

# **Verpflichtung zur Aufklärung gegen eigene Interessen ?**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines doctor iuris

der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg

vorgelegt von

Gunda Ennen

aus Marienhafe

2001

## Meinen Eltern

## Literaturverzeichnis

- Achilles/  
Gebhard/  
Spahn  
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung  
des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs  
Band II, Recht der Schuldverhältnisse  
Berlin, 1898  
zit.: (Protokolle, Band II, Abschnitt, Paragraph, Seite)
- Bartelt, Hans-Joachim  
Die Verjährung nach § 68 Steuerberatungsgesetz im  
Spiegel der Rechtsprechung  
DStR 1978, S. 520 - 521
- Baumbach, Adolf/  
Lauterbach, Wolfgang/  
Hartmann, Peter/  
Albers, Jan  
Kommentar  
Zivilprozeßordnung  
58. Auflage, München 2000  
zit.: (Baumbach – *Bearbeiter*)
- Baur, Ulrich/  
Hess, Rainer  
Arzthaftpflicht und ärztliches Handeln  
Basel, Wiesbaden 1982
- Bloch, Edmund  
Rede in der dreiundzwanzigsten ordentlichen  
Generalversammlung für deutsche Rechtsanwälte am  
12. September 1907  
JW 1907, S. 585 (647 – 652)
- Borgmann, Brigitte/  
Haug, Karl-Heinz  
Anwaltshaftungsrecht  
3. Auflage, München 1995
- Borgman, Brigitte  
Korrespondierende Pflichten aus dem Anwaltsvertrag:  
Die Informationspflicht des Mandanten und die  
Aufklärungspflicht des Anwalts  
In: Festschrift zum 50 jährigen Berufsjubiläum von Fritz  
Ostler „Über Rechtsanwaltschaft Gericht und Recht“

Stuttgart, München, Hannover 1983

- dies. Voraussetzungen des sekundären Ersatzanspruchs gegen den Rechtsanwalt (Besprechung einer nicht genannten Entscheidung)  
MDR 1989, S. 814 - 815.
- dies. Die Haftung des Rechtsanwalts  
AnwBl 1995, S. 222 – 225
- dies. Haftpflichtfragen  
AnwBl 1984, S. 497 – 498
- Brandner, Erich Der Anwalt als Regreßschuldner  
AnwBl 1969, S. 384 - 387
- Brinker, Jürgen Die Verjährung von Ersatzansprüchen gegen den Rechtsanwalt  
Warendorf 1990
- Carl, Hermann Besprechung des Urteils des Reichsgerichts vom 17.05.1938  
JW 1938, S. 2968 – 2969
- Deutsch, Erwin Medizinrecht  
4. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1999
- ders. Tendenzen des modernen Arzthaftungsrechts  
VersR 1982, S. 305 - 307
- Dingeldey, Thomas Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafprozeßrecht  
JA 1984, S. 407 - 414

- Eckert, Jörn, Die Verjährung vertraglicher Schadensersatzansprüche gegen Rechtsanwälte und Steuerberater  
NJW 1989, S. 2081 - 2087
- Ehlers, Alexander Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen  
Arzt-, Krankenhaus- und Gesundheitsrecht, Band 5  
Köln, Berlin, Bonn, München 1987
- Ehlers, Alexander/  
Broglie, Maximilian Praxis des Arzthaftungsrechts  
München und Wiesbaden 1994  
zit.: (Ehlers/Broglie – *Bearbeiter*)
- Eisner, Beat Die Aufklärungspflicht des Arztes  
Die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den  
USA  
Bern, Göttingen, Toronto, Seattle 1992
- Emmerich, Volker Umfang der Treuepflicht des Dienstverpflichteten  
Erläuterungen zum Urteil des BGH vom 23.03.1989  
JuS 1989, S. 668 - 668
- Erman, Walter Handkommentar zum BGB  
Band 1, §§ 1 – 853 BGB  
9. Auflage, Münster 1993
- Evers, Bernd Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt vom  
01.12.1977  
VersR 1979, S. 775 - 776
- Feuerich, Wilhelm/  
Braun, Anton Bundesrechtsanwaltsordnung  
Kommentar  
4. Auflage, München 1999

- Fischer, Gero  
Tendenzen der Rechtsprechung des BGH zum  
Anwaltshaftungsrecht  
NJW Heft 41/1999, S. 2993 – 2998
- Füchsel, Konrad  
Zum Anerkenntnisverbot bei Verkehrsunfällen  
NJW 1967, S. 1215 – 1216
- Francke, Robert/  
Hart, Dieter  
Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation  
Stuttgart 1987
- Franzen, Hans  
Vermeidbare Prozesse ?  
NJW 1982, S. 1854 - 1857
- Franzki, Harald  
Von der Verantwortung des Richters für die Medizin-  
entwicklungen und Fehlentwicklungen der  
Rechtsprechung zur Arzthaftung  
MedR 1994, S. 171 - 179
- Frisk, Hjalmar  
Griechisches etymologisches Wörterbuch  
Band II  
Heidelberg 1970
- Gehre, Horst  
Steuerberatungsgesetz  
Kommentar  
2. Auflage, München 1991
- Geiß, Karlmann  
Arzthaftpflichtrecht  
Seminarschriften der Deutschen Anwaltsakademie,  
Band 18  
2. Auflage, München 1993
- Giesen, Dieter  
Arzthaftungsrecht  
JZ Schriftenreihe, Heft 1  
Tübingen 1990





- Kleinknecht, Theodor/  
Meyer-Goßner, Lutz  
Strafprozeßordnung  
Kommentar  
44. Auflage, München 1999
- Kleuser, Michael  
Die Fehleroffenbarungspflicht des Arztes  
Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht, Heft 95  
Dissertation, Köln 1995
- Kleutgens, Ingo  
Die Sekundärhaftung des Rechtsanwalts aus einem  
verjährungsrechtlichen Dilemma  
Bonn, 1994/1995
- Knapp, Wolfgang  
Der Verteidiger - Ein Organ der Rechtspflege ?  
Köln, Berlin, Bonn, München 1974
- Koebke, Wolfgang  
Bemerkungen zur Gewährleistungsfrist des Architekten  
und der Ingenieure  
in: Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag,  
S. 117-125  
Herausgegeben von Peter Löffelmann und Hermann  
Korbion  
Düsseldorf 1990
- Kolbeck, Erich/  
Peter, Karl/  
Rawald, Ernst  
Steuerberatungsgesetz  
Kommentar mit Berufsrecht und Praxis der  
Steuerberatung  
Band 2, Stand 10/1999, Loseblattsammlung  
Herne, Berlin
- Krämer, Achim  
Der Rechtsanwalt - ein „staatlich gebundener  
Vertrauensberuf ?“  
NJW 1975, S. 849 - 853

- Larenz, Karl  
Lehrbuch des Schuldrechts  
I. Band, Allgemeiner Teil  
14. Auflage, München 1987  
zit.: (Larenz, Schuldrecht I)
- Laufs, Adolf  
Die Entwicklung des Arztrechts 1984/1985  
NJW 1985, S. 1361 – 1367
- ders.  
Arztrecht  
Schriftenreihe der NJW, Heft 29  
5. Auflage München 1993
- ders.  
Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und  
ihre deliktische Rechtsfolge  
NJW 1974, S. 2025 – 2030
- Laufs, Adolf/  
Uhlenbruck, Wilhelm  
Handbuch des Arztrechts  
München 1992  
zit.: (Laufs/Uhlenbruck - *Bearbeiter*)
- Leibholz, Gerhard/  
Rinck, Hans-Justus/  
Hesselberger, Dieter  
Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland  
Kommentar an Hand der Rechtsprechung des  
Bundesverfassungsgerichts  
Band I, Stand November 1999  
7. Auflage, Köln  
zit.: (Leipholz/Rinck/Hesselberger)
- Locher, Horst/  
Koeble, Wolfgang/  
Frik, Werner  
Kommentar zur HOAI  
7. Auflage, Düsseldorf 1996
- Löffelmann, Peter/  
Fleischmann, Guntram  
Architektenrecht  
3. Auflage, Stuttgart 1995

- Lüke, Gerhard/  
Walchshöfer, Alfred  
Zivilprozeßordnung  
Münchener Kommentar  
München 1992  
zit.: ( MüKo – *Bearbeiter*)
- Maunz, Theodor/  
Dürig, Gunther  
Grundgesetz  
Kommentar  
Band V, Art. 92 – 146, Lieferungen 1 – 35,  
Stand : Februar 1999
- Meßmer, Eugen  
Verjährung von Schadensersatzansprüchen – neues BGH  
Urteil statuiert besondere Belehrungspflichten  
Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.01.1982  
DStR 1982, S. 297 - 299
- Motive  
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen  
Gesetzbuches  
Band II, Recht der Schuldverhältnisse  
Berlin, Leipzig 1888  
zit.: (Motive, Band II, Paragraph, Seite)
- Mugdan, Benno  
Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch  
für das Deutsche Reich  
Band I, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil  
Berlin 1899
- ders.  
Band II, Recht der Schuldverhältnisse  
Berlin 1899
- Musielak, Hans-Joachim  
Die Beweislast  
3. Teil: Die Regelung der Beweislast  
JuS 1983, S. 609 - 617

- Mutze, Otto  
Zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der  
Mandanten gegen Steuerberater und  
Steuerbevollmächtigte  
StB 1977, S. 149 - 153
- Müller, Egon  
Strafverteidigung  
NJW 1981, S. 1801 - 1807
- Narr, Helmut  
Ärztliches Berufsrecht  
Ausbildung, Weiterbildung, Berufsausübung  
Band 2, 2. Auflage, Stand: Januar 2000  
Köln 1997
- Neuenfeld, Klaus/  
Baden, Eberhard/  
Gräfin Dohna, Inge/  
Groscurth, Eberhard  
Kohlhammer Kommentare  
Handbuch des Architektenrechts  
Band 1, Allgemeine Grundlagen  
3. Auflage, Stand: Januar 2000  
Stuttgart, Berlin, Köln 1998  
zit.: (Kohlhammer – *Bearbeiter*)
- Müller, Klaus  
Die Pflichten des Anwalts im Zusammenhang mit der  
Führung des Prozesses  
JR 1969, S. 161 - 168
- Nothelfer, Martin  
Die Freiheit von Selbstbeziehungszwang  
Verfassungsrechtliche Grundlagen und  
einfachgesetzliche Ausformungen  
Heidelberg 1987
- Odersky, Walter  
Die Berufshaftung - ein zumutbares Berufsrisiko  
NJW 1989, S. 1 – 5
- ders.  
Anwaltliches Berufsrecht und höchstrichterliche  
Rechtsprechung

AnwBl 1991, S. 238 - 247

- Ostler, Fritz  
Stellung und Haftungsrisiko des Rechtsanwalts in  
Zivilsachen  
JA 1983, S. 109 - 116
- Palandt, Otto/  
Bassenge, Peter  
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
59. Auflage, Bremen, Göttingen, München 1999
- Paulick, Heinz  
Die Bearbeitung von Rechtsangelegenheiten durch  
Steuerberater  
StB 1983, S. 1 - 5
- Peter, Jürgen  
Das Recht auf Einsicht in Krankenhausunterlagen  
Schriftenreihe Arzt-, Krankenhaus- und  
Gesundheitsrecht, Band 7  
Köln, Berlin, Bonn, München 1989
- Prinz, Matthias  
Der juristische Supermann als Maßstab –  
Eine Betrachtung neuerer Entscheidungen zur  
Anwaltshaftung  
VersR 1986, S. 317 - 320
- Prütting, Hanns  
Die rechtlichen Grundlagen anwaltlicher Berufspflichten  
und das System der Reaktionen bei anwaltlichem  
Fehlverhalten  
AnwBl 1999, S. 361 - 368
- Redeker, Konrad  
Freiheit der Advokatur  
NJW 1987, S. 2610 - 2616
- Reiff, Peter  
Die neuen berufsrechtlichen Bestimmungen über  
Haftungsbeschränkungen durch AGB  
AnwBl 1997, S. 3 - 15

- Rinsche, Franz-Josef Die Haftung des Rechtsanwalts und Notars  
6. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1998
- ders. Der sekundäre Schadensersatzanspruch gegen den  
Rechtsanwalt  
VersR 1987, S. 239 – 242
- Rogall, Klaus Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst  
Schriften zum Prozessrecht, Band 49  
Berlin 1977
- Sautter, Bruno Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach  
§ 372 a ZPO  
AcP 161 (1962), S. 215 – 264
- Säcker, Jürgen/  
Rebmann, Kurt Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
Band 4, Schuldrecht, Besonderer Teil II, §§ 607 - 704  
3. Auflage, München 1997  
zit.: (MüKo – *Bearbeiter*)
- dies. Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil, §§ 705 – 853  
München 1997  
zit.: (MüKo-*Bearbeiter*)
- Scheffler, Friedrich Anwaltspflichten, Anwaltsverschulden  
NJW 1961, S. 577 - 582
- Schmalzl, Max Die Haftung des Architekten und des Bauunternehmers  
4. Auflage, München 1980
- Schubert, Werner Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB  
Allgemeiner Teil, Teil 2  
Verfasser: Albert Gebhard  
Berlin, New-York 1981

- Schlossauer-Seelbach, Stefan      Zurechnungszusammenhang und Selbstbestimmung bei  
ärztlicher Aufklärung  
NJW 1985, S. 660 – 663
- Schlund, Gerhard/  
Ellermann, Bernd                      Arzt und Haftpflicht  
Landsberg 1999
- Schwab, Peter/  
Gramer, Eugen/  
Kriegelstein, Günther                Rechtliche Grundlagen der ärztlichen Aufklärungspflicht  
Heidelberg 1983
- Seebode, Manfred                      Über die Freiheit, die eigene Strafverfolgung zu  
unterstützen; zugleich eine Besprechung der  
Beschlüsse des OLG Celle vom 14.06.1977 und des  
BayObLG vom 1.02.1979  
JA 1980, S. 493 - 499
- Senninger, Erhard                      Deregulierung und Selbstbestimmung  
AnwBl 1990, S. 238 - 241
- Seifert, Karl-Heinz  
Hömig, Dieter                          Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland  
Taschenkommentar  
6. Auflage, Baden-Baden 1999
- Soergel                                      Bürgerliches Gesetzbuch  
Band 4/1, Schuldrecht III/1, §§ 516 – 651  
Stuttgart, Berlin, Köln 1997  
zit.: (Soergel – *Bearbeiter*)
- ders.                                        Bürgerliches Gesetzbuch  
Band 4/2, Schuldrecht III/2, §§ 651 a – 704  
Stuttgart, Berlin, Köln 1999  
zit.: (Soergel- *Bearbeiter*)

- Späte, Bernd  
Haftpflichtversicherung  
Kommentar zu den Allgemeinen  
Versicherungsbedingungen für die  
Haftpflichtversicherung (AHB)  
München 1993
- Späth, Wolfgang  
Die zivilrechtliche Haftung des Steuerberaters  
4. Auflage, Bonn 1994
- ders.  
Verjährung nach § 68 StBerG im Spiegel der  
Rechtsprechung  
StB 1984, S. 109 - 111
- ders.  
Anmerkung zum Urteil des OLG Schleswig vom  
23.02.1984  
DStR 1984, S. 665 - 667
- ders.  
Anmerkung zum Urteil des LG Bad Kreuznach vom  
24.10.1986  
DStR 1987, S. 736 - 738
- ders.  
Anmerkung zum Urteil des OLG München vom  
16.05.1990  
DStR 1991, S. 198 - 199
- ders.  
Anmerkung zum Urteil des LG Köln vom 01.12.1994  
DStR 1995, S. 1606 - 1608
- ders.  
Probleme der Verjährung von  
Schadensersatzansprüchen des Auftraggebers bei der  
Inanspruchnahme eines Mehrfachberufers auf den  
Gebieten der Rechts- und Steuerberatung sowie der  
wirtschaftlichen Prüfungstätigkeit  
DStR 1977, S. 628 - 631

- Staudinger  
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
1. Buch, Allgemeiner Teil  
§§ 134 - 163  
13. Auflage, Berlin 1996  
zit.: (Staudinger – *Bearbeiter*)
- ders.  
2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 652 – 704  
13. Auflage, Berlin 1995  
zit.: ( Staudinger-*Bearbeiter*)
- ders.  
2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 830 – 838  
13. Auflage, Berlin 1997  
zit.: (Staudinger – *Bearbeiter*)
- Stein/  
Jonas  
Kommentar  
Zivilprozeßordnung  
Band 2, §§ 91 – 252  
Tübingen 1994  
zit.: (Stein/Jonas – *Bearbeiter*)
- Stobbe, Ulrich  
Die Beschränkung der Anwaltshaftung nach § 51 a Abs.  
1 Nr. 2 BRAO und die EG Verbraucherschutzrichtlinie  
AnwBl 1997, S. 16 - 19
- Stoecker, Christoph  
Die Verjährungsproblematik der vertraglichen Haftung  
des Rechtsanwalts und des Steuerberaters  
Europäische Hochschulschriften  
Frankfurt, Bern, New–York, Paris 1992
- Stürner, Rolf  
Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige  
Wahrheitsermittlung  
NJW 1981, S. 1757 - 1763

- ders. Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses  
Tübingen 1976
- Taupitz, Jochen Die zivilrechtliche Pflicht zur unaufgeforderten  
Offenbarung eigenen Fehlverhaltens  
Tübingen 1989
- Terbille, Michael/  
Schmitz-Herscheidt, Stephan Zur Offenbarungspflicht bei ärztlichen  
Behandlungsfehlern  
NJW 2000, S. 1749 - 1756
- Tempel, Otto Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen  
Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der  
höchstrichterlichen Rechtsprechung  
NJW 1980, S. 609 - 617
- Van Veenroy, Gerd Die Verjährung der Schadensersatzansprüche gegen  
Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und  
Notare  
DB 1981, S. 2364 - 2372
- Varentrapp, Eberhard Zur Verfassungsmäßigkeit der Berufsgerichtsbarkeit der  
freien Berufe  
NJW 1971, S. 127 - 129
- Vollkommer, Max Anwalthaftungsrecht  
NJW Schriftenreihe, Band 50  
München 1989
- v. Münch, Ingo/  
Kunig, Philip Grundgesetz – Kommentar  
Band 1, Präambel bis Art. 20 GG  
4. Auflage, München 1992  
zit.: (v. Münch/Kunig – *Bearbeiter*)

- v. Westphalen, Friedrich      Anwaltliche Haftungsbeschränkung im Widerstreit mit  
der Verbraucherschutzrichtlinie  
ZIP 1995, S. 546 - 550
- Weisemann, Ulrich              Sorgfaltspflichten des Rechtsanwalts bei  
Kündigungsschutz und Lohnsicherung der Arbeitnehmer  
AnwBl 1984, S. 174 - 177
- Werber, Manfred                Möglichkeit einer Begrenzung der  
Versicherungsmaklerhaftung  
VersR 1996, S. 917 - 924
- Werres, Rüdiger                Aufklärungspflichten in Schuldverhältnissen und deren  
Grenzen  
Köln 1985
- Wimmer, Klaus                 Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung  
Berlin 1999  
zit.: (Wimmer – *Bearbeiter*)
- Windeknecht, Wilhelm         Die Verjährung des gegen den Rechtsanwalt gerichteten  
Schadensersatzanspruchs  
Dissertation, Marburg 1990
- Winkler v. Mohrenfels, Peter    Abgeleitete Informationspflichten im deutschen  
Zivilrecht  
Berlin 1986
- Wolfsteiner, Hans              Notarrecht; Zum Umfang der Beratungspflicht des  
Rechtsanwalts zum Urteil des BGH vom 18.06.1968  
DNotZ 1970, S. 48 - 54
- Zimmermann, Reinhard        Die Verjährung  
JUS 1984, S. 410 – 422

- ders. „Sekundäre“ und „tertiäre“ Schadensersatzansprüche  
gegen den Rechtsanwalt  
NJW 1985, S. 720 – 721
- Zöllner, Richard Zivilprozeßordnung  
21. Auflage, Köln 1999  
zit.: (Zöllner – *Bearbeiter*)
- Zöllner, Wolfgang Kölner Kommentar zum Aktiengesetz  
Bearbeiter: Hans-Joachim Mertens  
§§ 76 – 117 AktG und Mitbestimmung im Aufsichtsrat  
2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1996
- Zuck, Rüdiger Anwaltsberuf und Bundesverfassungsgericht  
NJW 1979, S. 1121 - 1127
- Zugehör, Horst Die Verjährung in der Berufshaftung der Rechtsanwälte  
Beilage zu Heft 21, NJW 1995, S. 1 – 23

## **GLIEDERUNG**

<b><u>A. Einleitung</u></b>	<b>1</b>
<b>I. Allgemeine Einführung</b>	<b>1</b>
<b>II. Die Pflichten des Rechtsanwalts aus seinem Mandat</b>	<b>5</b>
1. Die Aufklärungspflicht	5
2. Die Rechtsprüfung	6
3. Die Beratung und Belehrung des Mandanten	6
4. Das Prinzip des sichersten Weges	7
5. Sonstige Pflichten	8
<b><u>B. Die Entwicklung der Hinweispflicht des Anwalts durch die Rechtsprechung</u></b>	<b>9</b>
<b>I. Die Entwicklung durch das Reichsgericht</b>	<b>9</b>
<b>II. Die Fortsetzung der Rechtssprechung des Reichsgerichts         durch den BGH</b>	<b>12</b>
1. Urteil vom 11. 07. 1967	12
2. Urteil vom 20. 05. 1975	13
3. Urteil vom 01. 12. 1977	16
a) Darstellung des Urteils	16
b) Problematik der Terminologie	18
<b>III. Weitere Gründe der Rechtsprechung, dem Rechtsanwalt eine         Hinweispflicht aufzuerlegen</b>	<b>19</b>
<b>IV. Die weitere Entwicklung der Hinweispflicht und des         Sekundäranspruchs</b>	<b>22</b>
1. Zeitraum der Hinweispflicht	22
2. Schuldhaftige Verletzung der Hinweispflicht	24
3. Kausalität zwischen Verletzung der Hinweispflicht und Eintritt der Primärverjährung als Schaden	25
4. Hinweispflicht bei nebeneinander tätigen Anwälten	27
5. Einschränkung der Hinweispflicht	28
6. Keine Hinweispflicht auf den Sekundäranspruch:	29

Die Gefahr der Tertiäransprüche gegen den Rechtsanwalt	
7. Der Sekundäranspruch als Rechtsfolge der Unterlassung der Hinweispflicht: Die Verjährungsproblematik	30
a) Verjährung des Sekundäranspruchs mit Eintritt der Primärverjährung gemäß § 51 b 1. Alt. BRAO	30
b) Verjährungsbeginn des Sekundäranspruchs mit Mandatsende gemäß § 51 b 2. Alt. BRAO	31

## **C. Analyse** **33**

### **I. Analyse der Gründe der Rechtsprechung**

1. Entstehungsgeschichte des § 51 b BRAO	33
2. Kollision der Verjährungsfrist des § 51 b BRAO mit dem Rechtsstaatsprinzip	37
a) Erläuterung des Begriffes Rechtsstaatsprinzip	37
b) Die Lösung des Problems durch den Gesetzgeber	38
c) Die Lösung durch den BGH	39
d) Stellungnahme	40
e) Ergebnis	42
3. Die Herleitung der Hinweispflicht aufgrund der Stellung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege	43
a) Ansichten der Literatur	43
aa) Allgemeine Sichtweise zur Stellung des Anwalts als Organ der Rechtspflege	43
(a) Befürworter	44
(b) Gegner	44
bb) Sichtweise zur Stellung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege in Bezug auf die Herleitung der Hinweispflicht	45
b) Stellungnahme	47

### **II. Anderweitige Aspekte für eine Hinweispflicht** **49**

1. Auslegung der zum Vertragsschluss führenden Erklärungen	49
2. §§ 675, 663, 666 BGB	50

a) Ansichten der Literatur	51
b) Stellungnahme	51
aa) Rechtsgeschichtliche Aspekte	52
bb) Sonstige Aspekte	53
cc) Ergebnis	54
3. § 43 BRAO	55
<b>III. Vereinbarkeit der Hinweispflicht mit dem Verbot der Selbstbezeichnung i.S.d. Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG ?</b>	<b>56</b>
1. Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafprozess	56
2. Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess	57
3. Meinung der Literatur	58
4. Stellungnahme	60
5. Eigene Analyse	63
a) Kein Verstoß aufgrund vergleichbarer gesetzlicher Regelung ?	63
b) Aspekt der Berufshaftpflichtversicherung gemäß § 51 BRAO	66
c) Ergebnis	70
<b>IV. Endergebnis</b>	<b>70</b>
<b><u>D. Hinweispflicht anderer Selbständiger im Vergleich</u></b>	<b>71</b>
<b>I. Die Hinweispflicht des Steuerberaters</b>	<b>71</b>
1. Die Begründung der Hinweispflicht durch die Rechtsprechung	71
2. Entstehungszeitpunkt der Hinweispflicht	73
3. Der Sekundäranspruch	74
4. Ausschluss der Hinweispflicht	75
5. Bearbeitung von Rechtsangelegenheiten durch Steuerberater	76
a) Fremde Rechtsangelegenheit i.S.d. § 1 S. 1 RBerG	76
b) Ergebnis	77
6. Vergleichende Betrachtung	78

a) Juristische Ausbildung	78
b) Unterschiedliche Handhabung von Verjährungsvorschriften	80
c) Ergebnis	81
7. Weitere Aspekte	82
8. Endergebnis	82
<b>II. Die Hinweispflicht des Architekten</b>	<b>83</b>
1. Die Pflichten des Architekten	83
2. Allgemeines zur Haftung des Architekten	84
3. Die Begründung der Hinweispflicht durch die Rechtsprechung	85
4. Wegfall der Hinweispflicht	86
5. Beweislastverteilung in der Architektenhaftung	87
6. Rechtsfolgen bei Verletzung der Hinweispflicht	87
7. Vergleichende Betrachtung	88
8. Ergebnis	90
<b>III. Die Arzthaftung</b>	<b>91</b>
1. Die Rechtsprechung zur möglichen Hinweispflicht des Arztes	91
a) Urteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 15.11.1982	91
aa) Inhalt des Urteils	91
bb) Analyse des Urteils	92
b) Urteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 19.09.1984	93
c) Urteil des BGH vom 23.03.1983	94
d) Ergebnis	95
2. Die Regelung der Beweislast	96
a) Der Behandlungsfehler	96
b) Die Beweislast bei Behandlungsfehlern	97
3. Die Aufklärungspflichten	99
a) Die Sicherungsaufklärung	99
b) Die Selbstbestimmungsaufklärung	100
4. Beweislast bei einer Aufklärungspflichtverletzung	101
a) Sicherungsaufklärung	101
b) Selbstbestimmungsaufklärung	102

5. Vergleichende Betrachtung	102
a) Aspekt der Dokumentationspflicht eines Arztes und des Einsichtsrechts des Patienten in die Krankenunterlagen	103
b) Ethische Verpflichtung des Arztes zur Fehleroffenlegung	106
c) Kollision zwischen versicherungsrechtlichen Obliegenheiten und der Hinweispflicht	107
d) Ergebnis	109
<b>E. Gesamtergebnis</b>	<b>111</b>



## Verpflichtung zur Aufklärung gegen eigene Interessen:

Die Hinweispflicht des Rechtsanwalts gegenüber seinem Mandanten und die sich daraus ergebende Gefahr eines „sekundären Anspruchs“ im Vergleich zu anderen selbständigen Berufsgruppen

### A. Einleitung

#### I. Allgemeine Einführung

Der Vertrag zwischen dem Anwalt und seinem Mandanten wird als Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 BGB qualifiziert<sup>1</sup>, dem grundsätzlich<sup>2</sup> ein Dienstvertrag gemäß § 611 BGB zugrundeliegt<sup>3</sup>. Dem Anwalt erwachsen innerhalb dieses Vertrages zahlreiche Pflichten, von denen ein großer Teil durch Richterrecht geschaffen wurde<sup>4</sup>. Die schuldhafte Nicht- oder Schlechterfüllung dieser Pflichten ist dabei eine positive Verletzung des Anwaltsvertrages und damit Kernstück jeder anwaltlichen Haftung<sup>5</sup>. Der freie Beruf des Rechtsanwalts im Sinne des

---

<sup>1</sup> Borgmann/Haug, S. 45, Rn. 2; Vollkommer, § 2 I, S. 47, Rn. 87; Palandt, § 675, Rn. 24/Einf. vor § 611, Rn. 21; Henssler/Prütting-Prütting, § 51 b, S. 547, Rn. 17.

<sup>2</sup> Staudinger-Martinek, § 675, Rn. C 2/C 3: Es kann sich auch in wenigen Fällen um einen Werkvertrag handeln; vgl.: Palandt, Einführung vor § 611, Rn. 21.

<sup>3</sup> RGZ 88, 223 (226); RGZ 158, S. 130 (134); BGHZ 18, 340 (345); BGHZ 71, S. 380 (381); BGH, NJW 1978, S. 1807 (1808); BGH NJW 1985, S. 2642 (2642); Staudinger-Martinek, § 675, Rn. C 3; Müller, JR 1969, S. 161 (161); Rinsche, S. 2, Rn. I 4; Kleine-Cosack, Anmerkung zu: LM § 675, Nr. 200, Bl. 1253; BGH, NJW 1994, S. 1405 (1406) = WM 1994, S. 504 (504): Ein Anwaltsvertrag kann dabei anwaltsfremde Aufgaben umfassen, falls sie in einem engen inneren Zusammenhang mit einer rechtsberatenden Tätigkeit stehen und auch allgemeine Rechtsfragen aufwerfen können; siehe auch Zugehör, NJW 1995, S. 1 (8); BGH, NJW 1971, S. 2227 (2227) = BGHZ 57, S. 53 (56); BGH, WM 1977, S. 551 (552); BGHZ 18, S. 340 (346); BGH, VersR 1968, S. 792 (793); BGH, WM 1976, S. 1135 (1136); BGHZ 120, S. 157 (159) = BGH, NJW 1993, S. 199 (199); vgl.: BGH, NJW 1992, S. 681 (682); BGH, NJW 1980, S. 1855 (1856); BGHZ 46, S. 268 (271); BGH, VersR 1972, S. 1052 (1053); BGH, NJW 1955, S. 1921 (1922); BGH, NJW 1985, S. 2642 (2642).

<sup>4</sup> Vollkommer, § 2 I, S. 48, Rn. 89; Rinsche, S. 2, Rn. I 3; Henssler, JZ 1994, S. 178 (178); Odersky, NJW 1989, S. 1 (3); Fischer, NJW 1999, S. 2993 (2993).

<sup>5</sup> Vollkommer, § 3 I, S. 121, Rn. 215; Kleine-Cosack, Anmerkung zu: LM § 675 Nr. 200, Bl. 1253 R; Rinsche, S. 12, Rn. I 31; Prinz, VersR 1986, S. 317 (317); siehe auch: Ostler, JA 1983, S. 109 (112).

§ 2 BRAO birgt daher von Beginn seiner Ausübung an eine Haftungsgefahr.

Gemäß § 51 b BRAO<sup>6</sup> verjährt zwar der Anspruch des Auftraggebers auf Schadensersatz aus dem zwischen ihm und dem Rechtsanwalt bestehenden Vertragsverhältnis in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist, spätestens jedoch in drei Jahren nach der Beendigung des Auftrags, so dass die Haftungsgefahr grundsätzlich zeitlich eingegrenzt scheint<sup>7</sup>.

Insbesondere<sup>8</sup> diese kurze dreijährige Verjährungsfrist des § 51 b BRAO und die Tatsache, dass es bei dem Fristbeginn nicht auf die Kenntnis des Geschädigten von den schadensbegründenden Tatsachen ankommt, wie es z.B. bei der deliktsrechtlichen Verjährungsregel des § 852 I BGB der Fall ist<sup>9</sup>, führten aber im Laufe der Jahrzehnte dazu, dass die Rechtsprechung dem Rechtsanwalt eine Hinweispflicht auferlegt hat.

Die Hinweispflicht beinhaltet, dass der Rechtsanwalt im Rahmen seiner Beratungspflicht seinem Mandanten unaufgefordert offenbaren muss, einen Fehler begangen zu haben und diesem deshalb ein Regressanspruch zusteht<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Kleine-Cosack, Kommentar zur Bundesrechtsanwaltsordnung, § 51 b, Gesetzestext.

<sup>7</sup> § 51 b BRAO setzt voraus, dass sich der geltend gemachte Anspruch gegen den Rechtsanwalt auf einen Schadensersatz richtet. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sowie Ansprüche auf Herausgabe, Unterlassung und Beseitigung verjähren daher nicht nach der Regelung des § 51 b BRAO.

<sup>8</sup> Weitere Gründe siehe S. 19/20. Der systematische Standort, an dem die Thematik deshalb sowohl früher als auch heute besprochen wird, ist daher die Verjährungsproblematik: vgl.: Palandt, Überbl. 5 d vor § 194, Rn. 16, § 198 Anm. 2 b bb, Rn. 10; Ermann, § 198 Rn. 11.

<sup>9</sup> Palandt, § 852, Rn. 4; MüKo-Stein, § 852, Rn.9

<sup>10</sup> BGH, WM 1990, S. 815 (817): Obwohl der BGH die Rechtsnatur der Hinweispflicht niemals ausdrücklich genannt hat, lässt er sie als eine Hauptleistungspflicht erscheinen. Der Grund für diese Annahme ist, dass er erläutert, dass Hauptpflichten anders als Nebenpflichten grundsätzlich mit dem Vertragsende erlöschen. Zudem geht er davon aus, dass dem Anwalt keine Belehrung über die Regressmöglichkeit als Nachwirkung aus dem beendeten Vertrag oblag. In der weiteren Urteilsbegründung spricht der BGH dann nicht von einer Hinweispflicht, sondern von einer Benachrichtigungspflicht sowie von einer nachvertraglichen Auskunftspflicht, um den unterschiedlichen Rechtscharakter der durch das Mandatsende getrennten Pflichten zum Ausdruck zu bringen. Siehe auch: BGH, NJW 1993, S. 1320 (1322). Vgl.: Stimmen aus der Literatur ordnen die Hinweispflicht nicht als Hauptpflicht ein. Die Terminologie ist jedoch uneinheitlich. Sie wird einerseits als eine nicht einklagbare Nebenpflicht sowie andererseits als eine neben dem Vertrag herlaufende Schutz- bzw. im Sinne der Terminologie von Larenz als eine

Zudem muss der Rechtsanwalt den Mandanten während und bei aufrechterhaltendem Mandat über den Beginn der Verjährungsfrist des gegen ihn bestehenden Schadensersatzanspruchs aufklären<sup>11</sup>.

Bei schuldhafter Unterlassung dieser Hinweispflicht mit der Folge, dass der Schadensersatzanspruch nach drei Jahren gemäß § 51 b BRAO verjährt, gewährt die Rechtsprechung einen von ihr konstruierten „Sekundäranspruch“<sup>12</sup>. Dieser Sekundäranspruch verlängert die Verjährungsfrist des § 51 b BRAO um bis zu weitere drei Jahre. Der Sekundäranspruch ist dabei nicht auf einen Schadensausgleich in Form einer Geldzahlung gerichtet, sondern hat zur Folge, dass dem Anwalt die Einrede der Verjährung versagt ist<sup>13</sup>. Er gilt folglich als Hilfsrecht des Primäranspruchs<sup>14</sup>.

Der Anwalt ist lediglich dann nicht mehr verpflichtet, den Mandanten auf die eigene Haftung aufmerksam zu machen, wenn der Mandant zusätzlich von einem oder mehreren Anwälten vertreten wird<sup>15</sup>.

Die Entwicklung dieser Hinweispflicht sowie des Sekundäranspruchs durch die Rechtsprechung sind Gegenstand dieser Bearbeitung und werden auf ihre Berechtigung untersucht.

Dabei wird zunächst die Rechtsprechung des Reichsgericht zur Hinweispflicht dargelegt, auf die sich der BGH in

weitere Verhaltenspflicht gesehen: Borgmann/Haug, S. 303, Rn. 34; Vollkommer, § 4 III, S. 261, Rn. 465; Feuerich/Braun, § 51 b, Rn. 25; Henssler/Prütting-Prütting, § 51 b BRAO, Rn. 67; Larenz, Schuldrecht I, S. 11; Brinker, S. 48. Auch das OLG Hamm bezeichnet die Hinweispflicht als eine Nebenpflicht: VersR 1977, S. 653 (653).

<sup>11</sup> BGH, NJW 1975, S. 1655 (1656); BGH, NJW 1985, S. 2250 (2252); BGH, NJW 2000, S. 1267 (1267).

<sup>12</sup> Der Ausdruck Sekundäranspruch wurde erstmals in der Entscheidung des BGH vom 01.12.1977 verwendet: BGH, VersR 1977, S. 617 (618). Auffallend ist, dass dieser Sekundäranspruch nicht einheitlich so genannt wird, sondern oftmals auch als „sekundärer Anspruch“ oder „sogenannter Sekundäranspruch“ zitiert wird.

<sup>13</sup> BGH, NJW 1996, S. 2797 (2798); vgl.: Rinsche, S. 119, Rn. I 267/S. 128; Rn. I 286.

<sup>14</sup> Rinsche, S. 128, Rn. I 286; BGH, VersR 1997, S. 357 (358); BGH, VersR 1996, S. 190 (192).

<sup>15</sup> BGH, NJW 1992, S. 836 (837); vgl.: BGH, NJW-RR 1996, S. 313 (314).

den Folgejahren immer wieder bezieht. Im Anschluss daran werden die drei Kernentscheidungen des BGH ausführlich dargestellt, wobei die Auswahlkriterien dieser drei Entscheidungen jeweils erstmalig die Bezugnahme zur Reichsgerichtsentscheidung, die Nennung von Gründen für die Auferlegung dieser Hinweispflicht sowie die Unterteilung in einen Primäranspruch und einen Sekundäranspruch sind.

Zudem wird ein Vergleich bezüglich der Hinweispflicht und Haftung anderer selbständiger Berufsgruppen vorgenommen. In der Folgezeit entschied der BGH in Anlehnung an die Hinweispflichten des Rechtsanwalts, dass auch Steuerberatern die Pflicht obliegt, auf einen gegen sie gerichteten Schadensersatz und dessen Verjährung nach § 68 StBerG hinzuweisen. Architekten obliegt eine Hinweispflicht auf einen Schadensersatzanspruch, sobald Baumängel ersichtlich sind.

Die Hinweispflicht des Steuerberaters und des Architekten werden mit der des Anwalts verglichen. Im Anschluss daran wird die Pflicht der drei Berufsgruppen der Arzthaftung gegenübergestellt. Ärzte müssen ihre Patienten nicht auf einen Behandlungsfehler hinweisen

Zunächst werden jedoch die durch Richterrecht begründeten Pflichten<sup>16</sup> sowie sonstige Pflichten eines Rechtsanwalts dargelegt, denn je umfangreicher diese sind, desto größere Gefahr besteht für den Rechtsanwalt, einen Fehler zu begehen. Die Folge daraus ist, dass sich die Gefahr einer möglichen Hinweispflicht erhöht.

## **II. Die Pflichten des Rechtsanwalts aus seinem**

---

<sup>16</sup> Folgende Darstellung stellt lediglich die wichtigsten Kernpunkte der Rechtsprechung dar. Daneben gibt es zudem gesetzliche Pflichten des Anwalts, die insbesondere in den §§ 43 ff BRAO geregelt sind. Weitergehende Literatur zu den Anwaltpflichten: Rinsche, S. 27-61; Vollkommer, § 2, S. 47-119; Borgmann/Haug, Kapitel IV, S. 86 ff.

## Mandat

### 1. Die Aufklärungspflicht

Das Mandatsverhältnis beginnt zunächst mit der bestmöglichen Sachverhaltsaufklärung<sup>17</sup>. Der Mandant hat aufgrund des Anwaltsvertrages die zur Beantwortung gerichtlicher Anfragen erforderlichen Einzelheiten des Sachverhaltes mitzuteilen<sup>18</sup>. Der Rechtsanwalt muss dann durch ergänzende Fragestellung eine für die rechtlichen Probleme maßgebliche umfassende Sachverhaltskenntnis erzielen<sup>19</sup>. Zudem fällt es in seinen Aufgabenbereich, erforderlichenfalls bei Behörden und Gerichten Informationen einzuholen<sup>20</sup>. Jedoch darf der Rechtsanwalt grundsätzlich so lange auf die Richtigkeit tatsächlicher Sachverhaltsangaben seines Mandanten vertrauen, als er die Unrichtigkeit weder kennt noch kennen muss<sup>21</sup>. Erfährt er hingegen Rechtstatsachen von diesem, so darf er sich nicht auf diese verlassen, sondern ist verpflichtet sie zu überprüfen<sup>22</sup>.

---

Siehe auch, Fischer, NJW 1999, S. 2993-2998.

<sup>17</sup> Prinz, VersR 1986, S. 317 (317); Fischer, NJW 1999, S. 2993 (2994).

<sup>18</sup> BGH, NJW 1982, S. 437 (437); siehe auch: Borgmann/Haug, S. 89, Rn. 9; Borgmann, in: Festschrift für Fritz Ostler, S. 1 (1).

<sup>19</sup> BGH, NJW 1998, S. 2048 (2049); BGH, NJW 1994, S. 1472 (1473); BGH, NJW 1994, S. 2293 (2293); Fischer, NJW 1999, S. 2993 (2994); vgl.: Weisemann, AnwBl 1984, S. 174 (177); Borgmann in: Festschrift für Fritz Ostler, S. 1 (5); Franzen, NJW 1982, S. 1854 (1855).

<sup>20</sup> BGH, NJW 1994, S. 2293 (2294).

<sup>21</sup> BGH, NJW 1994, S. 2293 (2293); RGZ 140, S. 392 (397); BGH, AnwBl 1980, S. 221 (222); BGH, NJW 1961, S. 601 (602); Müller, JR 1969, S. 161 (163); BGH, VersR 1960, S. 911 (911); BGH, VersR 1966, S. 774 (774); BGH, NJW 1991, 2839 (2841); Fischer, NJW 1999, S. 2993 (2994).

<sup>22</sup> BGH, NJW 1994, S. 2293 (2293); BGH, NJW 1985, S. 1154 (1155); BGH, NJW 1961, S. 601 (602).

## 2. Die Rechtsprüfung

Eine weitere Hauptpflicht ist die anwaltliche Rechtsprüfung<sup>23</sup>. Sie umfasst dabei sowohl die einschlägigen Vorschriften als auch EG- und Auslandsrecht<sup>24</sup>. Zudem muss der Anwalt die Entscheidungen, die in den Entscheidungssammlungen der obersten Bundesgerichte abgedruckt sind<sup>25</sup>, sowie diejenigen aus der NJW kennen<sup>26</sup>. Das OLG Düsseldorf hat weiterhin festgestellt, dass bei der Lektüre der NJW nicht nur die Leitsätze, sondern auch die Entscheidungsgründe zu lesen sind<sup>27</sup>.

Fehlt bezüglich der Fallproblematik eine höchstrichterliche Rechtsprechung, so muss der Anwalt für die Prüfung auf einschlägige juristische Literatur zurückgreifen<sup>28</sup>. Jedoch hat der Rechtsanwalt den Mandanten gleichzeitig darauf hinzuweisen, dass dieser dabei ein höheres Prozessrisiko eingeht<sup>29</sup>.

## 3. Die Beratung und Belehrung des Mandanten

Der Rechtsanwalt ist weiterhin zu einer umfassenden und erschöpfenden Belehrung seines Auftraggebers verpflichtet und hat ihn über mögliche wirtschaftliche Gefahren aufzuklären<sup>30</sup>. Die Beratung muss sich am

---

<sup>23</sup> Rinsche, S. 38, Rn. I 97.

<sup>24</sup> BGH, NJW 1972, S. 1044 (1044); OLG Koblenz, NJW 1989, S. 2699 (2699); BGH, VersR 1983, S. 659 (659); siehe auch: BGH, NJW 1993, S. 3323 (3324); LG Köln, NJW 1981, S. 351 (351); BGH, NJW 1983, S. 1665 (1656).

<sup>25</sup> BGH, VersR 1983, S. 659 (659) = BGH, NJW 1983, S. 1665 (1665).

<sup>26</sup> BGH, VersR 1979, S. 375 (376).

<sup>27</sup> OLG Düsseldorf, VersR 1980, S. 359 (360).

<sup>28</sup> Borgmann, AnwBl 1995, S. 222 (224).

<sup>29</sup> Borgmann, AnwBl 1995, S. 222 (224).

<sup>30</sup> BGH, VersR 1960, S. 932 (933); BGH, NJW 1988, S. 563 (566); BGH, NJW 1988, S. 2113 (2113); BGH, NJW 1993, S. 2676 (2676); kritisch hierzu: Scheffler, NJW 1961, S. 577 (582), Wolfsteiner, DNotZ 1970, S. 48 (52); BGHZ 89, S. 178 (181). Zur Beweislast bei Verstößen gegen die Beratungspflicht: BGH, NJW 1993, S. 3259 (3259) = BGHZ 123, S. 311 (315); BGH, NJW 1993, S. 734 (734); BGH, VersR 1985, S. 265 (266); BGH, NJW 1992, S. 2694 (2695); BGH, NJW 1987, S. 1322 (1323); BGH, NJW 1987, S. 326 (327); BGH, WM

Beratungsbedarf und den Auffassungsmöglichkeiten des Mandanten orientieren und obliegt dem Rechtsanwalt persönlich<sup>31</sup>.

#### 4. Das Prinzip des sichersten Weges

Dieser Grundsatz des sichersten Weges wurde erstmals vom Reichsgericht<sup>32</sup> angewandt und ist später immer wieder übernommen worden<sup>33</sup>. Das sehr weitgefasste Prinzip wird dahingehend verstanden, dass der Anwalt von mehreren in Betracht kommenden Maßnahmen diejenige zu treffen hat, welche drohende Nachteile am ehesten vermeiden. Sind dabei mehrere Möglichkeiten gegeben, so hat er diejenige zu wählen, die dieses Ziel am sichersten und gefahrlosesten erreicht<sup>34</sup>.

Kritisiert wird, dass stets die Gefahr einer Haftung gegeben ist, da grundsätzlich nicht alle Probleme und Konstellationen bei vorausschauender Betrachtung ersichtlich sind<sup>35</sup>.

#### 5. Sonstige Pflichten

---

1991, S. 1427 (1429); BGH, ZIP 1981, S. 1213 (1215); BGH, NJW 1993, S. 1320 (1323); Heinemann, NJW 1990, S. 2345-2355: Hat ein zur Beratung Verpflichteter seine Beratungspflicht verletzt und steht fest, dass dann, wenn der sachgemäße Rat gegeben und befolgt worden wäre, der Schaden vermieden worden wäre, so ist der Berater dafür beweispflichtig, dass der Beratene sich nicht an seinen Rat gehalten hätte. Bei Verstößen gegen die Beratungspflicht spreche zu Gunsten des Mandanten die Vermutung, dieser hätte sich bei vertragsgerechtem Handeln des Beauftragten beratungsgemäß verhalten. Vgl.: BGHZ 123, S. 311 (316).

<sup>31</sup> BGH, NJW 1981, S. 2741 (2741).

<sup>32</sup> RGZ 151, S. 259 (264); siehe auch die Erläuterung des BGH vom 05.11.1987: BGH, NJW 1988, S. 486 (487).

<sup>33</sup> BGH, NJW 1959, S. 141 (141); BGH, NJW 1961, S. 601 (601); BGH, NJW 1988, S. 563 (566); BGH, VersR 1960, S. 932 (933); BGH, VersR 1987, S. 680 (680)/S. 1237 (1237); BGH, NJW 1993, S. 3323 (3324) = BGH, LM § 675, Nr. 194; BGH, AnwBl 1999, S. 52 (53); BGH, NJW 1999, S. 1391 (1391); siehe auch: Fischer, NJW 1999, S. 2993 (2994); ausführlich hierzu: Vollkommer, § 2, S. 96-106, Rn. 179-190.

<sup>34</sup> So entschieden in dem Urteil des BGH vom 28.06.1990: BGH, NJW-RR 1990, 1241 (1242); vorher war vielfach lediglich auf die ständige Rechtsprechung verwiesen worden. Siehe zudem die immer wieder eintretenden Anwendungsbereiche dieses Grundsatzes: Vollkommer, § 2 V, S. 97-99, Rn. 180; Kleutgens, S. 47-52; Rinsche, S. 54, Rn. I 134.

<sup>35</sup> Borgmann, AnwBl 1995, S. 222 (224); vgl.: Vollkommer, § 2 V, S. 96/97, Rn. 179/180; vgl.: allgemeines zu Anwaltpflichten und Anwaltsverschulden: Scheffler, NJW 1961, S. 577 (582).

Weiterhin ergeben sich bestimmte Pflichten des Anwalts aus den §§ 43 ff. BRAO, so z.B. die in § 43 a BRAO normierte Verschwiegenheitspflicht und das Verbot, widerstreitende Interessen wahrzunehmen<sup>36</sup>.

Zudem wird dem Anwalt auferlegt, sein eigenes Verhalten zu überprüfen, wenn ein Antrag kostenpflichtig zurückgenommen werden musste oder eine Klage sowie Rechtsbehelfsmöglichkeit nicht ergriffen wurde<sup>37</sup>.

Diese insgesamt strengen Sorgfaltsanforderungen<sup>38</sup> führen dazu, dass der durchschnittliche Anwalt laufend der Gefahr ausgesetzt ist, schadensauslösende Sorgfaltspflichtverletzungen zu begehen<sup>39</sup>, und dadurch wiederum seinem Mandanten bei schuldhafter Pflichtverletzung aus dem anwaltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag haftet.

---

<sup>36</sup> Rinsche, S. 60, Rn. I 146; Jessnitzer/Blumberg, S. 99-137.

<sup>37</sup> Henssler/Prütting-Prütting, § 51 b, S. 561/562, Rn. 70.

<sup>38</sup> Einige Stimmen werfen der Rechtsprechung aufgrund dessen vor, der Anwalt habe ein juristischer Supermann zu sein: Rinsche, S. 27, I 72; ihm zustimmend: Prinz, VersR 1986, S. 317 (318).

<sup>39</sup> Prinz, VersR 1986, S. 317 (319); Rinsche, die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars 6. Auflage 1998, erläutert in seinem Vorwort, dass die Schadensersatzpflicht aus Fehlern bei der Berufsausübung für Anwälte immer größere Bedeutung erlangt; der Auskunft großer Versicherungsgesellschaften zufolge melden ca. 25 % aller zugelassenen deutschen Anwälte jährlich einen Schadensfall an.

## **B. Die Entwicklung der Hinweispflicht des Anwalts** **durch die Rechtsprechung**

Die Pflicht des Anwalts, seinen Mandanten auf Regressansprüche gegen sich selbst hinzuweisen ist von der Rechtsprechung zunächst nur schrittweise entwickelt worden.

### **I. Die Entwicklung durch das Reichsgericht**

In der Entscheidung des Reichsgerichts vom 29.01.1934 erhielt der Mandant zunächst lediglich eine auf Treu und Glauben gestützte Arglisteinrede zugebilligt<sup>40</sup>. Grund hierfür war, dass der Anwalt schon verjährte Ansprüche jahrelang erfolglos weiterverfolgte und dem Mandanten verschwiegen hatte, dass sie verjährt waren. Diese Auffassung wurde dann noch kurzzeitig weiterverfolgt<sup>41</sup>.

Die erstmalige Konstituierung einer Hinweispflicht des Rechtsanwalts bezüglich seines Fehlers aus dem Anwaltsvertrag erfolgte durch die Entscheidung des Reichsgerichts vom 17.05.1938<sup>42</sup>.

Dabei war es aufgrund eines Fehlers des Anwalts sowie einer unbegründeten Beanstandung des Registergerichts<sup>43</sup> zu einer Verzögerung der Eintragung eines Schiffspfandrechtes gekommen. Zwischenzeitlich hatten weitere Gläubiger Zwangsvollstreckungsmaßnahmen bewirkt. Der Klägerin entstand ein Schaden von 59000 Reichsmark, die sie zunächst in der Meinung, der Rechtspfleger habe sich ihr gegenüber einer Amtspflichtverletzung schuldig gemacht, vom Deutschen Reich zurückverlangte. Diese Klage wurde aufgrund von

---

<sup>40</sup> RGZ 143, S. 250 (253).

<sup>41</sup> RGZ 153, S. 101 (112).

<sup>42</sup> RGZ 158, S. 130 (134) = JW 1938, S. 2738 (2738).

§ 839 I S. 2 BGB rechtskräftig abgewiesen, da das Gericht der Auffassung war, dass der Anwalt der Klägerin für den behaupteten Schaden einzustehen hätte. Die Haftung des Anwalts ging der subsidiären Haftung des Staates vor.

Die Tatsache, dass der Anwalt die subsidiäre Haftung des Staates vor seiner eigenen Haftung nicht geprüft hatte und seiner Mandantin daher weitere Kosten entstanden sowie der Verlust des Regressanspruchs aufgrund von Verjährung erfolgte, veranlasste die Rechtsprechung, dem Anwalt bestimmte Pflichten aufzuerlegen.

Das Reichsgericht erläutert in seiner Urteilsbegründung zunächst eine Prüfungs- und Sicherungspflicht des Anspruchs des Mandanten nach jeder Richtung<sup>44</sup>.

Im Anschluss an diese Prüfungs- und Sicherungspflicht auferlegt es dem Anwalt darüberhinaus eine Hinweispflicht auf das Vorliegen eines Regressanspruchs:

*„Nimmt er diese Prüfung vor und ergibt sich dabei die Möglichkeit der eigenen Haftung, dann ist er vor die Frage gestellt, ob er den Auftrag beibehalten oder zurückgeben soll. Behält er den Auftrag bei, dann hat er die zur Wahrung der Rechte seines Auftraggebers **auch gegen sich notwendigen Schritte zu tun**“<sup>45</sup>.*

Jedoch führt das Reichsgericht seine Pflichtenauflegung noch weiter aus. Der Anwalt muss danach den Mandanten zusätzlich zum Hinweis auf den Regressanspruch und somit zur Offenbarung eines Fehlers auch darauf aufmerksam machen, dass die Verjährungsfrist des Schadensersatzanspruchs gegen ihn begonnen hat<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Carl, JW 1938, S. 2968 (2968).

<sup>44</sup> RGZ 158, S. 130 (134).

<sup>45</sup> RGZ 158, S. 130 (134); eigene Hervorhebung.

<sup>46</sup> Die Verjährungsfrist betrug zu dieser Zeit gemäß § 37 RAO n.F. (32 a RAO a.F.) fünf Jahre: siehe RGZ 158, S. 130

Unterlässt der Anwalt die Sicherung des Verjährungseintritts, so ist es ihm untersagt, die Einrede der Verjährung zu erheben<sup>47</sup>.

Dabei ist jedoch zu beachten, dass eine besondere Situation das Reichsgericht dazu veranlasste, diese Pflichten zu begründen. Es gehört zu den anspruchsbegündenden Voraussetzungen des Amtshaftungsanspruchs gemäß § 839 I S. 2 BGB, dass ein anderer primär Haftender nicht vorhanden ist. Der Anwalt hatte daher in diesem konkreten Fall Anlass dazu, seine eigene Haftung schon vor Prozessbeginn zu prüfen, um sicher zu gehen, dass seine Haftung als „anderer primär Haftender“ ausscheidet.

Trotz dieser Besonderheit, dass der Rechtsanwalt seine eigene Haftung vorrangig zu prüfen hatte, berufen sich die nachfolgenden Gerichte<sup>48</sup> immer wieder auf diese Rechtsprechung, obwohl das Reichsgericht selbst diesem Umstand besondere Bedeutung beigemessen hatte<sup>49</sup>.

---

(136).

<sup>47</sup> RGZ 158, S. 130 (136).

<sup>48</sup> Siehe hierzu die folgenden Ausführungen.

<sup>49</sup> Brandner, AnwBl 1969, S. 384 (384) meint, dass nach der Entscheidung des Reichsgerichts noch bezweifelt werden konnte, ob eine Hinweispflicht des Anwalts gegen sich selbst allgemein angenommen werden sollte. Borgmann, AnwBl 1984, S. 497 (498) meint, ohne diese Konstellation wäre vielleicht die Hinweispflicht als echte Rechtspflicht nie erfunden worden.

## II. Die Fortsetzung der Rechtsprechung des Reichsgerichts durch den BGH

Die Rechtsprechung des BGH übernahm die Hinweispflicht und schuf den später sogenannten sekundären Schadensersatzanspruch. Dies geschah dabei über mehrere Jahre. Im folgenden werden die drei wesentlichen Kernentscheidungen dargestellt.

### 1. Urteil des BGH vom 11.07.1967<sup>50</sup>

In dieser Entscheidung nahm der Kläger die in einer Anwaltssozietät zusammengeschlossenen Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch mit der Begründung, sie hätten seine Forderung gegen den Deutschen Gewerkschaftsbund (DGB) verjähren lassen und zudem durch die Weiterführung des Prozesses unnötige Prozesskosten verursacht.

Die Beklagten hingegen vertraten die Ansicht, dass der Regressanspruch verjährt sei.

Dem Verjährungseinwand der Beklagten widersprach der BGH. Er argumentierte unter Hinweis auf die Entscheidung des Reichsgerichts, dass der Beklagte verpflichtet gewesen sei, den Kläger auf die Möglichkeit eines gegen ihn gerichteten Regressanspruchs bis zum Abschluss der letzten Instanz hinzuweisen und gegebenenfalls zu geeigneten Maßnahmen gegen den Ablauf der Verjährung zu raten<sup>51</sup>. Ansonsten hafte der Rechtsanwalt dem Mandanten wegen schuldhafter Unterlassung<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> BGH, VersR 1967, S. 979 (979); siehe auch das Urteil des BGH vom 19.05.1970, VersR 1970, S. 815-818, welches noch einmal näher auf den Sachverhalt eingeht; siehe zudem das Urteil des BGH vom 02.07.1968 in: VersR 1968, S. 1042 (1042); auch hier werden diese Pflichten dem Anwalt auferlegt.

<sup>51</sup> BGH, VersR 1967, S. 979 (979/980).

<sup>52</sup> BGH, VersR 1967, S. 979 (980).

Der BGH übernahm folglich die zuvor vom Reichsgericht geschaffene Hinweispflicht auf einen persönlich zu verantwortenden Fehler und die möglicherweise drohende Verjährung des daraus resultierenden Schadensersatzanspruchs. Eine Begründung, warum die Hinweispflicht dem Rechtsanwalt auferlegt wurde, unterblieb jedoch. Der BGH erwähnte lediglich, dass die Tatsache, dass der Anwalt selbst Schuldner gegenüber dem Anwalt sei, den Mandanten nicht schlechter stellen dürfe<sup>53</sup>.

Zudem erläuterte er den Zeitpunkt des Beginns der Verjährungsfrist des § 51 b BRAO. Dieser beginne danach ohne Rücksicht auf die Entstehung des Schadens mit Abschluss der letzten Instanz zu laufen<sup>54</sup>. In einer späteren Entscheidung änderte der BGH dann den Verjährungsfristbeginn dahingehend, dass dieser ab dem Zeitpunkt der Schadensentstehung eintrete<sup>55</sup>.

## **2. Urteil des BGH vom 20.05.1975<sup>56</sup>**

Auch in dem Urteil vom 20.05.1975 befasste sich der BGH mit der Hinweispflicht.

Im Jahre 1964 traten am Grundstück sowie am Gebäude des Klägers Setzschäden ein. Ursächlich hierfür waren Bohrungen eines Montanunternehmens, die zu Veränderungen des Grundwasserspiegels führten. Der beklagte Rechtsanwalt ließ ein Beweissicherungsverfahren durchführen. Das Montanunternehmen lehnte jedoch Ansprüche gegen sich ab. Erst nachdem sich das Unternehmen auf Verjährung berufen hatte, reichte der

---

<sup>53</sup> BGH, VersR 1967, S. 979 (980).

<sup>54</sup> BGH, VersR 1967, S. 979 (980).

<sup>55</sup> Seit BGH, NJW 1985, S. 2250 (2253); BGHZ 94, S. 380 (389/390); siehe dazu ausführlich: S. 30.

Beklagte für den Kläger 1967 eine Klage ein, welche jedoch aufgrund der Verjährung abgewiesen wurde. Der Kläger forderte seinen Rechtsanwalt daraufhin Ende 1969 auf, zu seiner Schadensersatzpflicht Stellung zu nehmen. Der beklagte Rechtsanwalt wies Anfang 1970 einen möglichen Schadensersatzanspruch als unbegründet zurück, stellte dem Kläger eine Klageerhebung anheim, welche dann im Jahre 1972 erfolgte.

Auch hier stellt der BGH unter Berufung auf die oben genannten Urteile fest, dass sich die Anwaltpflicht darauf erstreckt, auf einen gegen ihn bestehenden Regressanspruch hinzuweisen dem Mandanten die Gefahr der Verjährung<sup>57</sup> dieses Anspruchs darzulegen.

Erstmals nennt der BGH dabei den eigentlichen Grund für die Hinweispflicht und den von ihm konstruierten Schadensersatz. Durch § 51 BRAO (§ 51 b BRAO n.F.) soll der Anwalt davor geschützt werden, dass die Folgen berufstypischer Risiken ihn auf unabsehbare Zeit hinaus in nicht überschaubarer Weise wirtschaftlich bedrohen<sup>58</sup>. Aufgrund dessen habe der Gesetzgeber durch § 51 BRAO in Kauf genommen, dass der Mandant einer ungewöhnlich strengen Verjährungsregel ausgesetzt ist<sup>59</sup>.

***„Zum Ausgleich dieser im Interesse des Anwalts sehr strengen Verjährungsregelung<sup>60</sup> hat die Rechtsprechung nunmehr ebenso strenge Anforderungen an die Pflicht des Rechtsanwalts***

---

<sup>56</sup> BGH, NJW 1975, S. 1655 (1655/1656) = BGH, VersR 1975, S. 907-909.

<sup>57</sup> Der BGH spricht, wie auch schon in seiner Entscheidung vom 11.07.1967, VersR 1967, S. 979 (980), davon, dass der Verjährungsbeginn des § 51 b BRAO grundsätzlich unabhängig von der Kenntnis des Gläubigers eintritt. Jedoch schränkt er diesen Lauf der Verjährungsfrist dann in der Entscheidung vom 11.07.1967 BGH dadurch ein, dass eine Hinweispflicht bis zum Mandatsende besteht, und der Verjährungsbeginn somit auch erst ab diesem Zeitpunkt starte. In der Entscheidung vom 20.05.1975 hingegen nennt der BGH zu keinem Zeitpunkt die Einschränkung, dass die Hinweispflicht bis zum Mandatsende besteht mit der Folge der Verschiebung des Verjährungsbeginns. Innerhalb dieser Entscheidungen ist daher ein Widerspruch zu erkennen. Eine endgültige Klärung erfolgt durch den BGH, NJW 1985, S. 2250 (2253).

<sup>58</sup> BGH, NJW 1975, S. 1655 (1656).

<sup>59</sup> BGH, NJW 1975, S. 1655 (1656). Diese Strenge zeigt sich in der Abkürzung auf ein Zehntel der bei Vertragsverletzungen im allgemeinen geltenden 30 jährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB.

<sup>60</sup> Eigene Hervorhebung.

*gestellt, den Mandanten auch über gegen ihn den  
Anwalt selbst gerichtete Ansprüche aufzuklären  
und gegebenenfalls auch deren Verjährung  
vorzubeugen<sup>61</sup>."*

Ein weiterer Grund ist zudem,

*„dass die Kenntnis der Verjährungsregelung  
beim Laien regelmäßig nicht vorausgesetzt  
werden kann<sup>62</sup>."*

Unterlässt der Anwalt schuldhaft diese Pflichten, so wird er schadensersatzpflichtig<sup>63</sup>.

Der BGH rechtfertigt somit die Hinweispflicht mit der benachteiligten Rechtslage für den Mandanten.

Zudem greift er in diesem Zusammenhang das Problem der Beendigung des Mandats auf. Der Anwalt soll sich nicht durch bloße Beendigung des Mandats von allen weiteren Hinweispflichten befreien können<sup>64</sup>. Die Nachwirkungen des bisher vorhandenen Vertrauensverhältnisses verpflichteten ihn vielmehr dazu, dem Mandanten soviel an Informationen über die notwendige Wahrung seiner Belange zu vermitteln, dass dieser zur Durchsetzung der Ansprüche in der Lage sei<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> BGH, NJW 1975, S. 1655 (1656) = BGH, DB 1975, S. 1933 (1934).

<sup>62</sup> BGH, NJW 1975, S. 1655 (1657).

<sup>63</sup> BGH, NJW 1975, S. 1655 (1657).

<sup>64</sup> BGH, NJW 1975, S. 1655 (1656).

<sup>65</sup> BGH, NJW 1975, S. 1655 (1656); siehe BGH, NJW 1992, S. 836 (837): Danach hat der Hinweis so rechtzeitig zu erfolgen, dass der Mandant in der Lage ist, ohne Zeitdruck anderweitigen Rechtsrat einzuholen und gegebenenfalls die Verjährung durch gerichtliche Geltendmachung zu unterbrechen. Konkrete Fristen nennt der BGH jedoch nicht.

### 3. Urteil des BGH vom 01.12.1977<sup>66</sup>

Mit dem Urteil vom 01.12.1977 erfolgte erstmals neben der Auferlegung einer Hinweispflicht die Unterteilung der Schadensersatzansprüche in einen sogenannten „Primäranspruch“ und einen „Sekundäranspruch“ des Mandanten<sup>67</sup>. In den vorhergehenden Entscheidungen sprach der BGH lediglich allgemein davon, dass der Rechtsanwalt dem Mandanten bei Unterlassung der Hinweispflicht zum Schadensersatz verpflichtet sei, ohne jedoch die Regressansprüche zu unterteilen.

#### a) Darstellung des Urteils

Die Klägerin verlangte von ihrem Anwalt Schadensersatz, weil er es unterlassen habe, mit dem Anspruch auf Auskunft über den Nachlass ihrer Eltern gleichzeitig den Anspruch auf Zahlung der Pflichtteilssumme geltend zu machen, die ihr nach der Rechnungslegung zustünde.

Die Beklagte hingegen erhob die Einrede der Verjährung.

In seiner Urteilsbegründung stimmt der BGH zunächst dem Berufungsgericht zu, dass ein Anspruch der Klägerin gegen den Anwalt aufgrund der Verletzung von Anwaltpflichten im Zeitpunkt der Klageerhebung gemäß § 51 BRAO (§ 51 b BRAO n.F.) verjährt war<sup>68</sup>. Im Anschluss an diese Begründung erläutert er, dass die Klägerin die Verjährungseinrede auch dann nicht zu Fall hätte bringen können, wenn ihr

*„ein neuer selbständiger („sekundärer“) Schadensersatzanspruch erwachsen sei, weil*

---

<sup>66</sup> BGH, VersR 1977, S. 617-619.

<sup>67</sup> BGH, VersR 1977, S. 617 (618); auffallend ist, dass in nachfolgenden Entscheidungen sowohl der Primäranspruch, als auch der sekundäre Anspruch nicht immer so benannt werden, sondern auch als primärer Regressanspruch und sekundärer Schadensersatzanspruch, als sekundärer Anspruch aber auch als „sogenannter“ sekundärer Anspruch genannt werden: zu dieser Problematik vgl.: Windeknecht, S. 30.

<sup>68</sup> BGH, VersR 1977, S. 617 (618).

*der Beklagte sie schuldhaft nicht darüber aufgeklärt hat(...), dass gegen ihn Ersatzansprüche entstanden waren<sup>69</sup>.*"

Bei der Erläuterung der Entstehung des „sekundären Anspruchs“ erschafft er zur Abgrenzung den „Primäranspruch“:

*„Das wäre hier der Zeitpunkt, in dem der „Primäranspruch“ gegen den Anwalt verjährt ist<sup>70</sup>.“*

Dieser selbständige sekundäre Anspruch unterliege dabei nicht wie die sonstigen Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung der dreißigjährigen Verjährung des § 195 BGB, sondern der dreijährigen Verjährung, damit § 51 BRAO (§ 51 b BRAO n.F.) nicht ausgehöhlt werde<sup>71</sup>.

Zudem erläutert der BGH in dieser Entscheidung die Bedeutung des § 51 BRAO (§ 51 b BRAO n.F.) für den Anwalt<sup>72</sup>. Danach ist der Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, dass der Anwalt spätestens drei Jahre nach dem Mandatsende die Möglichkeit erhält, sich durch Erhebung der Verjährungseinrede gegen Regressansprüche verteidigen zu können<sup>73</sup>. Der BGH ist der Ansicht, dass der Schutz des Anwalts bei dieser Vorschrift im Vordergrund steht, was seiner Meinung nach unter anderem dadurch verdeutlicht wird, dass die Verjährungsfrist auch dann gegen den Mandanten läuft, wenn dieser erst nach Ablauf der Frist von seinem Schaden erfährt<sup>74</sup>.

Trotz dieses Bewusstseins bezüglich der Bedeutung des

---

<sup>69</sup> BGH, VersR 1977, S. 617 (618).

<sup>70</sup> BGH, VersR 1977, S. 617 (618).

<sup>71</sup> BGH, VersR 1977, S. 617 (618).

<sup>72</sup> BGH, VersR 1977, S. 617 (618/619).

<sup>73</sup> BGH, VersR 1977, S. 617 (618).

<sup>74</sup> BGH, VersR 1977, S. 617 (619).

§ 51 b BRAO für den Anwalt, stimmt der BGH weiterhin grundsätzlich einem Sekundäranspruch zu, auch wenn in dieser Entscheidung aufgrund der Verjährung ein solcher nicht gegeben war.

## **b) Problematik der Terminologie**

Problematisch ist, dass sich die Terminologie des Anwaltsvertragsrechts mit der des allgemeinen Schuldrechts bezüglich des Begriffs „Primäranspruch“ und des Begriffs „Sekundäranspruch“ überschneidet. Die Bedeutungsunterschiede werden dabei jedoch vernachlässigt.

Im Anwaltsvertragsrecht wird der Regressanspruch des Mandanten gegen seinen Anwalt seit der Entscheidung des BGH vom 01.12.1977 als „Primäranspruch“ bezeichnet<sup>75</sup>. Dem Anwalt obliegt dabei die Pflicht, den Mandanten auf den Primäranspruch und auf dessen Verjährung hinzuweisen. Der „Sekundäranspruch“ hingegen ist im Anwaltsvertragsrecht der Anspruch, der sich aus der schuldhaften Missachtung dieser Hinweispflicht ergibt.

Im Schuldrecht, z.B. im Kaufrecht, hingegen versteht man unter dem Primäranspruch den Anspruch des Käufers auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache<sup>76</sup>.

Der Sekundäranspruch im Kaufrecht wiederum ist der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer, der sich

---

<sup>75</sup> Erstmals so genannt in: BGH, VersR 1977, S. 617 (618); weiter auch: BGH, NJW 1985, S. 1151 (1152); BGH, NJW 1985, S. 2250 (2252); BGH, NJW 1987, S. 326 (326); BGH, NJW 1988, S. 265 (266); BGH, NJW 1988, S. 2245 (2247); BGH, NJW 1990, S. 326 (327); BGH, NJW-RR 1990, S. 459 (460); BGH, NJW 1992, S. 836 (836).

<sup>76</sup> Larenz, Schuldrecht I, S. 8; Es ist jedoch zu beachten, dass hier von Leistungspflichten gesprochen wird und somit aus der Sicht des Verkäufers betrachtet wird.

aufgrund von Nicht-, Schlecht- oder der verspäteten Erfüllung von primären Pflichten ergibt<sup>77</sup>.

Würde man für den anwaltvertraglichen Primäranspruch die Terminologie des Schuldrechts wählen, so wäre es der Anspruch, der sich aus der Schlechterfüllung der anwaltlichen Leistung ergibt und folglich ein schuldrechtlich sekundärer Schadensersatzanspruch.

Der anwaltvertragliche Sekundäranspruch wiederum wäre der schuldrechtlich sekundäre Schadensersatzanspruch aufgrund der Verletzung der Hinweispflicht.

Da sowohl die Rechtsprechung, als auch die Literatur die anwaltsvertragliche Terminologie verwenden, wird sie auch der folgenden Bearbeitung zugrundegelegt.

### **III. Weitere Gründe der Rechtsprechung, dem Rechtsanwalt eine Hinweispflicht aufzuerlegen**

Die Gründe der Rechtsprechung, dem Rechtsanwalt eine Hinweispflicht aufzuerlegen und bei Unterlassung dem Mandanten einem Sekundäranspruch zuzubilligen, variieren in den weiteren Entscheidungen.

Der ausschlaggebende Grund ist, dass die Pflicht als Ausgleich für die strenge Verjährungsregel des § 51 b BRAO gilt<sup>78</sup>. Die dreijährige Verjährungsfrist lasse sich rechtstaatlich nur dann vertreten, wenn dem Anwalt eine Hinweispflicht auferlegt werde<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Larenz, Schuldrecht I, S. 9.

<sup>78</sup> BGH, NJW 1975, S. 1655 (1656); siehe auch: BGH, NJW 1982, S. 1285 (1287); BGH, NJW 1985, S. 2250 (2252).

<sup>79</sup> BGHZ 83, S. 17 (26).

Zudem werden als weiteres Argument die umfangreichen Pflichten des Anwalts aus seinem Anwaltsvertrag genannt<sup>80</sup>. Die Aufgabe des Anwalts bestehe in der Prüfung der Rechtslage, in der umfassenden Beratung des Mandanten sowie in der Vermeidung von Nachteilen für den Auftraggeber<sup>81</sup>. Solche Pflichten müssten auch Ansprüche aus dem Mandatsverhältnis selber umfassen<sup>82</sup>. Dies folge einerseits aus der Stellung des Anwalts als Organ der Rechtspflege<sup>83</sup>, andererseits aus dem besonderen Vertrauensverhältnis, welches ein Anwaltsvertrag mit sich führe<sup>84</sup>. Das Vertrauensverhältnis hindere den Mandanten in der Regel, einen anderen Rechtskundigen damit zu beauftragen, die Arbeit seines Rechtsanwalts zu überprüfen<sup>85</sup>.

Auch wird die allgemeine juristische Qualifikation des Rechtsanwalts herangezogen<sup>86</sup>. Der Rechtsanwalt sei seinem Mandanten in der Regel an Rechtskenntnissen überlegen, während die Rechtsunkenntnis des Mandanten diesen daran hindere, die Rechtslage zu erkennen und die erforderlichen Maßnahmen gegen den Anwalt zu treffen<sup>87</sup>. Der Auftraggeber dürfe daher nicht schlechter gestellt werden, dass der beauftragte Rechtsanwalt ihm selbst gegenüber Schuldner sei<sup>88</sup>.

---

<sup>80</sup> RGZ 158, S. 130 (134); BGH, VersR 1967, S. 979 (980); BGH, VersR 1968, S. 1042 (1043).

<sup>81</sup> RGZ 158, S. 130 (134); BGH, VersR 1967, S. 979 (980); BGH, VersR 1968, S. 1042 (1043); BGHZ 89, S. 178 (181) = BGH, NJW 1984, S. 791 (793); BGH, NJW-RR 1990, S. 1241 (1242); BGH, NJW 1993, S. 1320 (1322); BGH, WM 1993, S. 1376 (1377); BGH, NJW 1994, S. 1211 (1212).

<sup>82</sup> RGZ 158, S. 130 (134); BGH, VersR 1967, S. 979 (980); BGH, VersR 1968, S. 1042 (1043); BGH, NJW 1975, S. 1655 (1656).

<sup>83</sup> Kritisch bezüglich insbesondere dieses Arguments: Eckert, NJW 1989, S. 2081 (2085); Henssler/Prütting-Prütting, § 51 b BRAO, S. 564, Rn. 83.

<sup>84</sup> BGH, VersR 1968, S. 1042 (1043); BGH, NJW 1975, S. 1655 (1656).

<sup>85</sup> So später die Argumentation in: BGHZ 83, S. 17 (26).

<sup>86</sup> BGH, NJW 1975, S. 1655 (1657); später auch: BGH NJW 1982, S. 1285 (1287) = BGHZ 83, S. 17 (25).

<sup>87</sup> BGH, NJW 1975, S. 1655 (1657); später auch: BGH, NJW 1982, S. 1285 (1287) = BGHZ 83, S. 17 (25); BGH, NJW 1985, S. 2250 (2252) = BGHZ 94, S. 380 (386); BGH, VersR 1985, S. 860 (862); BGH VersR 1975, S. 907 (908).

<sup>88</sup> RGZ 158, S. 130 (134); BGH, VersR 1967, S. 979 (980); BGH, VersR 1968, S. 1042 (1043).

Eine Stellungnahme zu der aufgezeigten Argumentation soll zunächst unterbleiben, da sie Bestandteil der späteren Analyse wird<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Siehe S. 33 ff.

#### **IV. Die weitere Entwicklung der Hinweispflicht und des Sekundäranspruchs**

Die Hinweispflicht wird nach den genannten Kernentscheidungen in zahlreichen nachfolgenden Entscheidungen erläutert und präzisiert. Insbesondere wird sie grundsätzlich im Zusammenhang mit dem Sekundäranspruch sowie der Verjährungsproblematik des § 51 b BRAO besprochen.

##### **1. Zeitraum der Hinweispflicht**

Die Hinweispflicht entsteht, sobald der Anwalt begründeten Anlass zur Prüfung von Regressansprüchen gegen sich selbst hat<sup>90</sup>, und er aus den objektiven Umständen erkennen kann, dass ein Schadensersatzanspruch gegen ihn entstanden ist<sup>91</sup>.

Ein begründeter Anlass besteht dabei, wenn der Anwalt als Folge eines Fehlers im Prozess seine Anträge umstellen muss<sup>92</sup>, wenn sich ein vorausgehender Anwaltsfehler in einem negativen Urteil niederschlägt<sup>93</sup> oder wenn im Vorprozess gegenüber der Verjährungseinrede des Mandanten der Einwand unzulässiger Rechtsausübung geltend gemacht wird<sup>94</sup>.

Jedoch liegt kein begründeter Anlass vor, wenn der Anwalt sich an eine jahrelange Behörden- oder Gerichtsübung hält, die erst nach Ablauf der Primärverjährung von der höchstrichterlichen

---

<sup>90</sup> BGH, NJW 1987, S. 3136 (3138); BGH, NJW 1987, S. 326 (327); BGH, NJW 1985, S. 2250 (2252); BGH, NJW 1985, S. 2941 (2943).

<sup>91</sup> OLG Bamberg, VersR 1978, S. 329 (329).

<sup>92</sup> BGH, NJW 1985, S. 2941 (2943).

<sup>93</sup> BGH, AnwBl 1985, S. 641 (641), BGH, NJW 1986, S. 581 (583).

<sup>94</sup> BGH, VersR 1968, S. 1042 (1043).

Rechtsprechung für nicht rechtmäßig erklärt wird<sup>95</sup>. Weiterhin besteht auch dann kein begründeter Anlass, wenn der Anwalt die Schädigung des Mandanten objektiv nicht erkennen konnte<sup>96</sup>.

Die Hinweispflicht besteht grundsätzlich nur bis zum Mandatsende<sup>97</sup>. Eine nachvertragliche Pflicht entfällt<sup>98</sup>. Die Frage, ob ausnahmsweise unter ganz besonderen Umständen nach Treu und Glauben eine Benachrichtigungspflicht nach Vertragsbeendigung angenommen werden kann, wurde im Urteil des IX. Zivilsenats des BGH vom 01.02.1990 aufgeworfen, aber nicht beantwortet<sup>99</sup>. Der VI. Zivilsenat des BGH hatte zuvor eine solche nachvertragliche Pflicht des Anwalts verneint, weil die gesetzliche Verjährungsregelung des § 51 b BRAO sonst ausgehöhlt werde<sup>100</sup>.

Zu demselben Ergebnis gelangt die Literatur mit der Begründung, dass außerhalb eines bestehenden Vertragsverhältnisses keine Pflicht des Anwalts bestehe, auf seine Regresshaftung hinzuweisen<sup>101</sup>.

Eine Hinweispflicht wird lediglich dann bejaht, wenn der Anwalt von seinem Mandanten vor Eintritt der Primärverjährung ein neues Mandat über denselben Gegenstand erhält<sup>102</sup>. Begründet wird dies damit, dass

---

<sup>95</sup> OLG Düsseldorf, AnwBl 1985, S. 528 (530).

<sup>96</sup> BGH, NJW 1985, S. 2250 (2252).

<sup>97</sup> BGHZ 94, S. 380 (386) = BGH, NJW 1985, S. 2250 (2253); BGH, VersR 1977, S. 617 (618); BGH, NJW 1987, S. 326 (327); BGH, NJW-RR 1990, S. 459 (460) = BGH, WM 1990, S. 815 (817/818); BGH, VersR 1968, S. 1042 (1043); BGH, NJW 1979, S. 264 (264); BGH, VersR 1984, S. 663 (665); BGH, WM 1985, S. 1038 (1040); BGH, VersR 1990, S. 1275 (1277); OLG Celle, VersR 1978, S. 1119 (1120); OLG Frankfurt, VersR 1979, S. 775 (776); OLG Hamm, VersR 1981, S. 440 (442).

<sup>98</sup> BGH, WM 1990, S. 815 (817).

<sup>99</sup> BGH, NJW-RR 1990, S. 459 (460) = WM 1990, S. 815 (817/818).

<sup>100</sup> BGH, NJW 1979, S. 264 (264); siehe auch: BGH, MDR 1984, S. 477 (477); BGH, VersR 1984, S. 162 (163); OLG Hamm, VersR 1982, S. 1080 (1080).

<sup>101</sup> So im Ergebnis Brandner, AnwBl 1969, S. 384 (386); siehe auch Evers, VersR 1979, S. 775 (776), der jedoch gegen eine Hinweispflicht ist.

<sup>102</sup> BGH, MDR 1984, S. 477 (477); BGH, NJW 1986, S. 581 (583); BGH, NJW 1988, S. 2245 (2247) = BGH WM 1988,

dieses neue Mandat auch eine neue Hinweispflicht auslöst<sup>103</sup>.

## 2. Schuldhaftige Verletzung der Hinweispflicht

Die Hinweispflicht muss durch den Anwalt schuldhaft verletzt worden sein, um den sekundären Schadensersatz des Mandanten auszulösen<sup>104</sup>. Ausreichend ist bereits leicht fahrlässiges Handeln<sup>105</sup>. Der Erwägung des OLG Düsseldorf<sup>106</sup>, die versäumte Hinweispflicht nur bei grober Fahrlässigkeit zu sanktionieren, hält der BGH entgegen, dass dadurch die Schwelle für die Entstehung des sekundären Schadensersatzanspruchs zu hoch sei<sup>107</sup>. Eine schuldhaftige Verletzung der Hinweispflicht ist bereits dann gegeben, wenn ein sorgfältig arbeitender Anwalt einen begründeten Anlass gehabt haben müsste, eine durch seine Pflichtwidrigkeit verursachte Schädigung zu erkennen<sup>108</sup>.

Allerdings hat der BGH deutlich gemacht, dass die Pflichtverletzung, die den Primäranspruch auslöst<sup>109</sup>, nicht gleichzeitig Anlass zur Aufdeckung des sekundären

S. 629 (631), BGH, NJW 1993, S. 2747 (2751); vgl.: BGH, WM 1993, S. 1889 (1895); BGH, NJW 1985, S. 1151 (1152); BGH, NJW 1987, S. 326 (327).

<sup>103</sup> BGH, VersR 1984, S. 162 (163); BGH, NJW 1993, S. 2747 (2751) = BGH, WM 1993, S. 1889 (1895).

<sup>104</sup> BGH, VersR 1981, S. 1061 (1061); BGH, VersR 1984, S. 162 (164); BGH, VersR 1984, S. 663 (665); BGH, NJW 1985, S. 1151 (1152); Feuerich/Braun, § 51 b, Rn. 27; Borgmann/Haug, S. 304, Rn. 38; vgl.: BGH, VersR 1986, S. 362 (362); siehe auch: RGZ 158, S. 130 (134), BGH, VersR 1967, S. 979 (980); BGH, VersR 1968, S. 1042 (1043); BGH, VersR 1970, S. 815 (817); OLG Celle, VersR 1978, S. 1119 (1120).

<sup>105</sup> BGH, NJW 1985, S. 1151 (1152).

<sup>106</sup> OLG Düsseldorf, VersR 1985, S. 92 (93).

<sup>107</sup> BGH, NJW 1985, S. 1151 (1152).

<sup>108</sup> BGH, NJW 1985, S. 1151 (1152); BGH, NJW 1987, S. 326 (327); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1989, S. 927 (929); vgl.: BGH, VersR 1985, S. 860 (863); siehe auch: Borgmann, MDR 1989, S. 814 (815); Borgmann/Haug, S. 306, Rn. 42; Feuerich/Braun, § 51 b, Rn. 27; Henssler/Prütting-Prütting, § 51 b, Rn. 70; Vollkommer, § 4 III, S. 261, Rn. 466; BGHZ 94, S. 380 (380/387).

<sup>109</sup> Siehe hierzu auch die Problematik der Voraussetzung der Schadensentstehung des Primäranspruchs: Zugehör, NJW 1995, S. 1 (12-14); BGH, NJW 1992, S. 2828 (2829).

Schadensersatzanspruchs sein kann<sup>110</sup>. Ansonsten würde ein und dasselbe Fehlverhalten zu mehreren Schadensersatzansprüchen führen<sup>111</sup>. Dies würde für den Anwalt ein nicht einzuschätzendes Risiko darstellen<sup>112</sup>. Es bedarf folglich einer neuen selbständigen Pflichtverletzung<sup>113</sup>.

### **3. Kausalität zwischen Verletzung der Hinweispflicht und Eintritt der Primärverjährung als Schaden**

Die Kausalität zwischen der Hinweispflicht und dem entstandenen Schaden ist dann gegeben, wenn im Falle des rechtzeitigen Hinweises der Mandant den Anspruch geltend gemacht und die Frist gewahrt hätte<sup>114</sup>. Der Schaden des Mandanten liegt dabei im Ablauf der Verjährung des Primäranspruchs nach § 51 b BRAO<sup>115</sup>.

Die Kausalität wird hingegen verneint, wenn der Mandant von anderer Seite über seinen Anspruch informiert wird und damit bereits über Kenntnisse verfügt, die ihm der Hinweis vermitteln soll<sup>116</sup>. Dies wird in der Rechtsprechung z.B. angenommen, wenn sich der Mandant an seine Rechtsschutzversicherung mit der Bitte um

---

<sup>110</sup> BGH, NJW 1985, S. 2250 (2252); BGH, NJW 1987, S. 326 (326); BGH, NJW 1988, S. 265 (266); BGH, NJW 1988, S. 2245 (2247); BGH, NJW-RR 1990, S. 459 (459/460).

<sup>111</sup> BGH, NJW 1985, S. 2250 (2252).

<sup>112</sup> So auch Feuerich/Braun, § 51 b, Rn. 29; BGHZ 94, S. 380 (391); BGH, NJW 1985, S. 2250 (2252).

<sup>113</sup> BGH, NJW 1985, S. 2250 (2252); BGH, NJW 1987, S. 326 (326); BGH, NJW 1988, S. 265 (266); BGH, NJW 1988, S. 2245 (2246/2247); BGH, NJW-RR 1990, S. 459 (460); BGH, WM 1990, S. 815 (817); Rinsche, VersR 1987, S. 239 (240).

<sup>114</sup> BGH, NJW 1987, S. 326 (327); BGH, NJW 1985, S. 2941 (2943); Vollkommer, § 4 III, S. 263, Rn. 470; Kleutgens, S. 190.

<sup>115</sup> BGH, NJW 1985, S. 2250 (2253).

<sup>116</sup> BGH, NJW 1987, S. 326 (327); BGH, NJW 1992, S. 836 (837); BGH, NJW 1984, S. 2204 (2204); BGH, NJW-RR 1990, S. 459 (460); OIG Celle, VersR 1978, S. 1119 (1119); AG Neuss, NJW-RR 1986, S. 1038 (1038); BGH, NJW 1993, S. 2045 (2045); BGH, NJW 1985, S. 1151 (1152); siehe auch: Jessnitzer, § 51, Rn. 3; Vollkommer, § 4 III, S. 263, Rn. 470; Feuerich/Braun, § 51 b, Rn. 21; Borgmann/Haug, S. 309, Rn. 50.

Rechtsschutz gegen seinen Anwalt wendet<sup>117</sup>. Gleiches gilt, wenn der Mandant selbst Ansprüche gegen den Anwalt erhebt<sup>118</sup> oder wenn der Mandant aus einem Urteil von dem Fehler seines Anwalts erfährt<sup>119</sup>.

Ebenso wird verfahren, wenn nach der Mandatsniederlegung des ersten Anwalts ein zweiter lediglich zur Weiterverfolgung der ursprünglichen Interessen des Mandanten bestellt wurde<sup>120</sup>. Nach früherer Ansicht des BGH konnte sich der zunächst beauftragte Anwalt nicht darauf verlassen, dass der neue Anwalt den Mandanten über die ihm gegenüber bestehende Schadensersatzpflicht belehren würde<sup>121</sup>. Nunmehr hat der BGH entschieden, dass der ursprüngliche Anwalt in dieser Konstellation keine Hinweispflicht mehr hat<sup>122</sup>. Der regresspflichtige Anwalt darf vielmehr davon ausgehen, dass der Mandant vom seinem neuen Anwalt über den Regress und insbesondere über die Verjährungsvorschrift des § 51 b BRAO informiert worden ist<sup>123</sup>. Begründet wird dies damit, dass diesem Anwalt die umfassende Prüfung der Ansprüche des Mandanten in jeder Richtung und somit auch gegenüber dem ersten Anwalt obliegt<sup>124</sup>. Erkennt der neue Anwalt den Regressanspruch gegen den ersten Anwalt nicht, so verletzt er seine primären Vertragspflichten<sup>125</sup>.

#### **4. Hinweispflicht bei nebeneinander tätigen Anwälten**

---

<sup>117</sup> OLG Celle, VersR 1978, S. 1119 (1119).

<sup>118</sup> Vollkommer, § 4 III, S. 263, Rn. 470.

<sup>119</sup> AG Neuss, NJW-RR 1986, S. 1038 (1038); Feuerich/Braun, § 51 b, Rn. 21.

<sup>120</sup> BGH, NJW 1992, S. 836 (837); BGH, NJW 1993, S. 2045 (2045); BGH, NJW-RR 1990, S. 459 (460); Borgmann/Haug, S. 309, Rn. 50; vgl.: BGH, NJW 1987, S. 326 (327); siehe auch.: Vollkommer, § 4, S. 263, Rn. 470; vgl.: BGH, NJW 1988, S. 265 (266); OLG Karlsruhe, NJW 1987, S. 331 (332); BGH, NJW 2000, S. 1263 (1265).

<sup>121</sup> BGH, NJW 1987, S. 326 (327).

<sup>122</sup> BGH, NJW 1992, S. 836 (837); siehe hierzu die Ausarbeitung bezüglich der Hinweispflicht bei nebeneinander tätigen Anwälten: S. 27.

<sup>123</sup> BGH, NJW 1992, S. 836 (837); BGH, NJW-RR 1996, S. 313 (314); siehe auch Fischer, NJW 1999, S. 2993 (2998).

<sup>124</sup> BGH, NJW 1992, S. 836 (837); BGH, NJW 1993, S. 2045 (2045).

<sup>125</sup> BGH, NJW-RR 1990, S. 459 (460).

Eng verbunden mit der Frage der Kausalität ist das Pflichtenverhältnis mehrerer in die Mandatserledigung eingeschalteter Anwälte im Hinblick auf die Hinweispflicht. Der BGH hat dabei in einem Fall, in dem ein Verkehrsanwalt einen Prozessanwalt in einer anderen Stadt beauftragte, grundlegende Entscheidungen getroffen<sup>126</sup>.

In Bezug auf die Hinweispflicht ging der BGH von dem Grundsatz aus, dass den Verkehrsanwalt grundsätzlich nicht die Pflicht trifft, den Prozessanwalt zu überwachen<sup>127</sup>. Wenn sich ihm allerdings aufgrund besonderer Umstände die Annahme aufdrängen muss, dass der Prozessanwalt seine Pflichten nicht erfüllt hat, so ist der Verkehrsanwalt im Rahmen seiner eigenen Beratungspflicht gehalten, den Mandanten auf den Regressanspruch und dessen Verjährung hinzuweisen und zu beraten<sup>128</sup>.

In dem vorliegenden Fall war es dagegen dem Prozessanwalt nicht bekannt, ob der Verkehrsanwalt den Mandanten auf die Verjährungsvorschrift des § 51 b BRAO hingewiesen hatte. Dies wurde dem Prozessanwalt jedoch nicht zur Last gelegt. Die Begründung lautete, dass er den Inhalt der erteilten Belehrung in der Regel nur erfahren kann, indem er sich beim Mandanten oder dem Kollegen erkundigt. Ein solches Vorgehen sei ihm jedoch nicht zumutbar, da er in fremde Vertragsbeziehungen eingreifen würde<sup>129</sup>. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit dürfe der Fortbestand der Hinweispflicht des Prozessanwalts daher nicht vom Inhalt der Beratung

---

<sup>126</sup> BGH, NJW 1992, S. 836 (837).

<sup>127</sup> BGH, NJW 1992, S. 836 (837).

<sup>128</sup> BGH, NJW 1992, S. 836 (837); vgl.: BGH, NJW 1988, S. 1079 (1079).

<sup>129</sup> BGH, NJW 1992, S. 836 (837).

abhängig sein, die der Verkehrsanwalt dem Mandanten erteilt habe<sup>130</sup>.

## 5. Einschränkung der Hinweispflicht

Die Hinweispflicht erfährt eine Einschränkung gegenüber Personen, die Erfahrungen im Wirtschaftsleben, im Versicherungswesen sowie mit Schadensregulierungen besitzen und nach Ansicht des BGH deshalb weniger schutzwürdig sind als unerfahrene Mandanten<sup>131</sup>.

Es wird von diesen kundigen Mandanten erwartet zu erkennen, dass sich der Anwalt ihnen gegenüber schadensersatzpflichtig gemacht hat, wenn sie über Dritte erfahren, dass ihr Anwalt einen Fehler begangen hat<sup>132</sup>. Der Anwalt muss seinen kundigen Mandanten dann nur noch über die Strenge der Verjährungsregelung aufklären, nicht jedoch auf den Fehler hinweisen<sup>133</sup>. Diese Strenge besteht in dem schon laufenden Verjährungsbeginn ab Schadensentstehung entgegen der sonst üblichen Praxis ab Kenntnis des Schadens<sup>134</sup>. Aber selbst, wenn dieser Hinweis auf die Verjährung nicht erfolgt, muss ein solcher Mandant nach drei Jahren ab Kenntnis von einem Fehler und dem daraus folgenden Regressanspruch mit dessen Verjährung rechnen<sup>135</sup>.

Der BGH erreicht den Minderschutz der geschäftserfahrenen Mandanten durch eine analoge Anwendung des § 852 I BGB auf die

---

<sup>130</sup> BGH, NJW 1992, S. 836 (837).

<sup>131</sup> BGH, NJW 1984, S. 2204 (2204/2205).

<sup>132</sup> BGH, NJW 1984, S. 2204 (2204); BGH, VersR 1984, S. 663 (665).

<sup>133</sup> BGH, NJW 1984, S. 2204 (2204); BGH, VersR 1984, S. 663 (665).

<sup>134</sup> Palandt, § 852, Rn. 4.

<sup>135</sup> BGH, NJW 1984, S. 2204 (2205).

Schadensersatzansprüche dieser Personen<sup>136</sup>. Die Folge hieraus ist, dass der kundige Mandant sich nicht auf einen Sekundäranspruch berufen kann, wenn er trotz der Informationen nicht gehandelt hat.

## **6. Die Gefahr der „Tertiäransprüche“ gegen den Rechtsanwalt**

Die Verjährung des Primäranspruchs führt, wie bereits mehrfach erläutert, zum Sekundäranspruch.

Nach der Verjährung des Primäranspruchs könnte bei fortbestehendem Mandat und andauernder Hinweispflicht nur dann ein neuer Anspruch gegen den Anwalt entstehen, wenn dieser auch auf den entstandenen Sekundäranspruch und dessen laufende Verjährungsfrist hinzuweisen hätte<sup>137</sup>. Dieser „Tertiäranspruch“ hätte dann zur Folge, dass der Anwalt sich auf die Verjährung des Sekundäranspruchs nicht berufen dürfe<sup>138</sup>.

Der IX. Senat lehnt in Übereinstimmung mit der Literatur<sup>139</sup> eine Hinweispflicht auf die Sekundärhaftung und ihre Verjährung ab<sup>140</sup>. Er begründet seine Entscheidung in der Form, dass eine Hinweispflicht auch auf die Sekundärhaftung und ihre Verjährung dazu führe, dass eine Anwendung des § 51 Alt. 1 BRAO (§ 51 b BRAO n.F.) in allen Fällen, in denen ein Sekundäranspruch entstanden ist, ausscheide und die Regresshaftung des Anwalts erst ab Mandatsende verjähre. Er ist der

---

<sup>136</sup> BGH, NJW 1984, S. 2204 (2205); siehe auch: Borgmann/Haug, S. 308, Rn. 47.

<sup>137</sup> BGH, NJW 1985, S. 2250 (2253).

<sup>138</sup> BGH, NJW 1985, S. 2250 (2253).

<sup>139</sup> Zimmermann, NJW 1985, S. 720 (720); Eckert, NJW 1989, S. 2081 (2087).

<sup>140</sup> BGH, NJW 1985, S. 2250 (2253). Eckert sieht hierin eine Willkür der Rechtsprechung. Es sei nicht nachvollziehbar, warum man auf die Hinweispflicht bezüglich des Primäranspruchs bestehe, auf die eines Sekundäranspruchs jedoch nicht. Er sieht darin eine Beschränkung des § 51 BRAO (§ 51 b BRAO n.F.) und das Unterlaufen der durch diesen Paragraphen geschaffenen Privilegierung der Anwälte: Eckert, NJW 1989, S. 2081 (2087).

Ansicht, dass die bewusst zum Schutz der Anwälte geschaffene Regelung des § 51 BRAO dadurch ausgehöhlt werde<sup>141</sup>.

**7. Der Sekundäranspruch als Rechtsfolge der  
Unterlassung der Hinweispflicht:  
Die Verjährungsproblematik**

Die schuldhaft<sup>142</sup> Unterlassung der Hinweispflicht begründet als Rechtsfolge den sogenannten Sekundäranspruch. Insbesondere der Verjährungsbeginn des Sekundäranspruchs ist immer wieder Streitgegenstand gewesen und im Zusammenhang mit dem Erlöschen der Hinweispflicht besprochen worden.

**a) Verjährung des Sekundäranspruchs mit Eintritt der  
Primärverjährung gemäß § 51 b 1. Alt. BRAO**

Über mehrere Jahrzehnte hat die Rechtsprechung entschieden, dass die Hinweispflicht bis zum Mandatsende dauert, der Verjährungsbeginn des Sekundäranspruchs dann startet und grundsätzlich gemäß § 51 b 2. Alt. BRAO erst drei Jahre nach Mandatsende verjährt<sup>143</sup>. Der IX. Zivilsenat widersprach dann jedoch dem vorher zuständigen VI. Zivilsenat<sup>144</sup>.

Er setzte den Verjährungsbeginn des Sekundäranspruchs mit seinem Entstehungszeitpunkt, der Verjährung des Primäranspruchs, fest. Der IX. Senat kritisierte in

---

<sup>141</sup> BGH, NJW 1985, S. 2250 (2253).

<sup>142</sup> Nicht alleine das Unterlassen der Hinweispflicht löst einen Sekundäranspruch aus, sondern es muss zudem noch ein Verschulden des Anwalts feststehen: BGH, NJW 1985, S. 2250 (2252); BGH, NJW 1986, S. 581 (583); BGH, NJW 1987, S. 326 (326); BGH, NJW 1988, S. 265 (266); BGH, NJW 1988, S. 2245 (2246); BGH, WM 1990, S. 815 (817); siehe auch: BGH, NJW 1991, S. 2828 (2830).

<sup>143</sup> BGH, VersR 1967, S. 979 (980); BGH, VersR 1968, S. 1042 (1043); BGH, VersR 1977, S. 617 (618); BGH, NJW 1984, S. 2204 (2204).

seiner Urteilsbegründung insbesondere, dass der VI. Senat verkenne, dass sich der Verjährungsbeginn gemäß § 51 BRAO (§ 51 b BRAO n.F.) zunächst nach der Entstehung des Anspruchs gemäß der 1. Alternative des § 51 BRAO bestimme und nur ausnahmsweise nach der 2. Alternative<sup>145</sup>.

Zudem erklärt der BGH, dass eine Hinweispflicht entfällt, wenn der Anwalt bis zur Beendigung des Mandats noch nicht schuldhaft gegen seine Hinweispflicht verstoßen hat<sup>146</sup>.

**b) Verjährungsbeginn des Sekundäranspruchs mit  
Mandatsende gemäß § 51 b 2. Alt. BRAO**

Beim Verjährungsbeginn des Sekundäranspruchs bei Mandatsende kann ein rechtliches Konstruktionsproblem entstehen. Es ist möglich, dass der Verletzungstatbestand des Sekundäranspruchs, d.h. die Unterlassung einer Hinweispflicht, vorliegen kann, ohne dass der Schaden, der Eintritt der Primärverjährung, eingetreten ist. Mit Mandatsende endet jedoch die Hinweispflicht<sup>147</sup>. Dies würde somit bedeuten, dass ein Sekundäranspruch nicht zur Entstehung gelangen kann, da die Anspruchsvoraussetzungen fehlen.

Vollkommer löst dieses Problem, indem er davon ausgeht, dass es sich bei der Entstehung des sekundären Schadensersatzes um einen „gestreckten Tatbestand“

---

<sup>144</sup> BGH, NJW 1985, S. 2250 (2253).

<sup>145</sup> BGH, NJW 1985, S. 2250 (2253).

<sup>146</sup> BGH, NJW 1987, S. 326 (327); OLG Hamm, VersR 1977, S. 653 (653); OLG Celle, VersR 1978, S. 1119 (1120); BGH, WM 1990, S. 815 (817): Der BGH diskutierte in der Entscheidung vom 01.02.1990, ob unter Umständen eine nachvertragliche Pflicht entstehen könne, wenn der Anwalt erst nach Mandatsende seine Regresspflichtigkeit und damit die Verjährungsgefahr erkennt; eine solche nachvertragliche Pflicht solle nur ausnahmsweise unter ganz besonderen Umständen und nach Treu und Glauben bestehen, insbesondere, wenn dem Mandanten ein erheblicher Schaden drohen würde.

<sup>147</sup> BGHZ 94, S. 380 (386); Vollkommer, § 4 III, S. 265, Rn. 474.

handelt<sup>148</sup>. Trotz der eigentlich erst späteren vollen Anspruchsentstehung sei gemäß § 51 BRAO (51 b BRAO n.F.) eine Vorverlegung des Beginns der Verjährung des Sekundäranspruchs auf das Mandatsende anzunehmen, so dass der Sekundäranspruch dann drei Jahre nach Mandatsende verjähre<sup>149</sup>. Eine nachvertragliche Hinweispflicht bestünde daher nicht<sup>150</sup>.

Borgmann/Haug meinen, dass es allein möglich erscheint, den Sekundäranspruch schon mit der Pflichtverletzung endgültig entstehen zu lassen, seine Frist jedoch ab Mandatsende zu berechnen<sup>151</sup>.

Beide Ansichten kommen zu dem Ergebnis, dass trotz des rechtlichen Konstruktionsproblems ein Sekundäranspruch entsteht und die Frist ab Mandatsende zu berechnen ist. Dieses Problem tritt jedoch dann nicht in Erscheinung, wenn sich herausstellt, dass schon eine Hinweispflicht nicht rechtlich vertretbar ist.

Ob eine Hinweispflicht und der möglicherweise eintretende Sekundäranspruch rechtmäßig sind, wird nunmehr analysiert werden.

---

<sup>148</sup> Vollkommer, § 4 III, S. 265, Rn. 474.

<sup>149</sup> Vollkommer, § 4 III, S. 265, Rn. 474.

<sup>150</sup> Vollkommer, § 4 III, S. 265, Rn. 474.

<sup>151</sup> Borgmann/Haug, S. 307, Rn. 46.

## C. Analyse

### I. Analyse der Gründe der Rechtsprechung

#### 1. Entstehungsgeschichte des § 51 b BRAO

Die Rechtsprechung kritisiert, dass der Mandant aufgrund mangelnder Rechtskenntnisse den möglichen Fehler seines Anwalts oftmals nicht erkennt und folglich der Schadensersatzanspruch aufgrund dieser fehlenden Kenntnis verjährt<sup>152</sup>. Sie auferlegt dem Anwalt daher eine Hinweispflicht, zum Ausgleich der für den Mandanten ungünstigen Verjährungsregel<sup>153</sup>.

Die Entstehungsgeschichte des § 51 b BRAO spricht jedoch gegen eine solche Hinweispflicht und die damit verbundene Gefahr der Verlängerung der Verjährung, da der Gesetzgeber im Laufe der Jahre die Verkürzung der langen Verjährung erreichen wollte und insbesondere zu keinem Zeitpunkt auf die Kenntnis des Mandanten vom Anspruch abstellte:

Die Verjährungsfrist des § 51 b BRAO war zunächst nicht immer in der Bundesrechtsanwaltsordnung geregelt. Diese trat erst 1959 in Kraft, wo der heutige § 51 b BRAO im § 51 BRAO geregelt war. Vorher galt die Rechtsanwaltsordnung bzw. die Reichsrechtsanwaltsordnung.

Die Rechtsanwaltsordnung vom 10.07.1878 enthielt keinerlei Bestimmungen darüber, in welchem Zeitraum ein Schadensersatzanspruch des Auftraggebers gegenüber

---

<sup>152</sup> BGHZ 83, S. 17 (25); BGHZ 94, S. 380 (386)  
= BGH, NJW 1985, S. 2250 (2252).

<sup>153</sup> BGH, NJW 1975, S. 1655 (1656) = BGH, DB 1975, S. 1933 (1934).

seinem Anwalt verjährt<sup>154</sup>, so dass die allgemeine dreißigjährige Verjährungsfrist des gemeinen Rechts galt<sup>155</sup>. Auch das ab dem 01.01.1900 geltende Bürgerliche Gesetzbuch regelte nicht speziell, in welchem Zeitraum ein Schadensersatzanspruch des Mandanten gegen seinen Anwalt verjährt. Daher galt weiterhin die allgemeine Verjährungsfrist von 30 Jahren gemäß § 195 BGB i.V.m. den Vorschriften der RAO<sup>156</sup>.

Auf dem 18. Deutschen Anwaltstag von 1907 forderte der Anwalt Bloch die Verringerung der Verjährungsfrist für alle Ansprüche aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Anwalt und seinem Mandanten auf fünf Jahre sowie den Fristbeginn mit Mandatsende entsprechend der Frist des § 32 II RAO<sup>157</sup>. Die Verjährung sollte dementsprechend mit der Beendigung des Mandats und somit unabhängig von der Kenntnis des Regressfalles seitens des Mandanten zu laufen beginnen.

1911 bestätigte das Reichsjustizamt die Bedenken der Anwaltschaft und fügte den § 32 a in die Rechtsanwaltsordnung ein<sup>158</sup>. Danach wurde die Verjährungsfrist auf fünf Jahre festgesetzt, wobei der Beginn der Schadensersatzforderung sogar schon mit der Entstehung des Anspruchs gemäß § 198 BGB beginnen sollte, was eine Verschärfung gegenüber dem auf dem Anwaltstag beschlossenen Vorschlag bedeutete<sup>159</sup>.

---

<sup>154</sup> RGBl. 1878, Nr. 23, S. 177-198.

<sup>155</sup> Schubert, Allgemeiner Teil, 1877, Nr. 9, S. 757; Mugdan, Band 1, Allgemeiner Teil, § 155, S. 515.

<sup>156</sup> OLG Dresden, JW 1920, S. 448 (449).

<sup>157</sup> Bloch, JW 1907, S. 581/647 (650); § 32 II RAO besagte, dass die Pflicht des Anwalts zur Aktenaufbewahrung mit dem Ablauf von fünf Jahren nach Beendigung des Auftrags erlosch. Bloch bemängelt insbesondere, dass sich diese Pflicht mit der dreißigjährigen Verjährungsfrist nicht rechtfertigen lässt, da oftmals die Akten nach diesen fünf Jahren von den Mandanten herausverlangt werden, so dass dem Anwalt später jegliche Beweisgrundlagen fehlen. Zudem sei es einem Anwalt nicht zumutbar, die Akten dreißig Jahre aufzubewahren, um dieser Gefahr zu entgehen, da dies oftmals schon aus platztechnischen Gründen problematisch sei.

<sup>158</sup> Verhandlungen des Reichstags, Band 273, Nr. 339, S. 31; RGBl 1910, S. 772. Die Reichsrechtsanwaltsordnung vom 21.02.1936 (§ 37) und die Rechtsanwaltsordnung für die britische Zone vom 01.03.1949 übernahmen die Regelung wörtlich. Die Verjährungsfrist betrug fünf Jahre und begann mit der Entstehung des Schadensersatzanspruchs zu laufen: vgl.: RGBl. 1936, Teil I, S. 107(111); VoBIBritZ 1949, § 42, S. 80 (85).

<sup>159</sup> Verhandlungen des Reichstags, Band 273, Nr. 339, S. 34. Auf dem Anwaltstag wurde gefordert, den

Dabei stellte auch der Gesetzgeber nicht auf die Kenntnis des Mandanten vom Anspruch ab<sup>160</sup>.

Nach § 198 BGB kommt es für den Beginn der Verjährung nicht auf die Kenntnis des Gläubigers von seinem Anspruch an. Dies ergibt sich aus den Materialien der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches zum heutigen § 198 BGB<sup>161</sup>. Die Redaktoren des BGB bestanden weder auf diese Kenntnis noch auf eine Hinweispflicht<sup>162</sup>.

Die „Vorschläge“<sup>163</sup> besagten:

*„Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem die Befriedigung des Anspruchs rechtlich verlangt werden kann. Einer **vorgängigen Mahnung des Verpflichteten** (...) **bedarf es nicht**“<sup>164</sup>.*

***Ebensowenig** ist es erforderlich, dass der Berechtigte von der Zuständigkeit des Anspruchs (...) **Kenntnis**“<sup>165</sup> hat<sup>166</sup>.“*

Obwohl diese Absätze später im „vorläufigen Entwurf“<sup>167</sup> gestrichen wurden, wollte der Gesetzgeber an dem Grundsatz nichts ändern. Dies ergibt sich aus den Motiven zur Begründung der Entwürfe<sup>168</sup>. Hierin wurde erläutert, dass es auf die tatsächliche Anspruchsentstehung ankommt und zudem der Verjährungsfristbeginn keiner vorherigen Mahnung des Verpflichteten bedarf<sup>169</sup>.

Verjährungsbeginn ab Mandatsende eintreten zu lassen.

<sup>160</sup> Carl, JW 1938, S. 2968 (2969).

<sup>161</sup> Schubert, Allgemeiner Teil 2, 1877, Nr. 9, S. 744; siehe auch Carl, JW 1938, S. 2968 (2969).

<sup>162</sup> Schubert, Allgemeiner Teil 2, 1877, Nr. 9, S. 743/761.

<sup>163</sup> Schubert, Allgemeiner Teil 2, 1877, Nr. 9, S. 743/744.

<sup>164</sup> Eigene Hervorhebung.

<sup>165</sup> Eigene Hervorhebung.

<sup>166</sup> Schubert, Allgemeiner Teil 2, 1877, Nr. 9, S. 744.

<sup>167</sup> Schubert, Allgemeiner Teil 2, 1877, Nr. 9, S. 747.

<sup>168</sup> Mugdan, Band 1, § 158, S. 521/522.

<sup>169</sup> Mugdan, Band 1, § 158, S. 521/522: „Der besonderen Hervorhebung, dass der Beginn der Verjährung durch eine vorgängige Mahnung des Verpflichteten (...) nicht bedingt ist, bedarf es bei der Fassung des Abs. 1 nicht. Als Ausgangspunkt ist derjenige Zeitpunkt bezeichnet, in welchem die Befriedigung des Anspruchs rechtlich verlangt

Aber auch die weitere Entstehungsgeschichte des § 51 b BRAO zeigt, dass es nicht auf die Kenntnis des Anspruchsberechtigten ankam und es folglich auch keines Hinweises bedurfte<sup>170</sup>.

Die Vorschrift des § 32 a RAO erfuhr eine Änderung durch die Bundesrechtsanwaltsordnung vom 02.08.1959<sup>171</sup>. Diese verkürzte die Verjährungsfrist in § 51 BRAO auf drei Jahre. Zudem legte sie explizit den Verjährungsbeginn auf den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs (§ 51 1. Alt. BRAO) bzw. Beendigung des Mandats (§ 51 2. Alt. BRAO) fest. Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags begründete die Änderung mit der Notwendigkeit einer Anpassung der Haftung der Rechtsanwälte an § 852 I BGB<sup>172</sup>. Die Anpassung an § 852 I BGB sollte sich aber nur auf die Länge der Verjährungsfrist von drei Jahren, nicht hingegen auf die Voraussetzung ihres Fristbeginns beziehen<sup>173</sup>. Dies zeigt sich an der Übernahme der Formulierung von § 198 BGB durch § 51 1. Alt. BRAO.

Folglich ist davon auszugehen, dass auch die Kenntnis des Mandanten von den anspruchsbegründenden Tatsachen erneut als unbeachtlich angesehen wurde<sup>174</sup>, was wiederum eine Hinweispflicht des Anwalts ausschließt.

Der Gesetzgeber ist somit vom Beginn der Schaffung des § 32 a RAO davon ausgegangen, dass es keiner Kenntnis des Mandanten vom Schadensersatz bedurfte. Zudem wollte er eine Verkürzung der Verjährungsvorschrift zugunsten der Anwälte<sup>175</sup>.

---

*werden kann. Es soll damit klargestellt werden, dass es lediglich darauf ankommt, wann nach der Natur des Anspruchs an sich, nicht wann tatsächlich Befriedigung angesprochen werden kann.“*

<sup>170</sup> Siehe auch Eckert, NJW 1989, S. 2081 (2083).

<sup>171</sup> BGBl 1959/I, Nr. 35, S. 565 (581); Es ist zu beachten, dass § 51 BRAO 1994 mit gleichem Wortlaut durch eine Erweiterung der BRAO zum § 51 b BRAO wurde: BGBl 1994, Teil I, S. 2278 (2281).

<sup>172</sup> Bundestagsdrucksache, III. Wahlperiode, Nr. 778, S. 6; Es ist zu beachten, dass es in der Drucksache unter dem § 63 geregelt wird.

<sup>173</sup> So auch Eckert, NJW 1989, S. 2081 (2083).

<sup>174</sup> So auch Hübner, NJW 1989, S. 5 (10).

<sup>175</sup> Siehe hierzu auch S. 34.

Die Entstehungsgeschichte des heutigen § 51 b BRAO spricht somit gegen eine Hinweispflicht des Anwalts<sup>176</sup>.

## **2. Kollision der Verjährungsfrist des § 51 b BRAO mit dem Rechtsstaatsprinzip**

Der BGH erklärt, dass sich eine dreijährige Verjährungsfrist des § 51 b BRAO rechtsstaatlich nur dann vertreten lässt, wenn dem Anwalt eine Hinweispflicht auferlegt wird<sup>177</sup>. Fraglich ist daher zunächst, was das Rechtsstaatsprinzip umfasst.

### **a) Erläuterung des Begriffes Rechtsstaatsprinzip**

Art. 20 III GG bindet die gesetzgebende Gewalt an die verfassungsmäßige Ordnung sowie die vollziehende Gewalt und Rechtsprechung an Gesetz und Recht<sup>178</sup>. Die damit verfügte Unterwerfung der gesamten Staatsgewalt unter das Recht ist der Kern des Rechtsstaatsprinzips<sup>179</sup>. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehören zu dessen weitverzweigten Erscheinungsformen und Ausstrahlungen vor allem die Verfassungsgebote der Rechtssicherheit<sup>180</sup>, der materiellen Gerechtigkeit<sup>181</sup> und der Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck<sup>182</sup>. Dabei muss nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts der Grundsatz der Rechtssicherheit der Forderung nach materieller Gerechtigkeit im Einzelfall allenfalls dann

---

<sup>176</sup> So auch Eckert, NJW 1989, S. 2081 (2082).

<sup>177</sup> BGHZ 83, S. 17 (26) mit Hinweis auf BGH, NJW 1975, S. 1655 (1656).

<sup>178</sup> Seifert/Hömig, Art. 20 GG, S. 185, Rn. 9.

<sup>179</sup> Seifert/Hömig, Art. 20 GG, S. 185, Rn. 9.

<sup>180</sup> BVerfGE 2, S. 380 (403); BVerfGE 3, S. 225 (237); BVerfGE 7, S. 194 (169); BVerfGE 13, S. 261 (271); BVerfGE 15, S. 313 (319); BVerfGE 18, S. 429 (439); BVerfGE 23, S. 12 (32); BVerfGE 30, S. 367 (386).

<sup>181</sup> BVerfGE 7, S. 89 (92); BVerfGE 20, S. 323 (331); BVerfGE 25, S. 269 (290).

weichen, wenn ihm angesichts der Besonderheiten des vom Gesetzgeber geregelten Sachverhalts schlechthin jede Bedeutung abgesprochen werden müsste<sup>183</sup>.

Ansonsten ist es in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers, einen solchen Zielkonflikt zu lösen<sup>184</sup>. Er hat nach Vornahme einer Abwägung zu entscheiden, welchen beiden Prinzipien der Vorrang zu geben ist<sup>185</sup>.

Eingriffe durch die Rechtsprechung sind daher nur dann durch das Rechtsstaatsprinzip gedeckt, wenn der materiell Anspruchsberechtigte durch die Schaffung einer kurzen Verjährungsfrist durch den Gesetzgeber rechtlos gestellt würde.

#### **b) Die Lösung des Problems durch den Gesetzgeber**

Der Gesetzgeber hat sich durch die Schaffung der Verjährungsvorschrift des § 51 b BRAO zugunsten eines Gewinns an Rechtssicherheit entschieden, da Verjährungsfristen dem Rechtsfrieden, der Rechtssicherheit sowie der individuellen Dispositionsfreiheit des Schuldners dienen<sup>186</sup>.

Der einem Anspruch Ausgesetzte wird dahingehend in seinem Vertrauen geschützt, dass er weiß, in einem überschaubaren Zeitabstand ab Auftreten der schadensauslösenden Handlung nicht mehr in Anspruch genommen werden zu können<sup>187</sup>. Sofern der Ersatzanspruch strittig sein kann, obliegt ihm die Möglichkeit, sich auf die eingetretene Verjährung zu berufen<sup>188</sup>.

---

<sup>182</sup> BVerfGE 30, S. 292 (316); BVerfGE 61, S. 126 (134).

<sup>183</sup> Siehe auch: BGHZ 83, S. 17 (19).

<sup>184</sup> Leipholz/Rinck, Art. 20 GG, Rn. 23.

<sup>185</sup> BVerfGE 7, S. 194 (196); BVerfGE 14, S. 13 (17); Leipholz/Rinck, Art. 20 GG, Rn. 26; v. Münch/Kunig-Schapp, Art. 20 GG, Rn. 26.

<sup>186</sup> Palandt, Überbl. vor § 194, Rn. 4; so auch Schubert, Allgemeiner Teil 2, 1877, Nr. 9, S. 751.

<sup>187</sup> Zimmermann, JuS 1984, S. 409 (410).

<sup>188</sup> Palandt, Überbl. vor § 194, Rn. 1/4.

Dies hat zudem für den Rechtsverkehr zur Folge, dass der einem Schadensersatzanspruch Ausgesetzte nach der Verjährung möglicher Ersatzansprüche die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wiedererhält, die er als Vertragspartner im Rechtsverkehr zuvor hatte.

### **c) Die Lösung durch den BGH**

Der BGH hingegen hat sich in seiner Entscheidung, in der er die Frage der Rechtsstaatlichkeit der von ihm für zu kurz befundenen Verjährungsfrist von drei Jahren angesprochen hat, ausschließlich auf Gründe der materiellen Gerechtigkeit gestützt<sup>189</sup>.

Nur durch die Einführung einer Hinweispflicht auf einen Fehler sei ein ausreichendes Maß an Gerechtigkeit gegeben<sup>190</sup>. Der Anwalt sei in der Regel seinen Mandanten an Rechtskenntnissen weit überlegen, denn gerade das Gefühl der eigenen Rechtsunkenntnis sei es, was die Mandanten zur Inanspruchnahme eines Anwalts bewege<sup>191</sup>. Zudem führt er an, dass diese Hinweispflicht auch nicht mit dem vom Gesetzgeber verfolgten Ziel, Anwälte auf lange Zeit hinaus nicht mit ungeklärten Haftpflichtfragen zu belasten, in Widerspruch steht<sup>192</sup>. Begründet wird dies damit, dass der Gesetzgeber den Anwälten kein Mittel an die Hand geben wollte, materiell begründete Schadensersatzansprüche aus rein formellen Gründen zu Fall zu bringen<sup>193</sup>.

### **d) Stellungnahme**

---

<sup>189</sup> BGHZ 83, S. 17 (25/26); Weitere Gründe wurden bereits auf S. 19 genannt.

<sup>190</sup> BGHZ 83, S. 17 (26).

<sup>191</sup> BGHZ 83, S. 17 (25).

<sup>192</sup> BGHZ 83, S. 17 (26).

<sup>193</sup> BGHZ 83, S. 17 (26).

Es lässt sich das Argument des BGH nachvollziehen, dass der Mandant eine nur relativ geringe Chance haben kann, den anwaltlichen Fehler rechtzeitig zu erkennen, so dass er noch Ersatzansprüche geltend machen kann, da dieser im Zweifel keine Rechtskenntnisse hat und davon ausgeht, dass alles in Ordnung ist.

Gegen die materielle Gerechtigkeit kann daher mit Schaffung des § 51 b BRAO dadurch verstoßen worden sein, dass eine Vielzahl von Mandanten, die durch ihren Anwalt infolge eines Fehlers geschädigt worden sind, von dem Umstand, der zur Anwaltshaftung führt, erst zu spät erfahren haben. Die Schaffung einer bis zu sechsjährigen Verjährungsfrist durch die Rechtsprechung aufgrund des Sekundäranspruchs erscheint günstiger für den Mandanten als die Wahl der dreijährigen Verjährungsfrist durch den Gesetzgeber.

Da hier somit das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit und das Prinzip der Rechtssicherheit in einem Widerstreit stehen, konnte der BGH folglich nur zu einer Verlängerung der Verjährungsfrist gelangen, indem er darzulegen versuchte, dass der Gesetzgeber mit seiner Entscheidung für das Prinzip der Rechtssicherheit sein Ermessen überschritten hat. Gleichzeitig müsste er darlegen können, dass dem Erfordernis der materiellen Gerechtigkeit ein viel höheres Gewicht zukommen muss, als dem Prinzip der Rechtssicherheit.

Eine verfassungsrechtliche Abwägung zwischen der Verfassungsmäßigkeit der Korrektur und des Zugewinns an materieller Gerechtigkeit fehlt jedoch gänzlich in den Entscheidungen des BGH.

Es hätte eine zumindest annähernd zahlenmäßige Darlegung der nicht durchgesetzten Ansprüche bei der dreijährigen Verjährung erfolgen müssen und im Vergleich dazu eine

Verbesserung durch die Einführung der Hinweispflicht und den Sekundäranspruch dargelegt werden müssen. Ansonsten ist die Prämisse des BGH nicht überprüfbar. Meines Erachtens stellt sie vielmehr bereits eine Wertung dar, die sich einer Überprüfung entzieht. Aufgrund dessen lässt sich die Richtigkeit der Annahme einer Verfassungswidrigkeit der dreijährigen Verjährungsfrist nicht ausreichend sicher belegen.

Zudem ist zu bedenken, dass auch in anderen zivilrechtlichen Bereichen Verjährungsvorschriften die Rechte des Gläubigers zugunsten der Rechtssicherheit beschränken<sup>194</sup>. Die sechsmonatige Verjährungsfrist für kaufrechtliche Sachgewährleistungsansprüche könnte z.B. ebenso gegen das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit verstoßen, weil diese Frist bei Objekten, denen Mängel nicht leicht angesehen werden können, die Interessen des Käufers erheblich berührt. Ein Verstoß gegen die materielle Gerechtigkeit ist in diesen Fällen jedoch nicht gegeben<sup>195</sup>.

Dem Gesetzgeber steht bei der ihm obliegenden Abwägung ein hohes Maß an eigenem Ermessen zu. Räumt er einem der widerstreitenden Ziele den Vorzug ein, so muss er hier lediglich beachten, dass er keine Begründungen der Rechtssicherheit anführt, denen schlechthin jede Bedeutung abgesprochen werden können<sup>196</sup>. Dies ist bei den Argumenten, die für eine kurze Verjährungsfrist sprechen, nicht der Fall. Vielmehr kommt den Argumenten des Rechtsfriedens und der Klarheit des Rechtsverkehrs eine wichtige Funktion zu. Diese sind für die wirtschaftliche Führung der Anwaltskanzlei überlebensnotwendig, damit nicht die permanente Gefahr

---

<sup>194</sup> Zimmermann, JuS 1984, S. 410 (422).

<sup>195</sup> Zimmermann, JuS 1984, S. 410 (415/416).

<sup>196</sup> Siehe auch BGH, DSfR 1982, S. 297 (298).

für einen Anwalt besteht, in Regress genommen zu werden. Bei den sehr umfangreichen Pflichten, die einem Anwalt unter anderem durch die Rechtsprechung auferlegt werden, muss diesem zum wirtschaftlichen Überleben eine Gewissheit des Rechtsfriedens zugebilligt werden.

#### **e) Ergebnis**

Das Argument des BGH, die dreijährige Verjährungsfrist verstoße gegen das Rechtsstaatsprinzip, ist folglich nicht gerechtfertigt. Somit ist jedoch auch die Auferlegung einer Hinweispflicht aufgrund dieses Arguments nicht begründet.

### **3. Die Herleitung der Hinweispflicht aufgrund der Stellung des Rechtsanwalts als „Organ der Rechtspflege“**

Ein Aspekt der Rechtsprechung, dem Rechtsanwalt eine Hinweispflicht aufzuerlegen, ist seine Stellung als Organ der Rechtspflege i.S.d. § 1 BRAO<sup>197</sup>. Zu diesem Problem ist in der Literatur vielerhand Stellung genommen worden.

#### **a) Ansichten der Literatur**

##### **aa) Allgemeine Sichtweise zur Stellung des Anwalts als Organ der Rechtspflege**

Die Ansichten innerhalb der Literatur zur zunächst allgemeinen Bedeutung und Stellung des Anwalts als Organ der Rechtspflege sind unterschiedlich<sup>198</sup>. Oftmals sprechen sich einzelne Vertreter gegen eine solche Bedeutung aus. Sind sie jedoch gegen eine Stellung des Anwalts als Organ der Rechtspflege, so ist daraus zu schließen, dass auch dieses Argument der Rechtsprechung zur Herleitung der Hinweispflicht nicht anerkannt wird. Andererseits ist jedoch zu beachten, dass nicht allgemein von einer Befürwortung der Hinweispflicht des Anwalts auf einen Fehler geschlossen werden kann, wenn jemand dessen Stellung als Organ der Rechtspflege bejaht.

---

<sup>197</sup> BGH, VersR 1968, S. 1042 (1043).

<sup>198</sup> Eine ausführliche Darstellung erfolgt bei Knapp, S. 85-93. Es ist daher zu beachten, dass hier nur vereinzelte Meinungen dargestellt werden, die noch nicht durch Knapp begutachtet wurden. Zudem muss hinzugefügt werden, dass insbesondere auch das BVerfG den Ausdruck „Organ der Rechtspflege“ verwendet. Kritisch hierzu: Krämer, NJW 1975, S. 849-853; siehe ergänzend auch : BVerfGE 38 (1974), S. 105 (119); BVerfGE 63, S. 266 (284/295).

### (a) Befürworter

Habscheid befürwortet eine Stellung des Anwalts als Organ der Rechtspflege<sup>199</sup>. Er ist der Meinung, dass durch diese Einordnung des Rechtsanwalts eine Gleichstellung mit anderen Organen erzielt wird, was für den Bürger zur Folge hat, dass ihm ein größerer Rechtsschutz zuteil wird<sup>200</sup>. Zudem bewirke diese Einordnung eine Anhebung des Anwaltstandes auf das Niveau der Richterschaft, was positiv zu bewerten sei, da die tägliche Praxis eine nachteilige Rolle des Anwalts gegenüber Staatsanwälten und Richtern erkennen ließe<sup>201</sup>.

Auch Borgmann/Haug sehen die Stellung des Anwalts als ein Organ der Rechtspflege<sup>202</sup>. Sie gehen davon aus, dass der Begriff Organ im ursprünglichen Sinn Werkzeug bedeutet, mit der Konsequenz, dass der Rechtsanwalt ein Werkzeug der Rechtspflege in dem ihm nach § 3 BRAO zugewiesenen Teil ist<sup>203</sup>. Somit gilt er ihrer Ansicht nach als Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten, wobei er nach Maßgabe des § 2 BRAO einen freien Beruf ausübt<sup>204</sup>.

### (b) Gegner

Heins hingegen argumentiert noch vor dem Inkrafttreten der BRAO, der Begriff „Organ der Rechtspflege“ passe nur in einen totalitär aufgebauten Staat<sup>205</sup>. Er sei lediglich dann angebracht, wenn der Staat das Recht habe, den

---

<sup>199</sup> Habscheid, NJW 1962, S. 1985 (1985/1987).

<sup>200</sup> Habscheid, NJW 1962, S. 1985 (1987).

<sup>201</sup> Habscheid, NJW 1962, S. 1985 (1987).

<sup>202</sup> Borgmann/Haug, S. 11/12, Rn. 26.

<sup>203</sup> Borgmann/Haug, S. 12, Rn. 26.

<sup>204</sup> Borgmann/Haug, S. 12, Rn. 26.

<sup>205</sup> Heins, NJW 1958, S. 201 (204).

Anwalt zu zwingen, seinen Mandanten an den Staat zu verraten<sup>206</sup>.

Herzog ist der Meinung, dem Begriff könne keinerlei Rechtsgehalt zugewiesen werden, da die Aussage des § 1 BRAO ausschließlich standesideologischen Hintergrund habe und somit jeden rechtlichen Inhalts entbehre<sup>207</sup>.

§ 1 BRAO könne unter keinen Umständen den Rechtsanwalt zu einem Staatsorgan machen, weil der Anwalt gemäß § 2 BRAO einen freien Beruf ausübe<sup>208</sup>.

#### **bb) Sichtweise zur Stellung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege in Bezug auf die Herleitung der Hinweispflicht**

Eckert ist gegen eine Stellung des Anwalts als Organ der Rechtspflege und der daraus begründeten Hinweispflicht<sup>209</sup>. Er ist der Ansicht, der Begriff Organ der Rechtspflege sei formelartig und vage, was zur Folge habe, dass sich konkrete Pflichten des Anwalts gegenüber seinem Mandanten nicht bedenkenlos ableiten ließen<sup>210</sup>. Zudem sei dieser Begriff insbesondere im Nationalsozialismus verwendet worden, wo die Anwälte auf die solidarischen Tugenden der Pflichtentreue, des Gehorsams und der Beamtenschaft verpflichtet wurden, um sie trotz ihrer privatrechtlichen Beziehung durch Treuepflichten an den Staat zu binden<sup>211</sup>. Der Begriff Organ der Rechtspflege sei daher nur auf einen Anwalt in

---

<sup>206</sup> Heins, NJW 1958, S. 201 (204).

<sup>207</sup> Maunz/Dürig-Herzog, Art. 92 GG, Rn. 98; siehe auch Krämer, NJW 1975, S. 849 (850), der insbesondere die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu diesem Thema analysiert. Krämer kommt zu dem Ergebnis, dass die Formel des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege eine Leerformel geblieben ist, weil auf ihre verfassungsrechtliche Einbindung verzichtet wurde, so dass ihre Funktionsbestimmung inhaltlich keine Aussage ergebe.

<sup>208</sup> Maunz/Dürig-Herzog, Art. 92 GG, Rn. 98.

<sup>209</sup> Eckert, NJW 1989, S. 2081 (2085).

<sup>210</sup> Eckert, NJW 1989, S. 2081 (2085).

einem totalitären System anwendbar, nicht jedoch in einem Rechtsstaat<sup>212</sup>. In dem Zusammenhang kritisiert er, dass der Anwalt ansonsten zu einem staatlichen Werkzeug herabgesetzt wird und nicht mehr als Interessenvertreter seines Mandanten gesehen wird<sup>213</sup>. Weiterhin bemängelt er, dass auch Notare und Richter Organe der Rechtspflege sind, diesen jedoch eine solche Hinweispflicht nicht auferlegt wird<sup>214</sup>.

Van Veenroy ist der Ansicht, die Formel sei viel zu unpräzise, als das sich aus ihr eine Hinweispflicht des Anwalts schließen lasse<sup>215</sup>.

Evers erscheint die Begründung der Rechtsprechung, dass der Anwalt als Organ der Rechtspflege den Mandanten in jeglicher Hinsicht und Richtung beraten muss und insofern auch vor Anprüchen gegen seine eigene Person nicht haltmachen darf, zu dürftig<sup>216</sup>. Er begründet seine Meinung in der Form, dass der Richter und auch der Notar Organe der Rechtspflege sind, diesen jedoch eine Hinweispflicht nicht auferlegt wird<sup>217</sup>. Folglich könne eine Hinweispflicht nicht mit der Stellung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege zusammenhängen<sup>218</sup>.

---

<sup>211</sup> Eckert, NJW 1989, S. 2081 (2085).

<sup>212</sup> Eckert, NJW 1989, S. 2081 (2085).

<sup>213</sup> Eckert, NJW 1989, S. 2081 (2085).

<sup>214</sup> Eckert, NJW 1989, S. 2081 (2085).

<sup>215</sup> Van Veenroy, DB 1981, S. 2364 (2367); siehe auch Müller, NJW 1981, S. 1801 (1802).

<sup>216</sup> Evers, VersR 1979, S. 775 (776).

<sup>217</sup> Evers, VersR 1979, S. 775 (776) mit Hinweis auf: BGH, WM 1971, S. 802 (805). (480). So auch schon Eckert, NJW 1989, S. 2081 (2085).

<sup>218</sup> Evers, VersR 1979, S. 775 (776).

## b) Stellungnahme

Wie schon Borgmann/Haug erwähnten, stammt das Wort Organ i.S.d. § 1 BRAO von dem griechischen Wort organon ab und bedeutet übersetzt „Werkzeug“<sup>219</sup>. Ihre Schlussfolgerung ist, dass der Rechtsanwalt ein Organ der Rechtspflege in dem ihm nach § 3 BRAO zugewiesenen Teil ist<sup>220</sup>.

Gegen die Schlussfolgerung von Borgmann/Haug ist jedoch einzuwenden, dass ein Werkzeug immer in einem Abhängigkeitsverhältnis zu dem Benutzer, in diesem Fall also der Rechtspflege<sup>221</sup>, steht. Ein abhängiges Werkzeug kann nun aber nicht gleichzeitig unabhängig sein, wie es die Formel „unabhängiges Organ“ i.S.d. § 1 BRAO verlangen würde. Problematisch ist dabei zudem, dass die Rechtspflege keine juristische Person ist und somit nicht über Organe im technischen Sinne verfügen kann<sup>222</sup>. Aus diesem Wortzusammenhang kann dem Begriff kein Rechtsgehalt zugeordnet werden.

Aber auch die Bedeutung des § 2 BRAO spricht gegen eine Stellung des Anwalts als Organ der Rechtspflege.

Gemäß § 2 BRAO übt der Rechtsanwalt einen freien Beruf aus<sup>223</sup>. Als Freiberufler kann der Anwalt jedoch kein Staatsorgan sein<sup>224</sup>.

Zudem erscheint § 1 BRAO im Ergebnis überflüssig<sup>225</sup>, da in § 3 I BRAO die Stellung des Anwalts hinreichend geklärt ist. Gemäß § 3 I BRAO ist der Anwalt der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten.

---

<sup>219</sup> Frisk, Griechisches Wörterbuch, S. 410; siehe auch: Borgmann/Haug, S. 11, Rn. 26; Senninger, AnwBl 1990, S. 238 (239).

<sup>220</sup> Borgmann/Haug, S. 11/12, Rn. 26.

<sup>221</sup> Siehe dazu auch Senninger, AnwBl 1990, S. 238 (239).

<sup>222</sup> Maunz/Dürig-Herzog, Art. 92, Rn. 98.

<sup>223</sup> Siehe auch: BVerfGE 63, S. 266 (284); Redeker, NJW 1987, S. 2610-2616.

<sup>224</sup> Siehe auch: Zuck, NJW 1979, S. 1121 (1121).

<sup>225</sup> So im Ergebnis auch Knapp, S. 128/138.

Ein Streichen des § 1 BRAO erscheint daher zweckmäßig, weil er den §§ 2,3 BRAO widerspricht, und selbst in keinster Weise aussagekräftig ist.

Die Formel „Organ der Rechtspflege“ gemäß § 1 BRAO ist somit zur Begründung der Herleitung einer Hinweispflicht nicht heranziehbar.

## II. Anderweitige Aspekte für eine Hinweispflicht

### 1. Auslegung der zum Vertragsschluss führenden Erklärungen

Die Rechtsprechung hat jeweils nur einzelne Argumente zur Begründung der Hinweispflicht herangezogen. Auf den Inhalt des Vertrages zwischen dem Anwalt und seinem Mandanten wird jedoch kein Bezug genommen. Möglicherweise ergibt sich innerhalb dieses Schuldverhältnisses im Rahmen des Vertragsschlusses bereits eine Pflicht des Anwalts, den Mandanten auf einen Fehler und den sich daraus ergebenden Regressanspruch hinzuweisen.

Der Mandant sucht sich einen Anwalt seines Vertrauens und bespricht die Sachlage mit diesem. Ist er davon überzeugt, dass dieser Anwalt die richtige Wahl ist, so kommt es zum Vertragsschluss zwischen beiden. Dabei ist davon auszugehen, dass der Mandant einen Anwalt konsultiert, der ihm kompetent erscheint und seine Belange gut vertritt. Unwahrscheinlich ist hingegen, dass es dem Mandanten im Zeitpunkt der Auftragserteilung in den Sinn kommt, der Anwalt werde einen Fehler begehen. Es würde sich vielmehr widersprechen, einen Anwalt zu beauftragen und gleichzeitig seine persönliche Wahl anzuzweifeln. Tatsächlich entsteht im Normalfall vielmehr eine Situation, in der der Mandant das Gefühl erhält, ihm werde Hilfe zuteil. Es ist daher unrealistisch, dass eine Hinweispflicht bei Vertragsschluss schon durch Vereinbarung der Parteien Vertragsbestandteil wird.

Lediglich in den Fällen, in denen es um die Inhalte der §§ 839 BGB, 19 BNotO geht, kann von einer Hinweispflicht

bei Vertragsschluss ausgegangen werden, weil der Mandant einen Schadensersatzanspruch geltend machen will, dessen Bestehen vom Fehler einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit abhängt<sup>226</sup>. Beauftragt der Mandant in diesen Fällen den Rechtsanwalt das Mandat fortzuführen, um weitere Ansprüche geltend zu machen, so wird der Pflichteninhalt des Schuldverhältnisses zwischen beiden Vertragsparteien auf das Ziel festgelegt den Anspruchsgegner festzustellen. Kommt nun der Anwalt zu dem Ergebnis, dass er selbst dem Mandanten für dessen Schaden verantwortlich ist, so hat er ihn gemäß § 839 I S. 2 BGB auf die Regressmöglichkeit und damit auf den von ihm begangenen Fehler hinzuweisen, da das Nichtbestehen eines Anspruchs gegen ihn selbst negative Voraussetzung ist<sup>227</sup>.

## 2. §§ 675, 663, 666 BGB

Möglicherweise könnte jedoch eine Begründung der Hinweispflicht aus § 675 BGB i.V.m. § 666 BGB erfolgen<sup>228</sup>. Der Anwaltsvertrag wird als Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 BGB qualifiziert<sup>229</sup>. § 675 BGB verweist direkt auf § 666 BGB, der die drei Informationspflichten eines Beauftragten regelt. Diese sind die Benachrichtigungspflicht, die Auskunftspflicht und die Rechenschaftspflicht<sup>230</sup>.

Während die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht nur auf Verlangen bestehen<sup>231</sup>, besteht die

---

<sup>226</sup> Siehe auch: Taupitz, S. 49/50.

<sup>227</sup> So schon RGZ 158, S. 130 (134); siehe auch Taupitz, S. 50.

<sup>228</sup> Vgl.: BGHZ 83, S. 17 (27); Siehe auch Taupitz, S. 40 ff.

<sup>229</sup> Palandt, § 675, Rn. 24, Einführung vor § 611, Rn. 21.

<sup>230</sup> Palandt, § 666, Rn. 1; Erman, § 666, Rn. 1-3; MüKo-Seiler, § 666, Rn. 1/2; Staudinger-Wittmann, § 666, Rn. 1-11.

<sup>231</sup> Müko-Seiler, § 666, Rn. 2; Soergel-Beuthin, § 666, Rn. 8.

Benachrichtigungspflicht auch ohne Verlangen<sup>232</sup>. Lediglich die Benachrichtigungspflicht ist deshalb für die Herleitung der Hinweispflicht heranziehbar, da sie als einzige unabhängig von einer Aufforderung und damit freiwillig zu erfüllen ist.

#### **a) Ansichten der Literatur**

Nach der Literatur beinhaltet die Benachrichtigungspflicht die Mitteilung aller Informationen, die der Auftraggeber braucht, um seine im Zuge der Auftragserledigung sich ändernde Rechtsstellung beurteilen und Folgerungen daraus ziehen zu können<sup>233</sup>. Es wird vertreten, dass hierzu auch Schadensersatzansprüche des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer wegen Schlechterfüllung des Auftrags gehören, so dass der Hinweis auf einen eigenen Fehler und das Bestehen eines daraus resultierenden Schadensersatzanspruchs grundsätzlicher Pflichtenbestandteil zu sein scheint<sup>234</sup>.

#### **b) Stellungnahme**

Meines Erachtens bestehen Bedenken gegenüber so einer weiten Auslegung dieser Vorschrift.

---

<sup>232</sup> Palandt, § 666, Rn. 2; Soergel-Beuthin, § 666, Rn. 1.

<sup>233</sup> MüKo-Seiler, § 666, Rn. 1/5; Als Folgerungen nennt er das Recht Weisungen zu geben, zu kündigen sowie Gewinnanteile zu beanspruchen. Eine explizite Erwähnung einer Hinweispflicht wird jedoch nicht vorgenommen; anders Stoecker, S. 139/154.

<sup>234</sup> Stoecker, S. 139/154; Taupitz, S. 41; vgl.: BGHZ 83, S. 17 (27).

### aa) Rechtsgeschichtliche Aspekte

In den Protokollen der Kommission von 1898 für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches zur Entstehungsgeschichte des BGB waren die Anträge gestellt, die Bestimmung des damals noch unter § 591 gefassten Paragraphen in der Art zu gestalten, dass der Beauftragte dem Auftraggeber auf dessen Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Auskunft zu erteilen und nach Beendigung des Auftrags über dessen Ausführung Rechenschaft abzulegen hat<sup>235</sup>. Dies geschah dabei mit Rücksicht auf praktische Bedürfnisse<sup>236</sup>. Eine Benachrichtigungspflicht war in den Gestaltungsüberlegungen nicht in Erwägung gezogen worden.

Erst in der sogenannten „Fassung“ beschloss die Kommission auch die Verpflichtung aufzunehmen, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben<sup>237</sup>. Dies geschah aber lediglich insbesondere deswegen, weil die Kommission das Missverständnis ausschließen wollte, dass nach dem Gesetz immer erst eine Aufforderung des Auftraggebers vorausgehen soll<sup>238</sup>.

Die Kommission versuchte meines Erachtens zudem nur eine zeitliche Komponente zu berücksichtigen<sup>239</sup>. Ihre Erwägungen beliefen sich dahingehend, dass der Auftraggeber nicht nur nach der Ausführung des Auftrages, wie es bei der Auskunftspflicht der Fall ist<sup>240</sup>, sondern auch „während des Schwebens des Verhältnisses“ häufig ein großes Interesse daran habe, ob und was vom Beauftragten

---

<sup>235</sup> Protokolle, Band II, 130. II., § 591, S. 357; Mugdan, Band II, § 591, S. 945; Motive, Band II, § 591, S. 537.

<sup>236</sup> Protokolle, Band II, 130. II., § 591, S. 358.

<sup>237</sup> Protokolle, Band II, 130. II., § 591, S. 358; Mugdan, Band II, § 591, S. 945.

<sup>238</sup> Protokolle, Band II, 130. II., § 591, S. 358; Mugdan, Band II, § 591, S. 946.

<sup>239</sup> Mugdan, Band II, § 591, S. 946.

<sup>240</sup> Palandt, § 666 BGB, Rn. 2-4.

vorgenommen worden sei, um erforderlichenfalls eingreifen und zukünftige Änderungen treffen zu können<sup>241</sup>.

Betrachtet man weiterhin die Akribie, mit der ein Für und Wider der Rechnungslegung im Rahmen der Rechenschaftspflicht diskutiert wurde und welche Bedenken in Bezug auf die Rechte des Auftragnehmers bei der Aushändigung der Rechnungsbelege an den Auftraggeber aufgeführt wurden<sup>242</sup>, so erscheint es zweifelhaft, dass die Kommission eine Hinweispflicht auf einen Fehler unter den sehr weitgefassten Begriff „erforderliche Nachrichten“ gesehen hat, ohne dies zur Sprache gebracht und diskutiert zu haben.

Insgesamt war sich die Kommission selbst darüber im Klaren, dass die Aussage „erforderliche Nachrichten“ sehr unbestimmt ist<sup>243</sup>.

In entstehungsgeschichtlicher Hinsicht entfällt daher eine Herleitung der Hinweispflicht aus § 666 1. Alt BGB.

#### **bb) Sonstige Aspekte**

Innerhalb der Informationspflichten des § 666 BGB handelt es sich in allen drei Varianten um „Auskunft“ im weiteren Sinne<sup>244</sup>. Die Unterschiede ergeben sich insbesondere aus der Intensität dieser Auskünfte<sup>245</sup>. Der Pflichteninhalt der Rechenschaftslegung umfasst dabei mehr als eine Auskunft i.S.d. § 666 2. Alt BGB, diese Auskunftspflicht wiederum erweitert die Benachrichtigungspflicht<sup>246</sup>.

---

<sup>241</sup> Mugdan, Band II, § 591, S. 946.

<sup>242</sup> Protokolle, Band II, 130 II., § 591, S. 358/359; Mugdan, Band II, § 591, S. 946.

<sup>243</sup> Mugdan, Band II, § 591, S. 945; Protokolle, Band II, 130. II., § 591, S. 358.

<sup>244</sup> MüKo-Seiler, § 666, Rn. 2.

<sup>245</sup> MüKo-Seiler, § 666, Rn. 2.

<sup>246</sup> MüKo-Seiler, § 666, Rn. 6.

Die Auskunftspflicht und die Rechenschaftspflicht bestehen nun nur auf Verlangen, die Benachrichtigungspflicht muss jedoch freiwillig erfolgen. Problematisch ist somit, dass die am Wenigsten intensive Pflicht am Nachteiligsten für den Beauftragten ist, da sich der Beauftragte selbst bezichtigen müsste. Bei der intensiveren Aufklärungspflicht hingegen müsste erst bei einer Aufforderung des Auftraggebers gehandelt werden. Ein Weniger an Pflichten würde daher ein Mehr an Nachteil für den Beauftragten begründen. Dieser Aspekt spricht folglich gegen eine Hinweispflicht auf eigene Fehler.

Letztlich ist auch zu bedenken, dass § 666 BGB nicht nur auf das Auftragsrecht anwendbar ist, sondern innerhalb vieler Normen auf ihn direkt oder indirekt verwiesen wird<sup>247</sup>. Folglich unterliegt ein großer Personenkreis der Benachrichtigungspflicht. Jedoch kann es nicht die Intention des Gesetzgebers gewesen sein, die Interessen des von § 666 BGB erfassten Personenkreises durch eine Hinweispflicht auf Fehler dermaßen stark zurückzusetzen<sup>248</sup>.

### **cc) Ergebnis**

Die Benachrichtigungspflicht gemäß § 666 1. Alt. BGB umfasst daher keine Offenbarung eigenen Fehlverhaltens. Insgesamt kann daher keine Hinweispflicht aus § 675 BGB i.V.m. § 666 1. Alt. BGB hergeleitet werden.

### **3. § 43 BRAO**

---

<sup>247</sup> Dies sind z.B. § 27 III BGB für den Vereinsvorstand, § 86 BGB für die Stiftung, § 713 BGB für den geschäftsführenden Gesellschafter, § 2218 für den Testamentsvollstrecker.

<sup>248</sup> So auch Taupitz, S. 42.

Möglicherweise könnte sich jedoch eine Hinweispflicht aus § 43 BRAO ergeben.

Die Generalklausel des § 43 BRAO besagt, dass ein Rechtsanwalt seinen Beruf gewissenhaft auszuüben und sich innerhalb und außerhalb des Berufes würdig zu erweisen hat<sup>249</sup>.

Jedoch wird diese Vorschrift als reine Disziplinarvorschrift gesehen, die keine zivilrechtlichen Folgen nach sich zieht<sup>250</sup>, sondern sich vielmehr auf ehrengerichtliche Strafsanktionen gegen Standesmitglieder beläuft<sup>251</sup>.

Eine Hinweispflicht des Anwalts ergibt sich folglich nicht aus § 43 BRAO.

---

<sup>249</sup> Vgl.: BVerfGE 26, S. 186 (204): Die Generalklausel des § 43 BRAO ist trotz ihres nicht sehr aussagekräftigen Inhalts nicht zu unbestimmt und somit verfassungsgemäß; siehe auch Odersky, AnwBl 1991, S. 238 (240); vgl.: Zur früheren Bedeutung der Generalklausel: Feuerich/Braun, § 43 BRAO, Rn. 1; siehe auch: Hartung, NJW 1993, S. 2776 (2776/2778); Odersky, AnwBl 1991, S. 238 (240). Es ist zu beachten, dass die ausdrücklich geregelten Pflichten der BRAO oder BO als *leges speciales* der Generalklausel des § 43 BRAO vorgehen. In Betracht kommen dabei § 43 a BRAO, der die Grundpflichten des Rechtsanwalts regelt, sowie § 59 b BRAO, der beschreibt, was die Berufsordnung im Einzelnen regeln darf; siehe hierzu auch: Feuerich/Braun, § 43, Rn. 4/5/6, § 59 b, Rn. 1, § 113, Rn.6

<sup>250</sup> Borgmann/Haug, S. 17, Rn. 40; Prütting, AnwBl 1999, S. 361 (364); so auch schon Hanna, S. 23/54; Odersky, AnwBl 1991, S. 238 (240); Varentrapp, NJW 1971, S. 127 (127).

<sup>251</sup> Borgmann/Haug, S. 17, Rn. 40.

### III. Die Vereinbarkeit der Hinweispflicht mit dem Verbot der Selbstbezeichnung i.S.d. Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG

Fraglich ist, ob die Hinweispflicht möglicherweise gegen das Verbot der Selbstbezeichnung gemäß Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG verstößt.

Der Anwalt könnte sich gezwungen sehen, gegen seine zivilrechtlichen Interessen zu handeln, indem er seinem Mandanten selbst die Informationen liefern muss, die dieser für die Geltendmachung und Durchsetzung seiner Ansprüche benötigt.

#### 1. Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafprozess

Im deutschen Strafprozessrecht gilt der materiellrechtliche Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, gegen sich selbst auszusagen oder durch positives Tun an seiner eigenen Strafverfolgung mitzuwirken<sup>252</sup>. Dieses sogenannte „nemo tenetur se ipsum accusare“-Prinzip ist in der Strafprozessordnung in verschiedenen Vorschriften geregelt<sup>253</sup>.

Die Rechtsprechung betrachtet diesen Grundsatz als selbstverständlichen Ausdruck einer rechtsstaatlichen Grundhaltung, die auf dem Leitgedanken der Achtung der Menschenwürde beruht und hebt ihn damit in Verfassungsrang<sup>254</sup>. In der Literatur wird das Verbot der Selbstbezeichnung im Strafprozess als eine durch Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG gebotene Wertentscheidung zugunsten des Persönlichkeitsrechts des Beschuldigten

---

<sup>252</sup> Kleinknecht-Meyer, § 136, Rn. 7, BGH, NJW 1975, S. 103 (103); ausführlich hierzu: Dingeldey, JA 1984, S. 404-414; Stürner, NJW 1981, S. 1757-1763; Günther, GA 1978, S. 193-206; Haas, GA 95, S. 230 (231); Rogall, S. 67 ff./104 ff.; siehe auch: Seebode, JA 1980, S. 493 (499).

<sup>253</sup> BVerfG, NJW 1981, S. 1431 (1431): § 136 I S. 2 StPO, § 243 IV S. 1 StPO, § 115 III S. 1 StPO; Siehe auch Rogall, S. 104.

<sup>254</sup> BVerfG, NJW 1975, S. 102 (103) = BVerfGE 38, S. 105 (113/115); BVerfG, NJW 1981, S. 1431 (1431).

gewürdigt, hinter der das Strafverfolgungsinteresse der Allgemeinheit zurücktreten müsse<sup>255</sup>. Sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur vertreten, es gebiete die Menschenwürde, dass der Beschuldigte frei darüber entscheiden könne, ob er als Werkzeug zur Überführung seiner selbst benutzt werden könne<sup>256</sup>.

## 2. Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess

Im Zivilprozess hingegen gibt es den Grundsatz der Wahrheitspflicht, der in § 138 ZPO geregelt ist, und unabhängig von materiell-rechtlichen Offenbarungspflichten besteht<sup>257</sup>. Mit den Worten Wahrheit ist nur eine subjektive, der Überzeugung der Parteien entsprechende Wahrheit gemeint<sup>258</sup>. Die Wahrheitspflicht bedeutet somit ein Lügenverbot<sup>259</sup>. Sie findet dort ihre Grenzen, wo eine Partei gezwungen wäre, eine ihr zur Unehre gereichende Tatsache oder eine von ihr begangene strafbare Handlung zu offenbaren<sup>260</sup>. Der Schutz der Selbstbezeichnung gemäß Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG, der im Strafprozess gilt, ist insoweit auch auf den Zivilprozess anwendbar, auch wenn es sich um einen Schadensersatz und nicht um eine Straftat handelt<sup>261</sup>.

---

<sup>255</sup> Rogall, S. 124-137; Günther, GA 78, S. 193 (195).

<sup>256</sup> BVerfG, NJW 1975, S. 102 (103); BVerfG, NJW 1981, S. 1431 (1431);

BGHSt 14, S. 358 (364) = BGH, NJW 1960, S. 1580 (1582);

Zudem ist der nemo-tenetur-Grundsatz als Menschenrecht in Art. 14 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte normiert worden: BGBL 1973, Teil II, Nr. 60, S. 1533 (1540).

<sup>257</sup> Zöller-Greger, § 138 ZPO, Rn. 1; Baumbach-Hartmann, § 138 ZPO, Rn. 2, Grdz. § 128 ZPO, Rn. 16.

<sup>258</sup> Baumbach-Hartmann, § 138 ZPO, Rn. 15.

<sup>259</sup> MüKo-Peters, § 138 ZPO, Rn. 2; Stein/Jonas-Leipold, § 138 ZPO, Rn. 2.

<sup>260</sup> Stein/Jonas-Leipold, § 138 ZPO, Rn. 9; BVerfGE 56, S. 37 (44); Sautter, AcP 161, S. 215 (245); vgl.: Zoeller-Greger, § 138, Rn. 3.

<sup>261</sup> BVerfG, NJW 1981, S. 1431 (1431); Leibholz/Rinck/Hesselberger, Art 2 I GG, Rn. 85; v. Münch/Kunig-Kunig, Art. 1 I GG, Rn. 36; Stürmer, NJW 1981, S. 1757 (1759); Winkler v. Mohrenfels, S. 52; Nothelfer, S. 83; Taupitz, S. 32/34: Taupitz ist der Meinung, dass eine pauschale Verlängerung des aus dem Strafprozess stammenden Grundsatzes der Selbstbezeichnungsfreiheit in das Zivilrecht nicht überzeugend sei. Anlass für eine differenzierende Sicht gebe schon der Umstand, dass nicht wie im Strafrecht eine Abwägung mit dem staatlichen

Die Hinweispflicht auf einen Fehler sowie auf den daraus resultierenden Schadensersatzanspruch und auf die Verjährung könnte daher eine Selbstbezichtigung darstellen, die dazu führt, dass der Anwalt eine zur Unehre gereichende Tatsache offenbaren muss.

### 3. Meinung der Literatur

Hübner kritisiert, es sei ungewöhnlich, einen Anwalt, dazu zu verpflichten, potentiellen Interessenten seinen begangenen Fehler mitzuteilen<sup>262</sup>. Verbrechern hingegen müßte die Rechtsordnung eine solche Selbstbezichtigung nicht zu<sup>263</sup>.

Zugehör ist der Ansicht, die Hinweispflicht gehöre zu der freiwillig umfassenden Vertragspflicht, dem Mandanten zu seinem Recht zu verhelfen<sup>264</sup>. Der Mandant der eine fehlerfreie, vollständige Erledigung des Auftrags bezahle, sei dabei auf die Erfüllung dieser Pflicht angewiesen<sup>265</sup>. Die Menschenwürde und das Persönlichkeitsrecht des Anwalts werden seiner Meinung nach ebensowenig berührt wie das daraus herzuleitende Schweigerecht der Parteien im Straf- und Zivilprozess. Vielmehr spreche das Verfassungsrecht für eine

---

Strafverfolgungsinteresse, sondern eine Abwägung mit Interessen von gleichgeordneten Privatpersonen vorzunehmen sei. Je weiter das privatrechtliche Schweigerecht ausgedehnt werde, um so weiter würden auf gleicher Ebene stehende Rechte anderer zurückgedrängt. Der von der Rechtsordnung zu gewährende Schutz vor einer Selbstbelastung müsse deshalb der Rolle der Auskunftsperson und der Zweckbestimmung der Auskunft angepasst sein. Art und Umfang des durch das Persönlichkeitsrecht im Sinne der Art. 2 I GG i.V.m. 1 I GG gewährleisteten Schutzes würden zudem davon abhängen, ob und wie weit andere Personen auf die Information angewiesen seien und ob die Auskunft Teil eines durch eigenen Willensentschluss übernommenen Pflichtenkreises ist. Seine Berechtigung erhalte der Satz lediglich in der abgeschwächten Ausprägung, dass Informationsansprüche nur dann zulässig sind, wenn das berechtigte Interesse der anderen Partei überwiege.

<sup>262</sup> Hübner, NJW 1989, S. 5 (11); siehe auch Zugehör, NJW 1995, Beilage, S. 1 (16): Er kritisiert diese Aussage als unsachlich und einseitig.

<sup>263</sup> Hübner, NJW 1989, S. 5 (11).

<sup>264</sup> Zugehör, NJW 1995, Beilage, S. 1 (16),

<sup>265</sup> Zugehör, NJW 1995, Beilage, S. 1 (16).

Ausgleichung des Ungleichgewichts der Rechtskenntnisse durch die Gewährung eines Sekundäranspruchs<sup>266</sup>.

Stoecker meint, dass dem Rechtsanwalt sehr wohl eine Hinweispflicht auferlegt werden könne, ohne dass ein Verstoß gegen Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG vorliege<sup>267</sup>. Zunächst dürfe die allgemeine Tendenz der Rechtsprechung nicht ungeachtet bleiben, dass sie Fachleuten eine Pflicht auferlegt, über Schadensersatzansprüche gegen sich selbst aufzuklären<sup>268</sup>.

Weiterhin sei es einem Fachmann durchaus zumutbar, dass er seinen Vertragspartner hinsichtlich der zu erbringenden Leistung hinreichend aufklärt und auf Verlangen Auskunft erteilt, insbesondere, wenn der Vertragspartner aufgrund seines laienhaften Verständnisses der betreffenden Materie einer Aufklärung durch den Fachmann bedürfe<sup>269</sup>. Insoweit stelle die Hinweispflicht eine Fortführung dieses Gedankens dar und sei dem Anwalt auch zumutbar<sup>270</sup>.

Auch sei der deutsche Zivilprozess von dem Grundsatz geprägt, dass den Bürger das Risiko der Tatsachenermittlung treffe und es in erster Linie Sache der Vertragsparteien ist, die eigenen Interessen selbst wahrzunehmen und zu erkennen zu geben<sup>271</sup>. Daraus resultierend werde einer informationsbedürftigen Partei ein überwiegendes Interesse an der Information zugesprochen und ein Auskunftsanspruch gewährt<sup>272</sup>. Die spontan zu erfüllende Hinweispflicht stelle eine

---

<sup>266</sup> Zugehör, NJW 1995, Beilage, S. 1 (16).

<sup>267</sup> Stoecker, S. 152/154.

<sup>268</sup> Stoecker, S. 152; vgl.: Werres, S. 139 ff; Hoffmanns, S. 79.

<sup>269</sup> Stoecker, S. 152.

<sup>270</sup> Stoecker, S. 152.

<sup>271</sup> Stoecker, S. 153.

Weiterentwicklung des im Prozessrecht allgemein anerkannten Auskunftsanspruchs dar und verstoße nicht gegen das im Strafprozessrecht verankerte Verbot der Selbstbezeichnung<sup>273</sup>.

Insgesamt könne dem Rechtsanwalt daher eine Hinweispflicht auferlegt werden, ohne dass ein Verstoß gegen den Selbstbezeichnungsgrundsatz vorliege<sup>274</sup>.

#### 4. Stellungnahme

Stoecker erläutert, dass die allgemeine Tendenz der Rechtsprechung, Fachleuten eine Hinweispflicht aufzuerlegen, nicht unbeachtet bleiben dürfe.

Es ist richtig, dass die Rechtsprechung auch z.B. Steuerberatern eine Hinweispflicht auf einen begangenen Fehler auferlegt hat<sup>275</sup>. Zu beachten ist jedoch, dass diese Hinweispflicht eines Steuerberaters unter Hinweis auf die Entscheidung des BGH bezüglich der Pflicht der Rechtsanwälte erfolgte<sup>276</sup>. Jedoch kann nicht verallgemeinernd gesagt werden, wenn die Pflicht einem auferlegt wird, ist es gerechtfertigt, sie auch anderen aufzuerlegen. Vielmehr muss geprüft werden, was die Gründe der Rechtsprechung für die Begründung der Hinweispflicht sind und ob diese nachvollziehbar und gerechtfertigt sind.

Im Falle der Hinweispflicht bezüglich des Rechtsanwalts sind keine Rechtsgrundlagen genannt worden, sondern die Auferlegung der Pflicht erfolgte, weil man die strenge

---

<sup>272</sup> Stoecker, S. 153/154.

<sup>273</sup> Stoecker, S. 153.

<sup>274</sup> Stoecker, S. 152/154.

<sup>275</sup> BGHZ 83, S. 17 (27).

<sup>276</sup> BGHZ 83, S. 17 (27): „*Erkennbar war für den Beklagten auf jeden Fall, dass er den Kläger unterrichten musste, wenn er einen Fehler in der von ihm abgegebenen Steuererklärung entdeckte und aus diesem Grunde eine Berichtigung des Steuerbescheides beantragte. Einem Steuerberater muss, ebenso wie einem Anwalt bekannt sein, dass er seinem Mandanten (...) die erforderlichen Nachrichten geben muss*“.

Verjährung des § 51 b BRAO ausgleichen wollte. Wie bereits belegt, zeigt die Entstehungsgeschichte des § 51 b BRAO, dass die Entscheidung der Rechtsprechung nicht gerechtfertigt ist<sup>277</sup>. Zudem war die Verjährungsfrist bewusst vom Gesetzgeber so gewollt. Sein Schwerpunkt lag eindeutig in der Setzung der Rechtssicherheit<sup>278</sup>. Auch weitere Versuche, die Rechtfertigung der Hinweispflicht aus anderen Rechtsnormen herzuleiten, waren erfolglos. Somit ist es falsch zu sagen, was dem einem auferlegt werden kann, kann auch dem anderen auferlegt werden. Tatsächlich ist vielmehr zu berücksichtigen, dass es keinen allgemeinen Aufklärungs- und Informationsanspruch gibt<sup>279</sup>. Eine Hinweispflicht, die zudem noch von einem selbst ausgeht, kann somit nicht als allgemein gebräuchliche Pflicht ausgelegt werden. Eine Tendenz, wie Stoecker sie anbringt, rechtfertigt daher keine Auferlegung einer Hinweispflicht und die Annahme, es läge kein Verstoß gegen Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG vor.

Des Weiteren ist auch das Argument Stoeckers kritisch zu betrachten, es sei einem Fachmann zumutbar, seinen Vertragspartner aufzuklären mit der Schlussfolgerung, die Hinweispflicht stelle eine Fortführung dieses Gedankens dar. Es steht außer Frage, dass der Anwalt seinen Mandanten als Vertragspartner hinsichtlich der zu erbringenden Leistung aufklärt und auf Verlangen Auskunft erteilt. Es ist ja gerade Ziel eines Anwaltsvertrages, dass zwischen den Vertragsparteien ein Informationsaustausch stattfindet, so dass das Anliegen des Mandanten bestmöglich gelöst werden kann. Nicht gerechtfertigt ist jedoch das pauschale Argument, die Hinweispflicht könne als Fortführung dieses Gedankens

---

<sup>277</sup> Siehe oben, S. 33 ff.

<sup>278</sup> Siehe oben, S. 33 ff./ S. 38.

<sup>279</sup> RG, JW 1935, S. 505 (506); BGH, NJW 1957, S. 669 (669); BGH, MDR 1971, S. 825 (825)

gesehen werden und sei daher dem Anwalt auch zumutbar. Vielmehr hat sich die Rechtsprechung in vergleichbaren Interessenlagen gegen eine Pflicht zur Selbstbezichtigung entschieden. In einer Entscheidung zur Treuepflicht eines aus einem Dienstvertrag Verpflichteten geht das Gericht davon aus, dass diese nicht so weit gehe, dass er sich selbst bezichtigen müsse<sup>280</sup>. Zudem wird im Rahmen der Haftung eines Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft ähnlich argumentiert<sup>281</sup>. Zwar habe der Vorstand dafür zu sorgen, dass Ansprüche der Gesellschaft, deren Verfolgung wirtschaftlich sinnvoll erscheint, nach Kräften durchgesetzt werden<sup>282</sup>. Sie seien jedoch nicht verpflichtet, aus eigenem Antrieb heraus andere Vorstandsmitglieder oder die Aktionäre spontan über das eigene Fehlverhalten und daraus resultierende Schadensersatzansprüche zu informieren<sup>283</sup>. Eine Selbstaufopferung könne das Recht nicht fordern<sup>284</sup>.

Stoeckers Argumente, die Hinweispflicht verstoße nicht gegen Art. 2 I GG i.V.m Art. 1 I GG, können daher insgesamt nicht überzeugen.

---

= BGHZ 56, S. 256 (261); Stürmer, Die Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess, S. 293.

<sup>280</sup> BGH, NJW-RR 1989, S. 614 (615); Emmerich, JuS 1989, S. 668 (668); BGH, DB 1989, S. 1464 (1465); Palandt, § 611, Rn. 40; Soergel-Kraft, § 611, Rn. 145.

<sup>281</sup> Kölner Kommentar-Mertens, § 93 AktG, Rn. 51/129/162, § 90 AktG, Rn. 22.

<sup>282</sup> Kölner Kommentar-Mertens, § 93 AktG, Rn. 162.

<sup>283</sup> Kölner Kommentar-Mertens, § 93 AktG, Rn. 162.

<sup>284</sup> Kölner Kommentar-Mertens, § 93, AktG, Rn. 51/162; siehe auch: BGH, VersR 1986, S. 1089 (1090).

## 5. Eigene Analyse

Fraglich ist jedoch, ob die Hinweispflicht nicht möglicherweise losgelöst von der Betrachtung der Rechtsprechung, sie diene als Ausgleich für die strenge Verjährungsregel des § 51 b BRAO, zumutbar ist, ohne einen Verstoß gegen das Verbot der Selbstbezichtigung darzustellen.

Der Anwalt und der Mandant verfolgen unterschiedliche Interessen. Der Anwalt möchte sich keiner Hinweispflicht ausgesetzt sehen. Der Mandant, der meistens wenig von der Materie der Jurisprudenz versteht, möchte davon in Kenntnis gesetzt werden, dass der Anwalt einen Fehler begonnen hat, um Schadensersatzansprüche geltend machen zu können.

### a) Kein Verstoß aufgrund vergleichbarer gesetzlicher Regelung ?

Für eine Hinweispflicht ohne einen Verstoß gegen das Verbot der Selbstbezichtigung könnte sprechen, dass auch das Gesetz Ausnahmen von diesem Grundsatz macht.

§ 97 I S. 1, S. 2 InsO regelt die Auskunftspflicht und Mitwirkungspflicht des Schuldners im Insolvenzverfahren. Dabei kann eine Auskunft über alles, was das Insolvenzverfahren betrifft, gefordert werden<sup>285</sup>. Die Auskunftspflicht erstreckt sich nach § 97 I 1 S. 2 auch auf Angaben, durch die der Schuldner eine begangene strafbare Handlung offenbaren muss<sup>286</sup>.

Die entstehende Zwangslage berechtigt den Schuldner nicht, die Auskunft zu verweigern<sup>287</sup>. Der Gläubigerschutz ist somit dem Schutz vor Selbstbelastung vorrangig<sup>288</sup>.

---

<sup>285</sup> Wimmer-Arp, § 97 InsO, Rn. 11.

<sup>286</sup> Wimmer-Arp, § 97 InsO, Rn. 12.

<sup>287</sup> Wimmer-Arp, § 97 InsO, Rn. 12.

Jedoch sind dieser Annahme folgende Argumente entgegenzuhalten.

Art. 2 I GG ist ein Grundrecht mit Schrankenvorbehalt. Das Verbot der Selbstbezichtigung ist nur so weit garantiert, dass keine Rechte anderer verletzt werden<sup>289</sup>. Rechte anderer sind subjektive Rechte Dritter, die in der Rechtsordnung unter dem Grundgesetz Geltung haben<sup>290</sup>. Schon die Auslegung des damaligen § 100 KO (= § 97 I S. 1 InsO n.F.) war verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden<sup>291</sup>. Das Grundgesetz entschied die Spannungen zwischen einem Individuum und der Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Personen<sup>292</sup>. Somit musste sich daher der Einzelne im Rahmen des § 100 KO diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des allgemein zumutbaren vorsah, vorausgesetzt, dass dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt blieb<sup>293</sup>.

Im Insolvenzverfahren der nunmehr geltenden Insolvenzordnung steht meist eine Personenmehrheit im Hintergrund, die insgesamt großen finanziellen Schaden erleidet, wenn der Schuldner nicht die nötigen Informationen liefert. Das Gesetz hat die Spannungen Individuum-Gemeinschaft erneut im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit geregelt. § 97 I S. 1, S. 2 InsO spiegelt somit den Grundgedanken der Schranke wieder, dass das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit nur so weit geht, dass Rechte anderer nicht verletzt werden.

---

<sup>288</sup> Wittkowski, § 97 InsO, Rn. 7; Wimmer-Arp, § 97 InsO, Rn. 12.

<sup>289</sup> Seifert/Hömig, Art. 2, Rn. 7; siehe auch Rogall, S. 132/133; BVerfGE 14, S. 238 (249).

<sup>290</sup> Seifert/Hömig, Art. 2 GG, Rn. 7.

<sup>291</sup> BVerfG, NJW 1981, S. 1431 (1432); BVerfGE 56, S. 37 (49).

<sup>292</sup> BVerfGE 56, S. 37 (49).

<sup>293</sup> BVerfGE 56, S. 37 (49).

Zudem ist zu berücksichtigen, dass dem Schuldner durch die Möglichkeit der Restschuldbefreiung ein menschenwürdiges Dasein ermöglicht wird, indem es verhindert wird, dass er sein gesamtes Leben Schulden abzahlen hat. Er erhält folglich einen Ausgleich für den Verzicht auf den Schutz vor einer Selbstbeziehung, wenn er auf seine Zahlungsunfähigkeit aufmerksam macht und am weiteren Verfahren bestmöglich mitwirkt, wobei auch das Hinweisen auf eine Straftat dazugehört.

Ein weiterer Aspekt zeigt, dass seine Rechte lediglich begrenzt eingeschränkt werden. § 97 I S. 3 InsO macht im Zweipersonenverhältnis Ausnahmen vom Grundsatz, dass der Gläubigerschutz dem Schutz vor Selbstbeziehung vorrangig ist. Der Schuldner hat gegenüber einzelnen Insolvenzgläubigern grundsätzlich keine Auskunftspflicht<sup>294</sup>.

Zudem wird dieser Grundsatz sowohl im Mehrpersonenverhältnis als auch im Zweipersonenverhältnis in der Form eingeschränkt, dass gemäß § 97 I S. 3 InsO die Aussage des Schuldners nicht gegen seinen Willen in einem Strafverfahren gegen ihn verwertet werden darf<sup>295</sup>.

Insgesamt macht das Gesetz zwar eine Ausnahme vom Grundsatz der Selbstbeziehung. Diese ist jedoch schrankenkonform. Der Schuldner erhält vielmehr die Möglichkeit, durch das eingeleitete Insolvenzverfahren nach Erfüllung der Voraussetzungen der §§ 286 ff. InsO von seinen Restschulden befreit zu werden. Seine Situation ist folglich von den Rechtsfolgen her gesehen positiver als für einen Anwalt, da der Schuldner

---

<sup>294</sup> Wimmer-Arp, § 97 InsO, Rn. 2.

<sup>295</sup> Wimmer-Arp, § 97 InsO, Rn. 12.

letztlich weder Regresse noch eine strafrechtliche Verfolgung zu befürchten hat.

**b) Aspekt der Berufshaftpflichtversicherung  
gemäß § 51 BRAO**

Gemäß § 51 I S. 1 BRAO ist ein Anwalt verpflichtet, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen. Daher könnte argumentiert werden, dass auch er keine Befürchtungen zu haben braucht, den Mandanten auf einen Fehler und seine Regresspflichtigkeit hinzuweisen, da die Versicherung im Haftungsfall zahlt<sup>296</sup>. Dies könnte zugleich ein Argument für eine Hinweispflicht bedeuten, ohne gegen das Verbot der Selbstbezeichnung zu verstoßen.

Problematisch ist jedoch, dass die Versicherung gemäß § 51 IV S. 2 BRAO Schäden auf das Vierfache der Mindestversicherungssumme begrenzen kann. Zudem kann sie gemäß § 51 III S. 1-5 BRAO die Haftung für die dort aufgelisteten Fälle ausschließen. Dies hätte zur Folge, dass der Anwalt bei hohen Regressforderungen oder in den aufgelisteten Fällen aufgrund der Hinweispflicht und somit dem Zwang zur Selbstbezeichnung schlimmstenfalls seine Existenz verlieren kann<sup>297</sup>.

Das Gegenargument hierzu wäre, dass dem Mandanten dasselbe Schicksal drohen kann.

Es ist jedoch zu beachten, dass es dem Anwalt erlaubt ist, gemäß § 51 a I Nr. 1 BRAO durch eine Individualvereinbarung schriftlich die Haftung für jede Art der Fahrlässigkeit, also auch der groben

---

<sup>296</sup> Feuerich/Braun, § 51 BRAO, Rn. 2; siehe auch: Bundestagsdrucksache, 12. Wahlperiode, 4993, S. 7/8, 31/32; Bundesratsdrucksache, 93/93, S. 13/14/94; Bundesratsdrucksache, Empfehlungen, 504/1/94, S. 4/5; Werber, VersR 1996, S. 917-924.

<sup>297</sup> Siehe auch die kritischen Betrachtungen zu §§ 51, 51 a BRAO: Graf von Westphalen, ZIP 1995, S. 546-550; Reiff, AnwBl 1997, S. 3-15; Stobbe, AnwBl 1997, S. 16-19; siehe auch: Werber, VersR 1996, S. 917 (918).

Fahrlässigkeit, bis zur Höhe der Mindestversicherungssumme zu begrenzen<sup>298</sup>. Dem Mandanten steht es folglich frei, mit seinem Anwalt in einer individuellen Übereinkunft zu vereinbaren, dass sich die anwaltliche Haftung gegebenenfalls auf die gesetzliche Mindestversicherungssumme beschränkt.

Wie bereits analysiert ist zunächst davon auszugehen, dass es zu einem Vertragschluss kommen wird, wenn der Mandant davon überzeugt ist, dass der Anwalt ihm kompetent erscheint und seine Belange gut vertritt. Unwahrscheinlich ist hingegen, dass es dem Mandanten im Zeitpunkt der Auftragserteilung in den Sinn kommt, der Anwalt werde einen Fehler begehen. Es würde sich vielmehr widersprechen, einen Anwalt zu beauftragen und gleichzeitig seine persönliche Wahl anzuzweifeln. Wird nun der Mandant explizit darauf hingewiesen, dass es in diesem Mandat aufgrund der Komplexität oder sonstigen Gründen zu Fehlern kommen kann, so ist er davor gewarnt und kann immer noch den Vertragsschluss ablehnen. Schließt er jedoch diese Individualvereinbarung, so lässt er sich bewusst auf dieses Risiko ein, denn er weiß, dass Fehler auftreten können.

Dem kann wiederum entgegengehalten werden, dass der Mandant dies nur deshalb macht, weil er darauf vertraut, dass er zumindest einen Teil der Versicherungssumme zurückerstattet bekommt, er dazu jedoch zunächst einmal einen Hinweis erhalten müsste, dass ein Fehler erfolgte. Meines Erachtens kann es jedoch einem Mandanten zugemutet werden, Nachforschungen anzustrengen und sich gegebenenfalls anderweitig zu informieren, wie sich die Sachlage entwickeln würde, wenn er bewusst das Risiko der Haftungsbeschränkung eingeht. Es liegt dann im allgemeinen wirtschaftlichen Risikobereich des

---

<sup>298</sup> Feuerich/Braun, § 51 a BRAO, Rn. 5/6/7; Bundesratsdrucksache 93/93, S. 95; vgl.: Bundesratsdrucksache, Empfehlungen 504/1/94, S. 5.

Mandanten, wenn der Anwalt einen Fehler nicht bemerkt, oder zunächst einmal versucht einen Fehler zu beheben.

Weiterhin ist zu bedenken, dass der Rechtsanwalt für entsprechenden Versicherungsschutz sorgen muss. Jedoch sind ab einer bestimmten Höhe Versicherungsprämien wirtschaftlich kaum noch tragbar<sup>299</sup>. Viele Ersatzansprüche können zudem gemäß § 51 III BRAO durch die Versicherung ausgeschlossen werden.

Bedenkt man weiterhin, dass einem Anwalt eine Hinweispflicht bei jeder Art von Fehler auferlegt wird, die dann einhergeht mit einer Schadensmeldung, so ist es nicht auszuschließen, dass die Versicherungsgesellschaften die Prämien immer weiter erhöhen, oder versuchen werden, die Zahlungen einzugrenzen, um sich bestmöglich abzusichern<sup>300</sup>.

Die zunächst bezweckte Schadensverlagerung auf die Versicherung würde damit auf die Anwälte zurückverlagert.

Vergleichbare Probleme eröffnen sich auch bei den Haftungsbeschränkungen durch vorformulierte Vertragsbedingungen gemäß § 51 a I Nr. 2 BRAO<sup>301</sup>.

Die Zulässigkeit der Verwendung von vorformulierten Vertragsbedingungen hängt von zwei Vertragsbedingungen ab. Die Haftung kann zunächst nur für einfache Fahrlässigkeit beschränkt werden und ist maximal auf den vierfachen Betrag der Mindestversicherungssumme beschränkt. Die ursprünglich im Regierungsentwurf in § 51 a BRAO vorgesehene Möglichkeit der Beschränkung für jede Art der Fahrlässigkeit ist auf Drängen des Bundesrates auf Fälle einfacher Fahrlässigkeit

---

<sup>299</sup> So Feuerich/Braun, § 51 a BRAO, Rn. 6; Zugehör, NJW 1995, Beilage, S. 1 (5).

<sup>300</sup> Vgl. hierzu: BGH, VersR 1986, S. 1089 (1090).

<sup>301</sup> Siehe auch: Stobbe, AnwBl 1997, S. 16-19.

beschränkt worden<sup>302</sup>. Grob fahrlässiges Fehlverhalten soll danach grundsätzlich nicht schutzwürdig sein<sup>303</sup>. Für die Anwaltschaft birgt diese Vorschrift jedoch große Risiken<sup>304</sup>, weil bei der Auswertung der Rechtsprechung auffällt, dass der BGH eine sehr strenge Auslegung vornimmt, indem er nur in wenigen Fällen von einer einfachen Fahrlässigkeit ausgeht<sup>305</sup>.

Haftet die Versicherung lediglich für leichte Fahrlässigkeit, nicht jedoch für grobe Fahrlässigkeit, wie es die Rechtsprechung häufig als solche auslegt<sup>306</sup>, dann ist das Risiko sehr hoch, dass die Versicherung nicht für Ersatzansprüche haftet. Der Existenzverlust des Anwalts ist dann bei hohen Schadenssummen vorprogrammiert. Es wäre anmaßend, von einem Anwalt die Selbstbezeichnung zu verlangen und sich seinem Ruin selbst auszusetzen, zumal die Mandanten aufgrund ihrer Zustimmung bei Vertragsschluss vorgewarnt sind und wissen, dass ein solcher Fall eintreten kann.

Auch die Tatsache, dass ein Anwalt eine Berufshaftpflichtversicherung abschließen muss, die dazu führt, dass die Versicherung in bestimmten Situationen für die Haftungsfälle eintritt, erlaubt es folglich nicht, dem Anwalt eine Hinweispflicht aufzuerlegen, ohne dass dabei ein Verstoß gegen das Verbot der Selbstbezeichnung gemäß Art. 2 I GG i.V.m. Art 1 I GG vorliegt.

Gegen die Meinung Zugehör<sup>307</sup> ist daher einzuwenden, dass der Mandant zwar für eine fehlerfreie und vollständige Erledigung des Auftrags bezahlt, er aber oftmals

---

<sup>302</sup> Bundesratsdrucksache, Empfehlungen 504/1/94, S. 5.

<sup>303</sup> Bundesratsdrucksache, Empfehlungen 504/1/94, S. 5.

<sup>304</sup> Feuerich/Braun, § 51 a BRAO, Rn. 7.

<sup>305</sup> BGH, NJW 1994, S. 1211 (1213); BGH, NJW 1994, S. 1472 (1473); BGH, NJW 1993, S. 2676 (2677); BGH, NJW 1993, S. 3259 (3260), Feuerich/Braun, § 51 a BRAO, Rn. 7.

<sup>306</sup> Siehe Feuerich/Braun, § 51 a BRAO, Rn. 7.

aufgrund der vertraglichen Haftungsausschlüsse davor gewarnt ist, dass Fehler passieren können und dieses Risiko bewusst eingeht.

Die Hinweispflicht gehört zudem meiner Meinung nach nicht zu einer freiwillig übernommenen umfassenden Vertragspflicht, denn wie bereits eingangs erläutert, sind die meisten Anwaltpflichten durch die Rechtsprechung auferlegt und somit zwangsweise zu erfüllen.

### **c) Ergebnis**

Insgesamt ergibt sich daher, dass die Hinweispflicht nicht mit dem Verbot der Selbstbezeichnung im Sinne von Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG vereinbar ist.

## **IV. Endergebnis**

Die Hinweispflicht eines Anwalts ist somit insgesamt unbegründet.

---

<sup>307</sup> Zugehör, NJW 1995, Beilage, S. 1 (16).

## D: Hinweispflicht anderer Selbständiger im Vergleich

Die Rechtsprechung begründete im Laufe der Jahre sowohl im Rahmen der Steuerberaterhaftung als auch im Rahmen der Architektenhaftung eine Hinweispflicht auf einen Fehler.

Bedeutend ist dabei, dass die Konstituierung der Hinweispflicht eines Steuerberaters erneut aufgrund einer kurzen Verjährungsfrist erfolgte, wie es schon bei der Haftung des Rechtsanwalts der Fall war.

Ärzten hingegen auferlegt die Rechtsprechung keine Hinweispflicht. Sie müssen lediglich im Rahmen ihrer Aufklärungspflicht dafür sorgen, dass eine Versorgung des Patienten bestmöglich gewährleistet ist.

### **I. Die Hinweispflicht des Steuerberaters**

#### **1. Die Begründung der Hinweispflicht durch die Rechtsprechung**

1982 bejahte der Bundesgerichtshof entgegen der überwiegenden instanzgerichtlichen Rechtsprechung<sup>308</sup> die Verpflichtung des Steuerberaters, auf einen gegen sich selbst gerichteten Schadensersatz hinzuweisen<sup>309</sup>. Zudem erklärte der BGH, dass der Steuerberater darüber hinaus seinen Mandanten auch darauf hinweisen muss, dass der sich aus der Pflichtverletzung ergebende

---

<sup>308</sup> LG Stuttgart, StB 1977, S. 80 (81); LG Stuttgart, StB 1977, S. 82 (84); OLG Stuttgart, StB 1977, S. 263 (263); LG, Frankfurt, StB 1978, S. 14 (15); LG Koblenz, DStR 1978, S. 162 (165); OLG Celle, DStR 1978, S. 682 (683); OLG Zweibrücken, StB 1982, S. 66 (68); so auch van Veenroy, DB 1981, S. 2364 (2370); Bartelt, DStR 1978, S. 520 (521); siehe auch die Hinweise bei Späth, StB 1984, S. 109 (S. 111, Fn. 29); Mutze, StB 1977, S. 149 (152); Meßmer, Anmerkung, DStR 1982, S. 297 (299).

<sup>309</sup> BGHZ 83, S. 17-27 = BGH, NJW 1982, S. 1285-1288.

Schadensersatzanspruch innerhalb von drei Jahren verjährt<sup>310</sup>.

Der BGH argumentierte, dass schon einem Rechtsanwalt eine solche Hinweispflicht auf den von ihm begangenen Fehler und insbesondere auch auf die für den Schadensersatz geltende Verjährungsfrist auferlegt wurde, so dass es nahe läge, für steuerberatende Berufe die gleiche Verpflichtung anzunehmen<sup>311</sup>. Das Berufsbild des Rechtsanwalts einerseits und das des Steuerberaters andererseits stimmten weitgehend überein, da beide in der rechtlichen Beratung und Erledigung von Rechtsangelegenheiten für die Mandanten tätig seien<sup>312</sup>. Eine Aushöhlung des § 68 StBerG liege nicht vor, da dieser Vorwurf auch nicht bei § 51 BRAO (§ 51 b BRAO n. F.) erhoben werden könne<sup>313</sup>.

Steuerberater stünden häufig zu ihren Mandanten in einem engen Vertrauensverhältnis, welches die vertragliche Treuepflicht und die daraus entspringenden Pflichten verstärke<sup>314</sup>.

Zudem verstoße der Steuerberater auch nicht gegen § 1 RBerG, wenn er über die Möglichkeit der eigenen Haftung vor der Verjährung dieses Anspruchs aufzuklären habe, da es sich nicht um eine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, sondern lediglich um eine Rechtsberatung im Sinne des § 1 StBerG handele<sup>315</sup>.

Schließlich erläuterte der BGH die identische Interessenlage bei Anwälten und Steuerberatern in Bezug auf die Verjährungsregelungen.

Die Verjährungsregelung des § 51 BRAO (§ 51 b BRAO n. F.) sei im Ergebnis nur dann mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar, wenn dem Anwalt eine

---

<sup>310</sup> BGHZ 83, S. 17 (23).

<sup>311</sup> BGHZ 83, S. 17 (23).

<sup>312</sup> BGHZ 83, S. 17 (22/23).

<sup>313</sup> BGHZ 83, S. 17 (23/24).

<sup>314</sup> BGHZ 83, S. 17 (24).

<sup>315</sup> BGHZ 83, S. 17 (24).

entsprechende Hinweispflicht auferlegt werde<sup>316</sup>. Dies gelte auch für den bewusst dem § 51 BRAO (§ 51 b BRAO n. F.) nachgebildeten § 68 StBerG<sup>317</sup>.

## 2. Entstehungszeitpunkt der Hinweispflicht

Die Hinweispflicht kann grundsätzlich erst dann bestehen, wenn ein Schaden eingetreten ist. Im Rahmen der Steuerberaterhaftung ist der Entstehungszeitpunkt des ursprünglichen Schadens, der zum Primäranspruch des Mandanten führt, erst ab der Schlussbesprechung und somit nach der Außenprüfung gegeben<sup>318</sup>. Dieser Zeitpunkt wurde trotz des Wortlauts des § 68 StBerG gewählt, um dem Mandanten die Möglichkeit zu bieten, Schadensersatzansprüche, die erst bei späteren Betriebsprüfungen ersichtlich werden, noch geltend machen zu können<sup>319</sup>.

---

<sup>316</sup> BGHZ 83, S. 17 (26); Spätere Entscheidungen verweisen in der Regel mit einem Hinweis auf das Grundsatzurteil: BGH, StB 1982, S. 256 (258/259); BGH, StB 1990, S. 419 (420); BGH, StB 1990, S. 346 (348); OLG Schleswig, DStR 1984, S. 665 (666); siehe auch: BGH, StB 1991, S. 336 (339).

<sup>317</sup> BGHZ 83, S. 17 (26).

<sup>318</sup> BGHZ 73, S. 363 (363); BGH, NJW 1979, S. 2211 (2212); BGHZ 83, S. 17 (20); BGH, NJW 1986, S. 1162 (1163); BGH, NJW 1985, S. 1964 (1965); BGH, WM 1986, S. 426 (429); Brinker, S. 39.

<sup>319</sup> BGH, NJW 1982, S. 1285 (1286); OLG München, VersR 1977, S. 871 (871); vanVenroy, DB 1981, S. 2364 (2368); BHSStB, § 68 StBerG, Rn. 821.1, 821.2, 821.3;

Dieser Zeitpunkt erklärt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 68 StBerG. Für die Haftung des Steuerberaters galt zunächst ebenso wie ursprünglich für die Haftung des Rechtsanwalts eine 30 jährige Verjährungsfrist. Erst § 29 a des Steuerberatungsgesetzes von 1972, der später mit unverändertem Wortlaut in § 68 StBerG übernommen wurde, wurde dem § 51 b BRAO nachgebildet und beschränkte die 30 jährige Frist auf drei Jahre. Gesetzgeberisches Motiv war der Wunsch, die Verjährung von Schadensersatzansprüchen aus Steuerberatungsverträgen der Regelung für Anwälte anzupassen. Jedoch wurde die Lösung des § 51 b 2. Alt. BRAO, nach der Ansprüche spätestens in drei Jahren nach der Beendigung des Auftrages verjähren, nicht mit in den § 68 StBerG aufgenommen. In der Ausschlusssitzung vom 4.11.1971 regte der Vertreter des Bundesfinanzministeriums an, die Worte „spätestens jedoch in drei Jahren nach der Beendigung des Auftrages“ zu streichen, weil der Mandant auch im Falle späterer Betriebsprüfungen noch Ersatzansprüche stellen können müsse. Problematisch ist, dass dieses Anliegen, dass der Mandant auch dann noch Schadensersatzansprüche gelten machen können soll, wenn die Finanzbehörde erst Jahre später einen Fehler des Steuerberaters aufdeckt, nicht explizit als Normbestandteil des § 68 StBerG existiert, sondern lediglich § 51 b 1. Alt. BRAO in Form des § 68 StBerG gesetzlich übernommen wurde. Trotz fehlender gesetzlicher Regelung wendet die Praxis diese Grundsätze an. Siehe zur Entwicklungsgeschichte auch: BGHZ 83, S. 17 (20); Eckert, NJW 1989, S. 2081 (2083); BGBI 1972, Teil 1, S. 1401 (1403).

Die Hinweispflicht entsteht, wenn der Steuerberater von seinem Fehler weiß<sup>320</sup> oder bei pflichtgemäßem Verhalten von dem Fehler insofern wissen müsste, als er begründeten Anlass gehabt hat, sein eigenes Verhalten zu überprüfen<sup>321</sup>. Ein begründeter Anlass kann sich ergeben, wenn sich ein Steuerberater bei der Anfertigung von Steuerklärungen für andere Veranlagungszeiträume oder bei einer Teilnahme an einer Außenprüfung des Finanzamts mit dem gleichen Problem zu befassen hat, dessen falsche Behandlung ihn zuvor regresspflichtig machte<sup>322</sup>.

Sofern der Steuerberater jedoch erst nach Verjährung des Primäranspruchs von seinem Fehler Kenntnis erlangt, ist ein Unterbleiben der Hinweispflicht ohne Rechtsfolgen<sup>323</sup>. Insgesamt besteht die Hinweispflicht grundsätzlich bis zum Mandatsende<sup>324</sup>.

### 3. Der Sekundäranspruch<sup>325</sup>

Die schuldhafte<sup>326</sup> Verletzung der Hinweispflicht hat zur Folge, dass es dem Steuerberater verwehrt ist, sich auf die eingetretene Verjährung des Primäranspruchs zu

---

<sup>320</sup> OLG Schleswig, Anmerkung Späth, DStR 1984, S. 665 (667), LG Bad Kreuznach, Anmerkung Späth, DStR 1987, S. 736 (737/738).

<sup>321</sup> BGH, NJW 1991, S. 2828 (2830); BGH, WM 1985, S. 1035 (1038).

<sup>322</sup> BGH, NJW 1991, S. 2828 (2830).

<sup>323</sup> OLG Schleswig, Anmerkung Späth, DStR 1984, S. 665 (667); Späth, S. 462, Rn. 457.

<sup>324</sup> LG Essen, StB 1988, S. 282 (283); LG Paderborn, StB 1988, S. 391 (392); LG Düsseldorf, StB 1989, S. 83 (83); LG Hannover, StB 1989, S. 164 (164); OLG Hamburg, DStR 1990, S. 187 (188); OLG Nürnberg, DStR 1990, S. 534 (535); BHStB, § 68 StBerG, Rn. R 821.23.

<sup>325</sup> Es erfolgt hier lediglich ein kurzer Überblick über den Sekundäranspruch. Ausführliche Erläuterungen hierzu finden sich bei Stoecker, S. 126–132.

<sup>326</sup> BHStB, § 68 StBerG, Rn. R 821.13; OLG München, Anmerkung Späth, DStR 1991, S. 198 (199): Dabei ist die den ursprünglichen Regressfall auslösende Pflichtverletzung nicht mit der den Sekundäranspruch auslösenden Pflichtverletzung identisch. Diese neue Pflichtverletzung liegt in dem Verjährenlassen des Primäranspruchs.

berufen<sup>327</sup>. Auch bei der Steuerberaterhaftung kreiert der BGH folglich den sogenannten Sekundäranspruch<sup>328</sup>. Die Verletzung der Hinweispflicht muss jedoch nicht nur schuldhaft erfolgt, sondern auch ursächlich dafür sein, dass der Mandant den Primäranspruch hat verjähren lassen<sup>329</sup>. Hinsichtlich der Verjährung des Sekundäranspruchs herrscht Einigkeit darüber, dass für diesen die dreijährige Frist des § 68 StBerG gilt und die Verjährungsfrist mit dem Eintritt der Primärverjährung beginnt<sup>330</sup>.

#### 4. Ausschluss der Hinweispflicht

Eine Hinweispflicht entfällt, wenn der Mandant rechtzeitig vor Ablauf der Primärverjährung im Hinblick auf die Regressfrage anwaltlich beraten wird<sup>331</sup>. Der Beratung durch einen Anwalt steht es gleich, wenn der Mandant von einem Steuerberater auf die zum Schadensersatz verpflichteten Fehler seines vormaligen Steuerberaters hingewiesen wird<sup>332</sup>. Aber auch ohne anderweitige Beratung geht die Rechtsprechung von einem Ausschluss der Hinweispflicht aus, wenn dem Mandanten alle den Schadensersatz begründenden Ansprüche bekannt sind<sup>333</sup>.

---

<sup>327</sup> BHSStB, § 68 StBerG, Rn. R 821.13; BHSStB, § 68 StBerG, Rn. R 821.17; Späth, S. 462, Rn. 456.

<sup>328</sup> Kritisch hierzu: Eckert, NJW 1989, S. 2081 (2084/2085); siehe auch: van Veenroy, DB 1981, S. 2364 (2371).

<sup>329</sup> BGH, MDR 1986, S. 313 (314); siehe auch: BGH, VersR 1985, S. 661 (663).

<sup>330</sup> BGH, WM 1990, S. 1915 (1916); LG Essen, StB 1988, S. 282 (282); Zur Problematik der Fallkonstellation, in der das Mandat noch vor Ablauf der Primärverjährung beendet wird siehe Stoeker, S. 130.

<sup>331</sup> BGH, NJW 1982, S. 1288 (1289); BGH, NJW 1982, S. 1532 (1533); OLG Köln, StB 1983, S. 76 (77); LG Stuttgart, DStR 1990, S. 751 (751), LG Aurich, StB 1990, S. 244 (246); BGH, ZiP 1982, S. 592 (594); BGH, VersR 1985, S. 661 (663); BHSStB, § 68 StBerG, Rn. 823.44 = LG Köln, Anmerkung Späth, DStR 1995, S. 1606 (1608).

<sup>332</sup> LG Düsseldorf, StB 1989, S. 83 (84); OLG Hamburg, DStR 1990, S. 187 (188).

<sup>333</sup> OLG Nürnberg, DStR 1990, S. 534 (535).

## 5. Bearbeitung von Rechtsangelegenheiten durch Steuerberater

Der BGH wehrt in seiner Begründung zur Hinweispflicht die Kritik<sup>334</sup> ab, dass diese Pflicht gegen § 1 RBERG verstößt<sup>335</sup>. § 1 RBERG verbiete den Angehörigen der steuerberatenden Berufe nicht schlechthin eine rechtsberatende und rechtsbesorgende Tätigkeit, sondern lediglich eine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten<sup>336</sup>. Das Rechtsverhältnis zwischen dem steuerlichen Berater und seinem Mandanten sei aber für jenen keine fremde Rechtsangelegenheit<sup>337</sup>.

### a) Fremde Rechtsangelegenheit i.S.d. § 1 I S. 1 RBERG

Gemäß § 1 I S. 1 RBERG muss es sich bei einer Besorgung von Rechtsangelegenheiten einschließlich der Rechtsberatung<sup>338</sup> um eine fremde Angelegenheit handeln. Fremde Rechtsangelegenheiten sind solche, die nicht in den eigenen Persönlichkeitsbereich fallen<sup>339</sup>.

Problematisch ist jedoch, dass § 1 RBERG gemäß § 4 I, S. 1 RBERG nicht für Angelegenheiten gilt, die das Steuerrecht betreffen, denn dafür ist gemäß § 4 II RBERG das Steuerberatergesetz maßgebend<sup>340</sup>.

---

<sup>334</sup> Kritisch hierzu: Späth, S. 456/457, Rn. 452.

<sup>335</sup> BGHZ 83, S. 17 (24)

<sup>336</sup> BGHZ 83, S. 17 (24).

<sup>337</sup> BGHZ 83, S. 17 (24); siehe auch: Kolbeck/Peter/Rawald, § 68 StBerG, Rn. 100.

<sup>338</sup> Siehe hierzu: Paulick, StB 1983, S. 1 (2): Rechtsberatung im Sinne des Rechtsberatungsgesetzes ist Rechtsraterteilung in einem konkreten Einzelfall. Darunter fallen z.B. die Aufklärung über die Rechtslage in einer Rechtssache des praktischen Lebens sowie die Aufklärung über die Möglichkeiten, aus der gegebenen Rechtslage Folgerungen zu ziehen.

<sup>339</sup> LG Flensburg, AnwBl 1962, S. 23 (23).

<sup>340</sup> Siehe auch: Gehre, § 33 StBerG, S. 98, Rn. 13.

Zudem ist es dem Steuerberater gemäß § 4 III RBERG nicht erlaubt, Rechtsbesorgungen in sonstigen Angelegenheiten zu tätigen, die nicht unter § 4 I RBERG fallen.

Als „sonstige Rechtsangelegenheiten“ sind solche Angelegenheiten zu verstehen, die zu irgendeinem Rechtsgebiet gehören, rechtliche Interessen einer Person berühren und für die Beteiligten unmittelbar<sup>341</sup> rechtliche Wirkungen auslösen<sup>342</sup>. Wirkungen dieser Art sind entweder auf Rechtsverwirklichung, d.h. auf Durchsetzung, Sicherung und Klarstellung von Rechten gerichtet, oder sie zielen auf die Schaffung oder Veränderung von Rechtsverhältnissen ab<sup>343</sup>.

Die Hinweispflicht wird als vertragliche Haupt- bzw. Nebenpflicht angesehen<sup>344</sup>, die es zum Ziel hat, den Regressanspruch des Mandanten zu sichern und die möglicherweise drohende Verjährung zu verhindern. Die Hinweispflicht des Steuerberaters ist daher eine sonstige Rechtsangelegenheit, die unmittelbar rechtliche Wirkungen auslöst und somit gegen § 4 III RBERG verstößt.

## **b) Ergebnis**

Die Argumentation des BGH, dass es sich nicht um eine fremde Rechtsangelegenheit handelt, sondern um eine eigene Rechtsangelegenheit, kommt somit überhaupt nicht zum tragen<sup>345</sup>. Selbst, wenn ein Steuerberater durch den Hinweis auf den Regressanspruch und den Lauf der Verjährung eine eigene Rechtsangelegenheit tätigen

---

<sup>341</sup> Vgl.: Paulick, StB 1983, S. 1 (2/3).

<sup>342</sup> Hoffmann, DStR 1987, S. 250 (251).

<sup>343</sup> LG Flensburg, AnwBl 1962, S. 23 (23); Hoffmann, DStR 1987, S. 250 (251).

<sup>344</sup> Siehe oben Fußnote 10: BGH, WM 1990, S. 815 (817); BGH, NJW 1993, S. 1320 (1322); Borgmann/Haug, S. 303, Rn. 34; Vollkommer, § 4 II, S. 261, Rn. 465; Brinker, S. 48.

<sup>345</sup> Siehe auch Späth, S. 457, Rn. 452: Späth sieht die Behauptung des BGH als unhaltbar und als eine Umgehung des Gesetzeswortlauts des § 1 I RBERG an. Der Schadensersatzanspruch ist seiner Meinung nach ein solcher des Mandanten und dieser sei aus der Sicht des Berufsangehörigen fremd.

würde, so wäre diese Aufklärung doch eine sonstige Rechtsangelegenheit i.S.d. § 4 III RBERG, die nicht von Steuerberatern getätigt werden dürfte.

## **6. Vergleichende Betrachtung**

Problematisch ist, dass die Rechtsprechung außer dem Aspekt, dass die Hinweispflicht nicht gegen § 1 RBERG verstößt, keine spezifisch auf den Beruf des Steuerberaters zielenden Argumente zur Begründung der Hinweispflicht herangezogen hat, sondern ihre Rechtfertigung nur durch eine vergleichende Betrachtung mit dem Berufsbild des Rechtsanwalts erlangt.

Die Gründe, die der BGH zur Rechtfertigung der Hinweispflicht des Anwalts herangezogen hat, sind jedoch insgesamt nicht haltbar, so dass grundsätzlich die Annahme naheliegt, dass eine Hinweispflicht eines Steuerberaters nicht haltbar ist<sup>346</sup>.

Aber selbst, wenn man diese bereits im Rahmen der Anwaltshaftung analysierten Punkte einmal außer Acht lässt, ergibt sich, dass schon aufgrund der unterschiedlichen Ausbildung von Volljuristen und Steuerberatern eine Hinweispflicht des Steuerberaters nicht tragbar ist.

### **a) Juristische Ausbildung**

Ein Grund, weshalb der BGH Rechtsanwälten eine Hinweispflicht auferlegt, ist die umfassende juristische

---

<sup>346</sup> Siehe unter der Überschrift 7.: „Weitere Aspekte“.

Ausbildung, die ein Anwalt während seines Studiums erfährt<sup>347</sup>.

Einem Steuerberater hingegen fehlt grundsätzlich die Qualifikation eines Volljuristen, aufgrund derer er seinen Mandanten insbesondere über Verjährungsvorschriften fachkundig beraten kann<sup>348</sup>. Ein wesentlicher Grund für die geringere Qualifikation liegt in der vorwiegend steuerrechtlichen Ausbildung, bei der im Gegensatz zur rechtswissenschaftlichen Ausbildung kein umfassendes rechtliches Grundwissen vermittelt wird<sup>349</sup>. Prüfungsgebiete der Steuerberaterprüfung sind gemäß § 37 a StBerG in Bezug auf zivilrechtliche Gebiete allenfalls die Grundzüge des Bürgerlichen Rechts und des Wirtschaftsrechts.

Vielmehr ist es Steuerberatern, wie schon mehrfach erwähnt, trotz ihrer Befugnis zur uneingeschränkten Hilfeleistung gemäß § 4 III RBerG nicht erlaubt, allgemeine Rechtsberatung zu betreiben<sup>350</sup>. Ihre Aufgabe liegt im Wesentlichen darin, dem Mandanten den steuertechnisch erforderlichen und für diesen günstigen Weg aufzuzeigen und ihn bestmöglichst zu beraten<sup>351</sup>.

Zwar könnte dem entgegengehalten werden, dass es mehrere Qualifikationsmöglichkeiten gemäß § 36 StBerG gibt, die Prüfung als Steuerberater abzulegen. Ein Steuerberater kann somit auch ein Volljurist sein, der weitere Prüfungen zum Steuerfachanwalt absolviert hat und sich demzufolge auch mit Verjährungsfristen auskennt. Jedoch ist davon auszugehen, dass der BGH diese Berufsgruppe der

---

<sup>347</sup> BGH, NJW 1975, S. 1655 (1657); später auch: BGH, NJW 1982, S. 1285 (1287).

<sup>348</sup> So auch Späth, S. 458, Rn. 452; BStB, § 68 StBerG, Rn. R 821.13 = siehe auch: BGH, VersR 1982, S. 1053 (1053). Siehe auch: BGHZ 83, S. 17 (25/26): Eng einhergehend mit der umfassenden Ausbildung ist nach Meinung des BGH das Argument der Sachkunde. Ein Anwalt sei seinen Mandanten an Rechtskenntnissen weit überlegen, so dass dieser Aspekt es rechtfertige, dem Rechtsanwalt eine Hinweispflicht aufzuerlegen.

<sup>349</sup> Hoffmann, DStR 1987, S. 250 (251); siehe auch: Eckert, NJW 1989, S. 2081 (2086).

<sup>350</sup> Die Erteilung eines allgemeinen Rechtsrates ist nur dann erlaubt, wenn sie in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Steuerberaterhaftung steht und dieser notwendigerweise dient: Paulick, StB 1983, S. 1 (3); Späth, S. 275/276, Rn. 278.

Steuerberater nicht gemeint hat, weil er in seinem Urteil die Aufgaben der Steuerberater mit denen der Rechtsanwälte vergleicht. Ein Steuerfachanwalt ist jedoch ein Rechtsanwalt, der sich in Steuersachen weitergebildet hat<sup>352</sup>.

Vielmehr ist daher davon auszugehen, dass der BGH diejenigen Steuerberater anspricht, die den klassischen Weg der Ausbildung in Form einer Lehre bestritten haben.

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass auch Richter und Notare Volljuristen sind und somit über eine umfassende juristische Ausbildung verfügen. Für diese Berufsgruppen besteht jedoch keine Hinweispflicht. Der BGH dürfte jedoch nicht willkürlich den Anwälten und Steuerberatern eine solche Pflicht auferlegen, während er es bei anderen Berufsgruppen unterlässt<sup>353</sup>.

Bei vergleichender Betrachtung der Berufsausbildung der Steuerberater mit der der Anwälte und anderer Volljuristen wird somit deutlich, dass einem Steuerberater die Hinweispflicht nicht auferlegt werden dürfte<sup>354</sup>.

#### **b) Unterschiedliche Handhabung von Verjährungsvorschriften**

Auffällig ist, dass für Notare und Richter, die keiner Hinweispflicht unterliegen, die Verjährungsvorschrift des § 852 I BGB gilt<sup>355</sup>. Bei dieser Vorschrift wird die Verjährung an das Wissen des Berechtigten von seinem

---

<sup>351</sup> Späth, S. 456, Rn. 452.

<sup>352</sup> Allgemein zu sogenannten „Mehrfachberuflern“: Späth, DSStR 1977, S. 628 (629); Brinker, S. 18; BGH, NJW 1987, S. 3136 (3137).

<sup>353</sup> Siehe auch Taupitz, S. 13.

<sup>354</sup> So auch Eckert, NJW 1989, S. 2081 (2085).

<sup>355</sup> Palandt, § 852, Rn. 12/13.

Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen geknüpft<sup>356</sup>, so dass sie für den Mandanten von Vorteil ist.

Es liegt daher der Verdacht nahe, dass eine Hinweispflicht einzig aufgrund der weniger mandantenfreundlichen Verjährungsregel des § 68 StBerG geschaffen wurde<sup>357</sup>.

Tatsächlich erscheint dem BGH § 68 StBerG nicht mandantengerecht<sup>358</sup>. Es ließe sich der § 68 StBerG nur mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbaren, wenn zum Ausgleich strenge Anforderungen an die Berater gestellt würden<sup>359</sup>. Dies sei durch eine Hinweispflicht auf Regressansprüche und die Verhinderung der Verjährung gewährleistet<sup>360</sup>.

Der Gesetzgeber hat jedoch eindeutig den Verjährungsbeginn ab Entstehung des Anspruchs, nicht jedoch ab Kenntnis und zudem eine Verkürzung der ursprünglich 30 jährigen Verjährungsfrist gewollt<sup>361</sup>. Insgesamt wurde § 68 StBerG bewusst dem § 51 b BRAO nachgebildet<sup>362</sup>.

### **c) Ergebnis**

Die Argumentation des BGH zur Hinweispflicht des Steuerberaters gegen sich selbst ist daher nicht überzeugend. Vielmehr wird deutlich, dass erneut versucht wurde, die für den Mandanten ungünstige Verjährungsnorm des § 68 StBerG durch eine Hinweispflicht zu entschärfen.

### **7. Weitere Aspekte**

---

<sup>356</sup> Palandt, § 852, Rn. 4.

<sup>357</sup> So auch Eckert, NJW 1989, S. 2081 (2086).

<sup>358</sup> BGHZ 83, S. 17 (26).

<sup>359</sup> BGHZ 83, S. 17 (26).

<sup>360</sup> BGHZ 83, S. 17 (26).

<sup>361</sup> BHSStB, § 68 StBerG, Rn. 821.01.

Der BGH argumentiert, dass eine Beratung und Überwachung des Ergebnisses des Steuerberaters durch einen zweiten Steuerberater das Vertrauensverhältnis zwischen dem Mandanten und seinem Steuerberater schädigen kann<sup>363</sup>. Wie jedoch bereits festgestellt, trifft dieses Argument im Rahmen der Anwaltshaftung nicht zu, da die Mandanten insbesondere bei Haftungsbeschränkungen wissen, worauf sie sich einlassen. Diese Haftungsbeschränkung gilt aber auch bei Steuerberatern<sup>364</sup>, so dass auf die obige Argumentation verwiesen werden kann<sup>365</sup>.

## **8. Endergebnis**

Insgesamt ist daher die Hinweispflicht der Steuerberater ungerechtfertigt.

---

<sup>362</sup> BGHZ 83, S. 17 (22): Der BGH weist in seiner Urteilsbegründung selbst darauf hin.

<sup>363</sup> BGHZ 83, S. 17 (26).

<sup>364</sup> Siehe § 67 a StBerG.

<sup>365</sup> Siehe oben, S. 67/68.

## II. Die Hinweispflicht des Architekten

### 1. Die Pflichten des Architekten

Die eigentliche Aufgabe eines Architekten besteht darin, das Bauobjekt zu planen sowie die Vergabe der Bauleistungen vorzubereiten und bei ihr mitzuwirken<sup>366</sup>. Zudem hat er die Ausführungen des Objekts zu überwachen, so dass eine mangelfreie und rechtzeitige Herstellung des versprochenen Werkes gemäß §§ 631, 633, 209, 271 BGB gewährleistet ist<sup>367</sup>. Aufgrund dessen bezeichnen die Rechtsprechung und das Schrifttum den Architekten, der das Bauobjekt plant und dazu zumindest in die Vergabe der Bauleistungen eingeschaltet ist, als Sachwalter des Bauherrn<sup>368</sup>.

Weiterhin muss der Architekt z.B. während der gesamten Bauabwicklung Koordinierungs- und Beratungspflichten tätigen, die sich auf die Auswahl der Bauunternehmer, die Baumethoden und die Kosten der Baumaßnahmen beziehen<sup>369</sup>. Darüber hinaus unterliegt der Architekt einer Verschwiegenheits- sowie Auskunftspflicht<sup>370</sup>. Zudem hat er eine Pflicht zur Einsichtsgewährung in Bauakten und eine Verwahrungspflicht für Unterlagen<sup>371</sup>.

Dagegen hat der BGH klargestellt, dass das in § 15 II HOAI dargestellte Leistungsbild keine Leistungspflicht begründet, sondern nur Honorarbestandteile beinhaltet<sup>372</sup>, weil die HOAI keine dispositiven Vertragsinhalte, wie

---

<sup>366</sup> Schmalzl, S. 4; Häring, S. 77 ff.

<sup>367</sup> Schmalzl, S. 4; Häring, S. 77 ff.; ausführlich zum Architektenvertrag : Kohlhammer - *Groscurth*, Band 1, Teil II, S. 10, Rn. 3 ff.

<sup>368</sup> Schmalzl, S. 5; Locher/Koeble/Frik, Einleitung, S. 166, Rn. 44; BGHZ 71, S. 144 (149); BGH, NJW 1996, S. 1278 (1279).

<sup>369</sup> Locher/Koeble/Frik, Einleitung, S. 166, Rn. 44.

<sup>370</sup> Locher/Koeble/Frik, Einleitung, S. 166, Rn. 44; Häring, S. 81 ff.

<sup>371</sup> Häring, S. 82/83.

<sup>372</sup> BGH, NJW 1997, S. 586 (587); BGH, NJW 1999, S. 427 (427); Jagenburg/Kesselring, NJW 1999, S. 2628 (2636).

etwa das Vertragsrecht des besonderen Schuldrechts, regelt<sup>373</sup>.

Für die Frage, was der Architekt zu leisten hat, ist daher nach der Meinung des BGH allein der geschlossene Werkvertrag nach Maßgabe der Regelung des BGB und der dazu im Einzelnen getroffenen Vereinbarung von Bedeutung<sup>374</sup>.

## 2. Allgemeines zur Haftung des Architekten

Der Architekt hat die Verpflichtung sein Werk so zu erbringen, dass es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit nach dem gewöhnlichen oder dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern<sup>375</sup>.

Der Architekt haftet dabei sowohl für Planungs- und Bauaufsichtsfehler im technischen Bereich als auch für wirtschaftliche Fehler<sup>376</sup>.

Der primäre Schadensersatzanspruch gegen den Architekten verjährt gemäß § 638 I S. 1 BGB in fünf Jahren ab Abnahme des Architektenwerks, es sei denn, der Architekt hat den zur Gewährleistung verpflichteten Mangel arglistig verschwiegen<sup>377</sup>. Das Anlaufen der Frist beginnt dann, wenn der Architekt alles getan hat, was ihm nach dem Vertrag obliegt<sup>378</sup>. § 638 I S. 1 BGB gilt dabei nicht nur für die materiellen Bestandteile einer

---

<sup>373</sup> BGH, NJW 1997, S. 586 (587).

<sup>374</sup> BGH, NJW 1987, S. 586 (587); BGH, NJW 1999, S. 427 (427).

<sup>375</sup> Locher/Koebler/Frik, Einleitung, S. 166, Rn. 44; Häring, S. 77; siehe auch Palandt, § 633, Rn. 2 c; eine ausführliche Auflistung von Beispielen findet sich bei Kohlhammer - *Dohna*, Band 1, Teil IV, S. 127, Rn. 180 ff.

<sup>376</sup> Jagenburg/Kesselring, NJW 1999, S. 2628 (2642).

<sup>377</sup> Löffelmann/Fleischmann, Kapitel 34, Rn. 1555.

<sup>378</sup> Palandt, § 638, Rn. 13.

Gesamtleistung, sondern auch schon für den hierfür erforderlichen Planungsentwurf<sup>379</sup>.

### **3. Die Begründung der Hinweispflicht durch die Rechtsprechung**

Zunächst entschied der BGH, dass die Mitwirkung bei der Beseitigung von Mängeln zur vertraglich geschuldeten Leistung des Architekten gehöre, soweit diese auch auf seine eigene fehlerhafte Leistung zurückzuführen seien<sup>380</sup>. Das Problem, ob der Architekt direkt auf eigene Fehler hinzuweisen hat, wurde jedoch nicht erläutert.

In seiner Entscheidung vom 16. März 1978 erklärt der BGH dann, dass von einem Architekten zwar im Allgemeinen nicht wie von einem Rechtsanwalt verlangt werden könne, dass er den Auftraggeber ausdrücklich auf einen gegen sich gerichteten Regressanspruch hinzuweisen habe<sup>381</sup>. Als Sachwalter des Bauherrn schulde er aber die unverzügliche und umfassende Aufklärung der Ursachen sichtbar gewordener Baumängel sowie die sachkundige Unterrichtung des Bauherrn vom Ergebnis der Untersuchung und der sich daraus ergebenden Rechtslage<sup>382</sup>. Zudem erläutert er ausdrücklich, dass das entgegenstehende Interesse des Architekten, sich seiner Haftung zu entziehen, das Unterlassen des Hinweises nicht rechtfertige<sup>383</sup>.

---

<sup>379</sup> BGHZ 32, S. 206 (207/208); BGHZ 37, S. 341 (344).

<sup>380</sup> BGH, NJW 1967, S. 2010 (2011); BGH, NJW 1971, S. 1130 (1130).

<sup>381</sup> BGHZ 71, S. 144 (148/149) = BGH, NJW 1978, S. 1311-1313.

<sup>382</sup> BGHZ 71, S. 144 (149).

<sup>383</sup> BGHZ 71, S. 144 (149).

Im Anschluss daran verweist er auf die oben dargestellte Entscheidung des Reichsgerichts vom 17.05.1938<sup>384</sup> und formuliert, dass auch einem Architekten die Einrede der Verjährung versagt sei<sup>385</sup>. Vielmehr sei durch eine ständige pflichtwidrige Unterlassung jeglicher Untersuchung und Beratung ein weiterer Schadensersatzanspruch in der Form begründet, dass die Verjährung der Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche als nicht eingetreten gelte<sup>386</sup>. Diese Grundsätze wurden in der Folgezeit von der Rechtsprechung fast einhellig übernommen<sup>387</sup>. Zudem wurde in einer späteren Entscheidung manifestiert, dass auch der nicht umfassend beauftragte Architekt im Rahmen des von ihm übernommenen Aufgabengebiets gehalten ist, seinen Auftraggeber gegebenenfalls auf die Möglichkeit eines Anspruchs gegen ihn selbst hinzuweisen<sup>388</sup>.

#### **4. Wegfall der Hinweispflicht**

Die Hinweispflicht des Architekten entfällt jedoch, wenn der Bauherr selbst die erforderliche Sachkunde besitzt oder wenn er erklärt, einen sachkundigen Dritten mit der Nachbesserung heranziehen zu wollen<sup>389</sup>.

---

<sup>384</sup> RGZ 158, S. 130 (136).

<sup>385</sup> BGHZ 71, S. 144 (149).

<sup>386</sup> BGHZ 71, S. 144 (149).

<sup>387</sup> BGH NJW-RR 1986, S. 182 (182/183); BGHZ 92, S. 251 (258/259); OLG Bamberg, BauR 1981, S. 79 (80); BGH, NJW 1996, S. 1278 (1278).

<sup>388</sup> BGH, NJW 1996, S. 1278 (1278).

<sup>389</sup> BGH, NJW 1987, S. 2743 (2744); siehe auch Koeble in: Festschrift für Horst Locher, S. 117 (123).

## 5. Beweislastverteilung in der Architektenhaftung

Grundsätzlich trägt der Architekt die Beweislast für die Mangelfreiheit des Werkes vor der Abnahme des Objektes<sup>390</sup>. Nach der Abnahme des Objektes hat dagegen der Besteller die objektive Pflichtwidrigkeit des Architekten und die kausale Schadensursache zu beweisen<sup>391</sup>. Der Architekt wiederum hat darzulegen, dass ihm ungeachtet seiner objektiven Pflichtwidrigkeit kein Verschulden zur Last fällt und dass er auch für das Verschulden anderer nicht einzustehen hat<sup>392</sup>. Das Vorliegen des Verschuldens wird dabei grundsätzlich bejaht, wenn der Architekt bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt seine mögliche Mitverantwortung hätte erkennen können<sup>393</sup>.

## 6. Rechtsfolgen bei Verletzung der Hinweispflicht

Nach der Rechtsprechung hat die ständige pflichtwidrige Unterlassung der Beratung, mit der der Architekt möglicherweise die Verjährung der gegen ihn selbst bestehenden Ansprüche herbeiführt, zur Folge, dass er erneut eine Vertragsverletzung begeht, so dass die Verjährung der gegen den Architekten gerichteten Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche als nicht eingetreten gilt<sup>394</sup>. Die Pflichtverletzung ist folglich im unterlassenen Hinweis auf mögliche Mängel der eigenen Leistung zu sehen. Dabei ist es jedoch erforderlich, dass der Architekt überhaupt hinreichenden Anlass zur

---

<sup>390</sup> Palandt, § 633, Rn. 10.

<sup>391</sup> BGHZ 42, S. 16 (18); BGHZ 48, S. 310 (312); siehe auch Koeble in: Festschrift für Horst Locher, S. 117 (123); Schmalzl, S. 93, Rn. 91; Palandt, § 633, Rn. 10.

<sup>392</sup> Schmalzl, S. 93, Rn. 91.

<sup>393</sup> Locher/Koeble/Frik, Einleitung, S. 166/167, Rn. 45/46.

<sup>394</sup> BGHZ 71, S. 144 (149).

Überprüfung seines eigenen Verhaltens hatte, wie es auch schon im Bereich der anwaltlichen Aufklärungspflicht der Fall war. Solchen Anlass bieten am Bauwerk auftretende Mängel, deren Ursache nicht ohne weiteres erklärbar sind<sup>395</sup>.

## 7. Vergleichende Betrachtung

Für das Bestehen der Hinweispflicht eines Anwalts reicht es bereits, dass er einen Fehler begangen hat und diesen auch erkennen konnte.

Der Architekt hingegen muss den Auftraggeber erst bei sichtbar gewordenen Baumängeln auf diese hinweisen. Diese Baumängel können nun aber sowohl von verschiedenen Unternehmern, Subunternehmern, Lieferanten als auch vom Architekten selbst verursacht worden sein, da grundsätzlich mehrere Personen am Bau tätig sind. Das Problem ist folglich, dass es für einen Laien oftmals nicht deutlich wird, wer für den Schaden ursächlich ist. Zeigt beispielsweise eine Etagendecke Risse, so kann dieser Schaden an einer mangelhaften Tragwerksplanung durch den Bauingenieur liegen<sup>396</sup>. In Betracht käme jedoch auch, dass eine falsche Betonzubereitung gegeben ist oder unvorschriftsmäßige Stahlträger verwendet wurden. Diese Einordnung vorzunehmen erweist sich jedoch für den Bauherrn als schwierig. Würde nun der Architekt seiner Verantwortung zur Ursachenforschung nicht gerecht, so stünde der Bauherr gegebenenfalls einer Vielzahl von möglichen Schadensverursachern gegenüber. Aus seiner Pflicht als Sachwalter, Ansprüche wegen bauhandwerklicher

---

<sup>395</sup> BGH, BauR 1985, S. 232 (233); OLG Bamberg, BauR 1981, S. 79 (79).

<sup>396</sup> Siehe Kohlhammer - *Dohna*, Band 1, Teil IV, S. 142, Rn. 188.

Fehlleistungen zugunsten des Bauherrn aufzuklären, ergibt sich folglich indirekt die Verpflichtung zur Selbstbelastung. Jedoch geht mit dieser Verpflichtung zur Selbstbelastung auch einher, dass einem Architekten die Möglichkeit eröffnet wird, seine eigene Haftungsmöglichkeit zu widerlegen.

Anders verhält es sich hingegen, wenn der Architekt weiss, dass er selbst für den Fehler verantwortlich ist. Bei dieser Sachverhaltskonstellation könnte man trotz der zahlreichen Pflichten des Architekten gegenüber dem Bauherrn zu dem Schluss kommen, dass seine Hinweispflicht einen Verstoß gegen Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG darstellt, wie es beim Rechtsanwalt der Fall ist.

Gegen dieses Argument spricht jedoch, dass der Schrankenvorbehalt des Art. 2 I GG, „die Rechte anderer“, eingreift. Gerade durch Bauschäden können auch Menschen zu Schaden kommen, sei es durch einstürzende Bauteile oder durch mangelhafte Bauleistungen, die eventuell Schimmelbildungen innerhalb des Bauwerkes zur Konsequenz haben, wodurch Krankheiten auftreten können. Diese Gesundheitsschäden sind jedoch viel schwerwiegender als materielle Schäden des Architekten aufgrund der Geltendmachung von Regressansprüchen durch den Bauherrn.

Das Argument der Gefahr für Leib und Leben gilt auch im Vergleich zur Haftung eines Anwalts. Der Mandant eines Anwalts ist im Schadensfall finanziell betroffen, er wird jedoch niemals durch einen Fehler seines Anwalts an Leib und Leben gefährdet sein. Trotzdem muss der Anwalt schon dann, wenn er einen begründeten Anlass zur Prüfung eines Fehlers hat und dieser gegeben ist, den Mandanten auf den Fehler, den daraus resultierenden

Regressanspruch und sogar auf die drohende Verjährung hinweisen.

## 8. Ergebnis

Die Hinweispflicht eines Architekten auf Baumängel ist daher insgesamt gerechtfertigt<sup>397</sup>. Im Vergleich zum Inhalt und zum Umfang der Hinweispflicht eines Anwalts ist die des Anwalts trotz nicht bestehender Gefahr für Leib und Leben ungerechtfertigterweise strenger.

---

<sup>397</sup> Vgl.: Koeble in: Festschrift für Horst Locher, S. 117 (123): Koeble lehnt die Hinweispflicht der Architekten ab. Er begründet seine Ansicht in der Form, dass sich zuviele praktische Probleme aus den damit zusammenhängenden Entscheidungen ergeben. So ist für ihn unklar, ob die Frist von Anfang an, oder ab der Aufklärung läuft. Zudem stellt sich ihm die Frage, welche Frist läuft. Es könnten sich bei der Frist um die des § 638 BGB oder die aus positiver Vertragsverletzung mit 30 jähriger Frist handeln. Diese Fragen sind grundsätzlich berechtigt. Jedoch hindern sie nicht losgelöst von diesen Problemen, eine Hinweispflicht des Architekten zu bejahen, weil im Zweifel eine der beiden Fristen anzuwenden ist.

### III. Die Arzthaftung

#### 1. Die Rechtsprechung zur möglichen Hinweispflicht des Arztes

Die Hinweispflicht des Arztes auf einen Fehler wurde lediglich vereinzelt in der Rechtsprechung behandelt.

##### a) Urteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 15.11.1982<sup>398</sup>

Das Oberlandesgericht Hamm beschäftigt sich in seinem Urteil aus dem Jahre 1982 mit einer Fehleroffenbarungspflicht eines Arztes. Das Urteil könnte zunächst darauf schließen lassen, dass das Gericht eine Hinweispflicht befürwortet.

##### aa) Inhalt des Urteils

Nach einer misslungenen operativen Verengung der Speiseröhre hält das Gericht den Operateur (Beklagter) für verpflichtet, den Patienten oder dessen einweisenden Hausarzt zu unterrichten, wenn ihm der Eingriff misslingt oder Zweifel an seinem Erfolg bestehen, damit der weiterbehandelnde Arzt Hinweise für die anschließend sachgerechte Beratung und Therapie erhält<sup>399</sup>. Dieses Versäumen der gesundheitlichen Aufklärungspflicht<sup>400</sup> stehe einem Behandlungsfehler gleich<sup>401</sup>. Dabei erläutert es, dass der Beklagte dem Patienten keinen bestimmten Heilerfolg, sondern nur bestes Bemühen unter Beachtung

---

<sup>398</sup> OLG Hamm, VersR 1984, S. 91/92.

<sup>399</sup> OLG Hamm, VersR 1984, S. 91 (91).

<sup>400</sup> Siehe auch: Laufs/Uhlenbruck-*Laufs*, § 62, S. 346 ff.

<sup>401</sup> OLG Hamm, VersR 1984, S. 91 (91).

der allgemein anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaft schuldet<sup>402</sup>.

### **bb) Analyse des Urteils**

Das Oberlandesgericht normiert die Pflicht des Arztes, im Falle des zweifelhaften Erfolges eines Eingriffs eine sachgerechte Nachbehandlung zu sichern, indem der Patient oder der behandelnde Arzt Kenntnis von dem Misslingen des Eingriffs erhält. Der Wortlaut der Entscheidungsgründe könnte daher für die Begründung der Hinweispflicht sprechen.

Jedoch sprechen folgende Überlegungen dagegen:

Die Pflicht wird in dieser Entscheidung „gesundheitliche Aufklärungspflicht“ genannt, wobei davon auszugehen ist, dass hier die therapeutische Aufklärung<sup>403</sup> gemeint ist, da in der medizinischen Terminologie die der „gesundheitlichen Aufklärung“ nicht verwendet wird und die zudem bestehende Aufklärungspflicht, die Selbstbestimmungsaufklärung<sup>404</sup>, nur vor einem medizinischen Eingriff vorzunehmen ist.

Für diese Annahme spricht weiterhin, dass das OLG das Versäumen der „gesundheitlichen Aufklärungspflicht“ einem Behandlungsfehler gleichstellt und die Thematik der Behandlungsfehler im Zusammenhang mit dem Beweisrecht bei der therapeutischen Aufklärungspflicht diskutiert wird<sup>405</sup>.

Folglich geht es in dieser Entscheidung nicht um eine Auferlegung einer Hinweispflicht auf einen Fehler, sondern um die Ausgestaltung der therapeutischen Aufklärung<sup>406</sup>.

---

<sup>402</sup> OLG Hamm, VersR 1984, S. 91 (91).

<sup>403</sup> Die therapeutische Aufklärung wird auch Sicherungsaufklärung genannt: siehe hierzu S. 99.

<sup>404</sup> Siehe hierzu die Ausführungen auf S. 100.

<sup>405</sup> Siehe S. 101.

<sup>406</sup> Siehe zur therapeutischen Aufklärung auch S. 99.

Die therapeutische Aufklärungspflicht besitzt aber keine spezielle Fehlerbezogenheit, da sie auch dann besteht, wenn der mangelnde Erfolg nicht auf eine fehlerhafte Behandlung zurückzuführen ist<sup>407</sup>.

Dieses Ergebnis wird durch das nunmehr folgende Urteil bekräftigt<sup>408</sup>.

#### **b) Urteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 19.09.1984<sup>409</sup>**

Ein Chefarzt sollte wegen eines Behandlungsfehlers auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Dieser machte jedoch die Einrede der Verjährung geltend.

Das Oberlandesgericht prüfte daraufhin, ob es sich dabei möglicherweise um eine unzulässige Rechtsausübung handelt. Es verneinte dies jedoch mit dem Hinweis, dass der Umfang einer Belehrungspflicht eine Gleichstellung mit einem Rechtsanwalt nicht rechtfertige<sup>410</sup>.

Dieses Urteil zeigt deutlich, dass sich die Rechtsprechung gegen eine Hinweispflicht des Arztes auf einen Fehler entscheidet.

---

<sup>407</sup> Laufs/Uhlenbruck-*Laufs*, § 62, S. 349, Rn. 16.

<sup>408</sup> Siehe auch Laufs/Uhlenbruck, § 22, S. 148, Rn. 9; § 65, S. 364, Rn. 14/15; § 100, S. 637, Rn. 33; § 162, S. 1012, Rn. 18.

<sup>409</sup> OLG Hamm, NJW 1985, S. 685 (685).

<sup>410</sup> OLG Hamm, NJW 1985, S. 685 (685). Das OLG erläutert zudem in seiner Urteilsbegründung, dass der mögliche Schädiger nicht treuwidrig handele, wenn er, ohne die Tatsachen zu verschweigen oder zu verdrehen, ein schuldhaftes Fehlverhalten leugne, auch wenn es sich um einen Arzt handelt, der bis dahin in einem besonderen Vertrauensverhältnis zu dem Patienten gestanden habe.

c) Urteil des BGH vom 20.09.1983<sup>411</sup>

Der BGH hat sich bisher zwar nicht ausdrücklich gegen eine Hinweispflicht eines Arztes auf einen Fehler ausgesprochen. In den Entscheidungsgründen, in denen die Problematik der Verjährung von Ansprüchen gegen Krankenhausträger und Ärzte behandelt werden, führt der BGH jedoch aus:

*„Es wird übrigens eher die Regel sein, dass in nicht von vornherein eindeutigen Fällen ärztlichen Versagens das in Anspruch genommene Krankenhaus und die verantwortlichen Ärzte Vorwürfe der Patienten, sie seien Opfer eines schuldhaften Behandlungsfehlers geworden, abwehren. Wünschenswert wäre dabei allenfalls im Einzelfall Verständnis für das Anliegen der Patienten und ein inhaltlich und formal korrektes Eingehen auf ihre Bedenken (...). Der mögliche Schädiger, auch wenn es sich bei ihm um einen Arzt handelt, der bis dahin in einem besonderen Vertrauensverhältnis zu dem Patienten gestanden hat, **handelt nicht treuwidrig, wenn er, ohne die Tatsachen zu verschweigen oder zu verdrehen, ein schuldhaftes Fehlverhalten leugnet**“<sup>412</sup>.*

Die Frage, ob der für den mutmaßlichen Fehler verantwortliche Arzt den Patienten selbst auf den Fehler hinzuweisen hat, war dabei nicht Gegenstand des Urteils, da der nachbehandelnde Chefarzt den Patienten bereits auf den aus der Operation entstandenen Defekt hingewiesen hatte<sup>413</sup>. Jedoch kann meines Erachtens aus der Begründung des BGH ein erst-Recht-Schluss gefolgert werden:

---

<sup>411</sup> BGH, NJW 1984, S. 661-663 mit Anmerkung von Taupitz.

<sup>412</sup> BGH, NJW 1984, S. 661 (662); eigene Hervorhebung.

<sup>413</sup> BGH, NJW 1984, S. 661 (661).

Handelt der Arzt schon dann nicht treuwidrig, wenn er bei direkter Nachfrage des Patienten ein Fehlverhalten leugnet, so handelt er erst Recht nicht treuwidrig, wenn er von sich aus gar nicht auf den Fehler hinweist.

#### **d) Ergebnis**

Ärzten obliegt somit im Gegensatz zu Anwälten keine durch die Rechtsprechung auferlegte Hinweispflicht auf einen eigenen Fehler und den daraus resultierenden Regressanspruch<sup>414</sup>.

Jedoch kommt es im Rahmen der Beweislast innerhalb des Arzthaftpflichtprozesses im Einzelfall zur Beweislastumkehr sowie zu den Grundsätzen des Anscheinsbeweises mit dem Ziel, dass die Patienten leichter ihre Rechte aus dem Behandlungsvertrag geltend machen können. Zudem unterliegt der Arzt strengen Aufklärungspflichten.

Zunächst werden daher vor einer vergleichenden Betrachtung der Arzthaftung und der Haftung eines Rechtsanwalts die Beweislastregelungen innerhalb der Arzthaftung und die Aufklärungspflichten des Arztes dargestellt.

---

<sup>414</sup> Laufs/Uhlenbruck – *Laufs*, § 22, S. 148, Rn. 9; Kern/Laufs, S. 191; a.A.: Francke/Hart, S. 53 ff, S. 78; Gubernatis, JZ 1982, S. 363 (364).

## 2. Die Regelung der Beweislast

### a) Der Behandlungsfehler

Die überwiegende Meinung in der Literatur ordnet den Behandlungsvertrag zwischen einem Arzt und seinem Patienten als Dienstvertrag gemäß § 611 BGB ein<sup>415</sup>. Als Grund hierfür wird angebracht, dass im Gegensatz zum Werkvertrag gerade kein Erfolg geschuldet wird<sup>416</sup>. Dabei wird der Heilerfolg als das Ziel der ärztlichen Bemühung gesehen, jedoch mit der Einschränkung, dass keine medizinische Behandlung aufgrund der vielfältigen, auch ärztlicherseits nicht beherrschbaren schicksalhaften biologischen Abläufe, ohne Risiko ist<sup>417</sup>. Tritt daher ein Fehler auf, so besteht keine rechtliche Verpflichtung des Arztes zur Offenbarung des Behandlungsfehlers<sup>418</sup>.

Als Behandlungsfehler ist das Verhalten eines Arztes zu qualifizieren, das die im Verkehr erforderliche Sorgfalt vermissen lässt<sup>419</sup>, unsachgemäß ist<sup>420</sup> und einen schädigenden Einfluss aufweist<sup>421</sup>. Tun und Unterlassen können dabei gleichermaßen fehlerhaft sein<sup>422</sup>.

Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bestimmt sich nach dem Standard des besonderen Verkehrskreises des Arztes<sup>423</sup>. Sein Verhalten muss den Qualitätsnormen

---

<sup>415</sup> Palandt, Einf. vor § 611, Rn. 17; Eisner, S. 29; Ehlers, S. 39; Giesen, *Arzthaftungsrecht*, S. 5; Laufs, S. 47, Rn. 100/101; Narr, Band 2, S. 541, Rn. B 269.

<sup>416</sup> Ehlers/Broglie- *Broglie*, S. 174, Rn. 11; Eisner, S. 29.

<sup>417</sup> Ehlers/Broglie- *Broglie*, S. 174, Rn. 11.

<sup>418</sup> Laufs/Uhlenbruck- *Uhlenbruck*, § 22, S. 148, Rn. 9; Es ist zu beachten, dass der Behandlungsfehler in früheren Entscheidungen auch Kunstfehler genannt wurde. Siehe zur Änderung der Terminologie: Giesen, *Arzthaftungsrecht*, S. 45 mit weiteren Fundstellen sowie Deutsch, *Arzthaftung*, S. 117/118; Laufs, S. 269, Rn. 469

<sup>419</sup> Deutsch, *VersR* 1982, S. 305 (305).

<sup>420</sup> Laufs, S. 268, Rn. 469; Giesen, *Arzthaftungsrecht*, S. 29.

<sup>421</sup> Laufs, S. 268, Rn. 469.

<sup>422</sup> Ehlers/Broglie – *Broglie*, S. 177, Rn. 25; Laufs, S. 268, Rn. 469; Schlund/Ellermann, S. 39.

<sup>423</sup> Deutsch, *VersR* 1982, S. 305 (305); Deutsch, *Arzthaftung*, S. 119, Rn. 174; Laufs, S. 279, Rn. 470; Schwab/Gramer/Kriegelstein, S. 65; Narr, Band 2, S. 553, Rn. B 281.

gerecht werden, die von einem Angehörigen dieses Berufsstandes erwartet werden<sup>424</sup>.

Aufgrund eines solchen Behandlungsfehlers erhält der Patient einen Anspruch auf Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung sowie zumeist auch aus §§ 823 I, 823 II BGB<sup>425</sup>. Bei nicht wirksamen Arztvertrag kommt zusätzlich eine Arzthaftung nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo in Betracht<sup>426</sup>.

Ein eventuell bestehender Schmerzensgeldanspruch kann nach der deliktischen Vorschrift des § 847 I BGB geltend gemacht werden<sup>427</sup>.

Eine Verrichtungsgehilfenhaftung des Arztes tritt gemäß § 831 BGB ein<sup>428</sup>. Sie gilt beispielsweise für die Haftpflicht des Arztes aufgrund von Fehlern seiner Sprechstundenhilfe<sup>429</sup>.

#### b) Die Beweislast bei Behandlungsfehlern

Ein Patient, der wegen eines Behandlungsfehlers klagt, muss sowohl die Kausalität und den eingetretenen Schaden als auch das Verschulden des Schädigers beweisen<sup>430</sup>.

---

<sup>424</sup> Giesen, Arzthaftungsrecht, S. 30; Deutsch, Arzthaftung, S. 121, Rn. 177; Ehlers, S. 153;

Deutsch, VersR 1982, S. 305 (305); Schwab/Gramer/Kriegelstein, S. 65; Schlund/Ellermann, S. 39.

<sup>425</sup> Ehlers, S. 153; Deutsch, Arzthaftung, S. 120, Rn. 17; Schwab/Gramer/Kriegelstein, S. 64; Narr, Band 2, S. 559, Rn. B 286; Siehe zu den unterschiedlichen Verjährungsfristen bei der Vertragshaftung und bei der Haftung aus unerlaubter Handlung: Narr, Band 2, S. 563/564, Rn. B 292 sowie zum Begriff der Kenntnis des Laien im Rahmen des § 852 BGB: BGH, VersR 1985, S. 740 (741); BGH, NJW 1988, S. 1516 (1517); BGH, VersR 1991, S. 815 (816).

<sup>426</sup> Siehe: Staudinger – Bork, Vorbemerkung zu § 145, Rn. 33.

<sup>427</sup> Deutsch, VersR 1982, S. 305 (305); Laufs, S. 324, Rn. 566; Narr, Band 2, S. 562, Rn. B 290.

<sup>428</sup> Laufs, S. 324, Rn. 567.

<sup>429</sup> Baur/Hess, S. 37.

<sup>430</sup> BGH, NJW 1952, S. 382 (382); BGH, NJW 1988, S. 2949 (2949); Deutsch, VersR 1982, S. 305 (306); Giesen, Arzthaftung, S. 85/86; Hirsch/Weißbauer, MedR 1983, S. 41 (41); Palandt, § 823, Rn. 169; Musielak, JuS 1983, S. 609 (611).

Jedoch ist ein Anscheinsbeweis zugunsten des Patienten möglich<sup>431</sup>.

Beim Anscheinsbeweis<sup>432</sup> wird aus einem typischen Verlauf auf Fehler des Arztes geschlossen<sup>433</sup>. Der Patient hat in diesen Fällen lediglich einen Umstand überzeugend darzutun, der nach der Lebenserfahrung auf einen bestimmten Grund und damit auf das Verschulden des Arztes hindeutet<sup>434</sup>. Zur Widerlegung des Anscheins durch den Arzt genügt es, dass auch ein anderer Verlauf eingetreten sein kann, wobei jedoch eine abstrakte Vermutung nicht ausreichend ist<sup>435</sup>.

Die Rechtsprechung hat aber nicht nur den im Gesetz unerwähnt gebliebenen Anscheinsbeweis ausgebildet, sondern zudem Regeln für den Schadensersatzprozess entwickelt, nach denen sich die Beweislast voll umkehrt<sup>436</sup>. Zur echten Beweislastumkehr kommt es dabei insbesondere dann, wenn feststeht, dass dem Arzt ein grober Behandlungsfehler unterlaufen ist, jedoch die Kausalität nicht hinreichend durch den Patienten dargelegt werden kann<sup>437</sup>. Ein Behandlungsfehler ist dann als grob einzustufen, wenn ein eindeutiger Verstoß gegen die anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst vorliegt, der einem Arzt nicht unterlaufen darf<sup>438</sup>.

---

<sup>431</sup> BGH, VersR 1965, S. 792 (792); Deutsch, VersR 1982, S. 305 (306); BGH, VersR 1978, S. 764 (765); vgl.: Ehlers/Brogliè – v. *Strachwitz-Helmstatt*, S. 137, Rn. 45.

<sup>432</sup> Laufs, S. 338, Rn. 596: Laufs schildert, dass der Anscheinsbeweis im Arzthaftungsrecht eher eine begrenzte Anwendung findet, weil er nur bei typischen Geschehensabläufen in Betracht kommt.

<sup>433</sup> Laufs, S. 338, Rn. 594; Deutsch, VersR 1982, S. 305 (306): Deutsch schildert einige Beispiele: Trotz der Sterilisation eines Mannes blieb dieser zeugungsunfähig. Die Frage war, ob aus der Tatsache der Zeugungsfähigkeit prima facie auf ein Verschulden des Arztes geschlossen werden kann.

<sup>434</sup> Laufs, S. 338, Rn. 595.

<sup>435</sup> Deutsch, VersR 1982, S. 305 (306); Laufs, S. 338, Rn. 595.

<sup>436</sup> Laufs, S. 339, Rn. 598.

<sup>437</sup> Palandt, § 823, Rn. 170; OLG Düsseldorf, NJW 1975, S. 595 (595); BGH, NJW 1969, S. 553 (554); BGH, NJW 1973, S. 1688 (1688) = BGHZ 61, S. 118 (120); Franzki, MedR 1994, S. 171 (175).

<sup>438</sup> Palandt, § 823, Rn. 170; BGH, NJW 1995, S. 778 (778/779); Schlund/Ellermann, S. 45; Deutsch, VersR 1982, S. 305 (306); Geiß, S. 151 ff. mit umfangreichen Rechtsprechungshinweisen; siehe dazu auch: Laufs, S. 341, Rn. 599 – S. 345, Rn. 606; BGH, MedR 1998, S. 554 (554).

Die Rechtsprechung erspart dem Kläger den Nachweis der Kausalität, so dass der Arzt nunmehr darlegen muss, dass sein Verstoß den Schaden nicht verursachte<sup>439</sup>.

### 3. Die Aufklärungspflichten

Insgesamt sind zwei Formen<sup>440</sup> der Aufklärungspflicht, welche ihrerseits eng mit der Einwilligung des Patienten in den körperlichen Eingriff steht<sup>441</sup>, zu unterscheiden. Diese zwei Formen sind die Sicherungs- und die Selbstbestimmungsaufklärung.

#### a) Die Sicherungsaufklärung

Die Sicherungsaufklärung ist die ärztliche Pflicht zur Beratung und Aufklärung im gesundheitlichen Interesse des Patienten<sup>442</sup>. Sie ist als Bestandteil der medizinischen Behandlung eine direkte Vertragspflicht<sup>443</sup>. Unter die Sicherungsaufklärung, die auch therapeutische Aufklärung genannt wird<sup>444</sup>, fällt z.B. die Pflicht des Arztes, über die verminderte Fahrtüchtigkeit nach einer Injektion von speziellen Medikamenten aufzuklären<sup>445</sup>. Sie beinhaltet weiterhin, dass der Arzt seinem Patienten

---

<sup>439</sup> Laufs, S. 340, Rn. 598; BGH, VersR 1965, S. 792 (792); BGH, VersR 1988, S. 808 (809);

Ehlers/Brogliè – v. *Strachwitz-Helmstatt*, S. 144, Rn. 65; LG Aachen, VersR 1988, S. 809 (809).

<sup>440</sup> Im Rahmen der Aufklärung gibt es verschiedene Arten der Aufklärung sowie verschiedene Grundsätze der Aufklärung. Siehe hierzu den kurzen Überblick bei Schlund/Ellermann, S. 23–32.

<sup>441</sup> OLG Bremen, VersR 1954, S. 63 (64); BGH NJW 1956, S. 1106 (1107); Tempel, NJW 1980, S. 609 (609); Schlossauer-Seelbach, NJW 1985, S. 660 (662); siehe auch Ehlers, S. 44/46.

Für die herrschende Lehre stellt der ärztliche Eingriff keine Körperverletzung dar. Vielmehr wird der eigenmächtige Heileingriff als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bewertet: Laufs, NJW 1974, S. 2025 (2028).

<sup>442</sup> Laufs/Uhlenbruck-*Laufs*, § 62, S. 346, Rn. 1; Terbille/Schmitz-Herscheidt, NJW 2000, S. 1749 (1753).

<sup>443</sup> Ehlers, S. 48; LG Konstanz, NJW 1972, S. 2223 (2224).

<sup>444</sup> Ehlers/Brogliè – v. *Strachwitz-Helmstatt*, S. 137, Rn. 47; Laufs, S. 89, Rn. 163; Laufs, NJW 1985, S. 1361 (1366).

<sup>445</sup> LG Konstanz, NJW 1972, S. 2223 (2224).

dessen Krankheit oder Anfälligkeit erläutern muss<sup>446</sup> und ihn bei einer Medikation über Dosis, Unverträglichkeiten und Nebenfolgen ins Bild zu setzen hat<sup>447</sup>. Zudem ist es innerhalb der therapeutischen Aufklärung die Aufgabe des Arztes, dem Kranken zu helfen, eine Behandlungsverweigerung aus Resignation zu überwinden<sup>448</sup>.

## **b) Die Selbstbestimmungsaufklärung**

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass ein ärztlicher Heileingriff den objektiven Tatbestand der Körperverletzung erfüllt und deshalb zu seiner Rechtfertigung der Einwilligung des Patienten bedarf<sup>449</sup>.

Die Selbstbestimmungsaufklärung dient daher dazu, die Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung in die an sich unerlaubte Handlung des ärztlichen Heileingriffs zu schaffen<sup>450</sup>. Der Patient muss im großen und ganzen wissen, welche Krankheit vorliegt, welcher Eingriff geplant ist, wie er abläuft und welche Nebenwirkungen und Risiken hiermit verbunden sind<sup>451</sup>.

Je umfassender dabei die Vorkenntnisse des Patienten vom Wesen sowie der Bedeutung und der Tragweite des Eingriffs sind, desto geringer kann die vermittelte Information sein<sup>452</sup>. Die Aufklärung hat zudem zum richtigen Zeitpunkt und nicht erst unmittelbar vor dem

---

<sup>446</sup> Laufs, S. 89, Rn. 163.

<sup>447</sup> Laufs/Uhlenbruck-*Laufs*, § 62, S. 346, Rn. 1.

<sup>448</sup> Laufs/Uhlenbruck-*Laufs*, § 62, S. 347, Rn. 4.

<sup>449</sup> Hirsch/Weißbauer, *MedR* 1983, S. 41 (42); OLG Düsseldorf, *NJW* 1963, S. 1679 (1680);

siehe dazu auch Geiß, S. 169 ff. Er schildert, dass der Umfang und der Genauigkeitsgrad der Aufklärung umgekehrt proportional zur Dringlichkeit und zu den Heilungsaussichten des Eingriffs sind.

<sup>450</sup> Laufs/Uhlenbruck-*Laufs*, § 63, S. 349, Rn. 1; Ehlers, S. 48; Tempel, *NJW* 1980, S. 609 (611); Laufs, S. 91, Rn. 168.

<sup>451</sup> Ehlers/Brogli-*Ehlers*, S. 214, Rn. 56; Deutsch, *VersR* 1982, S. 305 (307); BGH, *VersR* 1979, S. 260 (261); Tempel, *NJW* 1980, S. 609 (611/613).

<sup>452</sup> BGH, *VersR* 1961, S. 421 (422); Giesen, *Arzthaftungsrecht*, S. 140/141; Tempel, *NJW* 1980, S. 609 (615).

Eingriff stattzufinden, um dem ärztlichen Handeln die Rechtswidrigkeit zu nehmen<sup>453</sup>.

Weder die Aufklärung selbst<sup>454</sup>, noch die Einwilligung des Patienten unterliegen dabei Formvorschriften<sup>455</sup>. Es liegt vielmehr im Ermessen des Arztes, auf welche Art und Weise er aufklärt und wie er dies beweisrechtlich sichert<sup>456</sup>.

#### **4. Beweislast bei einer Aufklärungspflichtverletzung**

##### **a) Sicherungsaufklärung**

Versäumnisse bei der Sicherungsaufklärung sind ärztliche Behandlungsfehler und beweisrechtlich wie diese zu behandeln<sup>457</sup>. Folglich stellt ein ein grober Verstoß im Rahmen der Sicherungsaufklärung einen schweren Behandlungsfehler dar, mit der Folge der Beweislastumkehr zum Nachteil des Arztes<sup>458</sup>.

Dabei trägt der Arzt die Beweislast dafür, dass der Patient die geschuldete Aufklärung erhalten hat oder dass dieser bereits von anderer Seite hinreichend aufgeklärt worden ist<sup>459</sup>. Er muss zudem immer bis zum

---

<sup>453</sup> OLG Celle, NJW 1979, S. 1251 (1253); BGH, NJW 1974, S. 1422 (1423); OLG Düsseldorf, NJW 1963, S. 1679 (1680); BGH, VersR 1983, S. 957 (958); Tempel, NJW 1980, S. 609 (615); OLG Stuttgart, NJW 1979, S. 2355 (2355); Giesen, Arzthaftungsrecht, S. 120; Schwab/Gramer/Kriegelstein, S. 86.

<sup>454</sup> Ehlers, S. 61.

<sup>455</sup> Ehlers, S. 61; Tempel, NJW 1980, S. 609 (615).

<sup>456</sup> Tempel, NJW 1980, S. 609 (615); Ehlers, S. 62; siehe dazu auch: BGH, MedR 1985, S. 168 (168) sowie OLG Celle, VersR 1977, S. 1106 (1106/1107): Die Aufklärungsbögen werden oftmals beweisrechtlich nicht anerkannt. So können Einverständniserklärungen eines Patienten, die zwar den operativen Eingriff bezeichnen, im weiteren aber nur allgemein bestätigen, dass er über Verlauf, Erfolg und Risiken informiert worden ist, keine ordnungsgemäße Aufklärung nachweisen.

<sup>457</sup> Laufs, S. 91, Rn. 167.

<sup>458</sup> BGH, NJW 1989, S. 2318 (2318) = BGH, MedR 1989, S. 320 (320); Laufs, S. 91, Rn. 167; OLG Celle, VersR 1987, S. 591 (591).

<sup>459</sup> Ehlers/Brogliè – v. Strachwitz-Helmstatt, S. 138, Rn. 49; BGH, VersR 1984, S. 538 (539); BGH, MedR 1985, S. 168 (169); BGH, VersR 1979, S. 260 (260); Hirsch/Weißbauer, MedR 1983, S. 41 (41);

Ablauf der Verjährungsfrist damit rechnen, einem Vorwurf ungenügender Aufklärung ausgesetzt zu werden<sup>460</sup>.

### **b) Selbstbestimmungsaufklärung**

Lässt sich im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung nicht klären, ob der Patient wirksam in eine ärztliche Behandlung eingewilligt hat, so trägt der Arzt die Beweislast für die Einwilligung und die dafür erforderliche Aufklärung<sup>461</sup>.

Der Patient, der allgemein in eine ärztliche Behandlung eingewilligt hat, trägt hingegen die Beweislast für die Behauptung, er habe einer Behandlungsmaßnahme widersprochen<sup>462</sup>. Zudem lässt die Rechtsprechung die bloße Behauptung des Patienten, er hätte die Einwilligung bei ausreichender Aufklärung verweigert, dann nicht genügen, wenn der Eingriff zur Abwehr einer erheblichen Gefahr dringend indiziert war und der Umstand, über den nicht aufgeklärt wurde, demgegenüber objektiv unbedeutend erscheint<sup>463</sup>.

## **5. Vergleichende Betrachtung**

Fraglich ist nunmehr, ob es gerechtfertigt ist, Rechtsanwälten eine Hinweispflicht aufzuerlegen, Ärzte hingegen von dieser Pflicht zu befreien<sup>464</sup>.

---

Deutsch, *Arzthaftung*, S. 120, Rn. 176; Laufs, S. 93, Rn. 173.

<sup>460</sup> Ehlers/Brogie – v. *Strachwitz-Helmstatt*, S. 138, Rn. 49.

<sup>461</sup> Musielak, *JuS* 1983, S. 609 (615).

<sup>462</sup> BGH, *VersR* 1980, S. 676 (678); Ehlers/Brogie – v. *Strachwitz-Helmstatt*, S. 138, Rn. 48.

<sup>463</sup> LG Zweibrücken, *VersR* 1981, S. 43 (43); Hirsch/Weißauer, *MedR* 1983, S. 41 (43).

<sup>464</sup> In der Literatur wird häufig die Ansicht vertreten, dass einem Arzt eine Hinweispflicht auferlegt werden sollte. Die Ansichten werden ausführlich dargestellt bei: Francke/Hart, S. 57 ff. sowie bei Kleuser, S. 8 ff.

Gegen eine Hinweispflicht des Arztes könnte sprechen, dass dem Patienten, wie bereits erläutert, Beweiserleichterungen eingeräumt werden, so dass eine Hinweispflicht nicht mehr notwendig ist.

Problematisch ist jedoch zunächst vor einer Geltendmachung von Regressansprüchen, dass der Patient oftmals gar nicht erkennen kann, welcher spezielle Schaden ihm zugefügt wurde und ob der Arzt überhaupt dafür verantwortlich gemacht werden kann.

#### **a) Aspekt der Dokumentationspflicht eines Arztes und des Einsichtsrechts des Patienten in die Krankenunterlagen**

Dieses Problem erkannte auch die Rechtsprechung, die daraufhin eine Dokumentationspflicht des Arztes manifestierte<sup>465</sup>. Dokumentationszweck ist dabei einerseits die Therapiesicherung sowie andererseits die Beweissicherung und die Rechenschaftslegung<sup>466</sup>.

Dokumentiert werden müssen danach Anamnese, Diagnose und die Therapie<sup>467</sup>. Die neuere Rechtsprechung verlangt weiterhin, dass die Dokumentation alle dafür wesentlichen Faktoren in einer für den Fachmann hinreichend klaren Form enthalten muss<sup>468</sup>.

Zudem hat der Bundesgerichtshof den Patienten auch ein Einsichtsrecht in die Behandlungsunterlagen

---

<sup>465</sup> BGH, NJW 1978, S. 2337 (2339): In dem Dokumentationsurteil erkannte der BGH erstmals ausdrückliche eine dem Patienten gegenüber bestehende materielle Pflicht zur Dokumentation an.; BGHZ 72, S. 132 (137); BGHZ 85, S. 327 (331); Ausführlich zur Dokumentationspflicht des Arztes und zum Einsichtsrecht des Patienten in die Krankenunterlagen: Laufs/Uhlenbruck-Uhlenbruck, §§ 59, 60, S. 332 ff; Francke/Hart, S. 79 ff; siehe auch: Peter, S. 78.

<sup>466</sup> Laufs/Uhlenbruck-Uhlenbruck, § 59, S. 335, Rn. 5/6; Peter, S. 77 ff.

<sup>467</sup> Laufs/Uhlenbruck-Uhlenbruck, § 59, S. 336, Rn. 9

<sup>468</sup> BGH, VersR 1989, S. 512 (513).

zugesprochen, das als Nebenpflicht des Arztvertrages qualifiziert wird<sup>469</sup>.

Durch die Dokumentationspflicht sowie das Einsichtsrecht ist die Rechtsstellung des Patienten zwar entscheidend dahingehend verbessert worden, dass eine umfassende Beschreibung des Behandlungsgeschehens durch den Arzt zu erfolgen hat. Insgesamt könnte daher davon ausgegangen werden, dass dem Patienten ausreichend Möglichkeiten geboten werden, seine Beschwerden anhand der Dokumente zu analysieren oder analysieren zu lassen und möglicherweise auch Behandlungsfehler des Arztes aufzudecken.

Problematisch ist jedoch, dass das Einsichtsrecht des Patienten nicht uneingeschränkt gilt<sup>470</sup>. Es umfasst nach der Rechtsprechung nur naturwissenschaftlich konkretisierbare Befunde sowie die ausgeführten Behandlungsmaßnahmen, nicht jedoch die Unterlagen, an deren Zurückhaltung der Arzt ein berechtigtes Interesse hat<sup>471</sup>. Hierunter fallen insbesondere subjektive Wertungen des Arztes, wie dessen persönliche Eindrücke und vorläufige Verdachtsdiagnosen<sup>472</sup>.

Dies führt zur Praxis der von der Rechtsprechung gebilligten „doppelten Buchführung“ der Behandlungsdokumentation, bei der der Arzt seine Aufzeichnungen in offenbarungspflichtige Befunde und in

---

<sup>469</sup> BGH, NJW 1983, S. 328 (329); BGH, NJW 1983, S. 2627 (2628); Peter, S. 21 ff.; Francke/Hart, S. 87 ff. mit ausführlicher Darstellung der Stellungnahme der Literatur; Laufs/Uhlenbruck-Uhlenbruck, § 60, S. 338, Rn. 1; Uhlenbruck erläutert dabei die unterschiedliche Einteilung der Einsichtsrechte, die die Literatur vornimmt. So werden drei Arten des Einsichtsrechts unterschieden: das ausserprozessuale, das vorprozessuale und das prozessuale Einsichtsrecht.

<sup>470</sup> Laufs/Uhlenbruck-Uhlenbruck, S. 338, Rn. 5; Peter, S. 24.

<sup>471</sup> BGH, NJW 1983, S. 328 (329); BGH, NJW 1983, S. 2627 (2629); BGH, NJW 1985, S. 674 (675); BGHZ 85, S. 339 (345); BGHZ 106, S. 146 (152); Laufs/Uhlenbruck-Uhlenbruck, § 60, S. 338, Rn. 5; Peter, S. 24.

<sup>472</sup> Laufs/Uhlenbruck-Uhlenbruck, § 60, S. 338/339, Rn. 5; Peter, S. 24 sowie S. 25/26; Franzki, MedR 1994, S. 171 (174).

nicht offenbarungspflichtige persönliche Aufzeichnungen trennt<sup>473</sup>.

Damit wird jedoch dem Patienten faktisch der Zugriff auf Informationen verwehrt, die ihm bei der rechtlichen Nachprüfung des Behandlungsstandards wertvolle Hilfe leisten können.

Folglich ergibt sich trotz der Erweiterung der Rechtsstellung des Patienten durch die Dokumentationspflicht des Arztes und das Einsichtsrecht in die Krankenunterlagen nur eine eingeschränkte Beweisführung des Patienten im Arzthaftungsprozess.

Die Beweissituation ist im Anwaltsregress hingegen einfacher gestaltet. Der Mandant erhält regelmäßig Kopien des gesamten Schriftwechsels sowohl des eigenen Anwalts als auch solche der Gegenpartei, so dass er gegebenenfalls mit Hilfe eines Rechtskundigen die Tätigkeit seines Anwalts überprüfen kann.

Die Rechtsverfolgung gestaltet sich im Arzt/Patient-Verhältnis somit vergleichsweise schwieriger als im Anwalt/Mandanten-Verhältnis.

Dieser Aspekt stellt eine ungerechtfertigte Bevorteilung des Arztes im Vergleich zum Anwalt dar, weil der Anwalt seinem Mandanten offenbaren muss, einen Fehler begangen zu haben und ihn zudem noch auf einen gegebenen Regressanspruch und dessen drohende Verjährung hinzuweisen hat, obwohl die Beweisführung für den Mandanten leichter ist als beim Arzt.

#### **b) Ethische Verpflichtung des Arztes zur Fehleroffenlegung**

---

<sup>473</sup> BGH, NJW 1983, S. 328 (329): Der BGH ist der Meinung, dass der Arzt nicht verpflichtet sei, persönliche Aufzeichnungen offenzulegen; siehe auch Peter, S. 24 sowie S. 25/26; Franzki, MedR 1994, S. 171 (174).

Eine Hinweispflicht auf einen Behandlungsfehler könnte jedoch aufgrund der Vertrauensstellung des Arztes und seiner ethischen Verpflichtung gegeben sein.

Der Patient konsultiert den Arzt in der Hoffnung, dieser werde seine körperlichen Beschwerden lindern. Er vertraut dem Arzt die für ihn wichtigsten höchstpersönlichen Rechtsgüter Leben und Gesundheit an, die während der Behandlung in vollem Umfang dem Einfluss des Arztes ausgesetzt sind. Die große Einwirkungsmöglichkeit des Arztes auf die Rechtsgüter des Patienten bedarf dabei einer erhöhten Verantwortung<sup>474</sup>, die der Selbstbeziehung des Arztes nicht entgegenstehen, weil die Rechtsgüter Leben und Gesundheit dem Schutz vor Regress vorrangig sind.

Im Rahmen des Arztvertrages sollte einem Arzt aufgrund seiner Eingriffe in die höchstpersönlichen Rechtsgüter demzufolge auch eine Hinweispflicht auf einen persönlichen Fehler obliegen. Eine Sicherstellung der Nachbehandlung im Rahmen der therapeutischen Aufklärung ist meines Erachtens nicht ausreichend, da die Gefahr der Verschleierung zu groß ist<sup>475</sup> und möglicherweise wichtige Kerninformationen unterschlagen werden<sup>476</sup>, die eine optimale Versorgung des Patienten gewährleisten.

Die Rechtsprechung müsste aufgrund dieses Aspektes erst Recht einem Arzt eine Hinweispflicht auferlegen, wenn sie schon einem Rechtsanwalt diese Pflicht vorgibt, weil innerhalb des Rechtsverhältnisses zwischen einem Anwalt und seinem Mandanten letztlich nur materielle Rechtsgüter des Mandanten betroffen sind.

---

<sup>474</sup> So auch Franke/Hart, S. 65.

<sup>475</sup> Siehe S. 104/105.

<sup>476</sup> Siehe dazu das Beispiel bei Kleuser, S. 78/80.

**c) Kollision zwischen versicherungsrechtlichen  
Obliegenheiten und der Hinweispflicht**

Problematisch ist jedoch, dass möglicherweise eine Kollision mit § 5 Nr. 5 AHB<sup>477</sup> eintritt, wenn dem Arzt eine Hinweispflicht auferlegt wird.

Gemäß § 5 Nr. 5 AHB<sup>478</sup> ist der Versicherungsnehmer nicht berechtigt, ohne vorherige Zustimmung des Versicherers einen Haftpflichtanspruch ganz oder zum Teil oder vergleichsweise anzuerkennen oder zu befriedigen. Bei Zuwiderhandlung ist der Versicherer von der Leistungspflicht frei, es sei denn, dass der Versicherungsnehmer nach den Umständen die Befriedigung oder Anerkennung nicht ohne offenbare Unbilligkeit verweigern konnte.

Im Falle der Auferlegung einer Hinweispflicht auf einen Fehler befindet sich der Arzt somit in einer Pflichtenstellung gegenüber zwei Parteien.

Einerseits hat er den Patienten detailliert über ein möglicherweise schadensersatzpflichtiges Geschehen zu informieren, andererseits ist es ihm nach dem geltenden Versicherungsrecht verboten, ein den Versicherer bindendes Anerkenntnis in der Haftungsfrage abzugeben.

Ein Anerkenntnis liegt dabei dann vor, wenn der Haftpflichtanspruch des Geschädigten und damit die Haftpflicht des Versicherungsnehmers anerkannt wird<sup>479</sup>.

---

<sup>477</sup> Späte, § 5 AHB = Allgemeine Haftpflichtbedingungen, insbesondere § 5, Rn. 46 ff.

<sup>478</sup> Es folgt der Wortlaut des Gesetzestextes.

<sup>479</sup> Späte, § 5, Rn. 47.

Ansatzpunkt für die Lösung könnte die Differenzierung zwischen der Information über Tatsachen und der Frage des Verschuldens sein.

Das Anerkenntnisverbot dient dazu, dem Versicherer in einem Haftpflichtprozess sämtliche Verteidigungsmöglichkeiten zu erhalten<sup>480</sup>. Der Versicherungsnehmer soll den Versicherer nicht durch im Vorfeld abgegebene Anerkenntnisse in eine ungünstige Prozesssituation bringen<sup>481</sup>. Gibt der Versicherungsnehmer ein Schuldanerkenntnis ab, so ist es dem Haftpflichtversicherer praktisch unmöglich, einen nachfolgenden Haftpflichtprozess zu gewinnen. Je nach der Rechtsnatur des Anerkenntnisses ist es ihm im Prozess verwehrt, sich materiellrechtlich auf den gerade durch das Anerkenntnis außer Streit gestellten Sachverhalt des Verschuldens zu berufen<sup>482</sup>.

Vor diesem zivilprozessualen Hintergrund ist die Frage des Verschuldens streng von der Information über Tatsachen zu trennen<sup>483</sup>.

Der Versicherungsnehmer ist stets berechtigt, wahrheitsgemäße Erklärungen über Tatsachen abzugeben, auch wenn sich daraus eindeutige Schlussfolgerungen zu seinen Lasten ergeben<sup>484</sup>. Dies gilt zudem für eine den gesamten Tatsachenkomplex zusammenfassende Würdigung des Geschehens, solange nicht zugleich die eigene Ersatzpflicht eingeräumt wird<sup>485</sup>. Die Information des Patienten über die den Behandlungsfehler begründenden Tatsachen und selbst der Hinweis, dass die Behandlung nicht den Regeln der ärztlichen Heilkunst entsprochen

---

<sup>480</sup> Späte, § 5, Rn. 46; Terbille/Schmitz-Herscheidt, NJW 2000, S. 1749 (1756).

<sup>481</sup> Späte, § 5, Rn. 46.

<sup>482</sup> Späte, § 5, Rn. 57.

<sup>483</sup> Die Abgrenzung zwischen der Anerkennung des Haftpflichtanspruchs und einer Erklärung nicht anerkennenden Inhalts ist in der Praxis häufig schwierig. Siehe hierzu die Beispiele bei Späte, § 5, Rn. 49/50.

<sup>484</sup> BGH, VersR 1981, S. 1158 (1160); BGH, VersR 1984, S. 383 (384); OLG Hamm, VersR 1976, S. 139 (139); Späte, § 5, Rn. 50; siehe auch Fücksel, NJW 1967, S. 1215 (1216).

<sup>485</sup> BGH, VersR 1981, S. 1158 (1160).

habe und somit ein Behandlungsfehler gegeben sei, begründen deshalb kein Anerkenntnis i.S.v § 5 Nr. 5 AHB<sup>486</sup>.

Der Arzt gibt hierdurch lediglich eine wahrheitsgemäße Erklärung über Tatsachen ab und würdigt diese<sup>487</sup>.

Insgesamt kann daher festgehalten werden, dass der Arzt im Rahmen der Hinweispflicht gegenüber dem Patienten solange nicht gegen das Anerkenntnisverbot verstößt, als er sich nicht zur Frage des Verschuldens äußert und keine Stellungnahme zur Frage einer möglichen Schadensersatzpflicht abgibt.

#### **d) Ergebnis**

Gegen eine Hinweispflicht des Arztes spricht somit nicht, dass dem Patienten Beweiserleichterungen eingeräumt werden, die ihm die Geltendmachung seiner Rechte erleichtern. Gleiches gilt insoweit auch für die Dokumentationspflicht. Vielmehr überwiegen die Argumente für eine Hinweispflicht. Der Patient gibt sich in die Obhut des Arztes und vertraut ihm sein wichtigstes Gut an - sein Leben respektive seiner Gesundheit. Treten nun Schäden aufgrund eines Behandlungsfehlers auf, so muss dem Patienten die Möglichkeit eröffnet werden, zu erfahren, was im Einzelnen während der Behandlung vorgefallen ist, um gegebenenfalls weitere Behandlungen vornehmen zu lassen. Eine nach der Behandlung bestehende Sicherungsaufklärungspflicht des Arztes kann dieses

---

<sup>486</sup> Terbille/Schmitz-Herscheidt, NJW 2000, S. 1749 (1756); siehe auch Späte, § 5, Rn. 49;

OLG Düsseldorf, VersR 1965, S. 432 (433): Selbst, wenn der Eindruck gegeben ist, dass ein Anerkenntnis und eine Einstandspflicht vorliegt, so wird dem Versicherungsnehmer eine „goldene Brücke“ gebaut, indem der Vorsatz bezüglich der Obliegenheitsverletzung mit dem Argument abgelehnt wird, der Versicherungsnehmer wolle nicht bewusst seinen Deckungsanspruch aufs Spiel setzen.

<sup>487</sup> Terbille/Schmitz-Herscheidt, NJW 2000, S. 1749 (1756).

aufgrund der Gefahr der Verschleierung nicht gewährleisten. Zudem ist durch die Einschränkung des Einsichtsrechts eine Aufklärung des Sachverhaltes mit Hinweis auf Behandlungsfehler nicht gegeben<sup>488</sup>.

Insgesamt sollte daher dem Arzt auferlegt werden, dass er dem Patienten schildern muss, dass ihm persönlich ein Fehler innerhalb der Behandlung unterlaufen ist und zudem, wie dieser Fehler behoben werden kann, um den Schutz des Patienten zu gewährleisten.

---

<sup>488</sup> Terbille/Schmitz-Herscheidt kommen zu dem Ergebnis, dass ein Arzt aufgrund der sich aus § 242 BGB ergebenden allgemeinen Leistungstreuepflicht dazu verpflichtet sei, seinen Patienten ungefragt über eigene Behandlungsfehler zu informieren, wenn das Informationsinteresse des Patienten höher zu bewerten ist als das Geheimhaltungsinteresse des Arztes: siehe NJW 2000, S. 1749 (1755).

## E. Gesamtergebnis

Die erstmalige Konstituierung der Hinweispflicht eines Rechtsanwalts erfolgte in einer Entscheidung des Reichsgerichts im Jahre 1938<sup>489</sup>. Dieses in den Folgejahren immer wieder zitierte Urteil hatte mit der später durch den BGH geschaffenen Hinweispflicht wenig gemein.

Lediglich eine besondere Situation veranlasste das Reichsgericht, eine Hinweispflicht des Anwalts zu begründen. Der Anwalt hatte in der Entscheidung konkreten Anlass, seine eigene Haftung schon vor Prozessbeginn zu prüfen, um sicher zu gehen, dass seine Haftung als anderer primär Haftender im Sinne des § 839 I S. 2 BGB ausschied. Trotz dieser Besonderheit haben sich andere Gerichte immer wieder auf diese Entscheidung berufen.

Erstmalig entschied der BGH im Jahre 1967 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, dass ein Rechtsanwalt auf einen ihm unterlaufenen Fehler sowie den daraus resultierenden Schadensersatz und dessen Verjährung hinzuweisen habe<sup>490</sup>. Ansonsten hafte der Anwalt wegen schuldhafter Unterlassung. Eine umfassende Begründung unterblieb dabei. Der BGH erwähnte lediglich, dass die Tatsache, dass der Anwalt selbst Schuldner gegenüber seinem Mandanten sei, den Mandanten nicht schlechter stellen dürfe<sup>491</sup>.

In einem weiteren Urteil, welches einige Jahre später erging, verwies der BGH auf die beiden zuvor genannten Urteile, nannte jedoch den wohl entscheidenden Grund, weshalb dem Anwalt eine Hinweispflicht auferlegt werden

---

<sup>489</sup> RGZ 158, S. 130 (134) = JW 1938, S. 2738 (2738).

<sup>490</sup> BGH, VersR 1967, S. 979 (979).

<sup>491</sup> BGH, VersR 1967, S. 979 (980).

sollte<sup>492</sup>. Der BGH betonte, dass der damalige § 51 BRAO und heutige § 51 b BRAO für den Mandanten eine sehr strenge Verjährungsregel darstelle, welche durch die Hinweispflicht ausgeglichen werden müsse<sup>493</sup>.

Die Verjährungsvorschrift des § 51 b BRAO verzichtet im Gegensatz zur Verjährungsregel des § 852 BGB auf die Kenntnis des Mandanten vom Schaden, um die Verjährung des Anspruchs in Gang zu setzen. Die Frist beginnt bei § 51 b BRAO ab Schadensentstehung und somit, ohne dass der Mandant davon überhaupt Kenntnis erlangen könnte. Die Pflicht des Anwalts, auch auf die Verjährung hinweisen zu müssen, wird in der Form begründet, dass es nicht vorausgesetzt werden kann, dass Mandanten Verjährungsregeln kennen<sup>494</sup>.

Später unterteilte der BGH dann die Schadensersatzansprüche in einen sogenannten „Primäranspruch“ und einen „Sekundäranspruch“<sup>495</sup>. Die Terminologie des BGH ist dabei nicht gleichzusetzen mit der aus dem Schuldrecht. Der Primäranspruch ist der ursprüngliche Regressanspruch des Mandanten. Der Sekundäranspruch hingegen ist derjenige Anspruch, der sich aus der schuldhaften Missachtung der Hinweispflicht ergibt. Der Sekundäranspruch wurde im Laufe der Jahre immer weiter präzisiert. Es wurde entschieden, dass dem Anwalt keine Pflicht obliegt, den Mandanten auf den Sekundäranspruch und dessen mögliche Verjährung hinzuweisen<sup>496</sup>. Umstritten war der Entstehungszeitpunkt des Sekundäranspruchs, der dann jedoch vom IX. Zivilsenat endgültig auf den Verjährungseintritt des Regressanspruchs festgelegt wurde<sup>497</sup>.

---

<sup>492</sup> BGH, NJW 1975, S. 1655 (1656).

<sup>493</sup> BGH, NJW 1975, S. 1655 (1656).

<sup>494</sup> BGH, NJW 1975, S. 1655 (1657).

<sup>495</sup> BGH, VersR 1977, S. 617 (618).

<sup>496</sup> BGH, NJW 1985, S. 2250 (2253).

<sup>497</sup> BGH, NJW 1985, S. 2250 (2253).

Die Gründe der Rechtsprechung, dem Anwalt eine Hinweispflicht aufzuerlegen, variierten in den weiteren Entscheidungen<sup>498</sup>. Die umfangreichen Pflichten des Anwalts aus seinem Anwaltsvertrag, die Stellung des Anwalts als Organ der Rechtspflege, seine juristische Qualifikation sowie das besondere Vertrauensverhältnis zwischen einem Anwalt und seinem Mandanten sind nach Meinung des BGH Gründe, die für eine Hinweispflicht des Anwalts sprechen<sup>499</sup>.

Meines Erachtens sind diese Gründe nicht haltbar.

Die Rechtsprechung kritisiert, dass der Mandant aufgrund mangelnder Rechtskenntnisse den möglichen Fehler seines Anwalts oftmals nicht erkennt und folglich der Schadensersatzanspruch aufgrund dieser fehlenden Kenntnis verjährt.

Die Entstehungsgeschichte spricht jedoch gegen die Hinweispflicht und die damit verbundene Gefahr der Verlängerung der Verjährung, weil der Gesetzgeber im Laufe der Jahre bewusst die Verkürzung der Verjährungsfrist des § 51 b BRAO erreichen wollte und insbesondere zu keinem Zeitpunkt auf die Kenntnis des Mandanten vom Anspruch abstellte<sup>500</sup>.

Das Argument des BGH, die Verjährungsfrist des § 51 b BRAO verstoße gegen das Rechtsstaatsprinzip, ist nicht hinreichend begründet, weil eine verfassungsrechtliche Abwägung zwischen der Verfassungsmäßigkeit der Korrektur durch die Hinweispflicht und den Sekundäranspruch und des Zugewinns an materieller Gerechtigkeit fehlt. Es hätte zumindest eine annähernd zahlenmäßige Darlegung der nicht durchgesetzten Ansprüche erfolgen müssen und

---

<sup>498</sup> BGH, VersR 1967, S. 979 (980); BGH, VersR 1968, S. 1042 (1043); BGH, NJW 1975, S. 1655 (1656).

<sup>499</sup> Siehe hierzu S. 19 ff.

<sup>500</sup> Siehe hierzu die Ausführungen auf S. 33 ff.

im Vergleich dazu eine Verbesserung durch die Einführung der Hinweispflicht und den Sekundäranspruch dargelegt werden sollen, weil ansonsten die Prämisse des BGH nicht überprüfbar ist. Zudem ist zu bedenken, dass auch in anderen Bereichen, wie z.B. im Kaufrecht, Verjährungsvorschriften die Rechte des Gläubigers zugunsten der Rechtssicherheit beschränken. In diesen Fällen liegt jedoch kein Verstoß gegen die materielle Gerechtigkeit vor.

Dem Gesetzgeber steht bei der ihm obliegenden Abwägung ein hohes Maß an eigenem Ermessen zu. Räumt er einem der widerstreitenden Ziele den Vorzug ein, so muss er lediglich beachten, dass er keine Begründungen der Rechtssicherheit anführt, denen jede Bedeutung abgesprochen werden kann. Die Verjährungsfrist des heutigen § 51 b BRAO ist im Laufe der Jahre immer wieder gekürzt worden, weil Schadensersatzforderungen oftmals erst Jahre nach Beendigung des Mandats erhoben wurden<sup>501</sup>. Dies brachte insbesondere Beweisschwierigkeiten mit sich, weil eine langjährige Aktenaufbewahrung nicht möglich war<sup>502</sup>.

Zudem werden einem Anwalt sehr umfangreiche Pflichten durch die Rechtsprechung auferlegt, so dass ihm die Gewissheit des Rechtsfriedens zugebilligt werden muss.

Weiterhin ist das Argument des BGH widerlegbar, dass dem Rechtsanwalt eine Hinweispflicht aufgrund seiner Stellung als Organ der Rechtspflege auferlegt werden kann<sup>503</sup>.

Gemäß § 2 BRAO übt der Rechtsanwalt einen freien Beruf aus. Als Freiberufler kann er jedoch kein Staatsorgan sein. Zudem ist die Stellung des Anwalts in § 3 BRAO hinreichend geklärt, denn danach ist er der „berufene

---

<sup>501</sup> Verhandlungen des Reichstags, Band 273, Nr. 339, S. 34.

<sup>502</sup> Bloch, JW 1907, S. 581/647 (650).

<sup>503</sup> BGH, VersR 1968, S. 1042 (1043).

unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten".

Aber auch die ursprüngliche Bedeutung des Wortes „Organ“ spricht gegen eine Stellung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege. Es stammt von dem griechischen Wort „organon“, welches in der Übersetzung Werkzeug bedeutet<sup>504</sup>. Ein Werkzeug steht aber immer in einem Abhängigkeitsverhältnis zu seinem Benutzer. Ein abhängiges Werkzeug kann jedoch nicht gleichzeitig unabhängig sein, wie es § 1 BRAO aussagt.

Insgesamt ist § 1 BRAO daher eine Rechtsnorm ohne Aussagegehalt, die zur Begründung der Hinweispflicht eines Anwalts nicht herangezogen werden kann.

Der Versuch, anderweitige Aspekte zu finden, die für eine Hinweispflicht sprechen könnten, führte zu dem Ergebnis, dass es keine bestätigenden Argumente gibt.

Es ist z.B. nicht davon auszugehen, dass schon bei Vertragsschluss eine Hinweispflicht vereinbart wird, weil es unwahrscheinlich ist, dass es einem Mandanten in den Sinn kommt, der Anwalt werde einen Fehler während des Mandats begehen.

Auch der Verweis des § 675 BGB auf § 666 BGB ist kein Rechtfertigungsgrund für die Auferlegung einer Hinweispflicht, weil die Benachrichtigungspflicht des § 666 BGB, die eine spontane Pflicht ohne vorherige Aufforderung darstellt, keine Offenbarung eigenen Fehlverhaltens umfasst, was sowohl rechtsgeschichtlich als auch systematisch belegbar ist<sup>505</sup>.

Weiterhin ergibt sich keine Hinweispflicht des Anwalts aus § 43 BRAO. Der Wortlaut könnte zwar auf eine solche schließen lassen. Die Norm wird jedoch als reine

---

<sup>504</sup> Frisk, Griechisches Wörterbuch, S. 410.

<sup>505</sup> Siehe hierzu die Ausführungen auf S. 50 ff.

Disziplinarvorschrift gesehen, die keine zivilrechtlichen Folgen nach sich zieht<sup>506</sup>.

Die Hinweispflicht verstößt aber gegen das Verbot der Selbstbezeichnung i.S.d Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG. Schon in vergleichbaren Interessenlagen hat sich die Rechtsprechung gegen eine Pflicht zur Selbstbezeichnung entschieden. In einer Entscheidung zur Treuepflicht eines aus einem Dienstvertrag Verpflichteten geht das Gericht davon aus, dass die Treuepflicht nicht so weit gehe, dass der Arbeitnehmer sich selbst bezeichnen muss<sup>507</sup>. Zudem wird im Rahmen der Haftung eines Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft ähnlich argumentiert<sup>508</sup>.

Auch die Tatsache, dass das Gesetz im § 97 I S. 1, S. 2 InsO eine Ausnahme vom Grundsatz des Verbotes der Selbstbezeichnung macht, rechtfertigt in keinsten Weise die Hinweispflicht. § 97 I S. 1, S. 2 InsO spiegelt lediglich den Grundgedanken wieder, dass das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit nur so weit geht, dass Rechte anderer nicht verletzt werden. Vielmehr wird dem Schuldner die Chance eröffnet, nach einigen Jahren ein menschenwürdiges Dasein zu führen, ohne dass er sein Leben lang Schulden zu zahlen hat.

Zudem steht der Aspekt der Berufshaftpflichtversicherung einer Hinweispflicht nicht entgegen, obwohl argumentiert werden könnte, dass die Versicherung im Haftungsfall zahlt, so dass der Anwalt letztlich keinen Schaden hat. Problematisch ist dabei jedoch, dass die Versicherung gemäß § 51 IV S. 2 BRAO Schäden auf das Vierfache der Mindestversicherungssumme begrenzen kann. Auch kann die Versicherung gemäß § 51 III S. 1-5 BRAO die Haftung für

---

<sup>506</sup> Siehe hierzu die Ausführungen auf S. 55.

<sup>507</sup> BGH, NJW-RR 1989, S. 614 (615); Emmerich, JuS 1989, S. 668 (668).

<sup>508</sup> Kölner Kommentar-Mertens, § 98, Rn. 51/129/162, § 90 AktG, Rn. 22.

die dort aufgelisteten Fälle ausschließen. Dies hat zur Folge, dass der Anwalt bei hohen Regressforderungen oder in den aufgelisteten Fällen aufgrund der Hinweispflicht schlimmstenfalls seine Existenz verlieren kann. Jedoch kann dem entgegengehalten werden, dass dem Mandanten dasselbe Schicksal drohen kann. Es ist aber zu beachten, dass es einem Anwalt erlaubt ist, gemäß § 51 a I Nr. 1 BRAO durch eine Individualvereinbarung schriftlich die Haftung für jede Art der Fahrlässigkeit, also auch der groben Fahrlässigkeit, bis zur Höhe der Mindestversicherungssumme zu begrenzen<sup>509</sup>. Dem Mandanten steht es folglich frei, mit seinem Anwalt in einer individuellen Übereinkunft zu vereinbaren, dass sich die anwaltliche Haftung gegebenenfalls auf die gesetzliche Mindestversicherungssumme beschränkt. Wird nun ein Mandant explizit darauf hingewiesen, dass es aufgrund der Komplexität oder sonstigen Gründen zu Fehlern kommen kann, so ist er vor diesen gewarnt und kann immer noch den Vertragsschluss ablehnen. Schließt der Mandant jedoch die Individualvereinbarung, so lässt er sich bewusst auf dieses Risiko ein, denn er weiß, dass Fehler auftreten können. Es kann dann einem Mandanten zugemutet werden, Nachforschungen anzustrengen und sich gegebenenfalls anderweitig zu informieren, wie sich die Sachlage entwickeln würde, wenn er bewusst das Risiko der Haftungsbeschränkung eingeht.

Die Entscheidungen bezüglich einer Hinweispflicht des Rechtsanwalts waren in den Folgejahren immer wieder Bezugspunkt für Entscheidungen, die sich auf die Haftung anderer Selbständiger bezogen.

So wurde im Rahmen der Steuerberaterhaftung auf die Ähnlichkeit des Rechtsverhältnisses zwischen einem

---

<sup>509</sup> Feuerich/Braun, § 51 a BRAO, Rn. 5/6/7; Bundesratsdrucksache 93/93, S. 95; vgl.: Bundesratsdrucksache, Empfehlungen 504/1/94, S. 5.

Steuerberater und seinem Mandanten und dem des Anwalts und seinem Mandanten hingewiesen<sup>510</sup>. Dabei wurde insbesondere betont, dass auch die bewusst dem § 51 b BRAO nachgebildete kurze dreijährige Verjährungsfrist des § 68 StBerG dazu führen müsse, dass der Steuerberater den Mandanten auf einen ihm in der Steuersache unterlaufenen Fehler hinzuweisen habe<sup>511</sup>.

Die Begründung des BGH ist jedoch insgesamt nicht überzeugend. So erläutert er, die Pflicht verstoße nicht gegen § 1 RBerG, da der Steuerberater nicht in einer fremden, sondern in einer eigenen Rechtsangelegenheit berate, wenn er auf den Fehler und den daraus folgenden Regressanspruch hinweise<sup>512</sup>. Entscheidend ist jedoch, dass es sich bei der Hinweispflicht um eine Besorgung in sonstigen Rechtsangelegenheiten i.S.d. § 4 III RBerG handelt. Ein Steuerberater darf aber grundsätzlich innerhalb des Mandats keine Rechtsangelegenheiten tätigen, die sich nicht auf steuerrechtliche Belange beziehen<sup>513</sup>. Die Aufklärung über den Regressanspruch und die Erläuterung von Verjährungsvorschriften sind jedoch keine spezifisch steuerrechtlichen, sondern insbesondere schuldrechtliche Angelegenheiten, die nicht von ihm in seiner Funktion als Steuerberater getätigt werden dürfen. Aber selbst, wenn es eine eigene Rechstangelegenheit wäre, so würde sie doch in seiner Position als Steuerberater ausgeübt und damit erneut einen Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz bedeuten. Zudem hätte der BGH konsequenterweise zumindest auch Notaren eine Hinweispflicht auferlegen müssen, wenn er als Argument zur Begründung der Hinweispflicht die rechtliche Qualifikation anbringt, denn auch Notare sind wie Rechtsanwälte Volljuristen.

---

<sup>510</sup> BGHZ 83, S. 17-27 = BGH, NJW 1982, S. 1285-1288.

<sup>511</sup> BGHZ 83, S. 17 (23).

<sup>512</sup> BGHZ 83, S. 17 (24).

<sup>513</sup> Siehe hierzu den Wortlaut des § 4 III RBerG sowie des § 33 StBerG.

Insgesamt liegt der Verdacht nahe, dass es dem BGH erneut um eine Verlängerung der Verjährungsfrist ging.

Aber auch der Vergleich der Berufsgruppe der Rechtsanwälte mit der der Steuerberater im Hinblick auf die Auferlegung der Hinweispflicht führte zu dem Ergebnis, dass einem Steuerberater keine Hinweispflicht auferlegt werden dürfte. Die rechtliche Ausbildung der Steuerberater in Bezug auf allgemeinjuristische, nicht steuerrechtliche Gebiete, ist nur sehr allgemein gehalten. Es kann daher von einem Steuerberater nicht verlangt werden, sich bestmöglichst mit Regressen und Verjährungsfristen auszukennen.

Insgesamt ist die Hinweispflicht des Steuerberaters auf einen Fehler und den daraus folgenden Regressanspruch sowie der Verjährungsfrist daher ungerechtfertigt.

Ein Architekt als Sachwalter des Bauherrn muss auf sichtbar gewordene Fehler hinweisen und unverzüglich aufklären, wer ursächlich für die Baumängel ist<sup>514</sup>. Ist der Architekt selbst dafür verantwortlich, so muss er den Bauherrn auch darüber aufklären<sup>515</sup>. Der BGH mutet dem Architekten jedoch nicht zu, den Bauherrn darauf aufmerksam zu machen, dass ein Regressanspruch gegen ihn gegeben ist<sup>516</sup>. Unterlässt der Architekt weitere Untersuchungen und den Hinweis auf eigene Fehler, so ist dem Architekten die Einrede der Verjährung untersagt<sup>517</sup>. Im Ergebnis ist es berechtigt, einem Architekten eine Hinweispflicht auf eigene Fehler aufzuerlegen, auch wenn zunächst Bedenken bestehen könnten, diese verstoße gegen das Verbot der Selbstbezeichnung gemäß Art. 2 I GG i.V.m Art. 1 I GG. Es ist zu beachten, dass bei einem

---

<sup>514</sup> BGHZ 71, S. 144 (149).

<sup>515</sup> BGHZ 71, S. 144 (149).

<sup>516</sup> BGHZ 71, S. 144 (149).

Architektenfehler Leib und Leben von Menschen in Gefahr sein können, indem durch Baumängel Gesundheitsschäden auftreten, so dass der Schrankenvorbehalt des Art. 2 I GG, die Rechte anderer, eingreift.

Der Ansicht, dass der Architekt nicht direkt auf einen Regressanspruch und dessen Verjährung hinzuweisen hat, ist zu folgen, weil keine juristische Kompetenz von ihm erwartet werden kann.

Ärzten obliegt keine Hinweispflicht auf einen Fehler, der ihnen während einer Behandlung des Patienten unterlaufen ist<sup>518</sup>. Sie haben lediglich dafür Sorge zu tragen, dass eine bestmögliche Versorgung des Patienten gewährleistet ist. Ist ihnen also ein Fehler unterlaufen, so genügt es Maßnahmen zu treffen, die dem Patienten helfen, ohne ihm direkt offenbaren zu müssen, was im Einzelnen vorgefallen ist.

Die Rechtsprechung auferlegt dem Arzt jedoch Aufklärungspflichten, die insbesondere vor dem Eingriff zu geschehen haben<sup>519</sup>. So dient die Selbstbestimmungsaufklärung dem Zweck, die Zustimmung des Patienten für einen Eingriff zu erhalten. Der Arzt würde und sich ansonsten einer Körperverletzung strafbar machen. Die Sicherungsaufklärung, oder auch therapeutische Aufklärung genannt, hat den Zweck, den Patienten über die medizinischen Hintergründe aufzuklären, ihm Hinweise zum persönlichen Verhalten zu geben und ihm nach der Behandlung zur Seite zu stehen. Ein Patient, der wegen eines Behandlungsfehlers klagt, muss nun sowohl die Kausalität und den eingetragenen Schaden, als auch das Verschulden des Schädigers

---

<sup>517</sup> BGHZ 71, S. 144 (149).

<sup>518</sup> Siehe S. 91-95.

<sup>519</sup> Siehe zu den folgenden Ausführungen S. 99 ff.

beweisen<sup>520</sup>. Jedoch ist zu Gunsten des Patienten ein Anscheinsbeweis möglich, wenn bei einem typischen Krankheits- und Geschehensablauf auf einen Fehler des Arztes geschlossen werden kann. Zur Widerlegung des Anscheins muss der Arzt die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs darlegen.

Zudem kommt es bei einem groben Behandlungsfehler des Arztes zu einer echten Beweislastumkehr im Rahmen der Kausalität.

Weiterhin hat der BGH entschieden, dass ein Arzt sämtliche Patientendaten, die Anamnese, seine Diagnose und die Therapie zu dokumentieren hat und der Patient zudem ein Einsichtsrecht in die Unterlagen erhält<sup>521</sup>.

Insgesamt erscheinen daher die Rechte eines Patienten sehr umfangreich ausgestaltet zu sein, so dass der Eindruck erweckt werden könnte, dass eine Hinweispflicht des Arztes auf einen ihm unterlaufenen Fehler nicht nötig ist, da der Patient hinreichende Möglichkeit hat, den Fehler des Arztes nachzuweisen.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass der BGH im Rahmen des Einsichtsrechts Einschränkungen vornimmt, so dass es dem Patienten keinesfalls ohne Probleme möglich ist, den Behandlungsablauf nachzuvollziehen sowie die eventuelle Fehlerquelle und Ursache herauszufinden<sup>522</sup>. Der Grund dafür ist, dass das Einsichtsrecht nach der Rechtsprechung nur naturwissenschaftlich konkretisierbare Befunde sowie die ausgeführten Behandlungsmaßnahmen umfasst, nicht jedoch die Unterlagen, an deren Zurückhaltung der Arzt ein berechtigtes Interesse hat<sup>523</sup>. Hierunter fallen insbesondere subjektive Wertungen des Arztes, wie dessen persönliche Eindrücke und vorläufige Verdachtsdiagnosen.

---

<sup>520</sup> Siehe S. 96 ff.

<sup>521</sup> BGH, NJW 1983, S. 328 (329).

<sup>522</sup> BGH, NJW 1983, S. 328 (329); siehe auch Peter, S. 24, 25/26.

<sup>523</sup> BGH, NJW 1983, S. 328 (329).

In die wirklich entscheidenden Unterlagen wird der Patient daher keinen Einblick erhalten. Folglich ist schon aufgrund dieses Aspektes eine Hinweispflicht des Arztes angebracht.

Aber auch die Vertrauensstellung des Arztes und die ethische Verpflichtung sprechen für seine Hinweispflicht. Der Patient konsultiert den Arzt in der Hoffnung, dieser werde seine körperlichen Beschwerden lindern und vertraut ihm seine höchstpersönlichen Rechtsgüter Leben und Gesundheit an. Die große Einwirkungsmöglichkeit auf diese Rechtsgüter bedarf einer erhöhten Verantwortung des Arztes. Die Gefahr der Selbstbeziehung steht dem nicht entgegen, weil die Rechtsgüter Leben und Gesundheit dem Schutz vor Regress vorrangig sind.

Dabei kollidiert die Hinweispflicht des Arztes nicht mit dem Verbot gemäß § 5 Nr. 5 AHB, im Rahmen seiner Stellung als Versicherungsnehmer, einen Haftpflichtanspruch ganz oder zum Teil anzuerkennen. Die Analyse hat ergeben, dass der Arzt solange nicht gegen das Anerkenntnisverbot verstößt, als er sich nicht zur Frage des Verschuldens äußert und keine Stellungnahme zur Frage einer möglichen Schadensersatzpflicht abgibt<sup>524</sup>.

Insgesamt sollte der BGH seine Entscheidungen zur Hinweispflicht daher überdenken.

---

<sup>524</sup> Siehe hierzu die Ausführungen auf S. 107 ff.

## Lebenslauf

**Name:** Gunda Ennen  
**Geburtstag:** 06.01.1970  
**Geburtsort:** 26529 Marienhaf

### **Schulbildung:**

1976-1980: Grundschule Upgant-Schott  
 1980-1982: Orientierungsstufe Marienhaf  
 1982-1989: Ulrichsgymnasium Norden, Abitur

### **Hochschulstudium:**

02.11.1989-31.03.1993: Studium der Humanmedizin, Universität Kiel  
 01.10.1993-23.01.1995: Studium der Rechtswissenschaft, Universität Kiel  
 24.01.1995-31.03.1995: Teilnahme am Erasmusprogramm in Frankreich, L'Universite' Jean Moulin-Lyon III  
 24.04.1995-31.06.1995: Teilnahme am Erasmusprogramm in England, University of Surrey  
 01.10.1995-30.09.1996: Fortsetzung des Studiums der Rechtswissenschaft, Universität Kiel  
 01.10.1996-30.04.1999: Fortsetzung des Studiums der Rechtswissenschaft, Universität Würzburg  
 30.04.1999: 1. Juristisches Staatsexamen, OLG Schleswig  
 ab Mai 1999: Promotion  
 seit Mai 2000: Referendariat in Hannover

### **Praktika:**

19.09.1994-19.10.1994: Amtsgericht Norden  
 26.06.1995-30.06.1995: Anwaltskanzlei in London, barrister  
 10.07.1995-28.08.1995: Anwaltskanzlei in Colchester/GB, solicitor  
 12.02.1996-11.03.1996: Arbeitsamt Kiel