

Haftung aus anwaltlicher Tätigkeit unter Einbezug praktischer Fragen der Haftpflichtversicherung

1359



Dr. iur. Fabio Schlüchter,
Rechtsanwalt, Leiter Schaden
HUK Helvetia Patria Versiche-
rungen, St. Gallen

Inhaltsübersicht:

- I. Vorbemerkung
- II. Grundlagen
 - 1. Auftragsrecht
 - 2. Haftungsvoraussetzungen
 - A. Schaden
 - B. Vertragsverletzung
 - a. Allgemeines
 - b. Aufklärungspflicht
 - c. Das Konzept des "sichersten Wegs"
 - d. Gesamtbetrachtung
 - C. Kausalzusammenhang
 - D. Verschulden
 - E. Kasuistik
 - a. Vorkehrungen zur Sicherung von Ansprüchen
 - b. Beachtung prozessualer Fristen
 - c. Beachtung allgemeiner prozessualer Vorschriften
 - d. Aufklärungspflicht
 - e. Beachtung von Verjährungsfristen
 - f. Organisation der Anwaltskanzlei
 - g. Befolgung von Instruktionen des Klienten
 - h. Kenntnis des materiellen Rechts
- III. Anwaltliche Tätigkeit und einfache Gesellschaft/Kollektivgesellschaft
- IV. Haftpflichtversicherung
 - 1. Vorbemerkung
 - 2. Versicherungssumme
 - 3. Claims-made-Prinzip
 - 4. Finanzgeschäfte
- V. Ausblick
- VI. Literaturverzeichnis

I. Vorbemerkung

Kann ein Hund testamentarisch bedacht werden? Diese Frage hatten verschiedene Anwältinnen und Anwälte in einem Kassensturztest vom August 1995¹ zu beantworten. Das Resultat war bekanntlich erschütternd und die Problematik der Anwaltshaftpflicht aus fehlerhafter Beratung einer breiten Öffentlichkeit nähergebracht.²

Derartige Fehlleistungen, verbunden mit entsprechendem Medienrummel, sind in ihren Auswirkungen auf Gesetzgebung und Rechtsprechung nicht zu unterschätzen. Die

aktuelle Entwicklung der Umwelthaftpflicht, der Produkthaftpflicht und – vielleicht näher beim heutigen Thema – der Arztehaftpflicht wurde durch spektakuläre Fälle ausgelöst und jeweils eingehend durch die Medien begleitet.

Um die Frage der Haftung aus anwaltlicher Tätigkeit ist es (noch) vergleichsweise ruhig. Immerhin zeigt die neuere Entwicklung der Anwaltshaftung bei den Haftpflichtversicherern stark negative Tendenzen. Die noch 1992 in der Zeitschrift des schweizerischen Anwaltsverbandes³ geäußerte Ansicht, dass Haftpflichtfälle aus anwaltlicher Tätigkeit ausgesprochen selten seien, ist heute nur noch bedingt richtig⁴.

II. Grundlagen

1. Auftragsrecht

Anwältinnen und Anwälte schulden keinen Erfolg, sondern ein sorgfältiges Handeln.

Massgeblich für die Haftpflicht aus anwaltlicher Tätigkeit ist das Recht des einfachen Auftrags. Der Verweis von Art. 398 Abs. 1 OR, der die Haftung des Beauftragten regelt, auf die Sorgfalt des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis (Art. 321 lit. e OR) wird allerdings von der herrschenden Lehre als unzutreffend bezeichnet. Zum einen sei die Vereinheitlichung der Haftung aus Verträgen über Arbeitsleistungen schon grundsätzlich nicht möglich, zum

1 Kassensturzsendung vom 22. August 1995. Es wurden 20 Anwältinnen und Anwälte aus verschiedenen Kantonen angeschrieben. Vorgelegt wurde ein Testament, welches ein Legat an einen Hund vorsah. Nur zwei der geprüften Anwälte bestanden den Test vollumfänglich. Bei den übrigen gab es entweder an der Rechtsauskunft oder an der Honorarnote oder an beidem sachlich berechnete Kritik.

2 Ein rechtshistorischer Rückblick zeigt im übrigen, dass die Tätigkeit der Anwälte schon früher Gegenstand massgeblicher Kritik war: "Doch hatten es schliesslich die Vertreter des Advokatenstandes dazu gebracht, soweit in den Ruf der Unehrlichkeit, Bestechlichkeit und Formalistik zu gelangen, dass Preussens König Friedrich Wilhelm I. ihnen 1713 das Tragen eines kurzen schwarzen Mäntelchens verordnete, angeblich ausdrücklich aus Schimpf, "damit man die Spitzbuben von weitem erkenne und sich vor ihnen hüten könne"; eine überaus schädliche Massnahme. Der Mantel schädigte den Stand mehr, als alle Strafdrohungen getan hatten." (Zitat aus BORGMANN/HAUG, 2, mit Nachweisen).

3 Vgl. SAV 1992, Band 10, 21.

4 Die Tatsache, dass dem unbestrittenen starken Anstieg von Versicherungsfällen keine entsprechende Häufung publizierter Gerichtsentscheide gegenübersteht, deutet darauf hin, dass die aussergerichtliche Einigung heute noch stärker im Vordergrund steht als früher.

anderen seien an die Sorgfalt des Beauftragten im allgemeinen höhere Anforderungen zu stellen als an diejenige eines Arbeitnehmers⁵.

Zutreffend erscheint die auf die Materialien gestützte Interpretation von FELLMANN. Demnach haftet der Beauftragte nicht für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis, sondern lediglich nach der gleichen Regel. Diese bemisst das Mass der Sorgfalt nach den Fähigkeiten, Fachkenntnissen und Eigenschaften des Beauftragten, die der Auftraggeber gekannt hat oder hätte kennen sollen⁶.

2. Haftungsvoraussetzungen

A. Schaden

Der Nachweis des Schadens obliegt dem Geschädigten.

Schaden ist gemäss der herrschenden Differenztheorie die unfreiwillige Vermögenseinbusse durch das schädigende Ereignis⁷. Der Schaden kann bereits dann entstehen, wenn die Verfahrenslage aufgrund des anwaltlichen Fehlers als aussichtslos erscheint⁸.

Unproblematisch ist die Ersatzpflicht unnötig erfolgter Verfahrens- und Anwaltskosten. Diese werden – bei Erfüllung der übrigen Voraussetzungen – als haftpflichtrechtlich geschuldete Schadensposition anerkannt.

Schwierigkeiten des Schadensnachweises ergeben sich dort, wo der erlittene Schaden immaterieller Art ist, aber die restriktiven Voraussetzungen eines Genugtuungsanspruches nicht erfüllt sind.

Instruktives Beispiel dafür ist BGE 87 II 290, wo die Einsprache gegen eine Enteignung bei voller Entschädigung aufgrund eines anwaltlichen Fehlers abgewiesen wurde. Obwohl bei der Mandatserteilung gerade die Verteidigung eines ideellen Interesses im Vordergrund stand, verneinte das BGer einen Genugtuungsanspruch des Geschädigten gegen den Anwalt mit Hinweis darauf, dass damit eine Bresche in das "système parfaitement cohérent de la responsabilité civile" geschlagen würde⁹.

B. Vertragsverletzung

a. Allgemeines

Die Begriffe Vertragsverletzung, Verletzung vertraglicher Sorgfaltspflichten, Kunstfehler etc. bedeuten alle dasselbe, nämlich dass ein Anwalt allgemein anerkannte und praktizierte Regeln seines Berufes verletzt hat¹⁰.

Unverkennbar sind die Bemühungen in Lehre und Rechtsprechung, einen Ausgleich zwischen den Interessen des Geschädigten und denjenigen des Anwaltes zu finden.

Auf der einen Seite stehen die besondere Vertrauensstellung des Anwaltes, seine qualifizierte Ausbildung, der geschützte Titel und die Notwendigkeit einer Bewilligung zur Berufsausübung. Auf der anderen Seite stehen die Komplexität sowohl der Gesetzgebung wie der zu beurteilenden Sachverhalte¹¹ und die Unwägbarkeiten von Verhandlungs- und Prozessabläufen. Der Klient kann vom Anwalt zwar eine besondere Zuverlässigkeit erwarten, nicht jedoch umfassende Fehlerlosigkeit.

Wie schwierig die konkrete Interessenabwägung ist, zeigt sich darin, dass gemäss BGer "gewisse menschliche Unvollkommenheiten"¹² in Kauf genommen werden müssen, aber gleichzeitig eine Haftung nur für grobe Unsorgfalt heute ausdrücklich abgelehnt wird¹³.

b. Aufklärungspflicht

Interessant ist, dass bezüglich der Beurteilung von Vertragsverletzungen immer wieder die Parallele zur Arzthaftung gesucht wird¹⁴. Obwohl PFEIFER in seiner umfassenden Arbeit zur Stellung des Rechtsanwaltes in der heutigen Gesellschaft zum Schluss gelangt, dass heute die Unterschiede zum Arztberuf überwiegen¹⁵, bringt die Parallele im Haftpflichtbereich wertvolle Hinweise.

So können bestimmte Aspekte der im Arzthaftungsrecht zentralen Problematik der Aufklärungspflicht über Behandlungsrisiken mit Bezug auf Prozessrisiken auf die Sorgfaltspflichten des Anwaltes übertragen werden. Das Abwägen von Erfolgs- und Prozesschancen (einschliesslich Kostenfolgen) und die entsprechende "ungeschönte" Information des Auftraggebers sind bei der heutigen Dauer der Verfahren und der damit verbundenen materiellen und immateriellen Kosten eine überaus wichtige Aufgabe des Anwaltes¹⁶. Es empfiehlt sich, diese Aufklärung in schriftlicher Form festzuhalten.

5 Vgl. FELLMANN, N 480 zu Art. 398 m.w.H.

6 Vgl. FELLMANN, N 484 zu Art. 398; der normative Sorgfaltsmassstab wird damit durch den bereichs- oder berufsspezifischen Massstab relativiert.

7 Vgl. BGE 116 II 144; die Lehre folgt grundsätzlich der Praxis, vgl. GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. A., Zürich 1995, N 2624 f., m.w.H.

8 Vgl. KELLERHALS, 21 f.

9 Unter dem Gesichtspunkt des Schadensnachweises ergeben sich auch im Gebiet des Familienrechts schwierige Probleme, vgl. z.B. BGE 85 II 46: Abweisung eines Wiederherstellungsbegehrens im Scheidungsverfahren; die grundsätzliche Haftung des Anwaltes wurde zwar bejaht, da er den Kostenvorschuss für das Verfahren vor Bundesgericht nicht rechtzeitig einbezahlt hatte. Arbeitsüberlastung der Kanzlei bei Abwesenheit des Anwaltes war kein stichhaltiger Grund für eine Exkulpation. Schwieriger – und vom BGer nicht entschieden – ist die Frage, wie die Abweisung einer Scheidungsklage geldwert aufgewogen werden könnte.

10 Vgl. z.B. BGE 26.4.1983, in Praxis 72, Nr. 283; KELLERHALS, 20; FELLMANN, N 407 zu Art. 398 OR.

11 Vgl. BGE 117 II 566.

12 BGE 26.4.1983, in Praxis 72 Nr. 283, BGE 117 II 564.

13 Vgl. als BGE 7.4.1989, Case Tex Nr. 1925.

14 EINGEHEND KELLER, 421, der den Begriff des Kunstfehlers verwendet; vgl. auch BGE 26.4.1983, in Praxis 72 Nr. 283; Das Kantonsgericht Tessin wendet in einem Urteil vom 15.12.1976, Case Tex Nr. 905, kurzerhand die Sorgfaltspflicht des Arztes mutatis mutandis an.

15 PFEIFER, 288.

16 Vgl. FELLMANN, N 412 zu Art. 398 OR mit dem Hinweis darauf, dass bei Unsicherheit über den Prozessausgang – die in der Praxis sehr häufig gegeben sein wird – der sicherste

Es ist allerdings zu beachten, dass Aufklärungspflicht die Vermittlung einer Erkenntnis¹⁷, welche dem Klienten eine Risikoabwägung ermöglicht, bedeutet. Sie verlangt vom Anwalt nicht, dass bei verschiedenen vertretbaren Meinungen von einer prozessualen Auseinandersetzung gänzlich abzuraten ist. Es kann eben auch Aufgabe des Anwaltes sein, in ungünstiger Situation das bestmögliche Resultat zu erreichen¹⁸. Die Tätigkeit des Anwaltes besteht nicht in erster Linie darin, eine Haftpflicht zu vermeiden, sondern den Erfolg im Interesse seines Mandanten anzustreben¹⁹.

c. Das Konzept des "sichersten Wegs"

Die Frage anwaltlicher Haftpflicht wird in Deutschland seit längerem intensiv diskutiert. Die Auseinandersetzung hat zur Erarbeitung eines Sorgfaltsmassstabes geführt, welcher als Konzept des "sichersten Wegs" bezeichnet wird²⁰.

Der deutsche Bundesgerichtshof verlangt vom Anwalt in gefestigter und ständiger Rechtsprechung, dass er den für seinen Mandanten sichersten und gefahrlosesten Weg gehen muss²¹. Angewendet wird dieser Grundsatz auf die gesamte Tätigkeit des Anwaltes, also auch dort, wo es um Prognosen mit ganz erheblichen Unsicherheitsfaktoren und um Fragen des Sachverhaltes geht. In früheren Urteilen war dagegen noch vom sichereren Weg bei zwei oder mehreren rechtlichen Alternativen die Rede²².

Die neuere Rechtsprechung des BGH hat zu einer massiven Haftungsverschärfung und zu einer faktischen Ex-post-Betrachtung der Erfüllung von Sorgfaltspflichten geführt²³. Problematisch erscheint neben dieser übermässigen Haftungsverschärfung auch, dass Zweckmässigkeitsüberlegungen, welche bei jeder Anwaltstätigkeit nötig sind, vernachlässigt werden. Richtigerweise muss der beratende Anwalt seinem Klienten verschiedene Alternativen mit den entsprechenden Aussichten, Risiken und Kosten aufzeigen, damit dieser die Entscheidungsfindung massgeblich beeinflussen kann. Im Vordergrund steht damit wiederum die Aufklärungspflicht. Der Sicherheitsaspekt stellt lediglich eine Komponente in der Abwägung verschiedener Möglichkeiten dar. Für sich alleine genommen, hilft das Konzept des "sichersten Wegs" dagegen nicht weiter.

d. Gesamtbetrachtung

Schliesslich ist für komplexe Verfahren darauf hinzuweisen, dass bei der Beurteilung einer Vertragsverletzung die gesamte Tätigkeit des Anwaltes im entsprechenden Verfahren betrachtet werden muss. So kann beispielsweise ein Klient in einem grossen Personenschadenfall keinen zusätzlichen Schadenersatz vom Anwalt fordern, wenn dieser in den meisten Schadenspositionen ein vorteilhaftes Resultat erreicht hat, aber beim Rentenschaden von einem zu kleinen massgeblichen Einkommen ausging²⁴.

rechtmisbräuchlich eingelegte Rechtsmittel ging, wurde die Hoffnung der Kläger auf ein Obsiegen im Rechtsmittelverfahren vor zweiter Instanz als "unverhältnismässig optimistisch" bezeichnet und insbesondere die Erfahrungheit ihres Rechtsvertreters betont. Allerdings wurde dann erst der Weiterzug an die dritte kantonale Instanz als trölerisch und damit als Verstoss gegen Art. 41 OR gewertet. Hat der Anwalt in diesem Verfahren nicht ausdrücklich – und nachweisbar – auf die Verlustrisiken hingewiesen, wird bereits das Ergreifen des ersten Rechtsmittels als Vertragsverletzung zu qualifizieren sein.

17 Vgl. NIGG, 204.

18 Ebenso NIGG, 211, m.w.H.

19 Die Übersteigerung der Sorgfaltspflichten mit entsprechender Erhöhung von Haftpflichtrisiken ist unerwünscht, da dies zu rein passivem Verhalten des Beauftragten und in letzter Konsequenz zum Rückzug der Dienstleistung vom Markt führt, da das Haftungsrisiko – oder die für dessen Deckung zu bezahlende Versicherungsprämie – vom Beauftragten vernünftigerweise nicht mehr getragen werden kann. Die Tätigkeit eines Anwalt kann sich ausserdem schon darum nicht auf eine reine Defensivstrategie beschränken, weil auf der Gegenseite ebenfalls ein Interessenvertreter steht, der entgegenstehende Positionen einnimmt.

20 Vgl. dazu eingehend BORGMANN/HAUG, 135 ff.; die Frage nach dem sichersten Weg klingt bei KELLER, 424, in seiner Bemerkung zu BGE 106 II 250 ff. an – vgl. dazu allerdings FN 34; FELLMANN weist in N 412 zu Art. 398 OR ohne weitergehende Auseinandersetzung mit der Problematik auf die Pflicht des Anwaltes hin, bei mehreren Möglichkeiten den sichersten Weg zu gehen; vgl. auch NIGG, 212, wo zu BGE 106 II 175 hervorgehoben wird, der Anwalt habe die sichere Kenntnisnahme seines Klienten bei der Zustellung eines Urteils zu gewährleisten. Dies kann gemäss BGE durch eingeschriebene Mitteilung laufender Fristen oder durch Rückfrage beim Klienten erfolgen.

21 BGH 29.3.1983, in NJW 1983, 1665; BGH 29.5.1984, in VersR 1984, 785; BGH 10.10.1985, in NJW 1986, 581: ein Anwalt war gemäss diesem Urteil des BGH nicht den sichersten Weg gegangen. Sein Mandant war im Vorprozess von einer finnischen Unternehmung in Deutschland verklagt worden, obwohl ein Gerichtsstand in Finnland vereinbart worden war. Da der Beklagte in Deutschland eine Widerklage anheben wollte, hatte der Anwalt dagegen nichts einzuwenden, zumal die Frage des in einem derartigen Fall zulässigen Gerichtsstandes höchststrichlerlich nicht geklärt war. Der Anwalt konnte seine Ansicht auf verschiedene Lehrmeinungen stützen. Seine Meinung wurde erstinstanzlich verworfen, zweitinstanzlich geschützt und durch den BGH wiederum verworfen. Der BGH warf dem Anwalt vor, er hätte die Meinung des BGH in dieser Sache voraussehen müssen und die Einrede der Unzuständigkeit erheben müssen.

22 Vgl. BORGMANN/HAUG, 135 f., m.w.H.

23 Vgl. Kritik bei BORGMANN/HAUG, 141 f., welche die "...stereotyp gestellte Anforderung..." des sichersten Wegs als unangemessenen Massstab zur Beurteilung der Erfüllung anwaltlicher Sorgfaltspflichten bezeichnen.

24 Problematisch erscheinen unter diesem Gesichtspunkt die oftmals von Gerichten beiläufig geäusserten kritischen Bemerkungen, die indirekt darauf hindeuten, der Anwalt hätte unter einem bestimmten Gesichtspunkt einen höheren Betrag einklagen können. Vgl. nur BGE 116 II 297: Reallohn-erhöhung wird nicht geltend gemacht, Kapitalisierung nach Tafel 18 statt Tafel 20 von STAUFFER/SCHÄTZLE. BGE 116 II

Weg zu wählen sei. NIGG, 210, weist zu Recht darauf hin, dass die vage Andeutung der Möglichkeit eines Misserfolges nicht genügt. In einem Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 17.1.1995, in SJZ 93, 115 ff., wo es um die Haftung für

C. Kausalzusammenhang

Der vom Auftraggeber zu erbringende Nachweis eines adäquaten Kausalzusammenhanges zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden ist oftmals die eigentliche *Pièce de résistance* des Haftpflichtverfahrens. Kann ein Prozess nicht durchgeführt werden, weil ein prozessualer Fehler begangen wurde, stellt sich immer die hypothetische Frage, inwieweit der Prozess überhaupt zum gewünschten Resultat geführt hätte.

Wird eine Rechtsmittelfrist versäumt und damit ein unterinstanzliches Urteil rechtskräftig, sind die Aussichten des Rechtsmittels abzuschätzen²⁵.

Es ist in der Praxis ausgesprochen selten, dass im Haftpflichtprozess (Zweitprozess) gegen den Anwalt der Hauptprozess (Erstprozess) durchgespielt wird²⁶. Gründe dafür sind erstens die Unabwägbarkeiten jedes Verfahrens, die sich zu den Unsicherheiten des Hauptprozesses addieren und zweitens die psychologische Schwierigkeit, noch einmal von vorne beginnen zu müssen. Derartige Schadenfälle werden in der Praxis zumeist liquidiert, indem zwischen den involvierten Parteien unter Einbezug der Haftpflichtversicherung des Anwaltes Quoten entsprechend der materiellen Rechtslage, den von beiden Parteien zu vertretenden Verursachungsanteilen bezüglich des Fehlers und den geschätzten Prozessaussichten gebildet werden. Der nachgewiesene Schaden wird nach diesen Quoten aufgeteilt.

D. Verschulden

Ist eine Vertragsverletzung nachgewiesen, entfällt vorerst der Honoraranspruch. Einer weitergehenden Haftung kann der Anwalt entgehen, indem er den Exkulpationsbeweis erbringt. Dieser Rettungsanker hat allerdings kaum noch Gewicht. Gründe dafür sind die Objektivierung des Fahrlässigkeitsbegriffes und die hohen Anforderungen an die Sorgfaltspflichten des Anwaltes.

In einem Bundesgerichtsentscheid aus den 20er Jahren²⁷ konnte sich ein Anwalt mit Hinweis auf eine Lungenentzündung noch exkulpieren. In einem späteren Entscheid²⁸ half dem Anwalt ein längerer Krankenhausaufenthalt wegen eines komplizierten Beinbruches nicht.

Immerhin ist die Auseinandersetzung mit Verschuldensfragen im Hinblick auf die Möglichkeiten der Haftungsreduktion bei geringfügigem Verschulden und bei mitwirkendem Selbstverschulden des Geschädigten relevant. Hier besteht die Möglichkeit, dem ausgesprochen personalen Element der Beziehung zwischen Klient und Anwalt mit der entsprechenden Verteilung der Verantwortlichkeiten für einen Schaden gerecht zu werden. Der Auftraggeber kann das Verhältnis zu seinem Anwalt stark prägen, indem er diesem genaue Anweisungen erteilt. Der Anwalt wird dann – und dies ist ein entscheidender Gegensatz zur ärztlichen Tätigkeit²⁹ – operational für einen im Willen des Auftraggebers liegenden und von diesem genau umrissenen Zweck eingesetzt. Je stärker der Auftraggeber die Zusammenarbeit mitprägt – indem er beispielsweise nur bestimmte

Informationen weitergibt, detaillierte Anweisungen erteilt oder die Rechtsschriften des Anwaltes durchsieht³⁰ –, desto grösser ist seine Mitverantwortung.

Das BGER ist allerdings, wie die unter lit. E. nachfolgende Kasuistik zeigt, mit der Bejahung eines Mitverschuldens oder gar eines überwiegenden Selbstverschuldens des Geschädigten sehr zurückhaltend. Dagegen ist es in der aussergerichtlichen Praxis üblich, den Schadenersatz je nach Mitverschulden des Geschädigten entsprechend zu kürzen. Die häufigsten Fälle betreffen dabei Fehlinformationen durch den Klienten.

E. Kasuistik

Vertiefte Erkenntnisse bringt nur die eingehende Analyse praktischer Fälle. Ich habe dazu die Rechtsprechung der Gerichte, aber auch – da quantitativ von ungleich grösserer Bedeutung – von verschiedenen Haftpflichtversicherern aussergerichtlich erledigte Fälle herangezogen.

a. Vorkehrungen zur Sicherung von Ansprüchen

– BGE 117 II 563 ff.: Unterakkordant beauftragt Anwalt mit Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts für die Lieferung spezieller Betonelemente für eine Überbauung.

Die vom Mandanten angegebene Adresse ist falsch. Vor dem Begehren um Eintrag des Bauhandwerkerpfandrechts lässt der Anwalt den Bauplatz durch einen Praktikanten besichtigen. Dieser hätte aus dem Umfang der gelieferten Betonelemente schliessen sollen, dass sie nicht zur bezeichneten Parzelle passten.

428: Haftung des Werkeigentümers. Kläger macht kein zusätzliches Verschulden des Werkeigentümers geltend, welches das Selbstverschulden des Geschädigten hätte kompensieren können.

25 Vgl. KELLER, 423, mit dem Hinweis darauf, dass ein Fristversäumnis unter Aspekten der Kosteneinsparung bei schwieriger Prozesslage "geradezu ein Segen sein" kann.

26 Vgl. z.B. BGE 87 II 364, Klage gegen Anwalt im Zweitprozess wurde gutgeheissen mit Hinweis darauf, dass ohne anwaltlichen Fehler der Vaterschaftsprozess vermutlich gewonnen worden wäre (kein Hinweis auf Höhe des Schadenersatzes); in BGE 23.5.1978, Case Tex Nr. 1429, wurde der Sachverhalt (verjährte Genugtuungsforderung) im Zweitprozess beurteilt. Die Klage gegen den Anwalt wurde mit der Begründung abgewiesen, dass eine Genugtuungsforderungen der Hinterbliebenen aus Billigkeitsgründen – der schuldlose Halter kam beim Autounfall auf die gleiche Weise ums Leben wie der Mitinsasse – nicht entstanden war. Materielle Kritik an diesem Urteil ergibt sich daraus, dass ein Genugtuungsanspruch grundsätzlich auch gestützt auf die blosse Betriebsgefahr entstehen kann.

27 BGE 51 II 450.

28 BGE 63 II 422.

29 Vgl. PFEIFER, 289.

30 Eine Einwilligung ist allerdings dort zurückhaltend anzunehmen, wo rechtliche Fragen im Vordergrund stehen und nicht Fragen des Sachverhaltes oder der Risikoabwägung. Vgl. dazu KELLERHALS, 43.

Die Bejahung vollumfänglicher Haftung erscheint wertungsmässig als sehr streng, war doch die falsche Adressangabe durch den Unterakkordanten, der als Fachmann eigentlich wissen sollte, wohin er die Betonelemente geliefert hatte, verursacht.

Dass das Bundesgericht selbst von einer Reduktion des Schadenersatzes aufgrund von Art. 43 OR absieht, kann wohl nur dadurch erklärt werden, dass die Vorinstanzen eine Haftung überhaupt nur bei Vorliegen von grober Fahrlässigkeit bejahen wollten und die Klage abwiesen.

– BGE vom 26. April 1983, in Pra 72, Nr. 283: Kaufvertrag. Der Anwalt des Käufers hätte – auch ohne entsprechende Weisung des Mandanten – aufgrund der Dringlichkeit der Angelegenheit zur Wahrung der Interessen des Klienten selbst beim Verkäufer Mängelrüge erheben sollen.

b. Beachtung prozessualer Fristen

– BGE 85 II 46: Die verspätete Einzahlung eines Gerichtskostenvorschusses ist weder durch Arbeitsüberlastung des Anwaltes noch der Kanzlei entschuldbar und eine Wiederherstellung der verpassten Frist daher nicht möglich.

– BGE 106 II 173: Anwalt stellt seinem Mandanten ein Urteil zu mit der Bitte, sich zu einem möglichen Weiterzug zu äussern. Der Mandant behauptet, die Postsendung nicht erhalten zu haben. Die Rechtsmittelfrist wird verpasst, eine Wiederherstellung abgelehnt.

Das Bundesgericht wirft dem Anwalt vor, das Schweigen seines Mandanten fälschlicherweise als Verzicht auf das Rechtsmittel interpretiert zu haben. Dem Anwalt hilft auch der Hinweis darauf nicht, dass eingeschriebene Postsendungen im Verhältnis Anwalt/Klient nicht üblich seien. Er hätte sich vergewissern müssen, dass die Zustellung tatsächlich erfolgt sei. Der Anwalt habe "...die Säumnis jedenfalls mitverschuldet...".

– BGE 110 Ib 94: Anwalt erhält von der Rechtsmittelinanz die Aufforderung, einen Gerichtskostenvorschuss innert einer bestimmten Frist einzubezahlen, ansonsten auf das Rechtsmittel nicht eingetreten werde. Der Anwalt übermittelt die Aufforderung seinem Mandanten, der jedoch aufgrund von Ferienabwesenheit verspätet einzahlt. Eine Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist wird abgelehnt.

Das Bundesgericht wirft dem Anwalt vor, er hätte sich vergewissern müssen, dass die Verfügung tatsächlich beim Mandanten eingegangen sei. Es lehnt sich dabei an die Rechtsprechung an, welche den Anwalt verpflichtet, sich bei Eingang eines Urteils beim Mandanten zu vergewissern, ob ein Rechtsmittel ergriffen werden soll oder nicht³¹.

Der Entscheid ist insoweit besonders beachtlich, als das Bundesgericht zu Recht ein erhebliches Mitverschulden des Klienten bejaht, was zur Schadenersatzreduktion aufgrund von Art. 44 OR führt.

c. Beachtung allgemeiner prozessualer Vorschriften

– Zwei Mitglieder einer einfachen Gesellschaft klagen gemeinsam einen Schuldner ein. Der Anspruch wird in

erster Instanz abgewiesen. Ein Gesellschafter findet sich mit diesem Urteil ab. Der andere Gesellschafter geht in die Berufung. Der Anwalt übersieht, dass ein Parteienwechsel im Berufungsverfahren gemäss anzuwendendem kantonalen Recht nur möglich ist, wenn die Gegenpartei einwilligt. Auf die Berufung wird nicht eingetreten und das erstinstanzliche Urteil damit rechtskräftig.

Abschluss eines Vergleiches zwischen der Haftpflichtversicherung des Anwaltes und dem Geschädigten auf ca. 10% der Forderung v.a. unter Heranziehung des gut begründeten erstinstanzlichen Urteils, welches den Anspruch vollumfänglich abgewiesen hat.

– Anwalt vertritt X in einem Baueinspracheverfahren gegen Y. Er unterzeichnet einen Vergleich, welcher vom Gegenanwalt aufgesetzt worden ist und in welchem die Ehefrau des X als Partei aufgeführt ist. Der Anwalt geht davon aus, dass die Ehefrau aufgrund von Art. 169 ZGB (eheliche Wohnung) einbezogen wurde, unterlässt es jedoch, dies entweder bei seinem Klienten oder dem Gegenanwalt zu verifizieren. Er hat keine Kenntnis davon, dass die Ehefrau des X selbständig Baueinsprache gegen Y führt.

Die Gegenpartei Y klagt, gestützt auf eine entsprechende Bestimmung im Vergleich, auf Zahlung einer vereinbarten Konventionalstrafe gegen die Ehefrau des X. Diese hält nun zu Recht daran fest, dass sie vom Anwalt ihres Ehemannes gar nicht rechtsgültig vertreten wurde. Schadenersatzansprüche der Gegenpartei Y gegen den Anwalt des X, da dieser ohne rechtsgültiger Vollmacht handelte. Ablehnung durch dessen Haftpflichtversicherung aufgrund Bösgläubigkeit der Gegenpartei Y (Art. 39 OR).

d. Aufklärungspflicht

– Obergericht Zürich, 25.1.1994: Anwalt vertritt X in einem Erbschaftsstreit. Es geht um die Interpretation einer testamentarischen Vorschrift des Erblassers, der seiner Frau ein Terrassenhaus im Sinne einer "Zuteilungsverfügung gemäss Art. 608" vererben will. Der Anwalt des X geht unter Hinweis verschiedener Präjudizien davon aus, dass der Anrechnungswert des Terrassenhauses gemäss Art. 617 ZGB auf den Teilungstag festzusetzen sei. Bezirks- und Obergericht betrachten dagegen den betreffenden Passus des Testaments als blosse Teilungsvorschrift und die vom Anwalt des X angeführten Präjudizien als nicht konkret einschlägig. Massgeblich ist damit der bedeutend tiefere Wert des Hauses am Todestag.

Der Anwalt des X klagt gegen seinen Mandanten auf Bezahlung seines Honorars. Die Vorinstanz verneint einen Honoraranspruch und spricht X überdies Schadenersatz für die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu. Begründet wird das erstinstanzliche Urteil mit der mangelhaften Aufklärung des Anwaltes über die Kostenrisiken. Dagegen wird eine Sorgfaltspflichtverletzung bezüglich der Verkennung der Rechtslage verneint.

31 BGE 106 II 173, angeführt im vorangegangenen Absatz.

Das Obergericht bestätigt, dass eine Aufklärung über die Kostenrisiken bei möglichen Kosten von Fr. 150000.– vor den kantonalen Instanzen auch dann erfolgen muss, wenn – wie im beurteilten Fall – der Mandant bereits Erfahrungen mit Gerichtsverfahren gehabt hat.

Das Obergericht spricht daher dem Anwalt einen Honoraranspruch ab, verneint dagegen einen weiteren Schadenersatzanspruch des X. Begründet wird dies damit, dass der Anwalt zwar eine vertretbare, jedoch irrtümliche Interpretation der Rechtslage vornahm.

Aus dem Entscheid ergibt sich im Resultat, dass die Verletzung von Aufklärungspflichten ohne weitere Sorgfaltpflichtsverletzung lediglich zum Verlust des Honorars führt, dagegen nicht zu weiteren Schadenersatzansprüchen. Diese Beurteilung kann nicht geteilt werden, da die Verletzung von Aufklärungspflichten eine eigenständige Verletzung anwaltlicher Sorgfaltpflichten darstellt. Richtigerweise hätte eine Haftung für die Gerichtskosten bejaht, aber wegen der vorhandenen Vorkenntnisse des Mandanten (Umstand gemäss Art. 44 OR) reduziert werden müssen.

e. Beachtung von Verjährungsfristen

– BGE 106 II 250 ff.: Ein Kind wird von einem Motorrad angefahren. Der Anwalt unterbricht die Verjährungsfrist gegenüber der Haftpflichtversicherung. Die Versicherungssumme beträgt lediglich Fr. 50000.–. Für den darüberhinausgehenden Betrag tritt die Verjährung ein. Mehr als ein Jahr vor Eintritt der Verjährung des Fr. 50000.– übersteigenden Betrages wurde dem Anwalt das Mandat entzogen. Aus den Erwägungen und der Verteilung der Kosten ist zu schliessen, dass eine Verletzung der anwaltlichen Sorgfaltpflicht durch das BGer bejaht wird³². Es weist das Urteil an die Vorinstanz zurück zur Abklärung, ob die übrigen Voraussetzungen der Haftung gegeben sind.

Die der Problematik zugrundeliegende Frage, ob die Unterbrechung der Verjährung gegen den Haftpflichtversicherer auch gegen den Hauptschuldner lediglich im Rahmen der Versicherungssumme wirkt, ist in der Lehre umstritten³³. Eine umstrittene Rechtsfrage spricht eher gegen eine Haftung des Rechtsanwaltes. Immerhin ist zu beachten, dass der Anwalt gehalten ist, alle notwendigen und rechtlich zulässigen Massnahmen zu ergreifen, welche den Untergang eines Rechtes des Mandanten verhindern. Da die Unterbrechung der Verjährung relativ leicht erfolgt, ist deren Unterlassung im vorliegenden Fall richtigerweise als Vertragsverletzung zu qualifizieren³⁴.

Dagegen verneint das Bundesgericht eine Verpflichtung des Anwaltes, auf die mehr als ein Jahr nach Abgabe des Mandates eintretende Verjährung hinzuweisen.

f. Organisation der Anwaltskanzlei

Eine Anwaltskanzlei ist so einzurichten, dass auch während der Abwesenheit des Anwaltes Rechtsmittelfristen gewahrt werden können. Hier hilft weder die Einwendung eines Auslandsaufenthaltes³⁵, noch diejenige der Arbeitsüberlastung³⁶. Da sich die Haftung für das Kanzleipersonal nach Art. 101 OR beurteilt, ist es unerheblich, wem die schuldhaftige Vertragsverletzung vorzuwerfen ist. Dieselbe Ten-

denz einer strengen Haftung für die Organisation der Kanzlei ist auch bei Krankheitsfällen zu beobachten. Wurde noch in BGE 51 II 450 die Exkulpation des Anwaltes für das Verpassen einer Berufungsfrist wegen einer Lungenentzündung zugelassen, legen die folgenden neueren Urteile einen strengeren Massstab an.

– BGE 63 II 422: Wegen eines komplizierten Beinbruches liegt ein Anwalt mehr als zwei Monate darnieder. Er versäumt sowohl den Eingang eines Urteils wie die Berufung dagegen.

– BGE 87 IV 147: Anwalt, der am nächsten Tag verreisen muss, hinterlässt seiner Sekretärin ein Diktat, welches eine Beschwerdeschrift enthält. Ausserdem lässt er eine schriftliche Weisung mit dem weiteren Vorgehen zurück. Da die Sekretärin erkrankt und den Anwalt nicht mehr benachrichtigen kann, wird die Beschwerde nicht abgeschickt.

Das Bundesgericht bejaht die Haftung, da der Anwalt in seinem Büro zuviel dem Zufall überlassen habe. Er hätte seinen Partner instruieren müssen.

g. Befolgung von Instruktionen des Klienten

Die Problematik der Befolgung von Klienteninstruktionen besteht darin, dass der Anwalt als Beauftragter gehalten ist, entsprechend den Anweisungen des Klienten zu handeln. Er hat jedoch aufgrund seiner umfassenden Beratungspflicht und seiner Fachkenntnisse von unvorteilhaften Schritten abzuraten. Bei besonderer Dringlichkeit ist er sogar gehalten, selbständig im Interesse des Klienten zu handeln³⁷.

Auf die rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes durch den Auftraggeber selbst darf der Anwalt nicht ohne weiteres abstellen. Er hat sich eine eigene Meinung zu bilden und die Meinung des Klienten nötigenfalls zu korrigieren³⁸.

– BGE 7. 4. 1989, in Case Tex Nr. 1925: W erhielt von X verschiedene durch Inhaberschuldbriefe gesicherte Darlehen.

32 FELLMANN führt das Urteil in N 418 zu Art. 398 OR unter der Rubrik "Haftung bejaht" mit der Bemerkung "Haftbarkeit offengelassen" an.

33 Vgl. Nachweise im zit. BGE; gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung auch A. KELLER, *Haftpflicht im Privatrecht*, Band II, Bern 1987, 266.

34 Ebenso KELLER, 424. Gemäss KELLER hätte der Anwalt bei seinem Vorgehen auf "Nummer sicher" gehen müssen. Hier klingt eine Anlehnung an das vom deutschen BGH vertretene Konzept des "sichersten Weges" an (vgl. dazu Ausführungen unter lit. B. c). Im hier beurteilten Fall ist wohl eher davon auszugehen, dass der Anwalt nicht zwischen einer sichereren und unsichereren Alternative die falsche Wahl traf, sondern schlicht nicht erkannte, dass die Unterbrechung der Verjährung einzig gegen den Haftpflichtversicherer aufgrund der geringen Deckungssumme nicht genügen konnte.

35 Vgl. BGE 82 II 254.

36 Vgl. BGE 85 II 46.

37 Vgl. BGE vom 26. April 1983, angeführt unter lit. a.

38 Vgl. FELLMANN, N. 416 zu Art. 398 OR, m. H. auf SOERGEL/WIEDEMANN, *Kommentar zum BGB vor § 275 N 601, 12. A.*, Berlin und Köln 1990.

Zur Bezahlung rückständiger Zinsen trat W dem X Mietzinseinnahmen aus der Vermietung eines Bootsplatzes ab.

Ein Jahr später beauftragt X seinen Anwalt, die rückständigen Zinsen durch eine Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch besser zu sichern.

Kurz darauf fällt W in Konkurs. Eine andere Gläubigerin ficht den Mietvertrag gemäss Art. 287 ff. SchKG erfolgreich an. Aufgrund der Rückwirkungsklausel im Mietvertrag wird X verpflichtet, bereits kassierte Mietzinsen in die Masse einzubringen.

X klagt gegen seinen Anwalt im Umfang dieser Mietzinsen.

Das BGer wägt die vertragliche Pflicht des Anwaltes zur Befolgung von Weisungen des Klienten gegen die Verpflichtung, bei unzumutbaren Weisungen abzumachen, ab. Es kommt zum Schluss, der Anwalt hätte X aufgrund der prekären finanziellen Situation des Borgers W vom Grundbucheintrag des Mietvertrages abraten sollen.

Die Bejahung der Haftung erscheint als zu streng. Der gewählte Weg führte, ex-post betrachtet, zwar tatsächlich zu einem ungünstigen Resultat, da ohne die Vormerkung mit Rückwirkungsklausel die bereits aufgrund der gültigen Zession erfolgten Zahlungen beim Empfänger verblieben wären. Zum Zeitpunkt der Handlung des Anwaltes – und nur dieser Zeitpunkt ist für die Beurteilung der Vertragsverletzung relevant – war jedoch die Eröffnung des Konkurses noch nicht offensichtlich. Ausserdem war die Anweisung des Klienten klar und keineswegs unsinnig. Hier wäre also auch unter dem Gesichtspunkt von Art. 44 OR zumindest eine Reduktion des Schadenersatzes möglich gewesen.

– BGE 89 II 438 ff.: Vertragsverletzung durch den Anwalt, der einen andern als den mit dem Klienten vereinbarten Vergleich annimmt.

h. Kenntnis des materiellen Rechts

Anwältinnen und Anwälte haben über die Kenntnisse und Fähigkeiten zu verfügen, welche von einer juristischen Fachperson verlangt werden³⁹. Gesetze, Rechtsprechung und Standardliteratur müssen bekannt sein⁴⁰, und zwar in aktualisiertem Zustand⁴¹. Es liegt auf der Hand, dass diese Anforderungen durch einen einzelnen Anwalt nur in seinen Spezialgebieten erfüllt werden können. Vielfach wird der Beizug eines Spezialisten oder die Abgabe des Mandates nötig sein.

Da jedoch viele Rechtsfragen ungeklärt sind und Sachverhalte rechtlich auf verschiedene Weise beurteilt werden können, "klare" Fälle also in der Praxis eher die Ausnahme darstellen, führt eine rechtliche Fehlbeurteilung selten zur – gerichtlich beurteilten – Haftung des Anwaltes⁴². Dies jedenfalls solange, als die Praxis im konkreten Fall einen relativ milden Massstab anlegt und "vertretbare, jedoch irrtümliche" Auffassungen in Rechtsfragen durchgehen lässt⁴³.

III. Anwaltliche Tätigkeit und einfache Gesellschaft / Kollektivgesellschaft

Anwältinnen und Anwälte schliessen sich in den vielfältigsten Formen innerhalb von Anwaltskanzleien zusammen.

Die Zielsetzungen sind dabei sehr unterschiedlich. Von der Benutzung einer gemeinsamen Infrastruktur über einheitliches Briefpapier bis zur durchgehenden gemeinsamen Mandatsbearbeitung unter Führung einer einzigen Rechnung betreffend Ausgaben und Einnahmen sind alle Schattierungen zu finden.

Obwohl mit der rechtlichen Qualifikation dieser Zusammenschlüsse existenzielle Fragen – nämlich bezüglich der solidarischen Haftung der einzelnen Anwälte und der Rechtsfolgen des Ausscheidens eines Gesellschafters – für die Bürogemeinschaft verbunden sind, waren die entsprechenden Fragen erstaunlicherweise bis heute noch nicht Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen⁴⁴.

In der Literatur sind dagegen verschiedene Stellungnahmen zu finden⁴⁵. Eine eingehende Diskussion hat auch in der Lehre allerdings noch nicht stattgefunden.

Einerseits wird die Meinung vertreten, dass bereits die Tätigkeit unter gemeinsamem Kanzleinamen für die Annahme einer einfachen Gesellschaft mit solidarischer Haftung der einzelnen Anwälte gegenüber Dritten ausreicht⁴⁶.

Diese Ansicht kann wohl in dieser Allgemeinheit nicht geteilt werden. Grundsätzlich ist auch für die Entstehung einer einfachen Gesellschaft ein "animus societatis" der Gesellschafter notwendig. Welche Sachverhalte diese

39 Vgl. KELLERHALS, 69.

40 Vgl. FELLMANN, N 409 zu Art. 398 OR.

41 Vgl. KELLERHALS, 71, der dort davon ausgeht, dass der Anwalt "ständig orientiert" zu sein hat und den Anwalt zu Recht auch als Wissenschaftler betrachtet.

42 Vgl. aber BGE 7.4.1989, in Case Tex Nr. 1925, angeführt unter lit. g; ZR 36, 321, Nr. 168; keine Haftung des Anwaltes, der im konkreten Fall die an sich gebotene Wegbedingung von Art. 501 Abs. 1 OR – Belangbarkeit des Bürgen im Konkurs des Hauptschuldners – in einer Bürgschaftsurkunde unterliess.

43 Vgl. OGer Zürich, Urteil vom 25.1.1994, dargestellt unter lit. d; das Gericht spricht davon, dass eine Haftung für die Richtigkeit einer Rechtsauffassung lediglich bei grobem und offenkundigem Fehler oder bei grobem Vergessen zu einer Haftung führt. Hier klingt eine Anlehnung an die (überwundene) Meinung an, dass der Anwalt lediglich bei grober Fahrlässigkeit hafte.

44 Für Schlagzeilen sorgt neuerdings eine "Millionenklage gegen renommierte Basler Anwälte" (vgl. Sonntags Zeitung vom 8. Dezember 1996, 89), wo es um die Frage der solidarischen Haftung der Partner geht.

45 Vgl. PFEIFER, 321, m.w.H.; BRUNNER, 391 ff.; R. WATTER/A. VON PLANTA, Register- und firmenrechtliche Probleme bei Personengesellschaften, in Handelsregister Jahrbuch 1993, 73 ff.

46 Vgl. BRUNNER, 397; MAX P. OESCH, Gegenseitige Haftung von Partnern in einem Anwaltsbüro und Auswirkungen auf die Berufshaftpflichtversicherung, in SAV 142, 16; WATTER/VON PLANTA zit. in FN 45, 73 gehen mit Hinweis auf Buchführung und Auftritt unter einer Firma davon aus, dass Grosskanzleien "auf den ersten Blick unter die gesetzliche Definition der Kollektivgesellschaft zu fallen scheinen".

Gesellschaft umfassen soll, hängt zuerst einmal vom Willen der Gesellschafter ab. Dieser innere Wille kann durch bestimmte äussere Indizien manifestiert werden, wie gemeinsames Sekretariat, gemeinsamer Briefkopf, gemeinsame Vollmacht, gemeinsames Konto.

Nur wenn diese äusseren Anzeichen die Annahme einer umfassenden einfachen Gesellschaft nahelegen, kann der Auftraggeber nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass er einen Vertrag mit einer einfachen Gesellschaft geschlossen hat⁴⁷.

Dieser Ansicht entspricht auch das stark personale Element des Anwaltsvertrages, das ausgesprochen enge Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem.

Es ist allerdings nicht zu übersehen, dass die v.a. von anglo-amerikanischen Verhältnissen geprägte Entwicklung hin zu "law firms", die sich in ihrem Auftritt Dienstleistungsbetrieben nähern, dieses personale Element in den Hintergrund drängt⁴⁸. Auf derartige Zusammenschlüsse von Rechtsanwälten ist die Rechtsform der einfachen Gesellschaft jedoch nicht zugeschnitten. Wenn schon, liegt hier die Annahme einer Kollektivgesellschaft näher⁴⁹, bringt aber registerrechtliche (betreffend Eintragungspflicht⁵⁰), firmenrechtliche (betreffend Ausscheiden von namensgebenden Partnern) und haftungsrechtliche (betreffend Haftung des neu eintretenden Gesellschafters für vor seinem Eintritt entstandene Verbindlichkeiten⁵¹) Probleme mit sich.

IV. Haftpflichtversicherung

1. Vorbemerkung

"Haftpflicht bedeutet Streit, Versicherung Frieden⁵²". Diese Aussage hat auch im Rahmen der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung aus anwaltlicher Tätigkeit ihre Berechtigung. Die friedensstiftende Wirkung kommt allerdings nur dann zum Tragen, wenn keine Probleme mit der Versicherungsdeckung bestehen. Ich möchte mich nachfolgend mit einigen Aspekten aus dem Versicherungsvertrag, die in der Praxis immer wieder zu Diskussionen Anlass geben, befassen.

2. Versicherungssumme

Die heute noch in den meisten Policen anzutreffende Deckungssumme von Fr. 1000 000.– ist in vielen Fällen zu tief. Die Gründe dafür sind vielschichtig. Hier müssen einige Stichworte genügen: massiver Anstieg der Verfahrenskosten, Zusprechung höherer Entschädigungssummen durch die Gerichte, gestiegene Anspruchsmentalität der Rechtsuchenden mit der Bereitschaft, bei ausbleibendem Erfolg gegen den eigenen Anwalt vorzugehen, weite Verbreitung der Rechtsschutzversicherung⁵³. Diese Aspekte führen dazu, dass heute eine Versicherungssumme von zwei bis fünf Millionen Schweizerfranken je nach Risikostruktur des Anwaltsbüros zu empfehlen ist.

3. Claims-made-Prinzip

Der zeitliche Geltungsbereich der Versicherung umfasst Ansprüche, die während der Dauer des Vertrages gegen den Versicherungsnehmer geltend gemacht werden. Ausgeschlossen sind Ansprüche, die vor Vertragsbeginn verursacht worden sind. Eine Nachversicherung besteht gemäss den gängigen Bestimmungen der Versicherer nur für den Fall der Aufgabe der Praxis und des Todes des Versicherungsnehmers.

Schwierigkeiten entstehen daher dann, wenn der Anwalt seinen Versicherer wechseln will oder muss⁵⁴.

Die Problematik ist heute unter zwei Aspekten akzentuiert.

Einerseits hat die Auflösung der Versicherungskartelle dazu geführt, dass sich die Versicherer betreffend Risiken und Prämien nicht mehr absprechen, was zu grösserer Produktvielfalt führt.

Andererseits bewirkt der in der Versicherungsbranche allgemein beklagte schlechte Verlauf der Anwalts haftpflicht eine sorgfältigere Risikoselektion. Als Folge von Prämien-erhöhungen und Schadenfällen besteht aus diesen Gründen heute ein viel stärkeres Bedürfnis, bestehende Verträge aufzulösen und neue abzuschliessen.

Der von einer Versicherungskündigung betroffene Anwalt muss daher versuchen, entweder beim alten Ver-

47 Zurückhaltend mit der Annahme einer einfachen Gesellschaft auch SIMONIUS, 29 ff., vgl. auch A. MEIER-HAYOZ/P. FORSTMOSER, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 7.A., Bern 1993, 214 f.

48 Vgl. dazu eingehend PFEIFER, 323 ff., der sich dort bezüglich der Zulässigkeit von Anwalts-AG's eher bejahend äussert.

49 So wohl auch WATTER/VON PLANTA (FN 45) 74, mit Hinweis darauf, dass die noch vorherrschende Meinung Grosskanzleien als einfache Gesellschaften betrachtet.

50 Gemäss BGE 106 Ib 311 sind die freien Berufe aus alter Tradition nicht eintragungspflichtig. Grosskanzleien haben allerdings in der Schweiz keine alte Tradition. Eine Änderung der Rechtsprechung ist hier durchaus vorstellbar.

51 Art. 569 Abs. 1 OR.

52 GASTON BOSONNET, Haftpflicht- oder Unfallversicherung? Ersatz der Haftpflicht des Motorfahrzeughalters durch eine generelle Versicherung der Verkehrstopfer, Diss. Zürich 1965, 88.

53 Ganz allgemein ist zu beobachten, dass die hartnäckige Rezession mit ihren negativen sozialen Folgen zur verstärkten Suche nach "Geldquellen" führt. Die Möglichkeiten, Ansprüche geradezu zu konstruieren, werden vermehrt ausgeschöpft und dort, wo Ansprüche bestehen, werden diese soweit als möglich ausgeschöpft. Versicherungsgesellschaften sind hierbei als anonyme Vermögensträger mit ihren "deep pockets" besonders exponiert.

54 Vgl. dazu FUHRER, 76, mit dem Hinweis darauf, dass diese Regelung das Recht des Versicherungsnehmers, gemäss Art. 42 VVG im Schadenfall zu kündigen, untergräbt und eigentlich eine nach Art. 98 Abs. 1 VVG verbotene Schlechterstellung des Versicherungsnehmers darstellt. Sein Vorschlag einer Ersetzung des Claims-made-Prinzips durch das übliche Verursachungsprinzip ist bis heute von den Versicherungsgesellschaften nicht aufgenommen worden.

sicherer eine Nachversicherung oder beim neuen Versicherer eine Deckung für vor Versicherungsbeginn verursachte Schäden zu erhalten.

4. Finanzgeschäfte

Anwälte werden bei ihrer Beratungstätigkeit immer wieder mit Fragen finanztechnischer Art konfrontiert. Soweit es bei diesen Finanzgeschäften um die Beratung in formellen und rechtlichen Fragen geht – also um das "wie?" der finanziellen Transaktion –, besteht Versicherungsschutz⁵⁵.

Sobald jedoch die Beratung grundsätzliche Entscheide im Hinblick auf eine finanzielle Transaktion betrifft, entfällt der Versicherungsschutz; und zwar nicht nur – wie beispielsweise bei der Vermögenshaftpflicht-Versicherung der öffentlichen Hand – für spekulative Anlagen, sondern für jegliche Anlageberatung.

V. Ausblick

Die Anwaltshaftpflicht ist in Entwicklung, wobei eine Tendenz zur Haftungsverschärfung klar zu erkennen ist. Ob geradezu von einem Umbruch gesprochen werden kann, wird inskünftig unter anderem von zwei Projekten abhängen, auf die hier kurz hingewiesen sei. Das eine ist die geplante EG-Richtlinie für Dienstleistungen, das andere die in der Gesamtrevision des schweizerischen Haftpflichtrechts vorgesehene Organisationshaftung.

Ermutigt durch den Erfolg der Richtlinie zur Produkthaftung von 1985 und der Richtlinie über Pauschalreisen von 1990 hat die EU-Kommission einen Vorschlag zu einer EG-Richtlinie über die Haftung für Dienstleistungen erarbeitet. Der Vorschlag sah in einer ersten Variante eine von Rechtswidrigkeit und Verschulden unabhängige Haftung des Dienstleisters vor⁵⁶. Die zweite Variante verlangt zwar ein Verschulden unter Umkehr der Beweislast zulasten des Dienstleisters, verzichtet aber darauf, eine Vertragsverletzung, eine Fehlerhaftigkeit der Dienstleistung, als Voraussetzung zu statuieren. Da die Richtlinie den Schutz absoluter Rechtsgüter im Auge hat, ist sie für die Haftung aus anwaltlicher Tätigkeit nur am Rande von Bedeutung. Immerhin am Rande deshalb, weil die Regelung der juristischen Berufe bereits ins Auge gefasst wird⁵⁷ und die Dienstleistungsrichtlinie mit Bestimmtheit Vorbild sein wird. Beunruhigen muss vor allem der Verzicht auf eine Vertragsverletzung. Man kann sich unschwer vorstellen, dass die "konsumentenfreundliche" Anwendung einer derartigen Richtlinie unter Anknüpfung an den ausgebliebenen Erfolg dem Exkulpationsbeweis kaum Raum lassen dürfte⁵⁸.

Der Vorschlag wurde inzwischen von der EU-Kommission aufgrund überwiegend negativer Reaktionen zwar zurückgezogen. Die Bemühungen werden jedoch mit Hinweis auf die Einbettung in einen grösseren Kontext fortgeführt⁵⁹.

Im Rahmen der Gesamtrevision des schweizerischen Haftpflichtrechts wird ein Tatbestand der Organisationshaftung vorgeschlagen⁶⁰. Die Haftung ist verschuldens-

unabhängig. War gemäss Ansicht der Kommission der Nachweis eines Fehlers in der Organisation⁶¹ durch den Geschädigten noch erforderlich, so sieht der Vorentwurf von WIDMER/WESSNER⁶² nur mehr die Möglichkeit für den Betriebsinhaber vor, einen Befreiungsbeweis zu führen. Erforderlich ist der Nachweis, dass die Organisation des Betriebes geeignet war, den Schaden zu verhüten⁶³. Ob die vorgeschlagene Bestimmung Betriebe, welche typischerweise reine Vermögensschäden verursachen, erfassen soll, geht aus dem Bericht der Studienkommission nicht klar hervor⁶⁴.

Umso offener ist damit die Frage, inwieweit der Betrieb einer Anwaltskanzlei unter die verschärfte Organisationshaftung fallen könnte. Dagegen spricht die enge persönlichkeitsbezogene Vertrauensbeziehung zwischen Klient und Anwalt, die eine spezielle auftragsrechtliche Haftungsbestimmung rechtfertigen würde. Dagegen spricht wohl auch der nach wie vor berechtigte allgemeine haftpflichtrechtliche Grundsatz einer möglichst zurückhaltenden Zusprechung von Schadenersatz für reine Vermögensschäden⁶⁵. Dafür spricht eine eher wirtschaftliche Betrachtung

55 Vgl. dazu auch SAV, Band 10, 17.

56 Vgl. HÜBNER, Versicherungsforum, 37.

57 Vgl. HÜBNER, 36.

58 Kritisch auch HOFSTETTER, 347; HAUSHEER, 219, dessen Ausführungen zur Arzthaftung mutatis mutandis auf die Haftung aus anwaltlicher Tätigkeit übertragen werden können.

59 Vgl. Mitteilung der Kommission vom 23.6.1994, 6.

60 Vgl. Bericht der Studienkommission, 69 ff.

61 Die Kommission spricht von einem Fehler oder Mangel im Betriebsablauf, vgl. Bericht, 70.

62 PIERRE WIDMER/PIERRE WESSNER, Art. 21 Vorentwurf: "Die Person, die sich beim Betrieb einer Unternehmung mit wirtschaftlichem oder beruflichem Zweck einer oder mehrerer Hilfspersonen bedient, haftet für den Schaden, der im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit verursacht wird, es sei denn, sie beweise, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten."; vgl. dazu auch die Kritik und den eigenen Vorschlag von PETER STEIN, Schweizerische Versicherungszeitschrift, Heft 11/12, 1996, 289 ff.

63 Die Formulierung des Befreiungsbeweises ist wohl von Art. 2050 des italienischen Codice civile inspiriert, der die Haftung für gefährliche Tätigkeiten regelt.

64 Es wird zwar eine Anwendung nirgends ausgeschlossen, aber der Hinweis auf den Eingriff in "absolut geschützte Rechtsgüter des Kontrahenten" (Bericht, 75) scheint eher dagegen zu sprechen. Anderer Ansicht ist HOFSTETTER, 351. Aus den neuesten Abhandlungen von P. WIDMER: Plädoyer für die Gesamtrevision und Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts, in SVZ 65, Heft 1/2, 3 ff. und P. WESSNER: Droit contractuel et droit délictuel, in SVZ 65, Heft 1/2, 16 ff. ergibt sich diesbezüglich ebenfalls keine klare Antwort. Immerhin bezeichnet WESSNER, 18, den Verstoß gegen Art. 398 Abs. 1 und 2 OR als gleichzeitige "violation illicite d'un devoir général de l'ordre juridique" und scheint damit den möglichen Anwendungsbereich der Organisationshaftung auf reine Vermögensschäden auszudehnen.

65 Die Problematik der Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden erfasst selbstverständlich alle Dienstleistungen, die das Vermögen des Auftraggebers betreffen.

tungsweise, welche das Anwaltsbüro als Dienstleistungsbetrieb definiert⁶⁶. Die Unterstellung läge auf der Linie des Ausbaus der Position des Geschädigten, eine Tendenz, die im Revisionsentwurf unverkennbar ist. Resultat wäre eine deutliche Haftungsverschärfung, da der Nachweis, dass die Organisation geeignet war, Fehler zu vermeiden, gerade bei Diskussionen um Organisationsmängel kaum je erbracht werden dürfte⁶⁷.

VI. Literaturverzeichnis

BORGMANN BRIGITTE/HAUG KARL H., *Anwaltshaftung*, 3. A., München 1995.

DERENDINGER PETER, *Die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrags*, 2. A., Fribourg 1990.

FELLMANN WALTER, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI, 2. Abteilung, 4. Teilband: *Der einfache Auftrag*, Art. 394–406 OR, Bern 1992.

FUHRER STEPHAN, *Die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung*, Diss. Basel 1988.

HAUSHEER HEINZ, *Haftung für Dienstleistungen nach schweizerischem Recht*, in DEUTSCH/TAUPITZ (Hrsg.), *Haftung der Dienstleistungsberufe*, 203 ff., Heidelberg 1993.

HOFSTETTER KARL, *Haftung für Dienstleistungen – Bestrebungen der EU als Herausforderung für das schweizerische Recht*, ZSR 1995, 337 ff.

HÜBNER ULRICH, *Die Entwicklung des Haftungsrechts in der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere die aktuellen Diskussionen um die Konzeption der Dienstleistungshaftung*, Schriftenreihe *Versicherungsforum* 1992, Heft 10, 31 ff.

KELLER ALFRED, *Haftpflicht im Privatrecht*, Band I, 5. A., Bern 1993, 421 ff.

KELLERHALS OTTO, *Die Zivilrechtliche Haftung des Rechtsanwaltes aus Auftrag*, Diss. Bern 1953.

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, *Mitteilung betreffend neue Ausrichtung in Sachen Haftung bei Dienstleistungen vom 23. Juni 1994*.

NIGG HANS, *Die zivilrechtliche Aufklärungspflicht des Anwaltes*, in *Schweizerische Versicherungszeitschrift* 1994, 202 ff.

PFEIFER MICHAEL, *Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft*, in ZSR 1996, 257 ff.

SIMONIUS PASCAL, *Solidarische Haftung der Mitglieder einer Bürogemeinschaft*, in SAV 1993, 29 ff.

WEGMANN PAUL, *Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich*, Zürich 1988.

WINTERTHUR/ELVIA/VAUDOISE, *Die Berufshaftpflicht des Rechtsanwaltes*, in SAV 1992, Band 10.

66 Es stellen sich hier ähnliche Fragen wie bei der Problematik der anwaltlichen Tätigkeit in der Form der einfachen Gesellschaft oder Kollektivgesellschaft, vgl. dazu Ausführungen unter III.

67 HAUSHEER, 219, geht mit Blick auf die geplante EG-Richtlinie für Dienstleistungen zu Recht davon aus, dass mit Einführung der Generalklauseln der Gefährdungs- und Organisationshaftung im schweizerischen Obligationenrecht die geschädigte Person sich in erster Linie auch darauf berufen würde.

La question de la responsabilité professionnelle de l'avocat a pris récemment de l'importance. Les raisons à cela sont d'une part le durcissement du devoir de diligence et d'autre part le fait que le client est plus disposé à poursuivre son avocat en justice.

Le non respect du devoir d'information sur les chances de succès d'un procès (y compris les frais y relatifs) doit être considéré, de l'avis de l'auteur, comme une violation du contrat. Le respect du devoir d'information doit permettre au mandant d'évaluer les risques. Il n'est cependant pas exigé de l'avocat qu'il déconseille à son client d'agir lorsque plusieurs avis peuvent être soutenus dans le cadre d'un procès.

La question de la qualification juridique de l'association d'avocats reste comme par le passé ouverte. Ce qui importe c'est ce que "l'animus societatis" des associés recouvre et de quelle façon cela est communiqué au mandant. La forme de société qui s'impose est

celle la société en nom collectif, malgré les différents problèmes juridiques qui se posent.

Les risques de responsabilité croissant dans la profession d'avocat ont pour conséquences que certains aspects de l'assurance responsabilité civile professionnelle prennent de l'importance. Il s'agit en particulier du montant assuré, des possibilités d'interruption de l'assurance lors de changement d'assureur et du manque de couverture pour les opérations financières. Un montant minimum de Fr. 2 Mio. semble s'imposer aujourd'hui. En cas de changement d'assurance, il convient de vérifier les dispositions relatives au champ d'application temporel. En effet, dans les contrats d'assurance, la couverture d'assurance se rapporte en règle générale au moment où la personne lésée fait valoir ses prétentions et non pas à celui de la survenance du dommage avant la conclusion du contrat d'assurance.