

# DIE HAFTUNG DES ANWALTES – AUSGEWÄHLTE ASPEKTE

**THOMAS MÜLLER**

Dr. iur., Anwalt und Fürsprecher, Thun, Lehrbeauftragter für  
Anwaltsrecht an der Universität Bern

Stichworte: Anwaltsvertrag, Pflichten des Anwaltes, Haftung des Anwaltes

Der Anwalt als Dienstleister ist heute in einem vielfältigen Umfeld tätig. Dabei ist er auch Haftungsrisiken ausgesetzt. Die Anspruchshaltung der Klienten ist gestiegen. Vermehrt sehen sich deshalb Anwälte auch mit Haftpflichtansprüchen konfrontiert. Ausgangspunkt der Haftung des Anwaltes bildet der Anwaltsvertrag. Im Folgenden wird untersucht, welches die wesentlichen Pflichten des Anwaltes sind und welche Haftungskonsequenzen deren Verletzung hat. Dabei wird insbesondere auf die typischen Haftungsrisiken eingegangen.

## I. Einleitung

Das Risiko gehört zum Beruf eines Dienstleisters. Neben Ärzten, Treuhändern, Steuerberatern und Notaren beschäftigen auch zunehmend Haftungsfälle von Anwälten die Gerichte. Fallgruben gibt es für einen Anwalt dabei viele, aber ebenso Strategien zu deren Vermeidung. Bevor diese in Erinnerung gerufen werden können, ist auf das Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Klient einzugehen, und es sind die einzelnen Pflichten des Anwaltes herauszuschälen.

## II. Der Anwaltsvertrag

### 1. Rechtsnatur

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Anwalt und seinem Klienten untersteht dem Auftragsrecht, und zwar der gesamte forensische und nichtforensische Bereich.<sup>2</sup> Dies gilt ebenfalls für die Ausarbeitung eines Gutachtens.<sup>3</sup> Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit einem Vertrag über die Schätzung einer Liegenschaft festgehalten, dass dieser dem Auftragsrecht untersteht.<sup>4</sup> Das Bundesgericht verweist dabei auch auf die Literatur zum Rechtsgutachten.<sup>5</sup>

Auch der amtliche Anwalt steht gegenüber seinem Mandanten in einem Auftragsverhältnis. Die Besonderheit des amtlichen Mandates erschöpft sich in seiner Begründung, Beendigung und Honorierung.<sup>6</sup> Anders verhält es sich lediglich beim Anwaltszwang. Wird ein Anwalt gegen den Willen des Verbeiständeten amtlich bestellt, kann zwischen ihm und dem Anwalt nicht von einem Auftragsverhältnis ausgegangen werden. Die Stellung des Anwaltes wird in diesem Fall ausschliesslich durch das öffentliche Recht bestimmt.<sup>7</sup>

### 2. Der Abschluss des Anwaltsvertrages

Der Anwaltsvertrag kommt durch den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen zustande (Art. 1 Abs. 1 OR). In der Praxis entsteht der Anwaltsvertrag oftmals durch konkludentes Verhalten. Die Ankündigung des Anwaltes, in seiner Kanzlei Klienten zu empfangen, ist Realofferte zum Abschluss eines Beratungsvertrages. Trifft sich der Klient mit dem Anwalt, nimmt er diese Offerte durch Realakzept an.<sup>8</sup>

Nach Art. 395 OR gilt ein nicht sofort abgelehnter Auftrag als angenommen, wenn er sich auf die Besorgung solcher Geschäfte bezieht, die der Beauftragte kraft obrigkeitlicher Bestellung oder gewerbsmässig betreibt oder zu deren Besorgung er sich öffentlich empfohlen hat. Auf den Anwaltsvertrag treffen regelmässig sowohl die Tatbestandsvoraussetzungen des gewerbsmässigen Betriebens wie auch der öffentlichen Empfehlung zu.<sup>9</sup> Stellt also ein Klient seinem Anwalt per Post, per Fax oder per E-Mail den Antrag auf Übernahme des Mandates zu, gilt die Vermutung von Art. 395 OR. Will der Anwalt das Mandat nicht führen, muss er es ausdrücklich ablehnen.<sup>10</sup> Dies gilt in-

<sup>1</sup> Mit der Bezeichnung «Anwalt» sind immer auch Anwältinnen mitangesprochen. Auf Doppelnennungen wird verzichtet, um den Text nicht zu überladen.

<sup>2</sup> WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, Bern 2010, § 4 N 999.

<sup>3</sup> FELLMANN, o. c., § 4 N 1000.

<sup>4</sup> BGE 127 III 357 E. 1a.

<sup>5</sup> BGE 127 III 328 E. 2c.

<sup>6</sup> FELLMANN, o. c., § 4 N 1001.

<sup>7</sup> FELLMANN, o. c., § 2 N 810.

<sup>8</sup> FELLMANN, o. c., § 4 N 1004 f.

<sup>9</sup> FELLMANN, o. c., § 4 N 1011 ff.

<sup>10</sup> FELLMANN, o. c., § 4 N 1014.

dessen nur bei Vertragsschluss unter Abwesenden, nicht aber, wenn ein Klient den Anwalt in seiner Kanzlei aufsucht oder ihn anruft. In den beiden zuletzt genannten Fällen braucht es die ausdrückliche Annahme des Anwaltes.<sup>11</sup>

### 3. Pflichten des Anwalts aus dem Anwaltsvertrag

Zu unterscheiden sind Haupt- und Nebenpflichten.

Die *Hauptpflicht* des Anwaltes besteht darin, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen.<sup>12</sup>

Daneben hat der Anwalt zahlreiche *Nebenpflichten*. Dazu zählen insbesondere<sup>13</sup>

- Diskretions- und Geheimhaltungspflicht<sup>14</sup>
- Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht<sup>15</sup>
- Obhuts- und Schutzpflichten<sup>16</sup>

Diese Pflichten leiten sich aus der Treuepflicht des Anwaltes nach Art. 398 Abs. 2 OR ab. Weiter zu beachten sind die Pflicht zur Rechenschaftsablegung und die Herausgabepflicht. Diese stützen sich auf Art. 400 OR.

### 4. Hauptpflicht des Anwaltes

Der Anwalt hat die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen. Die Hauptpflicht des Anwaltes wird dabei durch den jeweiligen Auftrag umschrieben. Wird der Inhalt des Anwaltsvertrages nicht fixiert, sind die Pflichten durch Auslegung zu ermitteln. Als Auslegungshilfe dient dabei Art. 398 Abs. 1 OR. Diese Bestimmung besagt: «Ist der Umfang des Auftrages nicht ausdrücklich bezeichnet worden, so bestimmt er sich nach der Natur des zu besorgenden Geschäfts.»<sup>17</sup> Es wird damit auf berufsspezifische Leistungen verwiesen, d. h. massgebend ist der Standard des jeweiligen Berufes.<sup>18</sup> Was der Anwalt im Rahmen des ihm erteilten Auftrags genau vorkehren muss, lässt sich inhaltlich oft im Voraus nicht bestimmen. Der einzelne Auftrag ist einem stetigen Wandel ausgesetzt. In aller Regel bekannt ist nur das Ziel, wie z. B. die Durchsetzung einer Forderung.<sup>19</sup> Derendinger umschrieb dies wie folgt: «Der Auftraggeber bezweckt in aller Regel nicht bloss die Beschäftigung des Beauftragten, sondern die Wirkung eines bestimmten, in seinen Augen günstigen Resultates.»<sup>20</sup> Mit anderen Worten hat der Anwalt als Fachmann die Aufgabe, das Möglichste zu tun, um den Leistungserfolg herbeizuführen.<sup>21</sup> Damit ist auch gesagt, dass der Anwalt nicht dafür einzustehen hat, wenn der angestrebte Zweck nicht erreicht wird. Er hat indessen für die Qualität der Leistungshandlungen einzustehen.<sup>22</sup>

### 5. Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten

Gestützt auf Art. 398 Abs. 2 OR hat der Anwalt umfassende Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten. Im Gegensatz zur Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR, welche auf Begehren des Klienten hin erfolgt, ist die Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht gestützt auf Art. 398 Abs. 2 OR spontan.<sup>23</sup> Sie umfasst «alle Umstände, welche die Erreichung des Auftragserfolges und damit den Entschluss des Auftraggebers, den Auftrag zu wider-

rufen oder wenigstens zu modifizieren, beeinflussen können».<sup>24</sup>

Die Aufklärungspflicht besteht bereits vorvertraglich. So hat der Anwalt bereits vorvertraglich auf die zu erwartenden Honoraransprüche zu verweisen. Er hat auch darzutun, wenn er aus fachlichen Gründen einem Mandat nicht gewachsen ist. Gleiches gilt, wenn die Einarbeitung in eine besondere Mandatssache einem Allgemeinpraktiker nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich ist. Will er dafür auch Rechnung stellen, muss er darauf hinweisen. Anders ist der Fall gelagert, wenn er seine Einarbeitungsaufwendungen nicht vollumfänglich in Rechnung stellt. Zu den vorvertraglichen Aufklärungspflichten gehört auch die wirtschaftliche Aufklärungspflicht, d. h. gegebenenfalls der Hinweis, dass der Honoraraufwand in keinem Verhältnis zum erhofften Gewinn steht.<sup>25</sup>

Die Aufklärungspflichten während laufendem Vertragsverhältnis entsprechen im Wesentlichen den vorvertraglichen Aufklärungspflichten. Insbesondere hat der Anwalt unaufgefordert auf veränderte Umstände hinzuweisen, namentlich wenn er erkennt, dass das angestrebte Ziel nicht mehr zu erreichen ist oder nur mit unverhältnismässigem zusätzlichem Aufwand.<sup>26</sup> Zentral ist auch die Aufklärung über die Erfolgchancen. Der Anwalt hat den Klienten dabei auch auf alle Risiken hinzuweisen. Der Klient muss in die Lage versetzt werden, dass er über die Wahrung seiner Rechte und Interessen entscheiden kann.<sup>27</sup>

Erteilt der Klient dem Anwalt Weisungen, wozu er nach Art. 397 OR berechtigt ist, hat der Anwalt den Auftraggeber bei unweckmässigen Weisungen abzumachen. Ist der Klient nach erfolgter Abmahnung bereit, einen aussichtslosen Prozess zu führen, kann der Anwalt dies tun. Selbstverständlich ist der Anwalt in diesem Fall auch berechtigt, das Mandat niederzulegen.<sup>28</sup>

11 FELLMANN, o. c., § 4 N 1015.

12 Art. 394 Abs. 1 OR.

13 FELLMANN, o. c., § 4 N 1055.

14 FELLMANN, o. c., § 4 N 1015; auf diese wird im Folgenden nicht weiter eingegangen.

15 FELLMANN, o. c., § 4 N 1150 ff.

16 FELLMANN, o. c., § 4 N 1147 ff. auf diese wird im Folgenden nicht mehr eingegangen.

17 Der Inhalt des Auftrags kann auch durch tatsächliche Handlungen bestimmt werden. So wurde ein Anwalt, der bei der Ausarbeitung eines Vermögensverwaltungsvertrages um Festlegung der Anlagestrategie mithalf, als Vermögensverwalter qualifiziert (BGE vom 5. 03. 2014, 4A\_364/2013 E. 5).

18 FELLMANN, o. c., § 4 N 1058.

19 DERENDINGER, o. c., § 4 N 1061.

20 DERENDINGER PETER, Die nicht oder nicht gehörige Erfüllung eines einfachen Auftrages, Diss. 2. Auflage Freiburg 1990, N 88.

21 BGE 113 II 246 E. 4.

22 FELLMANN, o. c., § 4 N 1055.

23 FELLMANN, o. c., § 4 N 1150.

24 DERENDINGER, o. c., N 131; FELLMANN, o. c., § 4 N 1151.

25 FELLMANN, o. c., § 4 N 1135 ff.

26 FELLMANN, o. c., § 4 N 1159.

27 FELLMANN, o. c., § 4 N 1160.

28 FELLMANN, o. c., § 4 N 1161.

Im Gegensatz zur Aufklärungspflicht, die den Stand des Geschehens in seiner Gesamtheit betrifft, beinhaltet die Benachrichtigungspflicht die jeweils erforderlichen Einzelinformationen, also z.B. die Weiterleitung von Korrespondenzen etc. Weiter hat der Anwalt, der dem Klienten eine Kostenvorschussverfügung des Gerichts weiterleitet, diesen darauf hinzuweisen, dass eine Nichtleistung oder verspätete Leistung einen Nichteintretensentscheid zur Folge hat. Der Anwalt hat sich gar zu vergewissern, ob der Klient den Kostenvorschuss effektiv bezahlt hat.<sup>29</sup>

### III. Die Haftung des Anwaltes

#### 1. Einleitung

Anspruchsgrundlage für die vertragliche Haftung des Anwaltes bildet Art. 398 Abs. 2 OR i. V. m. Art. 97 OR. Danach haftet der Beauftragte dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts. Voraussetzung einer Haftung des Anwaltes ist damit<sup>30</sup>

- eine Vertragsverletzung<sup>31</sup>
- ein Schaden
- ein Verschulden

#### 2. Vertragsverletzung

Als Beauftragter hat der Anwalt nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit einzustehen, sondern für eine getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts. Der Anwalt schuldet lediglich ein sorgfältiges Verhalten, das auf die Erreichung des Vertragszwecks ausgerichtet ist.<sup>32</sup> Mit anderen Worten hat der Anwalt das Möglichste zu tun, um das Geschäft oder die übernommenen Dienste dem Wunsch des Auftraggebers entsprechend und damit erfolgreich abzuschliessen.<sup>33</sup>

##### A) Die Sorgfaltspflichten des Anwaltes

Der Anwalt haftet nicht für die spezifischen Risiken, die mit der Bildung und Durchsetzung einer Rechtsauffassung an sich verbunden sind. Seine Tätigkeit ist risikogeneigt, was auch haftpflichtrechtlich zu berücksichtigen ist. Er hat nicht für jede Massnahme oder Unterlassung einzustehen, welche aus nachträglicher Betrachtung den Schaden bewirkt oder vermieden hätte. Das Prozessrisiko tragen letztlich die Parteien.<sup>34</sup>

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Sorgfalt erforderlich, welche ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt. Bestehen für eine Berufsart oder ein bestimmtes Gewerbe allgemein befolgte Verhaltensregeln und Usancen, können sie bei der Bestimmung des Sorgfaltsmassstabes herangezogen werden.<sup>35</sup> Mit anderen Worten erfolgt eine Standardisierung der Sorgfaltspflichten.<sup>36</sup> Von einem Beauftragten, der über eine staatliche Berufsausübungsbewilligung verfügt und gegen Entgelt arbeitet, darf bezüglich seiner spezifischen Kenntnisse eine besondere Sorgfalt erwartet werden. Die Verletzung einer Sorgfaltspflicht begründet damit stets die Verletzung von allgemein anerkannten und gefestigten Regeln.<sup>37</sup>

Beim Anwalt wird auf die Einhaltung äusserer und organisatorischer Abläufe Wert gelegt, wie sich einem Urteil des Bundesgerichts vom 18.2.2008 entnehmen lässt.<sup>38</sup> Zwar ging es in diesem Fall nicht um die Haftung des Anwaltes für eine Vertragsverletzung, sondern um Wiedereinsetzung in eine versäumte Frist. Der Anwalt hatte die Rechtschrift zwar rechtzeitig verfasst und von seiner Sekretärin verpacken lassen. Anschliessend wurde die verpackte und frankierte Rechtschrift zum Postversand bereitgestellt. Zuständig für den Postdienst war an diesem Tag ein administrativer Praktikant, der die Rechtschrift liegen liess und nicht der Post übergab. Die Vorinstanz wie auch das Bundesgericht kamen zum Schluss, dass keine persönliche Fehlleistung des Praktikanten vorliege, sondern die Betriebsorganisation gravierende Mängel zufolge unklarer Regelung der Zuständigkeit für den Postdienst aufweise.<sup>39</sup> Im gleichen Sinn hat das Zürcher Obergericht in einem Urteil vom 22.11.2007 entschieden.<sup>40</sup>

Besteht eine generell rechtswidrige Praxis von Anwälten, vermag dies nicht zu entlasten.<sup>41</sup> Noch unter altem Eherecht wurde in Ehescheidungskonventionen vielfach für die Ehefrau eine «pro forma»-Rente festgelegt, damit sie beim Ableben des Ex-Ehemannes Anspruch auf eine AHV-Witwenrente hatte. Gleichzeitig mit der Unterzeichnung der entsprechenden Ehescheidungskonvention wurde jeweils eine separate Verzichtserklärung für die Rente abgegeben, die jedoch dem Gericht nicht eingereicht wurde. Das Gericht genehmigte einzig die Ehescheidungskonvention. Die entsprechende Praxis war auch den Gerichten bekannt. Gemäss dem damals geltenden Art. 158 Ziff. 5 altZGB konnte eine Ehescheidungskonvention nur mit richterlicher Genehmigung Wirkung entfalten. Umgekehrt entfaltete die nicht genehmigte Verzichtserklärung damit keine Rechtswirkung. Jahre später setzte die Ehefrau die vereinbarte pro forma-Rente in Betreibung und erhielt Recht. Der unterlegene und zur Zahlung verpflichtete Ex-Ehemann machte nun den Anwalt dafür verantwortlich und stellte sich auf den Standpunkt, er sei über dieses Risiko nie aufgeklärt worden. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Missachtung klaren Bundesrechtes

<sup>29</sup> FELLMANN, o. c., § 4 N 1164; BGE 4C. 274/2004 E. 2.1.

<sup>30</sup> FELLMANN, o. c., § 4 N 1281.

<sup>31</sup> Eine Haftung kann sich auch aus erwecktem, jedoch enttäushtem Vertrauen (Vertrauenshaftung) ergeben. So haftet der Anwalt bei einem fehlerhaften Gutachten auch gegenüber dem Dritten, wenn er mit der Weitergabe der Expertise rechnen musste (BGE 130 III 345 E. 2.2 für eine Liegenschaftsschätzung). Empfiehlt der Anwalt einen dritten Anwalt, kann ersterer unter Umständen für das Honorar des letzteren haften (BGE 4A\_80/2009 E. 4.2).

<sup>32</sup> BGE 127 III 357 E. 1b.

<sup>33</sup> FELLMANN, o. c., § 4 N 1292.

<sup>34</sup> BGE 127 III 357 E. 1b; FELLMANN, o. c., § 4 N 1317.

<sup>35</sup> BGE 115 III 62 E. 3a.

<sup>36</sup> FELLMANN, o. c., § 4 N 1299 ff.

<sup>37</sup> BGE 117 II 563 E. 2a.

<sup>38</sup> BGE 4A\_36/2008; FELLMANN, o. c., § 4 N 1311.

<sup>39</sup> BGE 4A\_36/2008 E. 4.

<sup>40</sup> ZR 2008 210 ff.

<sup>41</sup> BGE 127 III 357.

sich nicht mit dem Hinweis auf eine abweichende kantonale Übung rechtfertigen lasse und der Anwalt damit mangels Aufklärung seine anwaltliche Sorgfaltspflicht verletzt habe.<sup>42</sup>

#### B) Abklären des Sachverhaltes

Grundlage jeder Rechtsanwendung und eines Prozesses ist der Sachverhalt. Der Anwalt hat zusammen mit seinem Klienten die massgebenden Fakten und erforderlichen Beweismittel zusammenzutragen. Dabei darf der Anwalt grundsätzlich auf die Richtigkeit der Angaben des Klienten vertrauen.<sup>43</sup> Dies gilt allerdings nicht schrankenlos. Illustrativ dazu ist BGE 117 II 563. Ein Anwalt war beauftragt, ein Bauhandwerkerpfandrecht einzutragen. Der Klient konnte indessen nur die Adresse angeben, die erst noch falsch war. Der Anwalt beauftragte hierauf seinen Praktikanten mit weiteren Abklärungen. Dieser beschaffte sich einen Katasterplan und konsultierte das Grundbuch. Das vom Auftraggeber angegebene Grundstück wies einen Halt von 272 m<sup>2</sup> auf, wobei 147 m<sup>2</sup> überbaut waren. Der Praktikant begab sich vor Ort und sah das fragliche Gebäude sowie die Baustelle auf dem Nachbargrundstück. Das Bauhandwerkerpfandrecht wurde alsdann auf diejenige Parzelle eingetragen, die der vom Klienten angegebenen Adresse entsprach. Dies war indessen das falsche Grundstück. Das Bundesgericht hielt fest, dass die getroffenen Abklärungen ohne Weiteres zum Schluss führen mussten, dass die Angaben des Klienten nicht zutreffen. Angesichts der angegebenen Bauarbeiten konnte unmöglich ein Gebäude auf den nicht überbauten 125 m<sup>2</sup> des vom Klienten angegebenen Grundstücks betroffen sein. Demgegenüber befand sich auf dem Nachbargrundstück bereits eine Baustelle. Der Anwalt hätte hier weitere Abklärungen vornehmen müssen und haftete.<sup>44</sup> Als Fazit lässt sich damit festhalten, dass der Anwalt den Sachverhaltsdarstellungen vertrauen darf, ausser es bestehen Ungeheimheiten oder Widersprüche. Ist ein Augenschein möglich, ist ein solcher dem Anwalt stets zu empfehlen.

#### C) Kenntnis der Judikatur

Bis zum Jahr 2000 publizierte das Bundesgericht lediglich einige ausgewählte Entscheide in der amtlichen Sammlung. Seit dem Jahr 2000 sind nebst dieser nach wie vor herausgegebenen amtlichen Sammlung sämtliche Urteile über das Internet abrufbar. Es stellt sich damit die Frage, ob der Anwalt auch diese nicht publizierten Entscheide kennen muss. Das Bundesgericht hielt fest, dass von einem Anwalt nicht erwartet werden kann, dass er von allen über das Internet abrufbaren Entscheiden des Bundesgerichts oder von allen in den zahlreichen juristischen Zeitschriften der Schweiz veröffentlichten Urteilen und Artikeln Kenntnis nimmt. Massgebend ist einzig, dass der Anwalt die in der amtlichen Sammlung publizierte Rechtsprechung ab Publikationsdatum kennt.<sup>45</sup> Diese Rechtsprechung ist nicht in Stein gemeisselt. In einem Entscheid vom 14.8.2009<sup>46</sup> hatte das Bundesgericht einen strafrechtlichen Fall zu beurteilen, bei welchem zugleich über ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechts-

pflege zu befinden war. Beim Fall ging es um die Frage einer Gesamtstrafe, welche Rechtsfrage bisher vom Bundesgericht noch nie entschieden worden war. Interessant sind in diesem Fall nun die Ausführungen zur unentgeltlichen Rechtspflege. Einen Tag vor der Einreichung der Beschwerde erging nämlich ein Bundesgerichtsentscheid, der genau dieselbe Frage wie die vom Beschwerdeführer aufgeworfene betraf. Das Bundesgericht hielt fest, dass dieser Entscheid zum Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde noch nicht auf dem Internet veröffentlicht war und führte aus: «deshalb kann dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden, er hätte die Rechtsprechung kennen müssen bzw. seine Beschwerde sei von vornherein aussichtslos gewesen».<sup>47</sup> Nach dieser Rechtsprechung müsste der Anwalt jeden unveröffentlichten Entscheid kennen und die aktuelle Rechtsprechung noch am Tag der Einreichung einer Rechtschrift resp. unmittelbar vor dem Plädoyer überprüfen. Diese Auffassung geht zu weit.

Nach FELLMANN hat der Anwalt Datenbanken zu nutzen.<sup>48</sup> Meines Erachtens ist indessen eine vermittelnde Lösung korrekt. Der Anwalt darf sich nicht bloss auf die publizierte Rechtsprechung verlassen. In den gängigen Kommentaren werden die unveröffentlichten Urteile des Bundesgerichts ebenso wie die in der amtlichen Sammlung publizierten berücksichtigt. Wird ein nicht publiziertes Urteil in einem einschlägigen Kommentar berücksichtigt, muss der Anwalt diesen Entscheid konsultieren. Verfügt ein Anwalt überdies in einem Gebiet über besondere Fachkenntnisse und wirbt damit (z. B. als Fachanwalt oder mit bevorzugten Fachgebieten), ist von ihm die Kenntnis der nicht publizierten Bundesgerichtsentscheide sowie der einschlägigen kantonalen Entscheide zu erwarten.

#### D) Fristen

Die Fristen hat der Anwalt zu kennen. Der vorsichtige Anwalt hat Folgendes zu beachten:

- Ist nicht offensichtlich, ob eine längere oder kürzere Verjährungsfrist anwendbar ist, sollte der Anwalt bei seinen weiteren Schritten von der kürzeren Verjährungsfrist ausgehen. So lassen sich später unliebsame Fragen um die anwendbare Frist vermeiden. Verjährungsfristen sind zu unterbrechen. Zu beachten ist, dass die Verjährung des Nachbesserungsrechts nicht mittels Betreibung unterbrochen werden kann.<sup>49</sup>
- Besonderes Augenmerk ist Verwirkungsfristen zu schenken. Die kommen oftmals im Kleide von Verjährungsfristen daher, wie dies im Erbrecht vielfach der Fall ist. So sagt das Gesetz in Art. 533 Abs. 1 ZGB, dass die

<sup>42</sup> BGE 127 III 357 E. 3 d und e.

<sup>43</sup> FELLMANN, o. c., § 4 N 1321 ff.

<sup>44</sup> BGE 127 II 563 E. 3.

<sup>45</sup> BGE 134 III 534 E. 3.2.3.3.

<sup>46</sup> BGE 134 III 534.

<sup>47</sup> BGE 6B\_297/2009 E. 8.

<sup>48</sup> FELLMANN, o. c., § 4 N 1333.

<sup>49</sup> BGE 4C\_258/2001 E. 4.1.2; FELLMANN, o. c., § 4 N 1350.

Herabsetzungsklage mit Ablauf eines Jahres ab Kenntnis der Pflichtteilsverletzung verjährt. In Tat und Wahrheit handelt es sich hier um eine Verwirkungsfrist. In der falschen Annahme, es handle sich um eine Verjährungsfrist, werden gelegentlich Verjährungseinredeverzichtserklärungen eingeholt. Eine Verwirkungsfrist vermögen diese indessen nicht zu unterbrechen resp. deren Lauf zu hindern. Entsprechend ist dann trotz Einhaltung der in der Verjährungseinredeverzichtserklärung angegebenen Frist der Anspruch verwirkt.<sup>50</sup>

- Anspruchsvoll sind auch die kurzen, als Verwirkungsfristen ausgestalteten Rügefristen beim Kaufvertrag resp. Werkvertrag. Innert 3 bis maximal 7 Tagen muss dem Verantwortlichen die Rüge mitgeteilt werden.<sup>51</sup> Die Rüge ist hinreichend genau zu spezifizieren, sodass der Empfänger genau weiss, was mangelhaft ist. Weiter muss aus der Mängelrüge hervorgehen, dass Mängelrechte geltend gemacht werden.<sup>52</sup> Die Frist ist kurz und die Aufgabe schwierig.
- Der Anwalt muss stets auch überprüfen, ob die auf einem Entscheid angegebene Rechtsmittelfrist korrekt ist. Auf eine falsche Rechtsmittelbelehrung kann er sich nicht verlassen.<sup>53</sup>

#### E) Beratung und Belehrung

Jeder Prozess birgt Risiken, und dessen Ausgang kann nie mit Sicherheit vorausgesagt werden. Kann ein Fall rechtlich auf verschiedene Weise beurteilt werden, muss der Anwalt dies dem Klienten mitteilen und auf die Chancen und Risiken hinweisen. Ist der Prozess aussichtslos, darf der Anwalt diesen nicht führen, es sei denn, der Klient sei trotz Abmahnung dazu bereit. Umgekehrt bedeutet dies nicht, dass der Anwalt nur risikolose Prozesse führen darf. Es ist gerade Kernaufgabe des Anwaltes, auch bei nicht eindeutiger Rechtslage zu versuchen, ein für seinen Klienten günstiges Resultat herauszuholen. Wesentlich ist dabei einzig, dass der Klient auf die Risiken hingewiesen wird.<sup>54</sup>

Der Anwalt hat die Erfolgsaussichten eines Prozesses sorgfältig abzuschätzen. Ein Anwalt erachtete einen Entscheid des sozialversicherungsrechtlichen Gerichts als schlüssig und hielt die Anfechtung für aussichtslos. Tatsächlich wäre einem Rechtsmittel indessen mit hoher Wahrscheinlichkeit Erfolg beschieden gewesen. Ein Anwalt verletzt seine Sorgfaltspflichten, wenn er seinen Klienten in Verkennung der offensichtlich guten Erfolgchancen vom Weiterzug eines Urteils abhält.<sup>55</sup>

Weiteres Augenmerk ist ferner der korrekten Formulierung des Rechtsbegehrens und der richtigen Wahl der Klage (z. B. Feststellungsklage statt Leistungsklage, direkte Leistungsklage statt Stufenklage, Erbschaftsklage statt Erteilungsklage). Besonders anforderungsreich sind überdies die Rechtschriften an das Bundesgericht.

## IV. Schaden

Schaden ist per definitionem die unfreiwillige Verminderung des Reinvermögens, verursacht durch eine Vermin-

derung der Aktiven oder eine Vermehrung der Passiven resp. entgangener Gewinn. Der Schaden besteht in der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand des Vermögens ohne schädigendes Ereignis.<sup>56</sup> Der Schaden kann *damnum emergens* (positiver Schaden) oder *lucrum cessans* (entgangener Gewinn) bestehen. Verpasst der Anwalt eine Frist und geht der Prozess deshalb verloren, hat er nicht nur für die nutzlosen Prozesskosten aufzukommen (*damnum emergens*), sondern er hat auch für den entgangenen Gewinn Ersatz zu leisten (*lucrum cessans*). Erfüllt also der Anwalt seinen Auftrag schlecht, ist der Klient so zu stellen, wie wenn die Vertragsverletzung nicht erfolgt und der Auftrag mithin gehörig erfüllt worden wäre. Wurde der Prozess aber mangels Fristversäumnis gar nicht geführt, verbindet sich die Berechnung des Schadens mit der Frage der Kausalität. Es ist dann zu prüfen, wie der Fall beurteilt worden wäre, d. h. wie sich der hypothetische Prozessverlauf entwickelt hätte.<sup>57</sup> Entscheidend ist, ob der Kläger bei ordnungsgemässer Prozessführung begründete Aussicht auf einen für ihn günstigen Entscheid gehabt hätte oder, wie es das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Haftpflicht für einen Vermögensberater ausdrückte: «Es ist auf den hypothetischen Wert, den das Vermögen hätte, wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre, abzustellen».<sup>58</sup> Im Zusammenhang mit dem Fall der durch den Anwalt nicht überprüften Vorschusszahlung durch den Klienten hielt *Mon Repos* fest: «Ob dem Klienten aus dieser Sorgfaltspflichtverletzung ein Schaden erwachsen ist, hängt davon ab, wie das Appellationsverfahren mutmasslich ausgegangen wäre.»<sup>59</sup>

Ohnehinkosten, d. h. Kosten, die auch bei korrekter Prozessführung angefallen wären, stellen allerdings keinen Schaden dar.<sup>60</sup> Entsprechend besteht für Gerichts- und Anwaltskosten, die auch bei sorgfältiger Prozessführung angefallen wären, kein Schadenersatzanspruch.

Verwandt mit den Ohnehinkosten ist die Frage, ob bei unsorgfältiger Auftragsausführung des Anwaltes ein Honorar geschuldet ist. Wird ein Auftrag nicht sorgfältig ausgeführt, kann dies zu einer Herabsetzung der Vergütung aus vertraglicher Gegenleistung führen. Ist das Ergebnis für den Auftraggeber vollständig unbrauchbar, schuldet er gar keine Vergütung.<sup>61</sup> Auf die übrigen, d. h. unnützen Anwaltskosten hat der Anwalt Anspruch, wenn der Auftraggeber durch die Schadenersatzleistung so ge-

<sup>50</sup> BGE 4A\_464/2008 E. 3.4; FELLMANN, o. c., § 4 N 1345.

<sup>51</sup> BGE 4A\_82/2008 E. 7.1.

<sup>52</sup> HEINRICH HONSELL, BSK, N 10 zu Art. 201 OR.

<sup>53</sup> BGE 134 III 92 E. 1.7; BGE 5A\_104/2014 E. 3.3.

<sup>54</sup> FELLMANN, o. c., § 4 N 1339 ff. und 1048.

<sup>55</sup> BGE 4A\_53/2008 E. 2.2.

<sup>56</sup> BGE 127 III 321 E. 2.2.1.

<sup>57</sup> FELLMANN, o. c., § 4 N 1285.

<sup>58</sup> BGE 4A\_463/2012 E. 6.

<sup>59</sup> BGE 4C\_274/2004 E. 2.1.

<sup>60</sup> BGE 5D\_148/2013 E. 5.3.2.

<sup>61</sup> BGE 4A\_89/2012, E. 3.1.

stellt wird, wie wenn der Anwalt den Auftrag ordnungsgemäss erfüllt hätte.<sup>62</sup> Hinsichtlich des Anwaltshonorars lässt sich festhalten, dass Ohnehinkosten keinen Schaden darstellen. Wäre das Anwaltshonorar bei sorgfältiger Prozessführung nicht angefallen, kann es je nach Umständen herabgesetzt oder vollständig aufgehoben werden. Leistet hingegen der Anwalt vollen Schadenersatz, ist das Honorar geschuldet resp. kann zur Verrechnung gebracht werden.

## V. Kausalzusammenhang

Zwischen dem Schaden und der Vertragsverletzung muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Bereits beim Schaden haben wir gesehen, dass auf einen hypothetischen Kausalverlauf abzustellen und zu prüfen ist, wie sich der Fall entwickelt hätte, wenn keine Vertragsverletzung bestehen würde. Beruht der Anspruch auf einer unterlassenen oder fehlerhaften Aufklärung, muss geprüft werden, ob sich bei ordnungsgemässer Aufklärung der Klient anders entschieden hätte, nämlich in der Weise, dass der Schaden nicht eingetreten wäre. Keine Haftung ist demgegenüber gegeben, wenn der Schaden selbst bei ordnungsgemässer Aufklärung eingetreten wäre. Weist z. B. ein Anwalt seinen Klienten nicht auf die Möglichkeit eines Rechtsmittels hin, klärt er ihn falsch auf und begeht eine Vertragsverletzung. Wäre das Rechtsmittel hingegen ohnehin aussichtslos gewesen, besteht zwischen Vertragsverletzung und Schaden kein adäquater Kausalzusammenhang.<sup>63</sup>

## VI. Verschulden

Verantwortlich ist der Anwalt ferner nur, wenn ihn ein Verschulden trifft. Ein Verschulden ist nur gegeben, wenn die Verletzung der Sorgfaltspflicht dem Anwalt zugerechnet werden kann, was voraussetzt, dass der beauftragte Anwalt unter Berücksichtigung der Umstände des betreffenden Falles hätte angemessen vorgehen können, dies jedoch vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat. Der Anwalt kann sich jedoch nicht mit Nichtwissen entlasten, da jeder Anwalt mit durchschnittlichen Kenntnissen und beruflichen Fähigkeiten in der gleichen Situation nicht anders gehandelt hätte. Leichtes Verschulden ist hinreichend.<sup>64</sup>

Sorgfalt ist indessen bereits Grundlage der Bestimmung der Qualität bei der Ausführung des Auftrages, mithin bei der Vertragsverletzung. Damit ist das Verschulden nachgewiesen und für eine vom Anwalt nachzuweisende Exkulpation bleibt damit kaum je Raum.<sup>65</sup> Es bleibt damit einzig die Exkulpation wegen Zufall oder höherer Gewalt.<sup>66</sup>

## VII. Schadenersatzbemessung

Die Frage der Schadenersatzbemessung ist im Auftragsrecht nicht speziell geregelt. Es finden damit die Vorschriften nach Art. 99 Abs. 2 und 3 OR und qua Art. 43 und 44

OR Anwendung. Damit hat der Richter sowohl die Umstände als auch die Grösse des Verschuldens zu würdigen. Zu Fragen ist hier deshalb nach einem Mitverschulden des Auftraggebers oder nach einer Geringfügigkeit des Verschuldens.<sup>67</sup> Ein Mitverschulden des Klienten kann zu einer erheblichen Reduktion des Schadenersatzes führen.<sup>68</sup> Die Geringfügigkeit des Verschuldens spielt bei einer Reduktion nur dann eine Rolle, wenn es sich um relativ und absolut bedeutende Beträge handelt, die den Schuldner erheblich schwerer belasten würden, als es der Grösse seines Verschuldens entspricht. Diese Frage stellt sich einzig dann, wenn der Schaden den Deckungsumfang der Haftpflichtversicherung übersteigt.<sup>69</sup>

## VIII. Haftungsvermeidung

Der Anwalt soll ein Mandat nicht annehmen, wenn er nicht über das erforderliche Fachwissen verfügt (resp. sich dieses nicht innert nützlicher Frist aneignen kann) oder nicht genügend Zeit hat, um sich mit einem Mandat sorgfältig beschäftigen zu können.

Bereits bei Annahme des Mandates sind allfällige Fristen festzustellen und eine strikte Termin- und Fristenkontrolle zu führen. Dabei hat sich der Anwalt insbesondere Klarheit darüber zu verschaffen, auf welche Rechtsgrundlage sich der vom Klienten geltend gemachte Anspruch stützt und welche Fristen zu dessen Geltendmachung zu beachten sind. Verwirkungsfristen sind zu wahren und Verjährungsfristen zu unterbrechen.

Der Sachverhalt ist sorgfältig abzuklären, und gegebenenfalls sind die Angaben des Klienten kritisch zu hinterfragen. Die einschlägigen Kommentare sind zu konsultieren, ebenso die darin erwähnten nicht publizierten Entscheide des Bundesgerichts. Die publizierten Entscheide hat der Anwalt zu kennen. Besonderes Augenmerk ist auch der richtigen Formulierung des Rechtsbegehrens sowie der Wahl der Klage zu schenken. Rechtsmittelbelehrungen sind kritisch zu überprüfen.

Die Kanzlei ist so zu organisieren, dass korrekte Abläufe sichergestellt sind und z. B. die Post korrekt abgegeben wird.

In der heutigen Anspruchsmentalität können all diese Vorkehrungen einen Haftpflichtprozess nicht ohne Weiteres vermeiden. Hingegen helfen sie dem einmal ins Recht gefassten Anwalt, einen positiven Verfahrensausgang zu erwirken.

<sup>62</sup> FELLMANN, BK, N 535 zu Art. 394 OR.

<sup>63</sup> FELLMANN, o. c., § 4 N 1362 f.

<sup>64</sup> BGE 117 II 563 E. 2a; FELLMANN, o. c., § 4 N 1366 ff.

<sup>65</sup> FELLMANN, o. c., § 4 N 1369.

<sup>66</sup> FELLMANN, o. c., § 4 N 1371.

<sup>67</sup> FELLMANN, o. c., § 4 N 1373.

<sup>68</sup> Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 25. 9. 2013, ZK 13 123 E. D.

<sup>69</sup> FELLMANN, o. c., § 4 N 1374.