

Anwaltshaftungsrecht

von

Prof. Dr. Max Vollkommer, Prof. Dr. Reinhard Greger, Dr. Jörn Heinemann

4. Auflage

Anwaltshaftungsrecht – Vollkommer / Greger / Heinemann

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Berufsrecht Rechtsanwälte



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 64282 1

insbesondere nicht zur Wahrnehmung wirtschaftlicher Interessen verpflichtet sieht, erscheint insbesondere auf dem Gebiet **rechtsgestaltender Tätigkeit** fragwürdig. Dort wird der Rechtsanwalt – anders als der Notar – eben nicht neutral und unabhängig zum Wohle einer (objektiv verstandenen) Rechtspflege tätig, sondern im ausschließlichen Interesse seines Mandanten, das oftmals wirtschaftlichen Ursprungs ist und das mittels des Rechtsanwalts seine rechtliche Umsetzung erfahren soll. Insbesondere wenn das Mandat die Vermeidung steuerlicher oder sozialversicherungsrechtlicher Nachteile oder Mehrbelastungen zum Gegenstand hat, wird man die rechtliche von der wirtschaftlichen Beratung kaum voneinander trennen können.²⁰ So ist der Rechtsberater durchaus verpflichtet, den Mandanten auf die Ausübung rechtlich zulässiger Gestaltungsoptionen hinzuweisen (z. B. auf die Möglichkeit einer Eheschließung, einer Ehescheidung oder eines Kirchenaustritts), auch wenn er damit ausschließlich wirtschaftliche Motive verfolgt.²¹ Aber auch die wirtschaftliche und praktische Beratung hat ebenso wie die Hauptaufgabe des Anwalts, die rechtliche Betreuung, stets ihre Grenzen an der Legalität anwaltlichen Rats. Als einem unabhängigen Organ der Rechtspflege ist es dem Anwalt trotz aller Pflicht, die Interessen des Mandanten in jeder Richtung wahrzunehmen – verboten, rechtliche Schritte anzuraten, die sich im Einzelfall als Unredlichkeit, als Rechtsmissbrauch oder gar als Delikt darstellen.²²

3. Belehrungsbedürftigkeit des Mandanten

Die angeführte „Standardformulierung“ der anwaltlichen Belehrungspflicht spricht hinsichtlich ihres generellen Umfangs darüber hinaus einen weiteren, wichtigen Orientierungspunkt aus: Die Belehrungsbedürftigkeit des Mandanten. Grundsätzlich hat der Rechtsanwalt von einer **Belehrungsbedürftigkeit des Mandanten auszugehen**,²³ sei er auch geschäftserfahren, anderweitig beraten²⁴ oder gar juristisch vorgebildet.²⁵ Die fehlende oder eingeschränkte Belehrungsbedürftigkeit ist daher im Regressprozess vom Rechtsanwalt zu beweisen.²⁶ Es versteht sich indes von selbst, dass ein juristischer Laie einer – auch in ihrer Genauigkeit – weitaus umfangreicheren, umfassenderen rechtlichen Beratung bedarf²⁷ als eine prozesserfahrene Partei („Vielfachprozessierer“) oder gar ein Volljurist.²⁸ Ausländische Mandanten können besonders belehrungsbedürftig sein, insbesondere wenn sie der deutschen Sprache nicht hinreichend kundig sind und sich dem Anwalt die Gefahr

²⁰ Vgl. BGH NJW-RR 2006, 1645; BGH BeckRS 2006, 10300 zur Haftung des Steuerberaters bei zu hoher Kirchensteuerbelastung.

²¹ BGH NJW-RR 2006, 1645, 1646.

²² Vgl. etwa BGH NJW 1992, 1159 (kein Rat zum Betrieb einer unzulässigen Zweitarztpraxis); BGH NJW 1988, 2881 (kein Rat zur Ausbeutung des Irrtums des Vertrags-/Verhandlungsgegners über die Wirksamkeit eines Vertragsangebots); BGH VersR 1983, 562 (kein Rat zu Unterdrückung von Prozessstoff); OLG Frankfurt VersR 1979, 162 (kein Rat zu Forderungseinzug entgegen – möglicherweise nichtiger – Globalabtretung); ferner *Borgmann* in Borgmann/Jungk/Grams, Kap. IV Rn. 78.

²³ *Popp* S. 115; *Vill* in Zugehör, Rn. 621.

²⁴ BGH NJW 2001, 517, 518: Betreuung einer Genossenschaftsbank durch ihren Verband.

²⁵ BGHZ 193, 193, 200 = NJW 2012, 2435, 2437; BGH BeckRS 2006, 12684; BGH NJW 1998, 1486; 1997, 2168, 2170; 1302; 1993, 2045, 2047; *Popp* S. 115; *Vill* in Zugehör, Rn. 621.

²⁶ BGH NJW 2001, 517, 518; *Vill* in Zugehör, Rn. 621.

²⁷ Ebenso selbstverständlich ist auch, dass hierfür die bloße Versendung des einschlägigen Gesetzestextes nicht genügt, BGH VersR 1971, 641, 642; *Borgmann* in Borgmann/Jungk/Grams, Kap. IV Rn. 86.

²⁸ Dass im letzteren Fall der beauftragte Rechtsanwalt nahezu vollständig von der Beratungs- und Belehrungspflicht entbunden sein kann, zeigt die Entscheidung OLG München NJW 1988, 3013, 3014.

eines Missverständnisses aufdrängt.²⁹ In diesem Fall hat der Anwalt seine Belehrung zu wiederholen oder darauf hinzuwirken, dass ein Übersetzer zugezogen wird.³⁰

- 8 Die Schwierigkeit für den Anwalt liegt so nicht in diesen Extrempunkten, sondern vielmehr darin, den Umfang der Vorkenntnisse des Mandanten und sein Verständnis für Rechtsfragen³¹ zu ermitteln, aber auch darin, sich im jeweiligen Detail bei der Beratung anzupassen.³² Auf **Selbstverständlichkeiten**, die sich durch eigene Geistesanstrengung erschließen lassen, braucht der Rechtsanwalt nicht hinzuweisen, z.B. darauf, dass die Versicherung über das Nichtbestehen von Altlasten in einem Grundstückskaufvertrag wahrheitsgemäß sein müsse.³³ Auf die Kirchensteuerpflicht und deren Beseitigung durch Kirchenaustritt muss der Berater allenfalls dann hinweisen, wenn sich diese als ungewöhnlich hoch erweist.³⁴ Von einer Belehrung ist der Rechtsanwalt auch dann befreit,

„wenn er erkennt, dass dem Mandanten die Risiken des Geschäfts oder der ins Auge gefassten rechtlichen Gestaltung bekannt sind und er diese auch bei einer Belehrung auf sich nehmen würde.“³⁵

- 9 Der BGH hat den Umfang der Beratung kürzlich präzisiert.³⁶ Der Rechtsanwalt muss sich über die Sach- und Rechtslage klar werden und diese dem Mandanten verständlich darlegen. Der Mandant benötigt, insbesondere wenn er juristischer Laie ist, **keine vollständige rechtliche Analyse**, sondern allein die Hinweise, die ihm in Hinblick auf die aktuelle Situation und sein konkretes Anliegen die notwendige Entscheidungsgrundlage liefern. Erscheint unter mehreren rechtlich **möglichen Alternativen** die eine deutlich vorteilhafter als die andere, hat der Anwalt darauf hinzuweisen und eine entsprechende Empfehlung zu erteilen. Kann das erstrebte Ziel hingegen nur auf einem möglichen Weg erreicht werden, so hat der Rechtsanwalt diesen deutlich zu empfehlen und darf diesen nicht als bloße Handlungsalternative darstellen.³⁷
- 10 Ist es also die – im Einzelfall jeweils vom Anwalt zu ermittelnde – **Vorkenntnis** des Mandanten,³⁸ die den Umfang der Belehrungspflicht einschränkt, so mindert sich diese darüber hinaus dann, wenn der Mandant in derselben Sache auch noch **anderweitig rechtliche Betreuung** oder Belehrung erfährt, selbst wenn diese im Laufe von Vertragsverhandlung unter Mitwirkung des Anwalts von der gegnerischen Vertragsseite erfolgen.³⁹ In diesem Fall kann der Rechtsanwalt in der Regel davon ausgehen, dass die Weisungen des

²⁹ OLG Schleswig NJOZ 2007, 3643.

³⁰ AG Hamburg Urt. v. 26.1.2005 – 7c C 12/04, n. v.; *Jungk* AnwBl. 2012, 1000, 1001.

³¹ Dies wird wiederum in erster Linie vom Bildungsstand des Mandanten abhängen, *Popp* S. 120 mit zahlreichen Beispielen; *Borgmann* in *Borgmann/Jungk/Grams*, Kap. IV Rn. 82 bis 86.

³² Diese Anpassung darf sich keineswegs auf den Inhalt und Umfang der Beratungsgegenstände beschränken, sondern auch die Verständlichkeit der Darstellung hat sich am individuellen Bildungs- und Kenntnisstand des Mandanten zu orientieren, BGH VersR 1974, 1224, 1225; OLG Düsseldorf MDR 1984, 756.

³³ BGH AnwBl. 2005, 506; *Vill* in *Zugehör*, Rn. 616.

³⁴ BGH NJW-RR 2006, 1645, 1646; *Zugehör* DStR 2003, 1124, 1126.

³⁵ BGH NJW 1977, 2073, 2074; ebenso im Ergebnis BGH VersR 1987, 178 (hier war der Mandant nach Ansicht des Senats auf Grund mehrerer einschlägiger Vorprozesse mit der konkreten Rechtslage vertraut); vgl. dazu *Borgmann* in *Borgmann/Jungk/Grams*, Kap. IV Rn. 80.

³⁶ BGHZ 171, 261, 264 = NJW 2007, 2485, 2486.

³⁷ BGH NJW 2010, 1961, 1963.

³⁸ BGH NJW-RR 2006, 557, 558; aber auch hier ist Vorsicht geboten: selbst bei Auftreten des Mandanten als geschäftsgewandt hat der Anwalt dessen grundsätzliche Belehrungsbedürftigkeit zu vermuten; dies gilt umso mehr, als weniger gebräuchliche, oft schwierige Rechtsgebiete betroffen sind, vgl. BGH NJW 1981, 2065; VersR 1984, 787 jeweils für die Beratung im Zwangsversteigerungsverfahren; BGH NJW 1985, 264 hinsichtlich der hohen Anforderungen an die Beratung einer „geschäftsgewandten Mandantin“ über eine Schiedsklausel; vgl. zum Ganzen auch *Borgmann* in *Borgmann/Jungk/Grams*, Kap. IV Rn. 86.

³⁹ BGH AnwBl. 2008, 377.

Mandanten bewusst auf Grund der bereits anderweitig erlangten rechtlichen Beratung erfolgen.⁴⁰ Auch die **zeitlichen Verhältnisse**, unter denen die Beratung stattfindet (Zeitdruck infolge bevorstehenden Fristablaufs) oder ein Aufwand, der außer Verhältnis zum Streitgegenstand steht, können zu einer Einschränkung des Umfangs der Beratungspflicht führen (→ § 12 Rn. 24).⁴¹

4. Intensität

Von den genannten, wenigen Ausnahmefällen abgesehen, muss der Anwalt jedoch von einer umfassenden Belehrungsbedürftigkeit seines Mandanten ausgehen. Mit diesem Kriterium für den generellen Umfang der Belehrung ist indes noch nichts gesagt über die Intensität und die **Eindringlichkeit** dieser erläuternden Tätigkeit des Rechtsanwalts. Auch der Bundesgerichtshof hat in der eingangs erwähnten, später ständig wiederzufindenden Standardformel darüber keine Aussage getroffen, wohl aber in seiner Entscheidung vom 5.2.1987.⁴² Danach ist der Rechtsanwalt zwar

„nach der ständigen Rechtsprechung des BGH zur umfassenden Belehrung und Beratung seines Auftraggebers verpflichtet. Eine besondere Nachdrücklichkeit oder Eindringlichkeit der gebotenen Beratung kann nicht gefordert werden, weil sachgerechte Unterscheidungen für den Grad des Einwirkens auf den Mandanten, den erteilten Rat anzunehmen und ihm auch zu folgen, nicht möglich sind.“

Ein Verlangen nach besonderer Nachdrücklichkeit der Belehrung – so der BGH weiter – würde die „Grundsätze über die Beweislast im Anwaltsprozess unterlaufen mit dem Ergebnis einer Beweislastumkehr.“⁴³ Es sind letztlich also Beweislastfragen, die den Bundesgerichtshof zu einer weniger strengen Haltung gegenüber dem Rechtsanwalt veranlassen. Daher ist es auch nur konsequent, im Regressprozess gegen den Anwalt einer besonders **eindringlichen Beratung** umgekehrt eine **entlastende Wirkung** beizulegen.⁴⁴ Dass der Anwalt seine Belehrung nicht mit besonderem Nachdruck erteilen muss, wird auch von der jüngsten Rechtsprechung des BGH nicht in Frage gestellt. Soweit der BGH dem Anwalt eine „schonungslose Aufklärung“ abverlangt,⁴⁵ so will er den Anwalt damit ersichtlich nur vor einer vermeintlichen Rücksichtnahme auf die Erwartungshaltung des Mandanten befreien.⁴⁶

Gleichwohl muss der Anwalt sich jeweils das Ziel seiner Beratung vor Augen halten: Seinen Mandanten auf Grund der Belehrung in die Lage zu versetzen, **selbstständig** über die in seinem Sinne notwendigen (rechtlichen) Schritte **zu entscheiden**. Daher muss der Rechtsanwalt – unabhängig von dem Erfordernis einer nachdrücklichen Beratung – in jedem Fall den Mandanten über die „einzelnen Gesichtspunkte und Umstände“ unterrichten, „die für das fernere Verhalten des Auftraggebers in der Angelegenheit entscheidend sein können.“⁴⁷ Es genügt deshalb keine **pauschale Empfehlung** (z. B. einen Vertrag nicht abzuschließen), sondern der Anwalt muss dem Mandanten im Rahmen des erteilten

⁴⁰ BGH MDR 1977, 476; *Borgmann* in Borgmann/Jungk/Grams, Kap. IV Rn. 83.

⁴¹ BGHZ 171, 261, 264 = NJW 2007, 2485, 2486; NJW 2011, 2889, 2890.

⁴² BGH NJW 1987, 1322, 1323 = VersR 1987, 664 = BB 1987, 922; bestätigt von BGHZ 126, 217, 220 = NJW 1994, 3295, 3297; ebenfalls zustimmend *Fahrendorf* in Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille, Rn. 557; *Vill* in Zuehör, Rn. 619.

⁴³ Der Mandant wird im Regressprozess im Nachhinein immer behaupten, dass eine eindringlich (er)e Beratung ihn zu einer anderen Weisung veranlasst hätte und dies (wahrscheinlich) auch beweisen können.

⁴⁴ So BGH VersR 1974, 488; OLG Celle AnwBl. 1987, 491.

⁴⁵ BGH NJW 2000, 725, 726.

⁴⁶ Ebenso *Fahrendorf* in Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille, Rn. 557 gegen *Borgmann* NJW 2000, 2953, 2959.

⁴⁷ BGHZ 89, 178, 182 = NJW 1984, 791, 792.

Auftrags „eine auch nur annähernd zutreffende Vorstellung von dem Risiko [...] vermitteln“, das dieser einzugehen bereit ist.⁴⁸

III. Einzelne Pflichten

- 14 Angesichts der Vielfalt und Unübersichtlichkeit der jeweils von den spezifischen Mandatsinhalten abhängigen einzelnen Beratungs- und Belehrungspflichten muss im Folgenden eine Beschränkung auf die hauptsächlichen Pflichten erfolgen. Dabei mag auf den ersten Blick durchaus eigentümlich erscheinen, dass die Erörterung der **wichtigsten Gegenstände** anwaltlicher Beratung mit der Pflicht beginnt, den Mandanten auf die mit dem Auftrag **zusammenhängenden Risiken** hinzuweisen, während dieser doch eigentlich eine eindeutige Rechtsauskunft erwartet. Indes sind es nur ganz seltene Ausnahmefälle, bei denen der Anwalt nach Prüfung des vom Mandanten unterbreiteten Sachverhalts zu eindeutigen rechtlichen Ergebnissen gelangt. Im Regelfall werden sich hingegen nach – gewissenhafter – Prüfung der Rechtslage Zweifel und Ungewissheiten über die Rechtsposition des Mandanten und ihre Durchsetzbarkeit ergeben.⁴⁹ Dies ist nicht nur eine Folge der – in gewissen Bereichen – fehlenden Prognostizierbarkeit des Rechts,⁵⁰ sondern auch der Feststellungsbedürftigkeit der tatsächlichen Verhältnisse und der Fehlbarkeit aller am Prozess Beteiligten. Jedenfalls hat aber der Mandant ein Recht darauf, über etwaige Zweifel seiner rechtlichen Position informiert und über die mit der Durchführung des Mandanten verbundenen Risiken aufgeklärt zu werden.

1. Pflicht zur Aufklärung über das Prozess- und Verfahrensrisiko

a) Aufklärung über Notwendigkeit bzw. Möglichkeit außergerichtlicher Streitbeilegung oder Durchführung eines Mediationsverfahrens

- 15 Als Folge der oftmals unbefriedigenden Wirkung von gerichtlichen Streitentscheidungen sind in den letzten Jahren vielfältige Versuche entstanden, **autonome Streitlösungsmodelle** innerhalb (zum Güterichterverfahren → § 28 Rn. 53a ff.) und außerhalb eines Gerichtsverfahrens zu entwickeln.⁵¹ Neben obligatorischen außergerichtlichen Schlichtungsverfahren (§ 15a EGZPO) sind hier insbesondere die außergerichtliche Konfliktbeilegung (→ § 28 Rn. 10a ff.) durch Schlichtung, Mediation (→ § 28 Rn. 74 f.), kooperatives Verhandeln und Evaluation (z. B. Schiedsgutachten) zu nennen.⁵²
- 16 Auf die Notwendigkeit eines einem Gerichtsprozess **obligatorisch vorgeschalteten Streitschlichtungsverfahrens** hat der Rechtsanwalt selbstverständlich hinzuweisen, weil bei Nichtdurchführung dieses Schlichtungsverfahrens die endgültige Unzulässigkeit der Klage ohne Möglichkeit der Nachholung droht.⁵³ Vor Einreichung eines Scheidungsantrags hat der Anwalt den Mandanten über die Möglichkeit einer außergerichtlichen Einigung über die Scheidungsfolgen hinzuweisen.⁵⁴
- 17 Ob der Rechtsanwalt einen Hinweis auf die Möglichkeit **freiwilliger außergerichtlicher Schlichtungs- und Mediationsangebote** schuldet, hängt vom konkreten Einzelfall ab. Schon aus seiner Berufspflicht (→ § 1 Abs. 3 BORA) folgt, dass der Rechtsanwalt in

⁴⁸ BGH NJW 2008, 2041, 2042.

⁴⁹ *Fahrendorf* in *Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille*, Rn. 542 ff.

⁵⁰ Vgl. hierzu aus prozessualer Sicht *Roth* in *Festschrift für Bosch*, S. 827 sowie aus kautelarjuristischer Sicht *Köhler* in *Festschrift 125 Jahre bayerisches Notariat*, S. 197.

⁵¹ Zusammenfassend *Greger* in *Festgabe Vollkommer*, S. 3 ff.

⁵² Vgl. *Neuenhahn/Neuenhahn* NJW 2007, 1851 ff.

⁵³ BGH NJW 2005, 437, 438.

⁵⁴ *Heinemann* DNotZ 2009, 6, 16.

Fällen, in denen sich ein Rechtsstreit offenkundig als schlichtungs- oder mediationsgeeignet erweist, den Mandanten auf diese Möglichkeiten hinzuweisen hat. Mit der Klageerhebung hat sich der Rechtsanwalt ohnehin zu äußern, welche Gründe einer außergerichtlichen Konfliktlösung entgegenstehen (§ 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO; → § 28 Rn. 10a). Dies dürfte etwa dann der Fall ein, wenn der Rechtsanwalt über den Rechtsstandpunkt hinausgehende Interessen oder einen nicht durch eine Gerichtsentscheidung lösbaren Grundkonflikt erkennt. Insbesondere ist der Mandant auch darauf hinzuweisen, dass mit einer außergerichtlichen Streitbeilegung mögliche Kostenrisiken, die ein Gerichtsverfahren mit sich bringt (→ § 12 Rn. 27 ff.), vermieden werden können.⁵⁵ Letztlich bietet auch das schlichtungsfreundliche Vergütungsrecht des RVG dem Anwalt die Möglichkeit, zunächst die außergerichtliche Einigung zu fördern,⁵⁶ so dass sich der Anwalt erst nach der Entscheidung des Mandanten, sofort den Rechtsweg zu beschreiten, einen sofortigen Auftrag zur Klageerhebung erteilen lassen sollte.⁵⁷

b) Aufklärung über die Erfolgsaussichten der Einleitung eines Prozesses oder Verfahrens

Bei Mandaten, die Prozessvertretungen zum Gegenstand haben, erstreckt sich die anwaltliche Beratungspflicht in erster Linie auf die **Prüfung und Darlegung der Erfolgsaussichten** eines zu führenden Rechtsstreits, einschließlich etwaiger Rechtsmittel.⁵⁸ Dem Mandanten, der häufig zu Unrecht davon überzeugt ist, „sein Prozess sei von Anfang an gewonnen“, wäre dabei wenig gedient, wenn diese kühne Prognose durch ein regelmäßig gar nicht mögliches Garantieversprechen seines Anwalts bestätigt würde.⁵⁹ Der mit der Führung eines Rechtsstreits beauftragte Rechtsanwalt muss vielmehr

„den Auftraggeber über die Notwendigkeit, Aussichten und Gefahren des Rechtsstreits ins Bild setzen, soweit der Auftraggeber zu eigener Beurteilung nicht in der Lage ist. Der Rechtsanwalt muss vor allem den ihm unterbreiteten Sachverhalt daraufhin überprüfen, ob er geeignet ist, den vom Auftraggeber erstrebten rechtlichen Erfolg zu begründen [...]“.“⁶⁰

In der Regel wird aber der Auftraggeber zu einer solchen Beurteilung nicht in der Lage sein. Er kennt nicht die mit einer etwa notwendigen Beweisaufnahme und der damit zusammenhängenden richterlichen Beweiswürdigung verbundenen Zweifel am Ausgang des Prozesses. Er weiß nicht um die Problematik der Auslegung eines scheinbar eindeutigen Gesetzeswortlauts oder von Vertragstexten und einzelnen Willenserklärungen. Und er wird vor allem nicht die Unsicherheit der Rechtslage auf Grund verschiedener, auf unterschiedlicher Gesetzesauslegung und -anwendung basierender Rechtsansichten erkennen können. Auf all diese **konkreten Zweifel** muss ein Anwalt seinen Mandanten hinweisen; im jeweiligen Einzelfall werden zu den nur beispielhaft aufgeführten Anhaltspunkten weitere hinzutreten müssen.⁶¹ In diesem, die konkrete Belehrung hervorhebenden Sinne ist auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8.12.1983 zu verstehen. Zwar wird hier ausdrücklich vom Anwalt verlangt, dass er „von sich aus deutlicher zum hohen Grad des Risikos und zur Wahrscheinlichkeit eines

⁵⁵ Greger in Festgabe Vollkommer, S. 3, 17 f.

⁵⁶ Greger in Festgabe Vollkommer, S. 3, 17.

⁵⁷ Schultzky in Festgabe Vollkommer, S. 411, 421 ff.

⁵⁸ BGH NJW 1997, 2168, 2169; 1991, 2280, 2282; 1988, 2113; BGHZ 97, 372, 376 m. w. N. = NJW 1986, 2043; Vill in Zuehör, Rn. 698.

⁵⁹ Ähnlich U. Huber § 29 III 2, S. 713; Fahrendorf in Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille, Rn. 545.

⁶⁰ BGH VersR 1963, 387, 388; ähnlich BGH NJW 1988, 2113.

⁶¹ Vgl. OLG Oldenburg OLG-Report 2003, 219, 220: Eine „Klärung der materiellen Rechtslage durch den Prozess war nicht zu erwarten“ und ist vom Rechtsanwalt auch nicht angestrebt worden; LG Wuppertal VersR 2011, 804: Anspruch war durch Versäumung einer materiellen Ausschlussfrist offensichtlich verfallen.

Prozessverlustes Stellung“⁶² nimmt. Entgegen *Rinsche* bedeutet dies indes keineswegs die Aufforderung an den Anwalt, er möge „mit mathematischer Genauigkeit die Wahrscheinlichkeit des Prozessausgangs in Prozentzahlen angeben.“⁶³ Denn bereits einige Zeilen zuvor wird in der genannten Entscheidung ausgeführt, womit der Grad des Risikos und die Wahrscheinlichkeit des Prozessverlustes deutlich zu machen sind. Danach trifft den Rechtsanwalt die

„Pflicht zu eingehender Unterrichtung über die **einzelnen Gesichtspunkte und Umstände** [...], die für das fernere Verhalten des Auftraggebers in der Angelegenheit entscheidend sein können, wobei Zweifel und Bedenken dargelegt und erörtert werden müssen [...] (wozu auch) das **ungefähre, in etwa abschätzbare Ausmaß des Risikos eines zu erwartenden Rechtsstreits** gehört.“⁶⁴

- 20 Es sind also die konkreten, die jeweiligen Zweifel begründenden Umstände des Mandats, die die Grundlage für eine gegenüber dem Mandanten vorzunehmende Einschätzung der Erfolgsaussichten eines Prozesses bilden müssen.⁶⁵ Soll der Anwalt nach einem (verlorenen) Rechtsstreit den damaligen Prozessanwalt auf Schadensersatz verklagen, so hat er dem Mandanten von der Prozessführung abzuraten, wenn der Mandant den Prozess voraussichtlich nicht gewinnen kann, weil er die Pflichtverletzung des Prozessanwalts nach Maßgabe der wertenden Betrachtungsweise (→ § 20 Rn. 11) nicht beweisen kann.⁶⁶ Dies bedeutet indes nicht, dass jeder rechtliche Zweifel am Prozesserfolg den Anwalt verpflichten würde, dem Mandanten von der Prozessführung abzuraten. Denn solche Zweifel bestehen immer, weshalb jeder Prozess bis zu einem gewissen Grade ein **Risikogeschäft** darstellt. Fehlt es an einer für die maßgeblichen Rechtsfrage des Mandates eindeutigen und einheitlichen Rechtsauffassung, ist es dem Rechtsanwalt keineswegs zu verdenken, wenn „er diesem Wesen des Prozesses als Risikogeschäft Rechnung trägt und auch bei einer nicht ganz eindeutigen Rechtslage zugunsten seines Mandanten die Chance wahrzunehmen versucht, mit einer seinem Mandanten günstigen Rechtsauffassung durchzukommen.“⁶⁷
- 21 Aber selbst wenn die Aussichten, den Prozess oder ein Verfahren zu gewinnen, gut stehen, muss der Rechtsanwalt dennoch von der Durchführung abraten, wenn absehbar ist, dass trotz des Prozesserfolgs **keine erfolgreiche Vollstreckung** zu erwarten ist.⁶⁸ Insbesondere wenn über das Vermögen des Gegners das Insolvenzverfahren eröffnet ist oder aber der Antrag auf Eröffnung eines solchen Verfahrens gestellt wurde, hat der Anwalt von der Einleitung gerichtlicher Schritte, auch von der Einleitung eines Mahnverfahrens zunächst abzuraten.⁶⁹
- 22 Kommen **verschiedene Wege** zu dem erstrebten Prozessergebnis in Betracht, so muss der Rechtsanwalt über die Alternativen und die mit ihnen verbundenen Vor- und Nachteile belehren. Sind mehrere Wege gangbar, so hat der Anwalt denjenigen vorzuschlagen, der am ehesten zu dem erstrebten Erfolg zu führen verspricht und die geringsten Gefahren aufweist, selbst wenn diese Variante eine prozessuale Finte darstellt.⁷⁰ So hat der BGH

⁶² BGHZ 89, 178, 182 = NJW 1984, 792, 793; ebenso OLG Hamm AnwBl. 1987, 331; ähnlich OLG Celle AnwBl. 1987, 491.

⁶³ *Rinsche* (6. Aufl.) Rn. I 126; übernommen von *Fabrendorf* in *Fabrendorf/Mennemeyer/Terbille*, Rn. 551.

⁶⁴ BGHZ 89, 178, 182; vgl. zuletzt BGH NJW-RR 2003, 1212.

⁶⁵ So im Ergebnis auch *Fabrendorf* in *Fabrendorf/Mennemeyer/Terbille*, Rn. 551; *Vill* in *Zugehör*, Rn. 699, 700.

⁶⁶ OLG Düsseldorf MDR 2011, 1016.

⁶⁷ *K. Müller* JR 1969, 161, 163; ebenso *Borgmann* in *Borgmann/Jungk/Grams*, Kap. IV Rn. 95 unter Hinweis auf RGZ 87, 183, 187.

⁶⁸ BGH VersR 2004, 738, 739; vgl. OLG Frankfurt BeckRS 2013, 00708.

⁶⁹ BGH VersR 2004, 738, 739.

⁷⁰ BGH NJW-RR 2003, 1212, 1213; kritisch hierzu *Borgmann* EWiR 2003, 911, 912.

vom Rechtsanwalt den Vorschlag verlangt, den Geschäftsführer einer klägerischen GmbH abzuverufen, damit dieser als Zeuge im Prozess vernommen werden kann.⁷¹ Dass die dieser Vorgehensweise zugrundeliegenden Abwägungen häufig viel Fingerspitzengefühl verlangen, ist die eine Seite.⁷² Die andere Seite ist in jedem Fall, dass dem auf eine Mindermeinung gestützten (Muster-)Prozess eine eindeutige Belehrung des Mandanten über den Umfang des Risikos vorausgehen muss.⁷³

Gibt aber der Auftraggeber auf Grund einer eindringlichen, die mandatspezifischen Probleme erörternden Belehrung sein **Einverständnis für die Prozessführung**, so wirkt dieses unabhängig vom Ausgang des Prozesses grundsätzlich entlastend, auch wenn die Erfolgsaussichten von Anfang an als gering einzuschätzen waren.⁷⁴ Umgekehrt folgt daraus, dass das Einverständnis des Mandanten auch nur dann eine entlastende Wirkung haben kann, wenn der Auftraggeber zuvor **richtig belehrt** worden ist.⁷⁵ Die mit der Klageerhebung verbundenen Risiken muss der Anwalt nicht nur benennen, sondern auch deren ungefähres Ausmaß abschätzen.⁷⁶ Und dazu genügt der Hinweis auf das allgemeine, mit jedem Prozess verbundene Risiko eben nicht.⁷⁷ Es genügt auch nicht, dem Mandanten gegenüber die Erfolgsaussichten zwar als gering, aber offen zu bezeichnen, wenn eine höchstrichterliche Rechtsprechung existiert, die einem erfolgreichen Ausgang des Klageverfahrens eindeutig entgegensteht.⁷⁸ Hat der Rechtsanwalt einen Prozess eingeleitet, so darf er dem Anraten des Gerichts, das **Verfahren zurückzunehmen**, nicht folgen, ohne dass sein Mandant über die Möglichkeiten der Prozessordnung, gegen die vorläufige Auffassung des Gerichts sprechende tatsächliche und rechtliche Gesichtspunkte in der Instanz oder durch ein Rechtsmittel zur Geltung zu bringen, so aufgeklärt worden ist, dass er die wägbaren Prozessaussichten beurteilen kann.⁷⁹ Dass der Hinweis von einem Kollegialgericht erteilt wurde, entlastet den Anwalt dabei nicht von seinen Belehrungspflichten gegenüber dem Mandanten.⁸⁰

Dabei darf indes nicht übersehen werden, dass diese „richtige Belehrung und Beratung“ des Mandanten von einer im obigen Sinne (→ § 11 Rn. 1 ff.) pflichtgemäßen Rechtsprüfung abhängt.⁸¹ Und letztere findet ihre (zeitliche) Relativierung – unabhängig vom Mandatsinhalt – in der (besonderen) Dringlichkeit des Auftrags. Daher finden auch **Umfang und Intensität** anwaltlicher Belehrung dort ihre Grenze, wo der Auftrag eine sofortige

⁷¹ BGH NJW-RR 2003, 1212, 1213.

⁷² Daher geht die Entscheidung des OLG Düsseldorf, VersR 1985, 552, sicher zu weit, wenn sie im Ergebnis dem Anwalt geradezu die „Pflicht“ auferlegt, bei Arzthaftungsprozessen zur Klageerhebung zu raten, weil der Ausgang des Rechtsstreits für einen medizinischen Laien kaum abschätzbar sei; zu Recht daher die – unterschwellige – Kritik bei *Borgmann* in Borgmann/Jungk/Grams, Kap. IV Rn. 95; auch *Prinz* VersR 1986, 317, 318, sieht in dieser Entscheidung einen Widerspruch zu der dem Anwalt vom BGH auferlegten Verpflichtung, „zum hohen Grad des Risikos und zur Wahrscheinlichkeit eines Prozessverlustes Stellung zu nehmen“, BGHZ 89, 178 = NJW 1984, 791.

⁷³ BGHZ 97, 372, 376; BGH VersR 1974, 488, 489; OLG Celle AnwBl. 1987, 491; *K. Müller* JR 1969, 161, 163; *Borgmann* in Borgmann/Jungk/Grams, Kap. IV Rn. 96; *Vill* in Zuehör, Rn. 703.

⁷⁴ BGHZ 97, 372, 376; BGH VersR 1974, 488, 489; OLG Celle AnwBl. 1987, 491; *Borgmann* AnwBl. 1987, 231, 232; *Borgmann* in Borgmann/Jungk/Grams, Kap. IV Rn. 96; *Vill* in Zuehör, Rn. 702.

⁷⁵ BGHZ 97, 372, 376; BGH NJW-RR 2003, 1212, 1213; 2000, 791, 792; OLG Düsseldorf VersR 1973, 424, 425.

⁷⁶ BGHZ 193, 193, 201 = NJW 2012, 2435, 2437.

⁷⁷ BGH NJW-RR 2000, 791, 792; *Fahrendorf* in Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille, Rn. 550; *Vill* in Zuehör, Rn. 702.

⁷⁸ BGHZ 193, 193, 201 = NJW 2012, 2435, 2437; BGH NJW-RR 2003, 1212, 1213.

⁷⁹ BGH NJW 2013, 2036, 2037; BGH BeckRS 2011, 14952.

⁸⁰ BGH NJW 2013, 2036, 2037.

⁸¹ Beispielhaft, aber sehr deutlich, ist dieser Zusammenhang im Urteil BGHZ 97, 372, 380 f. offengelegt.

gerichtliche Initiative erfordert.⁸² Dies gilt sowohl für die Einhaltung von prozessualen Fristen als auch für eine rasche Klageerhebung, um die drohende Verjährung von Ansprüchen zu hemmen.⁸³ So genügt der Rechtsanwalt seiner Belehrungspflicht, wenn er dem Mandanten bei einer komplexen rechtlichen Lage zu einer „sofortigen“ Klageerhebung rät, um einer drohenden Verjährung des einzuklagenden Anspruchs zu begegnen.⁸⁴

- 24a Rät der Rechtsanwalt zu einem aussichtslosen Prozess, so kann diesen gegenüber seinem Mandanten eine Treuepflicht treffen, die eine **Strafbarkeit wegen Untreue** (§ 266 StGB) begründen kann.⁸⁵ Eine Vermögensbetreuungspflicht folgt aber nicht schon daraus, dass der Anwalt laufend für den Mandanten tätig wird.⁸⁶

c) Aufklärung über die Erfolgsaussichten von Rechtsbehelfen

- 25 In welchem Umfang der Rechtsanwalt über die Möglichkeiten und Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs, insbesondere eines Rechtsmittels zu belehren hat, ist von der Rechtsprechung noch nicht abschließend beurteilt.⁸⁷ Eine Belehrungspflicht besteht jedenfalls über die **formellen Voraussetzungen** des Rechtsmittels.⁸⁸ Mit einem allgemeinen Hinweis auf die Möglichkeit und die formellen Voraussetzungen der Einlegung eines Rechtsbehelfs darf sich der Anwalt dann nicht begnügen, wenn eine ohne weiteres **erkennbare Divergenz** zur höchstrichterlichen Rechtsprechung vorliegt⁸⁹ oder wenn das fehlerhafte Urteil auf einer nicht sachgerechten Prozessvertretung durch den Anwalt beruht, er also das fehlerhafte Urteil **mitverschuldet** hat, z. B. weil er die Erhebung von Einwendungen und Einreden oder die Einführung entsprechenden Sachvortrags im Prozess pflichtwidrig unterlassen hat.⁹⁰ Unter diesen Umständen hat er den Mandanten konkret auf die Umstände hinzuweisen, die ein Rechtsmittel als aussichtsreich erscheinen lassen. Auch nach Abschluss der Instanz hat der Rechtsanwalt die Pflicht, den Mandanten über geeignete Rechtsbehelfe zu belehren, mit denen zumindest die Zwangsvollstreckung gegen das Urteil abgewendet werden kann, er handelt pflichtwidrig, wenn er dem Mandanten gegenüber behauptet, man könne gegen das Urteil nichts mehr unternehmen und solle dieses zur Einsparung weiterer Kosten erfüllen.⁹¹ In **zeitlicher Hinsicht** hat der Prozessbevollmächtigte seine Partei so rechtzeitig – zweckmäßigerweise sofort nach Eingang der Entscheidung – vom Zeitpunkt der Zustellung und über die daraus folgenden Umstände der Rechtsmittelinlegung zu unterrichten, dass die Partei den Auftrag zur Einlegung des Rechtsmittels auch unter Berücksichtigung einer ausreichenden Überlegungsfrist noch innerhalb der Rechtsmittelfrist erteilen kann; eine Information eine Woche vor Fristablauf

⁸² Vgl. *Borgmann* in Borgmann/Jungk/Grams, Kap. IV Rn. 98.

⁸³ BGH NJW 2012, 2180; nach Ansicht des BGH VersR 1965, 763, 764, muss der Anwalt im letzteren Fall sich auch bei – nach seiner Auffassung – hohem Prozessrisiko zu einer alsbaldigen Klageeinreichung insbesondere dann entschließen, wenn der Mandant seinerseits zur Klageerhebung drängt; umgekehrt muss der Anwalt den Mandanten auch über die bereits – oder nur möglicherweise – eingetretene Verjährung seiner Ansprüche unterrichten, um diesen von einer beabsichtigten Durch- oder Fortführung eines Rechtsstreits abzuhalten, OLG Bamberg AnwBl. 1987, 331.

⁸⁴ BGH NJW 2011, 2889, 2890.

⁸⁵ BGH NJW 2013, 1615, 1616; 1983, 461; BGHSt 15, 372 = NJW 1961, 931; NJW 1960, 1629.

⁸⁶ BGH NJW 2013, 1615, 1616.

⁸⁷ BGH NJW-RR 2007, 1553, 1554.

⁸⁸ BGH NJW-RR 2007, 1553, 1554; NJW-RR 1989, 1109; OLG Düsseldorf NJOZ 2012, 946, 947 = FamFR 2012, 143 (*Heinemann*).

⁸⁹ BGHZ 85, 252, 259 ff. = NJW 1983, 820; BGH NJW-RR 2007, 1553, 1554; NJW 2002, 1048; OLG Düsseldorf NJOZ 2012, 946, 947 = FamFR 2012, 143 (*Heinemann*).

⁹⁰ BGH NJW-RR 2007, 1553, 1554; BGH NJW 2002, 1048; OLG Düsseldorf NJOZ 2012, 946, 947 = FamFR 2012, 143 (*Heinemann*).

⁹¹ BGH NJW 2003, 2986, 2987; *Fahrendorf* in Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille, Rn. 1831.