

Barbara Klett*

Aufklärungspflicht des Anwalts und Folgen ihrer Verletzung

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung	42
	A. Anwaltsvertrag – Grundlagen	42
	B. Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht als Nebenpflicht	43
II.	Zeitpunkt der Aufklärung	43
III.	Inhalt der Aufklärung	44
	A. Aufklärung über die persönlichen Fachkenntnisse	45
	B. Aufklärung über das Honorar und die Kosten	46
	1. Vereinbarung Honorar	46
	2. Honorar bei Beratungstätigkeiten	47
	3. Vom Prozessausgang abhängige Honorare und Kosten	47
	4. Hinweis auf alternative Prozessfinanzierungsmöglichkeiten	48
	5. Rechnungsstellung	49
	C. Aufklärung über Taktik und Strategie	49
	D. Aufklärung über Risiken und Erfolgsaussichten	50
IV.	Adressat der Aufklärung	51
	A. Natürliche Personen	51
	B. Juristische Personen	52
	C. Mehrzahl von Mandanten	53
	D. Umstände, welche die Aufklärung erschweren	54
V.	Umfang und Grenzen der Aufklärung	54
	A. Empfänger-orientierte Aufklärung	54
	B. Tragung der Kosten der Aufklärung	56
	C. Aufklärung über eigenes Fehlverhalten	56
VI.	Handeln bei Dringlichkeit	56
VII.	Form der Aufklärung	57
VIII.	Folgen der Verletzung der Aufklärungspflicht	57
	A. Haftungsvoraussetzungen	58
	1. Vertragsverletzung	58
	2. Schaden und Kausalzusammenhang	59
	3. Verschulden	59

* LL.M., Rechtsanwältin bei Eversheds AG in Zürich, Fachanwältin SAV für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Redaktionsmitglied der Zeitschrift HAVE (Haftung und Versicherung). Die Autorin dankt Dominique Müller, MLaw, Rechtsanwältin bei Eversheds AG, für die wissenschaftliche Unterstützung bei der Redaktion dieses Beitrags.

B. Beweislast und Beweismass	60
1. Beweislast	61
2. Beweismass	61
3. Beweisschwierigkeiten bei unterlassener Aufklärung	61
C. Disziplinarverfahren	63
Literaturverzeichnis	64

I. Einführung

A. Anwaltsvertrag – Grundlagen

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Anwalt und seinem Mandanten unterliegt sowohl dem Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR)¹ als auch den Berufsregeln nach dem Bundesgesetz über die Freizügigkeit von Anwältinnen und Anwälten (Anwaltsgesetz, BGFA)². Ferner untersteht der Anwalt dem kantonalen Standesrecht und die Mitglieder des schweizerischen Anwaltsverbands auch dessen Standesregeln. Diese Regelwerke übernehmen die bundesrechtlichen Berufsregeln und ergänzen diese an vielen Stellen, an welchen sie konkretisierungsbedürftig sind. Dies gilt insbesondere für die Regeln gemäss Art. 12 BGFA betreffend die sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung (lit. a), die Unabhängigkeit (lit. b) und die Vermeidung von Interessenkonflikten (lit. c), aber auch betreffend scheinbar konkreter formulierten Bestimmungen, wie diejenigen bezüglich des Verbotes des Erfolgshonorars (lit. e).

Die Hauptpflicht des Anwalts nach Auftragsrecht besteht darin, «die ihm übertragenen Geschäfte und Dienste vertragsgemäss zu besorgen».³ Die Verpflichtung zur vertragskonformen Vertragsausführung wird durch die anwaltliche Treuepflicht, als Nebenpflicht, ergänzt und näher ausgestaltet.⁴ Die Treuepflicht verpflichtet den Anwalt, die Interessen des Auftraggebers umfassend zu wahren und alles zu unterlassen, was dem Auftraggeber Schaden zufügen könnte. Aus der auftragsrechtlichen Treuepflicht leitet sich unter anderem die umfassende Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht des Anwalts gegenüber seinem Mandanten ab, welche Thema des vorliegenden Beitrages bildet.

¹ Urteil des BGer 4C.225/2000 vom 8. März 2001 E. 2a; BK-FELLMANN, Art. 398 OR Rz. 144 f.

² SR 935.61.

³ Art. 394 Abs. 1 OR.

⁴ BK-FELLMANN, Art. 394 OR Rz. 110 f.; FELLMANN, Rz. 1196 ff.; zur Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpflichten insb. BK-FELLMANN, Art. 394 OR Rz. 220 ff.

B. Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht als Nebenpflicht

Die Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht des Anwalts ist für das Verhältnis zwischen dem Mandanten und dem Anwalt von fundamentaler Bedeutung und findet daher auch Ausdruck in den in Art. 12 BGFA statuierten Berufsregeln. Eine Verletzung der Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht wird als Verstoß gegen die allgemeine berufsrechtliche Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Ausübung des Anwaltsberufes von Art. 12 lit. a BGFA sowie gegen die auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht aus Art. 398 Abs. 2 OR qualifiziert.⁵

Die Verletzung kann in der unterlassenen oder fehlerhaften Aufklärung bestehen, wobei sich der vorliegende Beitrag insbesondere mit der Unterlassung befasst.

II. Zeitpunkt der Aufklärung

Die Auskunftspflicht des Anwalts beginnt bereits bei der Anbahnung des Mandatsverhältnisses. Sie beruht aufgrund ihres vorvertraglichen Charakters auf dem Grundsatz von Treu und Glauben und auferlegt dem Anwalt die Pflicht zur Aufklärung über jene Punkte, die der potenzielle Mandant nicht kennt und nicht kennen muss und welche die Entscheidung des Mandanten zur Auftragserteilung oder Modifikation beeinflussen mögen.⁶

Von den vorvertraglichen Aufklärungspflichten des Anwalts sind jene vertraglicher Natur abzugrenzen, welche sich inhaltlich jedoch grösstenteils mit den vorvertraglichen Pflichten decken. Beispielsweise obliegt es dem Anwalt auch während des Verfahrens, den Beauftragten über Unklarheiten aufzuklären und ihm Risiken und Varianten aufzuzeigen oder ihn auf veränderte Umstände, die allenfalls die Zielerreichung erschweren oder verunmöglichen, aufmerksam zu machen.

Im Folgenden wird auf mögliche Themen, welche im Einzelfall vor Mandatsaufnahme und mehrheitlich auch während des laufenden Auftragsverhältnisses (erneut) aufklärungsbedürftig sind, eingegangen.

⁵ SUMMERMATTER/GERBER, 5; FELLMANN, Rz. 1295; zur Abgrenzung der Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR und der Auskunftspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR vgl. FELLMANN, Rz. 1292; BK-FELLMANN, Art. 398 OR Rz. 146 m.w.H.; zu beachten ist, dass der Inhalt der Auskunftspflicht und der Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht nicht grundsätzlich verschieden ist, weshalb die Unterscheidung von untergeordneter Bedeutung ist.

⁶ SCHILLER, Rz. 1491; FELLMANN, Rz. 1296.

III. Inhalt der Aufklärung

Als Ausfluss der allgemeinen vorvertraglichen und vertraglichen Treuepflicht sind die Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten des Beauftragten ausserordentlich weitgehend und je nach Inhalt des Auftragsverhältnisses verschieden. Umfang und Inhalt von Aufklärungspflichten sind stark miteinander verknüpft und stets unter Berücksichtigung der Umstände und insbesondere der Person des Auftraggebers im Einzelfall zu bestimmen. Grundsätzlich ist eine Aufklärungspflicht bei jenen Informationen, welche lediglich im Einfluss- und Einsichtsbereich des Anwalts liegen, zu bejahen.⁷

Die Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht bezweckt die Information des Auftraggebers und sichert damit die Entwicklung und Abwicklung des Auftrags entsprechend seinen Interessen. Allgemein ausgedrückt umfasst sie demzufolge alle Elemente, die den erfolgreichen Abschluss des Auftrags und damit den Entschluss des Auftraggebers beeinflussen können, seinen Auftrag anzupassen oder zu entziehen. Dabei steht das Interesse des Mandanten immer im Mittelpunkt, damit er die Informationen erhält, welche ihm ermöglichen, eine Entscheidung in der Sache zu treffen.⁸ Dies gilt sowohl vor als auch während der Abwicklung des Vertrages.⁹

Bezüglich der Beurteilung der vertraglichen Pflichten werden oft Parallelen zwischen Arzthaftung und Anwaltshaftung gesucht.¹⁰ Auch im Zusammenhang mit der Aufklärung lassen sich wertvolle Hinweise aus der Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht und insbesondere zum Aufklärungsumfang des Arztes holen, obwohl die Verletzung der Aufklärungspflicht beim Anwalt, anders als bei der Aufklärungspflichtverletzung durch den Arzt, nicht zu einer generellen Haftung führt. Die im Folgenden aufgezählten Aufklärungsthemen, deren Umfang und die Folge der unterlassenen Aufklärung werden daher unter anderem unter dem Gesichtspunkt der analogen Anwendbarkeit der Rechtsprechung über Aufklärungspflichten von anderen freien Berufen, insbesondere des Arztes, beleuchtet.

In welchem Umfang der Anwalt seinen Mandanten im Einzelfall über die im Folgenden aufgezählten, aufklärungsbedürftigen Elemente aufzuklären hat und insbesondere, welche Tatsachen den Umfang beeinflussen, wird unter V. behan-

⁷ BK-FELLMANN, Art. 398 OR Rz. 153.

⁸ FELLMANN, Rz. 1293; MÜLLER, 460; WALTER/SCHMID, Rz. 20.41 f.

⁹ BK-FELLMANN, Art. 398 OR Rz. 149.

¹⁰ FELLMANN, Rz. 1463, 1543; Urteil des BGer 2C_215/2015 vom 16. Juni 2016 E. 5.2 (publiziert in BGE 142 II 256, ohne E. 5.2); Urteil des BGer 4A_38/2008 vom 21. April 2008 E.2.4.

delt. An dieser Stelle ist allerdings bereits darauf hinzuweisen, dass bei der Beurteilung einer Haftung des Anwalts aus Verletzung der Aufklärungspflicht der im Einzelfall nötige Aufklärungsumfang sorgfältig zu ermitteln ist, da die Aufklärungsthemen stark variieren können.

A. Aufklärung über die persönlichen Fachkenntnisse

Teil der vorvertraglichen Aufklärungspflicht bildet die Aufklärung über die Person des Anwalts. So hat der Anwalt den künftigen Auftraggeber über die eigenen Kompetenzen zu informieren und gegebenenfalls auf die fehlende Erfahrung in einem bestimmten Rechtsgebiet hinzuweisen.¹¹ Zur Aufklärung gehört auch die Information, dass die Einarbeitung in eine besondere Mandatssache aufgrund der fehlenden Erfahrung nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich ist, falls dieser Aufwand in Rechnung gestellt werden soll.

Art und Schwierigkeit der geschuldeten Tätigkeit beeinflussen die Aufklärung über persönliche Eigenschaften.

Soweit ersichtlich äusserte sich das Bundesgericht im Rahmen des Anwaltsmandats bisher nicht dazu, wie weit eine solche vorvertragliche Aufklärungspflicht des Anwalts über seine persönlichen Fachkenntnisse geht. Entsprechende Ausführungen liegen im Zusammenhang mit der Aufklärungspflicht des Arztes vor, als ein Patient geltend machte, er hätte sich in Kenntnis der Risiken von einem erfahreneren Chirurgen operieren lassen. Der operierende Arzt war zum Zeitpunkt der Operation erst 34 Jahre alt, wenig erfahren und befand sich in Ausbildung zum Facharzt. Der Schwierigkeitsgrad der Operation habe sich im mittleren, durchschnittlichen Bereich befunden und erforderte daher nicht nur Grundkenntnisse. Das Bundesgericht beurteilte die vorinstanzliche Erwägung, wonach die Darlegung des Patienten, dieser hätte sich bei hinreichender Aufklärung für einen Spezialisten entschieden, angesichts des Risikos der Operation, nicht als willkürlich.¹²

Wie bei den Ärzten führt der Weg zum erfahrenen Anwalt über die Erfahrung, die u.a. durch Übung und Praxis entsteht. In Bezug auf die Aufklärung des Mandanten über die eigene Erfahrung bzw. über die Risiken, verbunden mit der fehlenden Erfahrung, spielt selbstverständlich eine Rolle, ob der (noch) unerfahrene

¹¹ BK-FELLMANN, Art. 398 OR Rz. 151; FELLMANN, Rz. 1297.

¹² Urteil des BGR 4A_453/2014 vom 23. Februar 2015 E. 6.3 ff.; die bundesgerichtliche Überprüfung erfolgte nur auf Willkür.

Anwalt über unterstützende Ressourcen, wie beispielweise einen im betroffenen Rechtsgebiet erfahrenen Kollegen in der Kanzlei, verfügt.

Eine grundsätzliche Unterscheidung beziehungsweise Einteilung der Anwälte in zwei Altersgruppen ist abzulehnen. Die Aufklärung über die eigenen Kompetenzen trifft nicht etwa nur junge Anwälte, sondern genauso Anwälte, welche für einen Fall ausserhalb ihres angestammten Spezialgebiets mandatiert werden.

B. Aufklärung über das Honorar und die Kosten

1. Vereinbarung Honorar

Die Zahlung einer Vergütung gehört im Auftragsrecht zu den Pflichten des Auftraggebers (Art. 394 Abs. 3 OR). Aus Art. 398 Abs. 2 OR ergibt sich die Pflicht des Anwaltes, den Mandanten über die Rechnungsstellung sowie über die zu erwartenden Honoraransprüche aufzuklären.¹³ Eine solche Verpflichtung ist explizit in Art. 12 lit. i BGFA vorgesehen, nämlich dass Anwälte ihre Klientenschaft bei Übernahme des Mandates über die Grundsätze ihrer Rechnungsstellung aufklären und sie periodisch oder auf Verlangen über die Höhe des geschuldeten Honorars informieren.¹⁴ Zu den Grundsätzen der Rechnungsstellung gehören mindestens Angaben zur Berechnung des Honorars sowie zum Honoraransatz.

Bekanntlich bestehen diverse Optionen für die Vereinbarung des Anwaltshonorars, und zwar nebst der Höhe auch in Bezug auf die Abrechnungsmodalitäten. Gestützt auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit sind die Parteien in der Vereinbarung der Art und der Höhe des Honorars grundsätzlich frei.¹⁵ Der Grundsatz

¹³ BK-FELLMANN, Art. 398 OR Rz. 151; FELLMANN, Rz. 490 f.; Urteil des BGer 2C_247/2010 vom 16. Februar 2011 E. 5.1.

¹⁴ Auch die Schweizerischen Standesregeln des SAV sehen eine solche Aufklärung in Art. 18 Abs. 3 vor: «Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte klären ihre Mandanten bei Übernahme des Mandates über die Grundsätze der Honorierung auf».

¹⁵ Honorarvereinbarungen, bei denen dem Anwalt pauschal überlassen wird, erst bei Rechnungsstellung willkürlich zu entscheiden, ob er das Honorar nach Aufwand (Stundensatz CHF 180 bis 300) oder nach Interessenwert (Prozentsatz 2–5%) berechnen will, wurden als unzulässig beurteilt, insbesondere auch unter Berücksichtigung des sehr breiten Rahmens. Ein solcher «Freipass» ist nicht mit den Aufklärungs- und Treuepflichten eines Anwalts zu vereinbaren, da er keine klaren Verhältnisse schafft. Es kann nicht angenommen werden, dass ein Mandant einer solchen Honorarvereinbarung zustimmt, wenn er über die finanziellen Folgen unterrichtet worden wäre (LGVE 2002 I Nr. 49, 108).

der Vertragsfreiheit wird durch das Verbot von Erfolgshonoraren (Art. 12 lit. e BGFA) eingeschränkt.¹⁶

Dem Anwalt obliegt es gegenüber seinem Mandanten, von Anfang an Kostentransparenz zu schaffen. Zum Umfang der Aufklärung über das Honorar und die Kosten, insbesondere zu deren Abhängigkeit von verschiedenen Faktoren wie Erfahrung des Klienten, wird auf nachfolgende Ausführungen unter V. verwiesen.

2. Honorar bei Beratungstätigkeiten

Bei der beratenden Tätigkeit lässt sich der Arbeitsaufwand im Normalfall im Vergleich zur forensischen Tätigkeit besser abschätzen, da er in der Regel besser gesteuert werden kann bzw. weniger von äusseren Faktoren abhängig ist. Unvorhergesehener Mehraufwand kann aber auch bei beratenden Tätigkeiten vorkommen. Der Anwalt soll seinen Mandanten vorgängig orientieren, wie hoch er den Arbeitsaufwand schätzt, sofern ein Stundenhonorar vereinbart wurde. Ergeben sich nachträgliche Anpassungen des Vertragsverhältnisses, wie beispielsweise eine Ausweitung des Mandats, oder unvorhersehbare Schwierigkeiten, welche zu Mehraufwand führen, hat der Mandant über die Auswirkungen auf das Honorar informiert zu werden.

3. Vom Prozessausgang abhängige Honorare und Kosten

In forensischen Fällen sind der Aufwand und somit die Höhe der Kosten, und deren Verlegung, welche richterlich erfolgt, bei Mandatsbeginn schwieriger abzuschätzen. Dem in Gerichtsverfahren unerfahrenen Mandanten sind die «Spielregeln» des Prozessierens, darunter die Grundsätze der Kostenfestsetzung und -verlegung nach den jeweils anwendbaren Kostenverordnungen, aufzuzeigen. Insbesondere sind die Besonderheiten der Entschädigung im Rahmen eines Gerichtsverfahrens (wie streitwertabhängige Höhe der Kostenfolge und Entschädigung, Auferlegung der Kosten nach Obsiegen, beschränkte Steuermöglichkeiten im laufenden Prozess) dem Mandanten, der noch nicht prozessiert hat,

¹⁶ Betreffend das Verbot des Erfolgshonorars präzisiert Art. 19 Abs. 3 der SAV-Standesregeln wie folgt: «Zulässig ist jedoch die Vereinbarung einer Erfolgsprämie, welche zusätzlich zum Honorar geschuldet ist (pactum de palmario)»; siehe dazu SCHILLER, Rz. 1619 f.; FELLMANN, Rz. 342, 434 ff.; SCHWANDER, 588 f. m.w.H. Eine nachträgliche Erhöhung des Honorars seitens des Anwalts nach Mandatsabschluss von CHF 605'027 um einen Zuschlag von CHF 1.5 Mio. mit dem Hinweis auf den Erfolg wurde vom Bundesgericht, gestützt auf einen Artikel des Genfer Anwaltsgesetzes (Art. 34), geschützt (BGE 135 III 259). Der Entscheid wurde in der Lehre jedoch, unter Verweis auf Art. 12 lit. e und i BGFA, stark kritisiert (z.B. SCHWANDER, 603, 606 f.). Mit dem Thema der fehlenden oder mangelhaften Aufklärung setzte sich das Bundesgericht allerdings nicht auseinander.

detailliert zu erklären. Falls ein Honorar nach Aufwand vereinbart wurde, ist der prozessunerfahrene Mandant darauf aufmerksam zu machen, dass die im Falle des Obsiegens zugesprochene Parteientschädigung, die eigenen Anwaltskosten je nach Streitwert und Kompliziertheit des Falles nicht vollständig deckt und er auch bei vollständigem Obsiegen einen Teil der Anwaltskosten tragen muss.

In forensischen Fällen ist es auch mit aller Voraussicht oft schwierig, mehr als den Rahmen abzustecken, in welchem sich das Honorar mutmasslich bewegen wird.¹⁷ Dabei ist wichtig, dass der Mandant über die Unvorhersehbarkeit des Aufwandes informiert und auf die absehbaren Risiken, die sich auf die Höhe des Honorars auswirken, hingewiesen wird.¹⁸ Da die forensischen Fälle, je nach Konstellation, nicht eigenmächtig beendet werden können, ist der Mandant grundsätzlich über das finanzielle «Worst-Case-Szenario» des Unterliegens bis zur letzten Instanz aufzuklären.¹⁹

4. Hinweis auf alternative Prozessfinanzierungsmöglichkeiten

Zu einer umfassenden Instruktionsbesprechung zwischen dem Anwalt und dem Mandanten gehört grundsätzlich auch die Klärung bzw. der Hinweis auf allfällige Rechtsschutzdeckungen sowie auf die Möglichkeit, bestimmte Prozesse finanzieren zu lassen (sog. Prozessfinanzierung). Bei rechtskundigen Mandanten kann der Anwalt im Normalfall davon ausgehen, dass diese ihre Versicherungsdeckung bereits eigenständig oder durch den Broker geprüft haben. Mandanten, welche das erste Mal in Kontakt mit der Justiz kommen, sind auf eine mögliche Versicherungsdeckung der Prozesskosten oder eine alternative Prozessfinanzierung unaufgefordert hinzuweisen.²⁰

Finanziell schwache Mandanten sind auf die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege aufmerksam zu machen; nötigenfalls sind die erforderlichen Massnahmen rechtzeitig zu treffen.²¹

¹⁷ FELLMANN, Anwaltsgesetz, Art. 12 Rz. 170a.

¹⁸ TESTA, 235; vgl. auch Beschluss der Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen des Kantons Zug vom 7. November 2006 (AK 2006/2) E. 2.

¹⁹ Siehe auch III.D.

²⁰ WALTER/SCHMID, Rz. 20.47, bejahen die Aufklärungspflicht, sofern Anzeichen für eine Versicherungsdeckung bestehen.

²¹ Dabei ist auch das Vorhandensein einer Rechtsschutzversicherung zu klären, da gegebenenfalls der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege entfällt (Urteil des BGer 9C_347/2007 vom 6. März 2008 E. 6).

5. Rechnungsstellung

Im Rahmen der Annahme eines Mandates wird ebenfalls die Rechnungsstellung, allfällige Kostenvorschüsse, deren Höhe sowie der Zeitpunkt der Rechnungsstellung²² vereinbart. Wird ein Kostenvorschuss verlangt, hat dieser in einem angemessenen Verhältnis zur voraussichtlichen Höhe des Honorars bzw. zu den Auslagen zu stehen.²³ Eine allgemeine Kostenvorschusspflicht sehen weder das BGFA noch die Standesregeln²⁴ vor.²⁵

C. Aufklärung über Taktik und Strategie

In einem beratenden Mandat wie in einem prozessualen Verfahren führen oft verschiedene Wege zum Ziel. Dem Anwalt obliegt es, dem Mandanten unterschiedliche Taktiken und Strategien und allfällige Risiken aufzuzeigen und ihn in der zweckmässigen Wahl der «richtigen» Strategie zu unterstützen. Der Entscheidung steht dem Mandanten zu.

Eine Aufklärung erfolgt vorerst sinnvollerweise zu Beginn des Mandates und hat während der Führung des Mandates, je nach Entwicklung, seinen Fortgang zu nehmen.

Der Anwalt hat sich mit den Anweisungen und Anordnungen des Auftragsgebers stets kritisch auseinanderzusetzen und diese auf ihre Zweckmässigkeit zu prüfen. Unzweckmässigen Weisungen muss er nicht einfach folgen, sondern den Man-

²² Zu beachten ist, dass der Mandant während dem Prozess jederzeit das Recht hat, eine detaillierte Rechnung zu verlangen. Diese (aus Art. 400 Abs. 1 OR abgeleitete) Rechenschaftspflicht des Anwalts gilt auch bei der Vereinbarung eines Pauschalhonorars, denn dem Mandanten ist die Überprüfung der Angemessenheit des Honorars nur mit einer Abrechnung möglich, welcher er die einzelnen Bemühungen und die dafür aufgewendete Zeit entnehmen kann (Urteil KG080022 des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Oktober 2009).

²³ Art. 20 Standesregeln SAV.

²⁴ Art. 27 der alten Standesregeln bestimmte, dass Anwälte «in der Regel» angemessene Kostenvorschüsse verlangen. Wer seinen Mandanten zu lange ohne Hinweise auf die mutmassliche Höhe seiner Bemühungen sitzen liess und ihnen nicht periodisch Honorarnoten über die angefallenen Leistungen zustellte, riskierte nicht nur, dass seine Bemühungen unbezahlt bleiben würden, er machte sich unter Umständen auch eines Verstosses gegen die Standesregeln schuldig.

²⁵ Eine solche Veranlassung könnte sich aus der neusten Rechtsprechung zum Anwaltsgeheimnis ergeben. Gemäss BGE 142 II 307 E. 4.3.3, bestätigt in Urteil des BGer 2C_215/2015 vom 16. Juni 2016 E. 5.2 (publiziert in BGE 142 II 256, ohne E. 5.2), ist die Entbindung erst dann zu bewilligen, wenn der betroffene Anwalt dargelegt hat, weshalb ihm eine Kostendeckung z.B. über die Erhebung eines Kostenvorschusses nicht möglich war.

danten abmahnen, dass diese nicht sinnvoll sind und die Auftragsbefreiung möglicherweise gefährden.²⁶

D. Aufklärung über Risiken und Erfolgsaussichten

Gewinnen und Verlieren gehören zur Terminologie eines Gerichtsprozesses. Der Prozess bringt bekanntlich viele Unsicherheiten mit sich. Der Anwalt hat seinen Mandanten über die Chancen und Risiken eines Prozesses ins Bild zu setzen, wobei keine mathematisch genaue Prozentangabe der Erfolgsaussichten erwartet werden darf.²⁷ Darunter fallen die Aufklärung über die Rechts- und Beweislage, über die Dauer des Prozesses, über die Kostenfolgen und allfällige Unsicherheiten prozessualer Natur. Bei der Aufklärung über die Risiken und Chancen spielen, nebst den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen, die konkreten Umstände, wie etwa die Risikofreudigkeit des Mandanten, die finanziellen Hintergründe oder die Dringlichkeit einer Erledigung, eine wesentliche Rolle. Diese Umstände bzw. die Rahmenbedingungen sind im Rahmen der Instruktionsbesprechung zwischen Anwalt und Mandant bei Mandatsbeginn zu erörtern.

Als Ausfluss der Treuepflicht obliegt dem Anwalt insbesondere, seinen Mandanten über die Schwierigkeiten und Risiken der Geschäftsbesorgung umfassend aufzuklären, damit dieser sich über das von ihm zu tragende Risiko bewusst wird und in Kenntnis der Gefahren über das weitere Vorgehen entscheiden kann.²⁸

Der Anwalt hat seinen Mandanten nach bestem Wissen und Gewissen über die Aussichten eines Rechtsstreits aufzuklären und muss seine Honorarinteressen hinter diejenigen seines Mandanten stellen. Die Berufsregeln verbieten es dem Anwalt insbesondere, seinen Mandanten leichtfertig oder mutwillig zu einem Prozess zu verleiten, der von Anfang an aussichtslos erscheint.²⁹ Daraus darf man jedoch nicht schliessen, dass der Anwalt nur risikolose Prozesse führen darf. Vielmehr stellt es gerade die Aufgabe des Anwalts dar, auch bei unklarer Rechtslage das Beste für seinen Mandanten zu erreichen.³⁰ Stimmt der Mandant trotz erfolgter Aufklärung und in voller Kenntnis der Risiken der (Weiter-)Führung

²⁶ FELLMANN, Rz. 1210; WALTER/SCHMID, Rz. 20.42.

²⁷ WALTER/SCHMID, Rz. 20.46.

²⁸ BGE 127 III 357 E. 1c; WALTER/SCHMID, Rz. 20.46.

²⁹ FELLMANN, Rz. 1302; MÜLLER, 463.

³⁰ MÜLLER, 463.

eines nach Ansicht des Anwalts ungewissen oder gar aussichtslosen Prozesses zu, darf der Anwalt diesen selbstverständlich (weiter)führen.³¹

Während eines Verfahrens obliegt es dem Anwalt, seinen Mandanten zu informieren, beispielweise wenn der Prozess sich in eine (ungeplante) Richtung entwickelt, die den Anwalt zur Überzeugung bringt, dass der Prozess aussichtslos geworden ist. Diese Informationen ermöglichen es dem Mandanten, den Auftrag während des laufenden Verfahrens gegebenenfalls anzupassen und damit den potentiellen Schaden zu begrenzen.

Auch in beratenden Mandaten sind dem Mandanten Alternativen und deren Chancen und Risiken aufzuzeigen. Bei Mandaten, welche Auswirkungen ausserhalb der juristischen Kernthematik haben, hat der Anwalt den nicht fachkundigen Mandanten beispielweise auf den Bedarf einer Beratung in finanziellen und/oder steuerlichen Belangen hinzuweisen.³² Diese Information ermöglicht dem Mandanten, entsprechend zu handeln und allenfalls einen Spezialisten hinzuzuziehen.

IV. Adressat der Aufklärung

Der Adressat der Aufklärung ist der Mandant, welcher den Anwalt beauftragen möchte. Je nachdem, ob der Anwalt von einer natürlichen oder juristischen Person beauftragt wird, können sich Besonderheiten ergeben.

A. Natürliche Personen

Wird der Anwalt von einer natürlichen Person beauftragt, ist der Adressat der Aufklärung in der Regel die betroffene Person. Besonderheiten können sich im Umgang mit handlungsunfähigen oder beschränkt handlungsunfähigen Personen ergeben.

Der gültige Mandatsabschluss setzt die Handlungsfähigkeit des Mandanten voraus.³³ Der handlungsfähige Klient stellt daher das Aufklärungsobjekt dar.

³¹ FELLMANN, Rz. 1303.

³² Gl. M. BK-FELLMANN, Art. 398 N 413; a.M. Dr. HANS NIGG, zitiert in: KISSLING/LANZ, 205 f.

³³ BUCHER, Art. 1 OR Rz. 33; FELLMANN, Rz. 1147. Gemäss Art. 11 ZGB ist jede natürliche Person rechtsfähig und kann Träger von Rechten und Pflichten sein. Handlungsfähig ist, wer volljährig (Art. 14 ZGB) und urteilsfähig (Art. 16 ZGB) ist (Art. 13 ZGB). Zur Beurteilung der Urteilsfähigkeit ist darauf abzustellen, ob der

Die *urteilsunfähige* Person ist *handlungsunfähig* und kann durch ihre Willensäusserungen und Verhaltensweisen keine Rechtswirkungen herbeiführen.³⁴ Sie kann daher dem Anwalt keinen Auftrag erteilen oder entziehen. Die Aufklärung als Nebenpflicht zum Auftrag hat daher gegenüber dem gesetzlichen Vertreter zu erfolgen.³⁵

Ist eine Person urteilsfähig, aber nicht volljährig, ist ihre *Handlungsunfähigkeit* beschränkt, d.h. die Person kann gewisse Rechtswirkungen selbständig herbeiführen, für andere Geschäfte braucht sie die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (Art. 19 ZGB).³⁶ Für den Abschluss eines Anwaltsvertrages ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich. Die Aufklärung hat je nach Inhalt sowohl gegenüber dem gesetzlichen Vertreter wie auch gegenüber dem beschränkt Handlungsunfähigen zu erfolgen.

B. Juristische Personen

Juristische Personen können grundsätzlich durch die im Handelsregister eingetragenen Organe (für die AG in Art. 718 OR geregelt) oder durch kaufmännische Handlungsbevollmächtigte i.S.v. Art. 458 ff. OR³⁷ handeln.³⁸ Wird der Anwalt von einer juristischen Person beauftragt, ist der Adressat der Aufklärung derjenige, der für die juristische Person handelt und gegenüber dem Anwalt weisungsberechtigt ist.³⁹

Mandant in der Lage ist, die Bedeutung und Tragweite des Auftrags abzuschätzen, demnach vernunftgemäss zu handeln. Nur wer handlungsfähig ist, vermag durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen (Art. 13 ZGB).

³⁴ AEBI-MÜLLER, Rz. 8.

³⁵ Für volljährige *urteilsunfähige* Personen errichtet die Erwachsenenschutzbehörde u.U. einen Beistand (Art. 390 Abs. 1 ZGB), allenfalls hat auch der Ehegatte ein gesetzliches Vertretungsrecht (Art. 374 ZGB), vgl. GRABER, Rz. 8.88 ff.

³⁶ AEBI-MÜLLER, Rz. 13; BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, Art. 19c ZGB Rz. 5; als absolut höchstpersönliches Rechtsgeschäft und damit vertretungsfeindlich gilt beispielsweise eine letztwillige Verfügung, ein Abschluss von Erbverträgen, die Zustimmung des Kindes zur Adoption nach Art. 265 Abs. 2 ZGB.

³⁷ Darunter sind Prokuristen i.S.v. Art. 458 OR oder andere Handlungsbevollmächtigte nach Art. 462 OR zu verstehen.

³⁸ Zur persönlichen Erscheinungspflicht juristischer Personen an der Schlichtungsverhandlung bzw. zur Vertretungslegitimation vgl. BGE 140 III 70.

³⁹ Denkbar ist auch eine Anscheinsvollmacht (Art. 33 Abs. 3 OR). Derjenige, der auf den Rechtsschein vertraut, darf nach Treu und Glauben verlangen, dass dieses Verhalten demjenigen gegenüber geschützt wird, der den Rechtsschein hervorgerufen oder mitveranlasst hat, vgl. BGE 120 II 197 E. 2.a m.w.H.

C. Mehrzahl von Mandanten

Es bestehen Konstellationen, in welchen der Anwalt die Interessen mehrerer Personen oder Firmen vertritt. Insbesondere prozessökonomische Überlegungen sprechen dafür, dass ein Anwalt unter bestimmten Voraussetzungen eine sogenannte Doppelvertretung annimmt.⁴⁰ Eine solche Mandatierung setzt vorerst eine Prüfung von allfälligen Interessenkonflikten voraus.⁴¹

Aus einer solche Mandatierung ergibt sich ein Dreiecksverhältnis (z.B. Anwalt – Versicherung – Versicherte).⁴² In solchen Dreiecksverhältnissen kann der Adressat der unterschiedlichen aufklärungsbedürftigen Themen auseinanderfallen. Die Zuteilung ist einzelfallspezifisch vorzunehmen. Trägt beispielsweise die Versicherung die vollen Kosten der Vertretung, sind das Honorar und die Verfahrenskosten mit ihr zu besprechen und zu vereinbaren und die Aufklärung des Mandanten kann entfallen oder im Umfang beschränkt werden. Hat der Mandant hingegen einen Teil des Honorars und der Kosten (bzw. einen Selbstbehalt) zu begleichen, ist die Aufklärung über die Kosten gegenüber beiden vorzunehmen. Die Aufklärung über Chancen und Risiken erfolgt regelmässig gegenüber beiden Mandanten;⁴³ dabei hat der Anwalt für die Entbindung des Anwaltsgeheimnisses zu sorgen. Damit für alle Beteiligten Klarheit besteht, empfiehlt sich, die Eckdaten des Dreiecksverhältnisses (wie Umgang mit Informationen bzw. Entbindung vom Anwaltsgeheimnis, Umgang mit allfälligen Interessenkonflikt, Kostentra-

⁴⁰ Aus Art. 12 lit. c BGFA ergibt sich das grundsätzliche Verbot der Doppelvertretung. Hingegen besteht keine unzulässige Doppelvertretung, wenn der Anwalt mehrere Personen gleichzeitig vertritt, die ein gleichläufiges Interesse haben. So sind in der Regel die Interessen von Versicherer und Versichertem in der Abwehr eines Schadenersatzanspruchs gleichgerichtet und können gewöhnlich von ein und demselben Anwalt vertreten werden, solange nicht Differenzen zwischen den Parteien des Versicherungsvertrags bestehen (Urteil des BGer 2C_814/2014 vom 22. Januar 2015 E. 4.1.3; BGE 134 II 108 E. 4.2.1). Desgleichen kann ein Anwalt sowohl die Verkäuferin als auch den Architekten als Totalunternehmer vertreten, um Schadenersatzansprüche aus geltend gemachten Mängeln des Bauwerks abzuwehren, da die Interessen der Mandanten gleichgerichtet sind (Urteil des BGer 2C_121/2009 vom 7. August 2009 E. 5.2).

⁴¹ Pflicht zur Vermeidung eines Interessenkonflikts (Art. 12 lit. c BGFA).

⁴² Dies ist regelmässig der Fall bei Rechtsschutzversicherungen, aber auch bei Haftpflichtversicherungen, wenn es um die Abwehr ungerechtfertigter Interessen geht. Zur rechtlichen Qualifikation der Mandatierung eines Anwalts bei Beteiligung einer Versicherung vgl. GRABER, Rz. 8.14 ff.

⁴³ Die AVB der Haftpflichtversicherungen sehen regelmässig vor, dass die Versicherung die Vergleichsverhandlungen mit der Gegenseite führt; selbst bei Mandatierung eines Anwaltes werden die Kosten und die Verpflichtungen aus einem Vergleich nur dann übernommen, wenn die Versicherung dem Vergleich zugestimmt hat. In der Praxis koordiniert der Anwalt den Austausch von Informationen zwischen Mandanten und Versicherung und stellt sicher, dass das gewählte Vorgehen von beiden Mandanten getragen wird. Wenn die Versicherung für ein bestimmtes Vorgehen keine Kostengutsprache erteilt, hat der Mandant zu entscheiden, ob er auf eigene Kosten fortfährt oder aber gegen die Versicherung seinen Deckungsanspruch durchsetzt. Bei dieser Variante gerät der gemeinsam beauftragte Anwalt häufig in einen Interessenkonflikt.

gung) im Rahmen der Instruktionsbesprechung mit den Mandanten zu Beginn des Mandats transparent zu besprechen und womöglich festzuhalten.

D. Umstände, welche die Aufklärung erschweren

Verständigungsschwierigkeiten, welche auf Sprache, Mentalität oder intellektuellen Hindernisse zurückzuführen sind, können die Aufklärung erschweren. In diesen Fällen ist unter Umständen eine Person zur Übersetzung oder Unterstützung beizuziehen. Der Anwalt hat sicherzustellen, dass der Mandant den Inhalt der Aufklärung verstanden hat, damit er überhaupt über die Mandatierung entscheiden kann.

Inwiefern der Adressat der Aufklärung deren Umfang beeinflusst, wird sogleich (V) diskutiert.

V. Umfang und Grenzen der Aufklärung

Wie bereits erwähnt, umfasst die Aufklärung alle Elemente, welche dem Mandanten eine zweckmässige Entscheidung ermöglichen.⁴⁴ Ist sich der Mandant über die Chancen und Risiken des ins Auge gefassten Verfahrens im Klaren und kann darüber mit freiem Willen entscheiden, hat die Aufklärung ihr Ziel erreicht. Die Aufklärungspflicht des Anwalts richtet sich folglich nach der Person des Mandanten und findet darin auch ihre Grenzen. Sie ist insbesondere gegenüber rechtskundigen Mandanten herabgesetzt.

A. Empfänger-orientierte Aufklärung

Der Umfang der Aufklärung ist im Einzelfall zu bestimmen und von der Person des Mandanten abhängig. Die Information muss in jedem Fall «Empfänger-orientiert» sein. Umso erfahrener der Mandant ist und umso grössere Fachkenntnisse er über die rechtliche Materie hat, desto weniger drängt es sich dem Anwalt auf, über jegliche Details des Vorgehens aufzuklären.⁴⁵ Der Rechtsdienst eines Unternehmens, welcher regelmässig Anwaltsmandate vergibt und begleitet, benötigt beispielsweise weniger Grundsatzinformationen über die Kostenfolge eines Mandates und über grundlegende prozessuale Verfahrensgrundsätze als

⁴⁴ BGE 115 II 62 E. 3a.

⁴⁵ Gl. M. SOLDATI, 27; FELLMANN, Rz. 1518.

eine Privatperson, die noch nie mit einem Anwalt zu tun hatte oder nie in ein Gerichtsverfahren verwickelt war. Bei rechtskundigen Mandanten kann der Anwalt überdies erwarten, dass sie bei Unklarheiten nachfragen. Für den juristischen Laien sind hingegen auch grundlegende Informationen allenfalls neu und die Aufklärung darüber wichtig, denn sie könnte u.U. seinen Entscheid über die Führung eines Prozesses beeinflussen.⁴⁶

Der Anwalt kann, in Analogie zum Arzt⁴⁷, im Allgemeinen davon ausgehen, dass er es mit einem verständigen Mandanten zu tun hat. Die grundsätzliche Pflicht des Anwalts zur umfassenden Beratung und Aufklärung des Mandanten findet Einschränkungen, wenn der Mandant bereits sachkundig oder bereits informiert ist. Ein Anwalt braucht seinen Mandanten, gleich wie der Arzt, nicht über Elemente aufzuklären, welche diesem bereits bekannt sind (z.B. aufgrund vorangegangener Prozesse).⁴⁸ Eine frühere oder regelmässige Zusammenarbeit zwischen einem Anwalt und einem Mandanten rechtfertigt somit eine reduziertere Aufklärung.

Bekanntlich gibt es Fälle und Verfahren, die besonders kompliziert sind und bei welchen selbst der erfahrene Jurist an seinen Grenzen kommt. Eine detaillierte Aufklärung des juristischen Laien über alle Eventualitäten in einem rechtlich komplexen oder verschachtelten prozessrechtlichen Fall dient dem Zweck der Aufklärung, der darin besteht, dem Mandanten eine Entscheidungsgrundlage zu bieten, nicht unbedingt. Der Anwalt hat daher die Aufklärung inhaltlich und sprachlich stets den Fähigkeiten seines Mandanten anzupassen, ansonsten dieser mit den erhaltenen Informationen überfordert und nicht in der Lage ist, einen der Situation angemessenen Entscheid zu treffen. Eine Vereinfachung – die systembedingt zu einer gewissen inhaltlichen Begrenzung der Aufklärung führt – darf dem Anwalt nicht entgehen werden, sofern sie sorgfältig vorgenommen wurde.

Zusammenfassend ist der Inhalt der Aufklärung im Einzelfall an die Vorkenntnisse des Mandanten anzupassen und kann daher stark variieren. Während der Anwalt bei erfahrenen, rechtskundigen Mandanten davon ausgehen darf, dass diese über grundlegende Elemente Bescheid wissen oder mindestens in der Lage

⁴⁶ WALTER/SCHMID, Rz. 20.46; SOLDATI, 30, gehen davon aus, dass auch juristischen Laien bekannt sei, dass die Dienstleistung eines Anwalts mit Kosten verbunden sei und auch die Justiz nicht gratis arbeite.

⁴⁷ BGE 117 Ib 197 E. 3b.

⁴⁸ Der Arzt hat seinen Patienten nicht über Gefahren und Komplikationen aufzuklären, die diesem bereits bekannt sind, z.B. aufgrund einer vorangegangenen Operation, vgl. BGE 117 Ib 197 E. 3b; BGE 115 Ib 175 E. 1.

sind, die richtigen Fragen zu stellen, gilt diese Vermutung nicht bei juristischen Laien, welche in der Regel eine umfassende Aufklärung benötigen. Bei der Beurteilung einer Haftung aus Verletzung der Aufklärungspflicht ist dieser Würdigung zentrale Bedeutung zuzumessen. Die allgemeinen Aussagen über den Inhalt der Aufklärung sind daher immer in den Kontext des Einzelfalls zu stellen und konkret zu beurteilen.

B. Tragung der Kosten der Aufklärung

Je nach Empfänger der Aufklärung kann diese im Einzelfall sehr zeitintensiv sein. Eine umfassende Klärung der Optionen, Strategien und Risiken ist der erste Schritt der Ausführung des Mandates und gehört – wie ausgeführt – zu den vertraglichen Pflichten des Beauftragten. Sie ist grundsätzlich durch den Mandanten zu entschädigen.

C. Aufklärung über eigenes Fehlverhalten

Anwälte sind nicht fehlerfrei. Es stellt sich die Frage, ob und inwiefern ein Anwalt unaufgefordert über sein eigenes Fehlverhalten und allfällige sich daraus ergebenden Schadenersatzansprüche aufzuklären hat. In der Lehre wird eine solche Aufklärungspflicht des Anwalts mit der Begründung der umfassenden Treuepflicht und damit, dass die fortschreitende Spezialisierung dem Auftraggeber das Aufdecken von Sorgfaltspflichtverletzungen erschwert, bejaht.⁴⁹ Dem ist im Grundsatz zuzustimmen, wobei sich in der Praxis wohl die Frage stellt, wie weit diese unaufgeforderte Aufklärung über das eigene Fehlverhalten geht. Vom Anwalt kann nur ein genereller Hinweis auf den Fehler verlangt werden, nicht aber eine Auslegeordnung über seine Fehler und die Möglichkeiten des Mandanten, gegen ihn vorzugehen. Dies käme im Verfahren einer Beweislastumkehr gleich, was abzulehnen ist.

VI. Handeln bei Dringlichkeit

Bei Mandatsannahme und während eines laufenden Anwaltsmandates kann es Situationen geben, welche ein sofortiges Handeln nötig machen.

⁴⁹ Dr. HANS NIGG, zitiert in: KISSLING/LANZ, 206; BK-FELLMANN, Art. 398 OR Rz. 169 f.; WALTER/SCHMID, Rz. 20.49.

Der Anwalt, der ein Mandat unter laufenden Fristen annimmt, nimmt oft in Kauf, gewisse Vorkehrungen zu treffen, ohne vorgängige umfassende Aufklärung des Mandanten. Die «Spielregeln» bei einer solchen Ausgangslage sind mit dem Mandanten transparent und klar zu vereinbaren. Wenn der Mandant sich einverstanden erklärt, dass der Anwalt ohne umfassende Aufklärung, selbstverständlich im Interesse des Mandanten, handelt, kann ihm nachträglich eine Unterlassung der Aufklärung nicht entgegengehalten werden.

Bei laufenden Mandaten ist ebenfalls denkbar, dass ein Anwalt in einer dringlichen Situation seinen Mandanten nicht erreicht und aufgrund der Dringlichkeit ohne Aufklärung und Rücksprache mit dem Mandanten handeln muss. Gestützt auf die vertragliche Sorgfaltspflicht ergibt sich eine Handlungspflicht des Anwalts gemäss dem mutmasslichen Willen des Mandanten.

VII. Form der Aufklärung

Der Anwaltsvertrag ist an keine besondere Form gebunden und kann auch formlos gültig zustande kommen.⁵⁰ Grundsätzlich ist auch die Aufklärung formlos gültig. Aus Beweisgründen empfiehlt sich jedoch oftmals die Schriftlichkeit.

In Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Dokumentationspflicht des Arztes⁵¹ kann vom Anwalt nicht verlangt werden, dass er den Inhalt der Aufklärung lückenlos dokumentiert. Die Dokumentationspflicht des Anwalts geht nur soweit, als sie dem angestrebten Zweck dient, und bezweckt nicht, dem Mandanten die Beweisführung zu sichern. Aus einer fehlenden Dokumentation darf daher nicht per se geschlossen werden, dass eine Aufklärung unterblieben ist.⁵² Das Fehlen darf für den Anwalt keine beweisrechtlichen Nachteile zur Folge haben.

VIII. Folgen der Verletzung der Aufklärungspflicht

Die fehlende, falsche oder nicht umfassende Aufklärung eines Mandanten vor und/oder während eines laufenden Mandates kann Gegenstand eines Anwaltshaftungsverfahrens bilden, worin der Mandant seinem (ehemaligen) Anwalt vor-

⁵⁰ FELLMANN, Rz. 1148 f.

⁵¹ BGE 141 III 363.

⁵² BGE 141 III 363 E. 5.1.

wirft, den Auftrag nicht richtig erfüllt zu haben.⁵³ Bei Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflichten macht der Beauftragte sich nach dem Grundsatz der culpa in contrahendo schadenersatzpflichtig.⁵⁴ Während eines laufenden Auftrags wird der Anwalt seinem Mandanten gegenüber ersatzpflichtig, wenn er ihn durch unsorgfältige oder treuwidrige Besorgung des Auftrags schädigt (Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 OR; Art. 12 lit. a BGFA).⁵⁵

A. Haftungsvoraussetzungen

Ein Anwalt haftet seinem Mandanten bei einer Vertragsverletzung, wenn ein Schaden und ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der Vertragsverletzung vorliegen, sofern er nicht beweist, dass ihn keinerlei Verschulden trifft oder der Schaden auch eingetreten wäre, hätte sich der Anwalt pflichtgemäss verhalten.⁵⁶

1. Vertragsverletzung

Beim Anwaltsvertrag liegt eine Vertragsverletzung vor, wenn der Anwalt seine Pflicht zu sorgfältigem und sachgemässen Verhalten verletzt (Art. 398 Abs. 2).⁵⁷ Verletzt der Anwalt seine Aufklärungspflicht, kommt eine Haftung infolge Verletzung von Nebenpflichten in Frage.⁵⁸ Üblicherweise wird dem Anwalt in diesem Zusammenhang eine Unterlassung vorgeworfen, nämlich, dass die fehlende Aufklärung zum Schaden geführt hat, sei es, weil der Mandant gestützt darauf eine Entscheidung getroffen hat, die er mit gehöriger Aufklärung nicht getroffen hätte (z.B. den Prozess mit geringen Erfolgsaussichten führen), oder keine Ent-

⁵³ FELLMANN, Rz. 1453, 1455.

⁵⁴ BK-FELLMANN, Art. 398 OR Rz. 155; FELLMANN, Rz. 1300; KULL, 19.

⁵⁵ BGE 127 III 357 E. 1b.

⁵⁶ Das Verschulden des Anwalts wird vermutet, sog. Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast, vgl. FELLMANN, Rz. 1456 f.; SUMMERMATTER/GERBER, 5.

⁵⁷ MÜLLER, 461; FELLMANN, Rz. 1466 ff., insbesondere Rz. 1471 ff. zur Abgrenzungsproblematik zwischen dem Sorgfaltsbegriff als Tatbestandsmerkmal der Vertragsverletzung und im Zusammenhang mit dem Verschulden; SUMMERMATTER/GERBER, 5 f. Bei der Beurteilung der Vertragsverletzung ist dem Umstand, dass der Anwalt eine risikogeneigte Tätigkeit ausübt, Rechnung zu tragen. Der Anwalt haftet daher nicht per se für das Ausbleiben des erwünschten Erfolges. Solange das Verhalten des Anwalts, insbesondere seine Handlungen und Unterlassungen, dem entsprechen, was von einem Anwalt erwartet werden darf und muss, kann ihm kein Vorwurf gemacht werden. Das Prozessrisiko haben die Parteien immer selber zu tragen und es kann nicht auf den Anwalt überwältet werden (BGE 127 III 357 E. 1b/c).

⁵⁸ Ob die Verletzung in einer Haupt- oder einer Nebenpflicht beruht, ist für die Haftungsbeurteilung unbeachtlich: FELLMANN, Rz. 1465 f., insb. Rz. 1536 ff.

scheidung treffen konnte (z.B. bei fehlender Aufklärung über eine Anfechtungsmöglichkeit).

2. Schaden und Kausalzusammenhang

Die Haftung des Anwalts setzt voraus, dass dem Mandanten ein Schaden entstanden ist. Nach der Differenztheorie besteht der Schaden in der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögen und dem Stand des Vermögens ohne das fragliche haftungsbegründende Ereignis. Erfüllt der Anwalt seinen Auftrag schlecht, ist der Mandant so zu stellen, wie wenn der Auftrag gehörig erfüllt worden wäre. Bei einer Unterlassung⁵⁹ – wie bei unterlassener Aufklärung – bestimmt sich der Kausalzusammenhang danach, ob der Schaden auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre – beispielweise, ob der Prozess bei ordentlicher Aufklärung anders (oder gar nicht) verlaufen wäre.⁶⁰

Beim Vorwurf der ungenügenden Aufklärung ist daher vorerst abzuklären, wie der Mandant bei pflichtgemässer Aufklärung hypothetisch entschieden hätte. In der Praxis lässt sich in den wenigsten Fällen feststellen, wie der Vorgang ohne die Verletzung der Aufklärungspflicht ausgegangen wäre, da der Entscheid, den der Mandant bei genügender Aufklärung getroffen hätte, unbekannt bleibt. Im Zusammenhang mit der Rekonstruktion dieses hypothetischen Vorganges ergeben sich daher einige Schwierigkeiten. Die Frage der Beweislast steht dabei im Vordergrund, da die beweisbelastete Partei die Folgen der Beweislosigkeit trägt. Wie noch zu zeigen sein wird, stellen sich besondere beweisrechtliche Fragen, als sowohl der hypothetische Wille des Mandanten wie auch der hypothetische Prozessausgang meist schwierig zu bestimmen sind.

3. Verschulden

Der Anwalt haftet nur dann für die Folgen der Vertragsverletzung, wenn ihn ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) trifft. Das Verschulden des Anwalts wird an einem objektiven Massstab gemessen, d.h. es sind nicht die individuellen Fähigkeiten des Anwalts massgebend, sondern die im Verkehr erforderliche Sorgfalt.⁶¹

Auf Grund des objektivierten Verschuldensbegriffs im Vertragsrecht sind der Begriff der Fahrlässigkeit und derjenige der Sorgfaltspflichtverletzung nahezu

⁵⁹ Eine Unterlassung kommt nur dann als Ursache eines Schadens in Betracht, wenn eine Pflicht zum Handeln bestand, was bei der Aufklärungspflicht zu bejahen ist, vgl. FELLMANN, Rz. 1540.

⁶⁰ FELLMANN, Rz. 1539 ff.

⁶¹ FELLMANN, Rz. 1547.

identisch. Dies hat zur Folge, dass mit dem Nachweis einer Vertragsverletzung regelmässig belegt wird, dass die von einem durchschnittlichen Anwalt zu erwartende Sorgfalt nicht angewendet wurde, und daher, dass der Anwalt schuldhaft gehandelt hat.⁶² Für eine Exkulpation bleibt wenig Raum. Nebst den Exkulpationsgründen des Zufalls, der höheren Gewalt oder eines Selbstverschuldens des Mandanten kann sich der Anwalt darauf berufen, dass er alles, was man ihm billigerweise zumuten könne, getan hat.⁶³

Wie bereits ausgeführt, hat der Anwalt den Umfang der Aufklärungspflicht an den Adressaten der Aufklärung anzupassen.⁶⁴ Bei komplexen rechtlichen Fragen oder komplizierten prozessrechtlichen Vorgängen ist der juristische Laie bald überfordert und eine entsprechend komplizierte Aufklärung dient deren Zweck, der darin besteht, dem Mandanten eine Entscheidungsgrundlage zu bieten, gerade nicht. Nimmt der Anwalt die Vereinfachung und Filterung gewisser Informationen sorgfältig und einzelfallbezogen vor und klärt den Mandanten gestützt darauf auf, kann ihm kein Verschulden vorgeworfen werden, auch wenn er dem Mandanten gegenüber nicht alle Eventualitäten erwähnt. Bei der Beurteilung der erforderlichen Sorgfalt, welche ein Anwalt bei der Aufklärung an den Tag zu legen hat, ist daher der im Einzelfall nötige Umfang der Aufklärung zu beachten. Das Verschulden des Anwalts bemisst sich anhand der im Einzelfall notwendigen Sorgfalt.

B. Beweislast und Beweismass

Der Vorwurf an den Anwalt, er sei seiner Aufklärungspflicht nicht nachgekommen, ist mit der Behauptung verknüpft, der Mandant hätte sich anders entschieden, wäre er ordnungsgemäss aufgeklärt worden und dadurch hätte das Verfahren anders geendet. Es geht demnach um die hypothetische Entscheidung des Mandanten einerseits und um den hypothetischen Ausgang des Erstprozesses unter Zugrundelegung von verschiedenen Prämissen andererseits. Die Feststellung des hypothetischen Entscheides ist oft mit erheblichen Beweisschwierigkeiten verbunden.

⁶² Dazu FELLMANN, Rz. 1545 ff.

⁶³ FELLMANN, Rz. 1550 m.w.H.

⁶⁴ Dazu Kap. V.A.

1. Beweislast

Gestützt auf die allgemeine Beweislastregel von Art. 8 ZGB hat jene Partei Tatsachen zu beweisen, die sie geltend macht oder aus ihr Rechte ableitet. Demzufolge hat in einem Haftungsprozess gegen den Anwalt aufgrund schlechter Mandatsführung der Mandant vorerst die haftungsbegründenden wie auch die haftungsausfüllenden Tatsachen zu beweisen. Im Einzelnen hat der Mandant die Vertragsverletzung durch den Anwalt, den Eintritt des Schadens sowie den Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden zu beweisen.⁶⁵ Das Verschulden des Anwalts wird gestützt auf Art. 97 OR vermutet. Der Anwalt kann sich von der Haftung exkulpieren, sofern er beweist, dass ihn keinerlei Verschulden trifft.⁶⁶

2. Beweismass

Im Bereich der vertraglichen Haftung sind strittige Tatsachen grundsätzlich vom Kläger mit dem Regelbeweismass, d.h. mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, zu beweisen.⁶⁷ Eine Beweiserleichterung auf das Mass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt für den Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden.⁶⁸

Ist der Schaden ziffermässig nicht nachweisbar, ist er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ermessensweise zu schätzen (Art. 42 Abs. 2 OR).

3. Beweisschwierigkeiten bei unterlassener Aufklärung

a) «Hypothetische Einwilligung»

Im Zusammenhang mit der unterlassenen Aufklärung stellt sich vorab die Frage der Beweislast in Bezug auf den hypothetischen Entscheid des Mandanten aufgrund einer ordnungsgemässen Aufklärung und Beratung durch den Anwalt. Soweit ersichtlich besteht dazu hinsichtlich der Beweislastverteilung im Bereich des Anwaltsrechts bisher keine Rechtsprechung, weshalb die Versuchung besteht, ein Heranziehen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Aufklärungspflicht des Arztes zu prüfen.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird einem Arzt, welchem der Nachweis der ausreichenden Aufklärung misslingt, der Einwand der hypotheti-

⁶⁵ SUMMERMATTER/GERBER, 21 m.V.a. Urteil des BGer 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.2.

⁶⁶ Urteil des BGer 4C.225/2000 vom 8. März. 2001 E. 2a; FELLMANN, Rz. 1457.

⁶⁷ SUMMERMATTER/GERBER, 21.

⁶⁸ Urteil des BGer 4C.225/2000 vom 8. März. 2001 E. 2a.

schen Einwilligung des Patienten zugestanden. Der Arzt kann sich durch den Beweis, dass sich der Patient auch bei gehöriger Aufklärung zum Eingriff entschlossen hätte, von der Haftung für unterlassene Aufklärung entziehen.⁶⁹ Der Arzt hat die hypothetische Einwilligung des Patienten zu beweisen, wobei den Patienten bestimmte Mitwirkungspflichten treffen, indem er insbesondere Gründe zu nennen hat, warum er sich bei gehöriger Aufklärung dem Eingriff nicht unterzogen hätte.⁷⁰

Eine analoge Anwendung der Rechtsprechung zum Arzthaftpflichtrecht lässt sich in Zusammenhang mit den Aufklärungspflichten der Anwälte nicht rechtfertigen. Die Lehre und die Rechtsprechung lehnen eine solche Beweislastverteilung zu Recht ab.⁷¹ Im Gegensatz zur Arzthaftpflicht geht es beim Anwalt nicht um die Rechtswidrigkeit eines Eingriffs, sondern um hypothetische Geschehensabläufe, insbesondere um die Frage, wie sich der Mandant bei sorgfältiger Aufklärung verhalten hätte. Dieser Beweis liegt im Wissensbereich des Mandanten und ist daher von ihm zu erbringen.

b) Beweiserleichterung aufgrund gewecktem Vertrauen?

Wie bereits ausgeführt, hat der Vorwurf des Mandanten, sein Anwalt habe ihn nicht oder nicht richtig aufgeklärt, in der Regel eine Unterlassung zum Inhalt, bei welcher sich der Kausalzusammenhang danach bestimmt, ob der Schaden auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre.⁷² Die Ermittlung des hypothetischen Prozessausganges und des damit zusammenhängenden hypothetischen Vermögensstandes kann ebenfalls zu Schwierigkeiten führen.

Im Zusammenhang mit dem hypothetischen Prozessausgang wird die Meinung vertreten, nach welcher das vom Anwalt durch die *vorbehaltlose Übernahme* des Auftrags beim Mandanten geweckte Vertrauen, das von ihm angestrebte Ziel lasse sich verwirklichen, eine Beweiserleichterung zugunsten des Mandanten rechtfertige, in Sinne einer Vermutung hinsichtlich eines positiven Verfahrensausganges.⁷³

⁶⁹ Statt vieler Urteil des BGer 4A_453/2014 vom 23. Februar 2015 E. 6.1 m.w.H.

⁷⁰ Urteil des BGer 4A_160/2015 vom 13. Juli 2015 E. 5.2.2; Urteil des BGer 4A_453/2014 vom 23. Februar 2015 E. 6.1; BGE 117 Ib 197 E. 5c.

⁷¹ FELLMANN, Rz. 1543 ff.; WALTER/SCHMID, Rz. 20.87; Urteil des BGer 4A_38/2008 vom 21. April 2008 E.2.4.

⁷² Urteil des BGer 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.2.

⁷³ So FELLMANN, Rz. 1463; offen geblieben in BGE 124 III 155 E. 3c und im Urteil des BGer 4C.247/2004 vom 18. November 2004. Umkehr der Beweislast bei einer Verletzung der Aufklärungspflicht grundsätzlich verneint im Urteil des BGer 4A_38/2008 vom 21. April 2008 E. 2.4.

Keine Vermutung hinsichtlich eines positiven Verfahrensausgangs ist hingegen anzunehmen, wenn der Anwalt seinen Mandanten bereits bei Übernahme des Auftrags über die Unsicherheit des Erfolgseintritts aufgeklärt hat.

In prozessualen Streitigkeiten kann der Prozessausgang nur sehr selten als absolut sicher betrachtet werden und ist systembedingt mit gewissen Unsicherheiten behaftet. Ein Hinweis des Anwalts auf gute Prozessaussichten darf nach der hier vertretenen Meinung nicht zu einer Beweiserleichterung in einem allfälligen Haftungsprozess gegenüber dem Anwalt führen.

Dies umso mehr, als der Anwalt dem Mandanten nicht den Erfolg, sondern bloss das sorgfältige Tätigwerden schuldet und gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht für jede Massnahme oder Unterlassung einzustehen hat, welche ex post betrachtet den Schaden bewirkt oder vermieden hätte. Das Prozessrisiko haben die Parteien zu tragen und soll nicht in die Verantwortlichkeit des Anwalts verlagert werden.⁷⁴ Dies hat zur Folge, dass der Auftraggeber die Beweislast und die Folgen der Beweislosigkeit in Bezug auf den hypothetischen Prozessausgang auch bei vorbehaltloser Übernahme des Mandats trägt.

C. Disziplinarverfahren

Die Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht des Anwalts ist für sein Verhältnis zu Mandanten von derart zentraler Bedeutung, dass ihre Verletzung als Verstoß gegen die berufsrechtliche Pflicht des Art. 12 lit. a BGFA qualifiziert wird, den Anwaltsberuf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben. Eine Verletzung der Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht kann daher auch disziplinarrechtliche Konsequenzen haben.⁷⁵ Allerdings ist zu beachten, dass der Anwalt seinem Mandanten Sorgfalt in erster Linie aus Vertrag schuldet. Ein staatliches Eingreifen ist nur bei offensichtlich ungenügender Beratung oder Vertretung sowie schwerwiegenden oder wiederholten Verstößen gegen die Verhaltenspflichten angebracht.⁷⁶

⁷⁴ BGE 127 III 357 E. 1b.

⁷⁵ FELLMANN, Rz. 1295.

⁷⁶ SCHILLER, Rz. 1490.

Literaturverzeichnis

- AEBI-MÜLLER REGINA, Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegeordnung, Jusletter 22. September 2014
- BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/FANKHAUSER ROLAND, Kommentar zu Art. 19c ZGB, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014
- BUCHER EUGEN, Kommentar zu Art. 1 OR, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011
- FELLMANN WALTER/LUTERBACHER THIERRY, Die Haftung des Anwaltes für falsche Schadenberechnung, in: HAVE Personen-Schaden-Forum 2003, Zürich/Basel/Genf 2003, 36 ff.
- FELLMANN WALTER, Anwaltsrecht, 2. Aufl., Bern 2017 (zit. FELLMANN)
- DERS., in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), 2. Aufl., Zürich 2011, Art. 12 (zit. FELLMANN, Anwaltsgesetz)
- DERS., Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 2012 (zit. BK-FELLMANN)
- GRABER CHRISTOPH K., Vertretung von Haftpflichtigen und Versicherungen, in: Weber/Münch (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Haftung und Versicherung, 2. Aufl., Basel 2015, 359 ff.
- KISSLING CHRISTA/LANZ RAPHAEL, Die Sorgfaltspflicht der Anwältinnen und Anwälte in der Praxis, recht 1997, 203 ff.
- KULL MICHAEL, Die zivilrechtliche Haftung des Anwaltes gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei und Dritten, Anwaltspraxis 5/2000, 18 ff.
- MÜLLER THOMAS, Die Haftung des Anwaltes – Ausgewählte Aspekte, Anwaltspraxis 11/12/2015, 459 ff.
- SCHILLER KASPAR, Schweizerisches Anwaltsrecht Grundlagen und Kernbereich, Zürich/Basel/Genf 2009
- SCHWANDER DANIEL, Erfolgshonorar ohne Zustimmung des Klienten? Kritische Gedanken aus Anlass von BGE 135 III 259 betreffend Anwaltshonorar, in: Schmid/Hofer (Hrsg.), Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 145/2009, 582 ff.
- SOLDATI FABIO, Il dovere di informazione dell'avvocato nei confronti del cliente, Repertorio di giurisprudenza patria 1997, 23 ff.
- STEININGER THOMAS/VON DER CRONE HANS CASPAR, Beratungsauftrag und Aufklärungspflichten, SZW/RSDA 2009, 140 ff.
- SUMMERMATTER DANIEL/GERBER CHRISTOPH, Grundfragen des Anwaltshaftungsprozesses, HAVE 2017, 3 ff.

- TESTA GIOVANNI A., Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwalts gegenüber den Klienten, Diss. Zürich 2001
- WEBER ROLF H., Kommentar zu Art. Art. 394–406 OR, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015
- WALTER HANS PETER/SCHMID MARKUS, Unsorgfältige Führung eines Anwaltsmandats – Anwaltshaftung, in: Weber/Münch (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Haftung und Versicherung, 2. Aufl., Basel 2015, 947 ff.