuverlässige Grundlage in der Rechtsprechung und Literatur feststellen kann. Er wird vom BGH,<sup>354</sup> wenn auch in engen Grenzen, auch dann entschuldigt, wenn er nicht dessen spätere Auffassung getroffen hatte.<sup>355</sup> Im Urteil vom 24.10.1966<sup>356</sup> heißt es sogar, dass der Anwalt nicht schlechthin verpflichtet sei, jeder von der seinigen abweichenden Rechtsanschauung im Interesse des Mandanten vorsorglich Rechnung zu tragen. Dieses Zugeständnis darf aber nicht überschätzt werden: es gab keine höchstrichterliche Entscheidung, der Anwalt ging im Einklang mit der Rechtsprechung des BayObLG und einem führenden Kommentar vor, und offenbar nur eine Stimme in der Literatur war anderer Auffassung, die später dann auch der BGH vertrat.<sup>357</sup> Vereinzelte Stimmen im Schrifttum verpflichteten den Anwalt aber auch nach heutiger Auffassung des BGH nicht unbedingt dazu, die dort geäußerte Meinung zu berücksichtigen.<sup>358</sup> Vertrauen kann ansonsten in diesem dem Mandanten offenzulegenden Risikobereich nicht herrschen: „Der Anwalt darf nicht darauf vertrauen, seine Auffassung werde die Billigung der Gerichte finden ..., selbst wenn sie in einem angesehenen Kommentar vertreten wird, aber von der Mehrheitsmeinung abweicht“.<sup>359</sup> Deshalb darf er auch bei ungesicherter Rechtslage eine beabsichtigte Maßnahme nicht als (steuerlich) unbedenklich bezeichnen, sondern muss auf die offene Rechtslage hinweisen.<sup>360</sup>

Die dem Anwalt auferlegte **Rechtsprechungshörigkeit** ist somit groß. Auch die 69 harten BGH-Entscheidungen,<sup>361</sup> die zum 1964 aufgehobenen § 102 ZPO ergingen,

<sup>353</sup> Vill in Zugehör u.a. Rn. 615.

<sup>354</sup> BGH NJW 1967, 105; VersR 1978, 826; vgl. weiter o.Rn. IV 38 und die Entscheidungen BGH NJW-RR 1993, 243 sowie OLG Düsseldorf VersR 1980, 359.

<sup>355</sup> So z.B. in der Frage, ab wann nach einem PKH-Gesuch die Wiedereinsetzung- und Nachholungsfrist für die Begründung eines Rechtsmittels läuft, hat der XII. ZS des BGH (NJW 2013, 471) erkannt, dass diese Frage unter den Senaten des BGH umstritten war und dem Anwalt, der der Auffassung eines anderen Senats gefolgt war, Wiedereinsetzung von Amts wegen gewährt. S. dazu unten Rn. XIII 32.

<sup>356</sup> BGH NJW 1967, 105/107.

<sup>357</sup> Demgegenüber kann ein Urteil des OLG Hamburg, JW 1916, 147, nur als großzügig bezeichnet werden. Der Anwalt sollte einen möglichst risikolosen Sicherungsübereignungsvertrag fertigen, den später das RG für unwirksam ansah. Das OLG wies die Haftpflichtklage mangels Verschulden ab: „Nur das Nichtbestehen eines Risikos nach des Beklagten (Anwalt) bestem juristischem Ermessen kommt in Frage; die absolute Vermeidung jeglichen Risikos lässt sich überhaupt nicht beschaffen, weil niemand voraussehen kann, wie auch ein unbedenklich erscheinender Sachverhalt letzten Endes von den Gerichten beurteilt werden wird.“

<sup>358</sup> BGH NJW 2009, 1593 Rn. 9.

<sup>359</sup> BGH NJW 1974, 1865.

<sup>360</sup> BGH B. v. 29.6.2004 – IX ZR 264/02, BeckRS 2004, 07116.

<sup>361</sup> LM Nr. 3, 4 und 6 zu § 102 ZPO.

## *Kapitel IV. Die Pflichten aus dem Anwaltsvertrag*

zeigen dies. Die Entscheidungsgründe enthalten zwar meist den einleitenden Satz, dass es dem Anwalt „selbstverständlich“ und „grundsätzlich“ nicht zum Verschulden gereichen (kann), wenn er eine von der Rechtsprechung abweichende Auffassung vertritt“, dann kommen aber die nicht mehr vom Grundsatz erfassten Ausnahmen, mit denen ein Anwaltsverschulden begründet wird.

- 70 Wichtig ist die ebenfalls in den zu Rn. IV 69 genannten Entscheidungen aufgestellte Forderung, dass eine von der Rechtsprechung oder anerkannten Lehre **abweichende Rechtsauffassung** des Anwalts einer **sorgfältigen Begründung** bedarf. Es ist stets zu bedenken, dass im Interesse des Mandanten der sicherere Weg, d.h. derjenige, der z.B. von der bisherigen Rechtsprechung oder Literatur aufgezeigt wurde, einzuschlagen ist, wenn er auch nach der Rechtsansicht des Anwalts nicht überzeugt. Ein Beispiel liefert das Urteil des OLG München vom 26.8.1970.<sup>362</sup> Danach hat der Anwalt seine Auffassung über die Verjährungsfrage daraufhin abzuwägen, ob sie von den mit der Sache befassten Gerichten auch geteilt werden würde. Besteht die Möglichkeit, dass ein früherer als der von ihm angenommene Verjährungseintritt in Frage kommen kann, so hat er die Frist rechtzeitig zu wahren, damit der Mandant auch bei ungünstigerer Beurteilung der Gefahr des Rechtsverlustes wegen der Verjährung entgeht.<sup>363</sup> Das soll laut BGH-Urteil vom 5.11.1992 (s.o. Rn. IV 51) nach dem Grundsatz des sichereren Wegs sogar dann gelten, wenn inzwischen höchststrichterlich die längere Frist als zutreffend angesehen wird, aber ein OLG im Vorprozess diese Tendenz verkannt hat. Auch in diesem Falle bringen Fehlentscheidungen der Gerichte die Haftpflicht des Anwalts, was kein Verständnis erwecken kann.<sup>364</sup>
- 71 Schließlich ist der **Mandant über die Risiken zu belehren**, die für ihn – z.B. allein durch Kostenbelastung – bei der Anspruchsverfolgung auf der Grundlage einer nicht oder nur wenig durch Fachliteratur und Rechtsprechung abgesicherten Rechtsüberzeugung des Anwalts bestehen. Soll sogar gegen die höchstrichterliche Judikatur angegangen werden, so kann dies der Anwalt erst recht nur im Einverständnis mit dem belehrten Mandanten tun.<sup>365</sup> Hierauf gehen die Ausführungen in § 20 zur Beratung und § 22 zu den Weisungen näher ein.<sup>366</sup> Trotz dieser Barrieren ist zu wünschen, dass die freie, wohl durchdachte Rechtsauffassung des Anwalts nicht durch Rechtsprechungsleitsätze und „herrschende Meinungen“ verschüttet wird, sondern zum Nutzen des Mandanten und der Rechtsentwicklung zur Geltung kommen kann. Das Risiko lässt sich auch heute noch durch „neue“, vielleicht überraschende Entscheidungen<sup>367</sup> rechtfertigen.

## § 20 Beratung und Belehrung

### 1. Ziel und Umfang

- 72 Nach der Informationserteilung durch den Mandanten (s.o. § 17), der ergänzenden Aufklärung (s.o. § 18) und Rechtsprüfung durch den Anwalt (s.o. § 19), hat dessen Beratung zu erfolgen. An die Erfüllung dieser dem Anwalt persönlich obliegenden Pflicht<sup>368</sup>

<sup>362</sup> OLG München VersR 1971, 526/527.

<sup>363</sup> Vgl. BGH MDR 1971, 917; BGH NJW 1993, 734; anders noch RGZ 151, 259.

<sup>364</sup> S. Borgmann, Hfr. AnwBl. 1993, 188.

<sup>365</sup> Schneider, MDR 1972, 747.

<sup>366</sup> Auch im Einvernehmen mit dem Mandanten soll sich der Anwalt nicht zu einer gesetzwidrigen Einstellung verleiten lassen (zum Risiko s. BGH NJW 1992, 1159).

<sup>367</sup> S. z.B. BGH WM 1978, 1319 und dazu Borgmann, Hfr. AnwBl. 1979, 60.

<sup>368</sup> BGH NJW 1981, 2741; vgl. o. Rn. IV 17.

## § 20 Beratung und Belehrung

werden von den Gerichten zu Recht **hohe Anforderungen** gestellt. Die ständige feste Rechtsprechung wird vom BGH im Urteil vom 18.6.1968<sup>369</sup> und auch später meist in folgender Standardformel zusammengefasst:

Der Anwalt ist, „soweit sein Auftraggeber nicht unzweideutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf, zur allgemeinen umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung verpflichtet“. Er hat dem Mandanten „diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziele zu führen geeignet sind“, Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit sie voraussehbar und vermeidbar sind. Besonders Unkundige „muss er über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren“. Er muss auch „über mögliche wirtschaftliche Gefahren des beabsichtigten Geschäfts belehren“.

Diese Anforderung entspricht der Rechtsprechung des Reichsgerichts der 1930er 73 Jahre,<sup>370</sup> die der BGH an sich nur übernommen<sup>371</sup> und unverändert oder im Einzelfall leicht moderiert beibehalten hat.<sup>372</sup> Diese durch die Adjektive „umfassend“ und vor allem „erschöpfend“ grenzenlos erscheinende und deshalb in der Anwaltspraxis kaum zu erfüllende Pflichtdefinition fand im Schrifttum schon früh Kritik.<sup>373</sup> Auf die zu vermissende Relativierung wurde auch schon oben bei der Darstellung des Mandatsumfangs (Rn. III 81) und der Rechtsprüfung (Rn. IV 34) eingegangen. Freilich ist nicht zu übersehen, dass der BGH bei der Beurteilung der Beratungspflicht die formelle Anforderung zwar vorausschickt, sie aber als **allgemeinen Grundsatz** ansieht, der im Einzelfall nicht eingreifen muss.<sup>374</sup> Nach *Vollkommer/Greger/Heinemann*<sup>375</sup> handelt es sich um eine generalklauselartige abstrakte Richtlinie, die im Einzelfall konkretisiert werden muss. Der konkrete Umfang des Mandats ergibt sich nicht aus dem Grundsatz, sondern nur aus dem erteilten Mandat und den Umständen des Einzelfalles.<sup>376</sup> Im weiten Gewand des unbestimmten Pflichtenbegriffs ist somit stets minutiös der Sachverhalt und die Situation festzustellen, in der der Anwalt zur maßgebenden Zeit stand. Bei der Auslegung, welche Pflichten den Anwalt getroffen hätten, wird freilich auf die obige Definition als allgemeiner Grundsatz zurückgegriffen, wodurch die Anwaltspflichten von vornherein in erhebliche Höhen gesteigert werden. Die Willenserklärungen der Parteien werden nach den §§ 133, 157 BGB ausgelegt.<sup>377</sup> Sie enthalten aber oft nichts Konkretes zum Mandatsumfang, so dass die Rechtsprechung schließlich an den grundsätzlich festgestellten hohen Pflichten anknüpfen muss. Formulierungen wie: „Die Einzelheiten des Auftrags und der Beratung sind im Streit“ tauchen in Tatbeständen von Anhaftungsurteilen nicht selten auf.<sup>378</sup>

<sup>369</sup> LM § 611 BGB Nr. 26a = DNotZ 1970, 48 = VersR 1968, 969.

<sup>370</sup> RG JW 1932, 2854 und 2855.

<sup>371</sup> LM Nr. 3 zu § 242 (Cb) BGB = BB 1956, 1084; DRiZ 1960, 360 = VersR 1960, 932; NJW 1961, 601.

<sup>372</sup> Vgl. NJW 1984, 791/792; 1986, 182/183; 1987, 1322/1323; 1988, 486, 563, 706 und 2113; 1992, 1159; NJW 1994, 1211; NJW 1995, 449; NJW 1996, 2929; NJW 1997, 2168; NJW-RR 1999, 19; NJW-RR 2000, 791; NJW-RR 2004, 1358; NJW-RR 2006, 923 Rn. 14; NJW-RR 2007, 569 Rn. 10; NJW 2007, 2485 Rn. 9; NJW 2008, 2041 Rn. 10; NJW-RR 2008, 1235 Rn. 14; NJW 2009, 2949 Rn. 9; NJW 2009, 3025 Rn. 9; NJW 2010, 1360 Rn. 12; NJW 2011, 2889 Rn. 12; NJW 2012, 2435 Rn. 22.

<sup>373</sup> Scheffler, NJW 1961, 577; Ostler, AnwBl. 1965, 258; Wolfsteiner, DNotZ 1970, 51.

<sup>374</sup> So auch Vollkommer/Greger/Heinemann, § 12 Rn. 1–4; vgl. BGH NJW 1984, 791/792 und 1988, 1079/1080.

<sup>375</sup> Vollkommer/Greger/Heinemann, § 12 Rn. 4.

<sup>376</sup> BGH NJW 1996, 2648. Genaue Ausführungen im Urteil des OLG Köln v. 24.4.2008 – 8 U 39/07, BeckRS 2008, 10515. Die jahrelang von einem RA und einer Steuerberaterin beratene Mandantin konnte nicht erwarten, dass der Anwalt sie auch steuerlich beriet, weil in sein Mandat immer wieder die Ergebnisse der steuerlichen anderweitigen Beratung eingeflossen waren.

<sup>377</sup> BGH NJW 1997, 2168.

<sup>378</sup> Hier aus dem Urteil des BGH v. 7.2.2008, NJW 2008, 2041, wo es um Beratung über eine Mietoptionsklausel ging, s. unten Rn. IV 74.

## *Kapitel IV. Die Pflichten aus dem Anwaltsvertrag*

- 74 Die Beratungspflicht erstreckt sich im Rahmen des Auftrags zunächst auf **alle Rechtsfragen**. Davon ist das Steuerrecht nicht grundsätzlich ausgenommen. Allerdings erwartet der Mandant von einem nicht durch zusätzliche Schwerpunkte oder Fachanwaltschaft ausgewiesenen Anwalt nicht unbedingt auch eine steuerrechtliche Beratung.<sup>379</sup> Trotzdem tut der Anwalt gut daran, solche mit der Hauptsache im Zusammenhang stehenden Begleiterscheinungen bei seiner weitgehenden Betreuungsaufgabe mit zu beachten.<sup>380</sup> So hat schon das RG<sup>381</sup> vom Anwalt, der bei Verhandlungen über den Erwerb von GmbH-Anteilen eingeschaltet war, verlangt, dass er den Mandanten auch auf den Anfall von Grunderwerbsteuer aufmerksam macht. Er hätte in jedem Fall an einen Steuersachverständigen verweisen müssen, wenn er die Beratung nicht selbst übernehmen wollte. Dass er das Steuerrecht auch dann, wenn es notwendigerweise berücksichtigt werden muss, aus der Beratung ausklammern will, sollte ausdrücklich bei Übernahme des Mandats vereinbart werden.<sup>382</sup> Der BGH<sup>383</sup> ging auf der Grundlage der vorstehenden Definition der Beratungspflicht so weit, dass der Anwalt bei Vorbereitung eines Vertrags über den Verkauf eines Kommanditanteils ohne besonderen Auftrag auch über die persönliche Haftung für die Vermögensabgabeschuld nach dem damaligen Lastenausgleichsgesetz zu beraten habe.<sup>384</sup> Bei Testamentsberatungen kann die Pflicht bestehen, wegen steuerlicher Vorteile auf die Möglichkeit einer Erbausschlagung hinzuweisen.<sup>385</sup> Ebenso muss der Anwalt bei einem Auftrag in Bezug auf die wirtschaftliche Nutzung eines Nachlassgrundstückes die Erbgemeinschaft bei Neuvermietung über Risiken aufgrund eines Vormietrechtes belehren.<sup>386</sup> Soll er einen Kaufvertrag über ein Hausgrundstück prüfen, das der Käufer selbst nutzen will, so tut er gut daran, sich den bestehenden Mietvertrag anzusehen und den Käufer über die mögliche Bedeutung darin enthaltener Verlängerungsoptionen des Mieters aufzuklären.<sup>387</sup> Weitere Beispiele mit hohen Haftpflichtrisiken, weil Randgebiete des eigentlichen Auftrags nicht in die Beratung einbezogen wurden, befinden sich bei der Darstellung des Mandatsumfangs (s. o. Rn. III 93ff.). Die Frage, inwieweit zum Mandatsende noch Beratungspflichten bestehen, wird ebenfalls im Zusammenhang mit dem Mandatsumfang behandelt (Rn. III 114f.).
- 75 Dem Anwalt obliegt aber nicht nur die Rechtsberatung, sondern weiter die Betreuung des Mandanten in unmittelbar mit der Auftragsdurchführung zusammenhängenden **Wirtschafts- und Geschäftsfragen**, sofern diese in Zusammenhang mit seiner rechtlichen Beratung stehen. In dieser Beziehung entspricht allerdings der Leitsatz des RG-Urteils vom 17.6.1932,<sup>388</sup> dass der Rechtsanwalt auch „Wirtschaftsberater“ der Partei sei, nicht in dieser allgemeinen Aussage den Gründen. Es kam lediglich auf die steuerliche Belehrung an und die Erstreckung der Beratung auf die „materielle Seite“ wurde nur unter Bezugnahme auf ein RG-Urteil vom 26.2.1932<sup>389</sup> erwähnt. Dort hatte der Klient ein Darlehen ausbezahlt, für das die abgetretene Grundschuld wirtschaftlich keine Sicherheit bot. Der vor der Auszahlung befragte Anwalt hatte auf dieses Risiko nicht aufmerksam gemacht. Eine solche Pflicht, bei der Auftragsdurchfüh-

<sup>379</sup> Vill in Zugehör u. a. Rn. 816: weil Mandanten zwischen einer anwaltlichen Belehrung im Steuerrecht und auf anderen Rechtsgebieten zu unterscheiden pflegen.

<sup>380</sup> S. o. Rn. III 83ff.

<sup>381</sup> RG JW 1932, 2855.

<sup>382</sup> Vill in Zugehör u. a., 3 Aufl. Rn. 817.

<sup>383</sup> BGH DNotZ 1970, 48 = VersR 1968, 969.

<sup>384</sup> S. die beachtenswerte Kritik von Wolfsteiner, DNotZ 1970, 52.

<sup>385</sup> LG Köln, NJW 1981, 351.

<sup>386</sup> OLG Düsseldorf, MDR 1984, 756.

<sup>387</sup> BGH NJW 2008, 2041 Rn. 16. Ein Abraten vom Vertrag genügte nicht, Rn. 14.

<sup>388</sup> RG JW 1932, 2855.

<sup>389</sup> RG JW 1932, 2854.