

Die Anforderungen, die von der Rechtsprechung an das Wissen des Anwalts gestellt werden, sind hoch: "Der pflichtgemäß arbeitende Rechtsanwalt im Sinne der Rechtsprechung muß – überspitzt formuliert – danach ein juristischer Supermann sein, der über ein computerhaftes Gedächtnis, ein hervorragendes Judiz sowie über höchste Intelligenz und Energie verfügt" (Prinz, VersR 1986, 317, 318). Da der Mensch nur selten ein "computerhaftes Gedächtnis" aktivieren kann, stellt sich die Frage, ob die EDV geeignet ist, die Erfüllung des von der Rechtsprechung Geforderten zu unterstützen. Grundlage für eine verlässliche Abschätzung des denkbaren EDV-Beitrags zur Literaturkenntnis ist – wie bei der für Gesetz und Rechtsprechung geforderten Informationsbeherrschung (dazu Nilgens in jur-pc 9/1993, S. 2276–2285) – eine Bilanz der vom Anwalt diesbezüglich verlangten Kompetenzen, die hier vorgelegt wird. (red.)

## Was der Anwalt von der Literatur wissen muß

Volker Nilgens

### Kenntnis von Fachliteratur und Lehrmeinungen

Die Zahl der jährlich neu erscheinenden Literaturdokumente beträgt ca. 20.000<sup>1</sup>; gleichwohl ist die Zahl der Entscheidungen gering, die dem in Regreß genommenen Anwalt eine Unkenntnis der Literatur bzw. von Lehrmeinungen anlasten<sup>2</sup>.

Das Reichsgericht<sup>3</sup> hat eine Verletzung der Pflicht zur ausreichenden Kenntnisnahme der Fachliteratur bejaht, in einem Fall, in dem von acht Kommentatoren fünf eine gegenteilige Auffassung vertreten hatten, die dem Mandanten geholfen hätte<sup>4</sup>, wenn der Anwalt nicht die herrschende Ansicht der Lehre unbeachtet gelassen hätte.

Fraglich ist hier bereits, was unter dem Begriff der herrschenden Lehre zu verstehen ist. Nach Friedlaender<sup>5</sup> genügt es zur Annahme einer herrschenden Lehre nicht, "wenn zahlenmäßig die Majorität der Kommentare und Lehrbücher eine Meinung vertritt"; es dürfe nach seiner Ansicht insbesondere auch nicht das "Gewicht der Stimme" außer Acht gelassen werden. Die herrschende Lehre ist aus der Anzahl der zustimmenden Autoren unter Berücksichtigung des Gewichtes der Stimmen zu beurteilen<sup>6</sup>.

Dem Leser kann eine herrschende Anschauung verborgen bleiben, wenn er – zufällig – gerade eine unterschiedliche Fundstelle, die keinen entsprechenden Hinweis auf abweichende Ansichten enthält, zur Kenntnis nimmt. Ohne einen entsprechenden Hinweis hätte der Anwalt auch in dem vorstehenden Fall noch in drei weiteren Kommentaren nachschlagen können, ohne auf die Gegenmeinung zu stoßen. Geradezu verhängnisvoll hätte den Rechtsanwalt die Kenntnisnahme jeder zustimmenden Fundstelle dabei auch noch in seiner – von der herrschenden Anschauung abweichenden – Auffassung bestärkt.

Um eine zuverlässige Beurteilung durchführen zu können hätte der Rechtsanwalt, überspitzt formuliert, zunächst alle Literaturfundstellen zur Kenntnis nehmen müssen, das jeweilige Gewicht der Stimme der einzelnen Autoren ermitteln und unter Einbeziehung der Gewichtung, eine Meinungsbewertung durchführen müssen. Nur hiernach wäre er in der Lage, zuverlässig die herrschende Lehre zu ermitteln.

Auch der gewissenhafteste Rechtsanwalt könnte sich diese Bemühungen ersparen, wenn für ihn erkennbar ist, daß das entscheidende Gericht einer bestimmten Meinung, sei es auch einer Mindermeinung, den Vorzug geben wird. Der Anwalt ist in diesem Fall gehalten, die Tatsachen vorzutragen, die zur Ausfüllung der Meinung erforderlich sind. Nur hierdurch wird er das Gebot zur Wahl des sichersten Weges erfüllen, wenn zu erwarten ist, daß das Gericht bei der anstehenden Beurteilung die bisher vertretene Rechtsansicht nicht aufgeben will. Ohne eine besondere Unterrichtung des Mandanten müßte der Rechtsanwalt diese Tatsachen auch dann vortragen, wenn er persönlich der gegenteiligen Rechtsanschauung zustimmt.

*Die Literatur-"Flut"*

*RG: Haftung bei Unkenntnis der "herrschenden Lehre"*

*Begriff der "herrschenden Lehre"*

*Irrtumsmöglichkeiten*

*Methodengerechte Ermittlung der h. M.*

*Prognose der gerichtlichen Rechtsansicht*

*Dr. jur. Volker Nilgens ist Rechtsanwalt in Düsseldorf. Er ist auch in der jur-pc Mailbox erreichbar.*

<sup>1</sup> Schenk/Lobeck/Kling in: jur-pc 1990, 617.

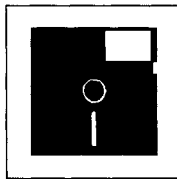
<sup>2</sup> so: Rinsche, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, 3. Aufl., 1989, S. 33 (Rd. I 53).

<sup>3</sup> RG, JW 1917, 462 = RGZ 89, 426, 430 f.

<sup>4</sup> zustimmend: Friedlaender, JW 1918, 499; Borgmann/Haug, Anwaltshaftung, 2. Aufl., 1986, S. 98; BGH, NJW 1974, 1865, 1866 = BGH, VersR 1974, 1108, 1109.

<sup>5</sup> Friedlaender, JW 1916, 34, 35.

<sup>6</sup> Vgl. Münchener Rechtslexikon, Stichwort: herrschende Lehre.



OLG Schleswig: *Über den Palandt zur BGH-Rechtsprechung*

*Streit entlastet nicht.*

*Nicht ausreichend: Gesetzeswortlaut und "amtliche" Sammlung*

*Vertiefung durch Literaturstudium*

*Literatur, wenn Urteile fehlen.*

*Der "Gerichtsferien"-Fall von 1952*

*Gängige Kommentierung (+ ein OLG) kann den Anwalt entlasten.*

Das Oberlandesgericht Celle<sup>7</sup> fordert von einem Anwalt zur ordnungsgemäßen Pflichterfüllung auch das Studium von Erläuterungsbüchern, wenn der Anwalt ein Mandat aus einem Rechtsgebiet übernimmt, auf dem er keine besonderen Kenntnisse besitzt. Der Anwalt wird von einer Verpflichtung zur Überprüfung der Literatur auch durch irreführende Fragen oder Empfehlungen des Gerichtes und seiner Richter nicht entbunden<sup>8</sup>.

Das Oberlandesgericht Schleswig<sup>9</sup> hat in einem Regreßverfahren gegen einen Rechtsanwalt dessen Haftung bejaht, da dieser es unterlassen hatte, die Kommentierung im Palandt nachzuschlagen und daher die dort angeführte einschlägige Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht zur Kenntnis genommen hatte<sup>10</sup>.

Der Anwalt wird von seiner Prüfungspflicht auch nicht dadurch entlastet, daß "die Ansicht der Literatur teilweise nicht unumstritten"<sup>11</sup> ist.

Nach der vorstehend bereits angeführten Entscheidung des Oberlandesgericht Celle<sup>12</sup> erfüllt der Rechtsanwalt die gebotene Sorgfalt nicht, wenn er die zu beurteilende Rechtsfrage nur anhand des Gesetzeswortlautes oder der in den "amtlichen" Sammlungen enthaltenen Entscheidungen prüft. Der Anwalt muß vielmehr auch das einschlägige Schrifttum studieren und die Rechtsprechung zumindest des Bundesgerichtshofs prüfen<sup>13</sup>. Es ist dabei unerheblich, ob der Rechtsanwalt über nähere Kenntnisse auf einem besonders geregelten Gebiet – wie z.B. dem des Höferechts<sup>14</sup> – verfügt. Die notwendigen Kenntnisse hat er sich erforderlichenfalls durch intensives Studium anzueignen<sup>15</sup>.

Gerade bei nicht ganz eindeutiger Rechtslage ist es die berufliche Aufgabe des Rechtsanwaltes, zu versuchen, mit einer für den Mandanten günstigen Rechtsauffassung durchzudringen<sup>16</sup>. Er ist hierbei gehalten, sich zur Meinungsbildung auch über den aktuellen Meinungsstand in der Literatur zu informieren<sup>17</sup>. Die Durchsicht von Lehrbüchern und Kommentaren kann ihm hierbei zumindest einen raschen Überblick über die bestehende Rechtsprechung ermöglichen<sup>18</sup>; eine vertiefende Auseinandersetzung mit der bestehenden Rechtsprechung könnte hierdurch eingeleitet oder vorbereitet werden.

Die Kenntnis von Literaturmeinungen ist jedoch wesentlich, wenn zu einer bestimmten Problemstellung bisher keine höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt<sup>19</sup>.

Eine strenge Verpflichtung zur Beachtung der Literatur hatte der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 11.03.1952<sup>20</sup> angenommen. Der Rechtsanwalt hatte sich, obwohl die Gerichtsferien 1950 wieder eingeführt worden waren, auf eine falsche Angabe der Geschäftsstelle verlassen und die Berufungsbegründung nicht innerhalb der Gerichtsferien eingereicht<sup>21</sup>. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs hätte der Rechtsanwalt sich nicht auf die Angaben der Geschäftsstellenmitarbeiter verlassen dürfen; er hätte sich zur Meinungsbildung auch anhand von früheren Erläuterungsbüchern (aus der Zeit vor Abschaffung der Gerichtsferien – also aus den Jahren vor 1935) orientieren müssen.

Die Bedeutung von einschlägigen Literaturfundstellen führt der Bundesgerichtshof in einem Beschluß vom 18.10.1984<sup>22</sup> – diesmal zugunsten des Rechtsanwaltes – fort, indem er die nach eigener Ansicht falsche Fristberechnung eines Rechtsanwaltes entschuldigt, da

<sup>7</sup> OLG Celle, NJW 1977, 1350; vgl.: *Borgmann/Haug* (Fn. 4), S. 98.

<sup>8</sup> OLG Celle, NJW 1977, 1350; *Borgmann/Haug* (Fn. 4), S. 98.

<sup>9</sup> OLG Schleswig, NJW 1988, 569.

<sup>10</sup> vgl. OLG Düsseldorf, VersR 1973, 424, 425.

<sup>11</sup> OLG Schleswig, NJW 1988, 569.

<sup>12</sup> OLG Celle, NJW 1977, 1350.

<sup>13</sup> OLG Celle, NJW 1977, 1350.

<sup>14</sup> Siehe hierzu die Kommentierungen bei *Wöhrmann*, Das Landwirtschaftsrecht mit ausführlicher Erläuterung der Höfeordnung, 2. Aufl., Schloß Bleckede a. d. Elbe 1966 und *Lange-Wulff*, Höfeordnung für die Länder Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein, 9. Auflage; 1991.

<sup>15</sup> OLG Celle, NJW 1977, 1350.

<sup>16</sup> BGH, VersR 1974, 488; OLG München, Urteil vom 03.11.1970 – 12 U 1960/70; OLG Düsseldorf, VersR 1989, 286, 287; *Borgmann/Haug* (Fn. 4), S. 108; *Müller*, JR 1969, 163.

<sup>17</sup> *Borgmann/Haug* (Fn. 4), S. 98; *Prütting*, Die deutsche Anwaltschaft zwischen heute und morgen, S. 163; *Rinsche* (Fn. 2), S. 34 (Rd. I 53); *Vollkommer*, Anwaltshaftung, 1989, S. 72 (Rdn. 136).

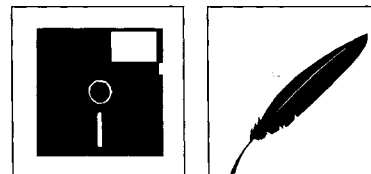
<sup>18</sup> *Prütting* (Fn. 17), S. 163.

<sup>19</sup> *Rinsche* (Fn. 2), S. 33 (Rd. I 53); *Borgmann/Haug* (Fn. 4), S. 98; *Vollkommer* (Fn. 17), S. 72 (Rdn. 136).

<sup>20</sup> BGH, VersR 1959, 638 ff.

<sup>21</sup> vgl.: *Borgmann/Haug* (Fn. 4), S. 98; *Scheffler*, NJW 1960, 265, 268.

<sup>22</sup> BGH, NJW 1985, 495, 496.



dieser sich auf die gängige Kommentierung und eine abweichende Entscheidung eines Oberlandesgerichts berufen konnte<sup>23</sup>.

Eine globale Verpflichtung zur Berücksichtigung der Fachliteratur und der anerkannten Lehrmeinungen wird auch vom Bundesgerichtshof – bisher – nicht gefordert. Die vorgeannten Entscheidungen stellen daher Ausnahmen dar.

Eine, seine Rechtsauffassung bestätigende, Fundstelle in einem angesehenen Kommentar gibt dem Rechtsanwalt nicht in jedem Fall die Gewähr dafür, daß seine Auffassung die Billigung des erkennenden Gerichtes erfahren werde<sup>24</sup>.

Auch zukünftig wird es die Aufgabe der Gerichte bleiben, die vorgebrachten Sachverhalte zu entscheiden. Es ist die Aufgabe der Wissenschaft, die Urteile zu systematisieren und in die juristische Dogmatik einzuordnen, Wertungen offenzulegen und über sie zu reflektieren<sup>25</sup>. Die Rechtswissenschaftler können nur Vorschläge für eine vermeintlich richtigere, vernünftige, sach- und/oder systemgerechtere Konfliktlösung in der Hoffnung auf eine Korrektur der Rechtsprechung erarbeiten. Lösungsvorschläge, die die Rechtsprechung verwirft oder unbeachtet läßt, werden auch zukünftig bloße "Meinung" bleiben. Sie können sinnvollerweise nur in der Erwartung auf eine zukünftige Umstimmung der Rechtsprechung weiterhin vertreten werden<sup>26</sup>.

Die Kenntnis einer von der Rechtsprechung übernommenen Literaturmeinung darf andererseits jedoch auch nicht überschätzt werden. Auch wenn eine Auseinandersetzung sich einfach dadurch erschöpft, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung sich eine bestimmte Auffassung zu eigen macht, so bedeutet dieses für den Rechtsanwalt keineswegs, daß abweichende Anschauungen nicht an und für sich berechtigt sein könnten<sup>27</sup>.

Festzuhalten ist, daß eine im wissenschaftlichen Schrifttum anerkannte Lehre im Interesse des Mandanten unberücksichtigt zu lassen ist, wenn ihr voraussichtlich von der höchstrichterlichen oder maßgebenden obergerichtlichen Rechtsprechung nicht gefolgt wird<sup>28</sup>. Dieses führt im Ergebnis zu einer gesteigerten Relevanz der bestehenden Rechtsprechung für die Beurteilung eines konkreten Sachverhaltes.

*Egon Schneider*<sup>29</sup> begründet seine insofern übereinstimmende Ansicht damit, daß ein Anwalt so weit wie möglich den sichersten Weg für seinen Mandanten wählen und sich daher auch an der – nicht folgenden – Rechtsprechung zu orientieren habe; nur hierdurch könnte er eine bestmögliche Interessenvertretung bewirken. Die Tatsache, daß der Anwalt im Extremfall auch gegen seine eigene Überzeugung handeln muß<sup>30</sup>, macht deutlich, daß er seine Überzeugung im Verhältnis zu den Interessen des Mandanten unterzuordnen hat. Die Interessen des Mandanten sind somit auch im Verhältnis zu einer möglichen Rechtsfortbildung von größerem Gewicht.

Die Kenntnisnahme von einer einschlägigen Literaturfundstelle kann darüberhinaus Auswirkungen auf die geforderte Gesetzeskenntnis haben. Das Oberlandesgericht Koblenz führte in der bereits angeführten Entscheidung<sup>31</sup> zur Begründung der erforderlichen Gesetzeskenntnis aus, daß das EuGVÜ "in der 42. Auflage 1984 des für den Rechtspraktiker zunächst maßgebenden Kommentars zur ZPO von Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann abgedruckt und kommentiert (S. 2220 ff.) und in der Rechtsliteratur damals schon vielfach besprochen" war. Das Oberlandesgericht Koblenz geht hier offensichtlich davon aus, daß der Anwalt zunächst den maßgebenden Kommentar zu Rate zieht und hierbei auf das Gesetz selbst sowie die entsprechenden Fundstellen der Schrifttumsnachweise stößt.

*Eine Fundstelle reicht nicht.*

*Arbeitsteilung  
Rechtsprechung/Wissenschaft*

*Dominierende Bedeutung der  
Rechtsprechung (vgl. jur-pc  
1993, 2276–2285)*

*Prinzip des "sichersten Wegs"*

*Über den Kommentar zum  
Gesetz ...*

<sup>23</sup> Vgl. *Borgmann/Haug* (Fn. 4), S. 98.

<sup>24</sup> RG, JW 1921, 893; *Borgmann/Haug* (Fn. 4), S. 101; *Eucken*, S. 38 (Rdn. 84).

<sup>25</sup> *Hübner*, NJW 1989, 5, 8.

<sup>26</sup> Vgl. *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Berlin 1976, S. 320.

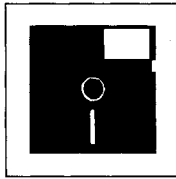
<sup>27</sup> *Kriele* (Fn. 26), S. 91.

<sup>28</sup> RG, JW 1921, 893; RGZ 87, 183; *Berent*, DJZ 1916, 192; *Borgmann/Haug* (Fn. 4), S. 118; *E. Schneider*, MDR 1972, 745 ff.

<sup>29</sup> *E. Schneider*, MDR, 1972, 745, 745.

<sup>30</sup> So: BGH, NJW 1959, 141 = BGH, MDR 1959, 107; *Borgmann/Haug* (Fn. 4), S. 99 und S. 100; a.A.: BGH, NJW 1967, 105, 107.

<sup>31</sup> OLG Koblenz, NJW 1989, 2699, 2700.



Vollkommer zur Rolle der  
Kommentare

OLG Karlsruhe:  
Fundstellennachweise

Angaben im Palandt sind zu  
überprüfen.

Friedlaenders Postulat

Zusammenfassung

“Alles wissen”

Ein realistisches  
Anforderungsniveau?

Noch weitergehend ist die Auffassung von *Vollkommer*<sup>32</sup>. Er vertritt die Ansicht, daß das “*Studium der Kommentarliteratur*” für einen Anwalt unerlässlich sei, “*um sich die für den jeweiligen Auftrag erforderliche Kenntnis der Rechtsprechung zu verschaffen*”<sup>33</sup>. Die Lektüre der betreffenden Kommentierung stelle ein Hilfsmittel dar, um die maßgeblichen Entscheidungen aufzufinden<sup>34</sup>; es sei für den Rechtsanwalt zumutbar und geboten, “*sich in die für die jeweilige Rechtsfrage durch Kommentare verwiesene Rechtsprechung*”<sup>35</sup> einzulesen und einzuarbeiten.

Im Gegensatz zu *Vollkommer* verlangt das Oberlandesgericht Karlsruhe<sup>36</sup> “*nur*” die Benutzung der allgemein bekannten Fundstellennachweise. Eine grundsätzliche Kenntnisnahme der Kommentierung wird nicht gefordert.

*Borgmann/Haug*<sup>37</sup> stimmen mit dem Oberlandesgericht Düsseldorf<sup>38</sup> insofern überein, als der Anwalt sich zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht in wesentlichen Rechtsfragen nicht mit der Fundstellenangabe im Palandt begnügen dürfe; er müsse vielmehr die angegebenen Entscheidungen selber überprüfen. Eine allein auf den Palandt gestützte Rechtsauffassung kann demnach unzureichend sein<sup>39</sup>.

*Friedlaender* fordert, daß “*man auch von dem bei einem kleinen Gericht zugelassenen Anwalt verlangen*” kann, “*daß er innerhalb der reichlichen, ihm zu Gebote stehenden Frist sich zuverlässige literarische Hilfsmittel verschaffe, um den Stand der Frage zu ermitteln*”<sup>40</sup>. Es sei hierzu nicht erforderlich, die ganze Literatur durchzuarbeiten<sup>41</sup>.

Dieser Forderung ist insoweit zuzustimmen, als auch der an einem kleinen Gericht zugelassene Anwalt die Interessen seines Mandanten grundsätzlich in gleichem Umfange und mit der gleichen Sorgfalt zu beachten hat. Hierzu muß er sich erforderlichenfalls in gleichem Umfange auch über bestehende Literaturmeinungen informieren. Das objektive Bedürfnis zur Information ist unabhängig von der Größe des Gerichtes, an dem der Rechtsanwalt zugelassen ist.

Zusammenfassend umschreibt *Rinsche*<sup>42</sup> die Pflichten des Anwaltes wie folgt:

“*Der pflichtgemäß arbeitende Rechtsanwalt im Sinne der Rechtsprechung muß – überspitzt formuliert – danach ein juristischer Supermann sein, der über ein computerhaftes Gedächtnis, ein hervorragendes Judiz sowie über höchste Intelligenz und Energie verfügt*”<sup>43</sup>.

*Prinz*<sup>44</sup> führt zu der Sorgfaltspflicht des Rechtsanwaltes aus, daß der Anwalt zur Erfüllung seiner Sorgfaltspflicht “*alles wissen muß und keinerlei Fehler machen darf*”; wenn man versuche, alle Entscheidungen auf einen Nenner zu bringen, so sei eine Garantshaftung des Anwaltes für die Einhaltung sämtlicher Fristen, die optimale Kenntnis des geltenden Rechts und der höchstrichterlichen Entscheidungen sowie die optimale rechtliche und auch wirtschaftliche Beratung des Mandanten<sup>45</sup>, die Folge.

Die Anwaltschaft bewertet die Anforderungen der Rechtsprechung an die Erfüllung der Sorgfaltspflichten folglich auch als überspitzt und teilweise sogar als anwaltsfeindlich<sup>46</sup>. Der von einem Rechtsanwalt verlangte Wissensstand sowie die von diesem geforderte Einhaltung des Sorgfaltsmaßstabes wird als unmöglich bewertet<sup>47</sup>. Bleibt zu prüfen, ob EDV-Hilfsmittel daran etwas ändern können.

<sup>32</sup> *Vollkommer* (Fn. 17), S. 70 (Rdn. 135).

<sup>33</sup> ähnlich: OLG Bamberg, AnwBl 1987, 331; *Prütting* (Fn. 17), S. 168.

<sup>34</sup> *Vollkommer* (Fn. 17), S. 71 (Rdn. 135).

<sup>35</sup> *Vollkommer* (Fn. 17), S. 79 (Rdn. 150).

<sup>36</sup> OLG Karlsruhe, NJW 1965, 1023, 1024.

<sup>37</sup> *Borgmann/Haug* (Fn. 4), S. 94.

<sup>38</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.3.1986 – 8 U 51/85.

<sup>39</sup> vgl.: OLG Hamm, Urteil vom 16.1.1986 – 28 U 162/85; *Commichau*, Die anwaltliche Praxis in Zivilsachen, 3. Aufl., 1988, S. 12 (Rdn. 22); *Schlee*, AnwBl 1986, 339, 340.

<sup>40</sup> *Friedlaender*, JW 1918, 499, 500.

<sup>41</sup> *Friedlaender* (Fn. 40).

<sup>42</sup> *Rinsche* (Fn. 2), S. 17 (Rd. 125).

<sup>43</sup> Vgl. *Prinz*, VersR 1986, 317, 318; *Prütting* (Fn. 17), S. 173.

<sup>44</sup> *Prinz*, VersR 1986, 317, 318.

<sup>45</sup> *Prinz*, VersR 1986, 317, 319.

<sup>46</sup> *Rinsche* (Fn. 2), S. 17 (Rd. 126).

<sup>47</sup> *Rinsche* (Fn. 2), S. 17 (Rd. 126).