

Wintertagung des Verbands bernischer Richterinnen und Richter (VBR) vom 08.12.2006

## **Vom fahrlässigen Umgang mit der Fahrlässigkeit**

*Referat von Franz Müller, Fürsprecher und Notar, Bern*

Sehr geehrte Präsidentinnen und Präsidenten  
oder

Sehr geehrte Richterinnen und Richter

Anwaltlicher Comment verbietet, ohne entsprechende vorherige Anrede und entsprechend unaufgefordert von Kolleginnen und Kollegen zu sprechen

Oder ganz einfach

Sehr geehrte Damen und Herren

### **I. Einleitung**

*„Besten Dank für die Mitteilung des Titels, der vielversprechend ist und die Neugier anregt.“* Mit diesen Worten bestätigte mir der Organisator des heutigen Anlasses, Herr Staatsanwalt Charles Haenni, die Einladung zu diesem Referat, für die ich mich an dieser Stelle bei Ihnen ganz herzlich bedanken möchte. *„Vielversprechend“* und *„die Neugier“* anregend, das tönt gut: Dabei hoffe ich, dass Sie zwar neugierig sind, sich von diesem Referat aber nicht zu viel versprechen. Denn bitte erwarten Sie von mir keine wissenschaftlichen Erörterungen komplexer juristischer Streitfragen oder gar die Klärung ungelöster Probleme im Zusammenhang mit der viel diskutierten und doch so schwammigen Fahrlässigkeit, schon gar nicht am Freitagabend nach einer langen und traktandenschweren Versammlung und in durstiger und hungriger Erwartung des Apéros und des Nachtessens.

Naheliegender wäre beispielsweise etwa zu folgende Unterkapiteln der Fahrlässigkeit zu sprechen:

### 1. die leidige Adäquanzformel

vom gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung

Diese wird in der Praxis derart konturenlos angewandt,

- dass der Dinge Lauf immer gewöhnlich ist, auch wenn er eigentlich ungewöhnlich ist, oder
- dass die Lebenserfahrung immer allgemeiner Natur ist, womit die 30-jährige Richterin a priori den gleichen Massstab gewährleistet wie der 60-jährige Richter am Ende seiner Richterlaufbahn (Massstab ist ja nicht die spezielle Lebenserfahrung, die aber gerade dann zählt, wenn dem Beschuldigten oder potentiell Haftpflichtigen vorgehalten wird, er mit seiner speziellen Lebenserfahrung müsste ein Mehr an Sorgfalt an den Tag legen als der Durchschnittsproband, der sich auf die allgemeine Lebenserfahrung berufen darf)

Das alles werden Sie im nächsten Parteivortrag wieder hören, deshalb vergessen wir es für heute, nicht ganz allerdings.

### 2. das Klagelied über den Gefahrensatz

jenen ungeschriebenen haftpflicht- (und auch strafrechtlichen) Grundsatz, dass wer Gefahren schafft, die nötigen Schutzmassnahmen zu treffen hat

Dieser Gefahrensatz wird vom Haftpflichtrecht, in dem er als Basis für einen gerechten Schadenausgleich durchaus seinen Platz haben darf, unbesehen aufs Strafrecht übertragen – wie übrigens auch die Kausalhaftpflichtnorm von Art. 55 OR, Geschäftsherrenhaftung, zur Begründung der Verletzung einer Sorgfaltspflicht bemüht wird, mithin eines Verschuldens. Die Spitze dieser Praxis ist, die Unterlassung gebotener Schutzmassnahmen als verschuldete Verletzung des Gefahrensatzes zu betrachten (124 III 300 mwH). Dabei erfolgt kein kritisches Hinterfragen nach dem Legalitätsprinzip. Folge ist, dass der den Gefahrensatz verletzende Fahrlässigkeitstäter im Unterschied etwa zum vorsätzlichen Betrüger oder Urkundenfälscher weit weniger Möglichkeiten der akribischen Verteidigung mit dem Mittel der Auslegung beispielsweise der Begriffe Arglist oder Urkunde in Händen hat, ergibt sich doch erst in einer ex post Betrachtung, vielfach nach gutachtlicher, monatelanger Auseinandersetzung mit der Sache, dass Gefahren bestanden, denen man hätte Rechnung tragen müssen. Das (nachträgliche) richterliche Erkennen der Gefahr, post hoc sozusagen, ist unangreifbar, beweist doch gerade die Verwirklichung der Gefahr, dass die Gefahr bestanden hat, und ist doch gerade das Eintreten der Verwirklichung der Gefahr Zeichen dafür, nur ungenügende Sorgfalt gewährt zu haben.

oder

3. die Gegenüberstellung der Strafkultur vs Kommunikations- oder Fehlerverarbeitungskultur, gerade bei Fällen der Verletzung ärztlicher Sorgfaltspflichten

der man heute namentlich strafrichtend geflissentlich ausweicht mit dem Hinweis, der Gesetzgeber müsse Abhilfe schaffen. Richtig wäre, bei der Feststellung anzusetzen, dass gesellschaftlich erlaubtes, ja geradezu

gefordertes spitzenmedizinisches Handeln voraussehbare, weil unausweichliche Risiken sogenannten menschlichen Versagens in sich trägt, die die selbe Gesellschaft mit der einen Hand bezahlt, mit der andern pönalisiert, wenn sich dieses Risiko verwirklicht. Dabei wird etwa die Frage nicht gestellt, ob nicht sozialadäquates Risiko vorliege, das im einen oder anderen Fall zur Verneinung der strafrechtlichen Verantwortung führen müsste. Die negativen Folgen solchen Beurteilens kennen wir zur Genüge, sie bildeten kürzlich Anlass für einen konzisen Aufsatz in der AJP 2006, S. 407ff.

Nein:

Nachdem Ihr Vorstandsmitglied Anastasia Falkner die Gelegenheit ergriffen hat, vor versammelter Anwaltschaft am letzten Anwaltstag aus dem vollen Fass gedanklicher und/oder sprachlicher Höhen-, Tief- und Blindflüge, die sie im beruflichen Alltag gerade mit Anwälten erlebt zu schöpfen, wäre an sich naheliegend, mich mit ebensolchen Höhenflügen (Tief- und Blindflüge gibt es ja da nicht) von Richterinnen und Richtern zu revanchieren. Nun, allein zu loben bin ich wohl nicht eingeladen worden. Als Praktiker aus der Anwaltschaft möchte ich Ihnen aufzuzeigen, mit welcher unterschiedlichen Maßstäben Gerichte entscheiden, wenn einerseits richterliche Fahrlässigkeiten zur Diskussion stehen, und andererseits solche von Anwälten zu beurteilen sind. Dabei werde ich allerdings nicht stehen bleiben, sondern ganz praktische, damit auch kritische Fragen zu stellen. Nachdem ich bereits zum Nachtessen eingeladen worden bin und diese Offerte angenommen habe, wäre diese Verbindlichkeit nurmehr mit einer fristlosen Kündigung Ihrerseits zu lösen. Hierzu will ich nicht Anlass geben, deshalb auch der Titel: „Vom fahrlässigen – und nicht etwa vorsätzlich pflichtwidrigen – Umgang mit der Fahrlässigkeit“.

## II. Fahrlässige Gerichte

*„Willkürlich ist ein Entscheid nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst dann, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft“*: BGE 127 I 54, 56). Sie kennen diese Formel des Bundesgerichtes. Ich bitte Sie, diese für die nächsten Minuten in Erinnerung zu halten.

Die Zeitschrift „plädoyer“ macht es sich seit einiger Zeit zur verdankenswerten Aufgabe, ein sog. „Fehlurteil des Jahres“ zu küren. Diese zweifelhafte Ehre kam etwa folgenden Entscheiden zuteil:

- **Fehlurteil 2005** (BGer 4C.194/2005): Hier ging es um einen Haftungsfall zwischen der UBS und einem Bankkunden. Dieser hatte die Bank auf Schadenersatz von rund 1.6 Mio. Franken eingeklagt, weil ein UBS-Anlageberater wiederholt Transaktionen ohne Auftrag des Kunden getätigt hatte. Obwohl der Kunde mehrmals telefonisch beim Anlageberater reklamierte und die unerwünschten Transaktionen rügte, befand das Bundesgericht, der Kunde habe den Schaden selbst zu verantworten. Die telefonischen Interventionen seien nämlich nicht genügend gewesen, vielmehr hätte er spätestens nach den Quartalsauszügen direkt an den Vorgesetzten des Anlageberaters gelangen müssen.
- **Fehlurteil 2004** (BGer 4C.225/2003): Das Bundesgericht befand in diesem Entscheid, ein 14-jähriger Knabe sei am sexuellen Miss-

brauch durch einen 30-jährigen Jungscharleiter mitschuldig, weshalb der Schadenersatz und die Genugtuungssumme um 25% zu kürzen seien. Der Jugendliche hätte, so das höchste Gericht, das Gefährdungspotential von homosexuellen Kontakten mit dem Täter erkennen können und sich dagegen wehren müssen.

- **Kandidat zum Fehlurteil 2003** (BGer 5P.162/2003): Trotz des nachgewiesenen Diebstahls seiner Akten und seines Laptops wurde einem Anwalt die Wiederherstellung einer Beschwerdefrist verweigert.
  
- **Kandidat zum Fehlurteil 2002** (BGE 129 I 1 ff.): Ein Konkubinatspartner muss anstelle der Gemeinde für das Kind seiner Partnerin die Alimente bevorschussen, wenn der Ex-Mann nicht bezahlt. So sieht es eine Regelung aus dem Kanton St. Gallen vor. Das Bundesgericht stört sich nicht daran, obschon sich aus dem Bundeszivilrecht keine Beistands- oder gar Unterhaltspflicht des Konkubinatspartners ergibt.

Dies sind nur einige Fehlurteile, die Jahr für Jahr vor den erstinstanzlichen, den oberinstanzlichen oder eben gar den höchstinstanzlichen Gerichten ergehen. Dabei ist mir natürlich bewusst, dass die Bezeichnung als Fehlurteil eine Wertung enthält, die subjektiv geprägt ist. In aller Regel wird mindestens eine Partei - nämlich die zu Unrecht obsiegende - das Urteil als korrekt bezeichnen. Wenn ich mir also erlaube, von Fehlurteilen zu sprechen, so deshalb, weil ich gleichzeitig einräume, mir dabei nicht einen objektiven Massstab anzumassen, sondern einen subjektiven zugrundezulegen. Es muss erlaubt sein, ein Urteil als Fehlurteil zu bezeichnen, genauso wie es Ihnen erlaubt ist, eine ärztliche, bauliche oder

anwaltliche Leistung als fehlerhaft zu bezeichnen. Damit ist auch nicht eine grundsätzliche Kritik verbunden: auch RichterInnen sind Menschen - zum Glück - und lassen sich, beispielsweise, von der allgemeinen Lebenserfahrung und dem natürlichen Lauf der Dinge leiten. Dass letztlich formell „Recht“ ist, was rechtskräftig beurteilt ist, ist unbestritten. Dieses formelle Recht muss aber nicht materiell richtig sein.

Mich interessieren als Anwalt weniger diese Urteile an sich als vielmehr deren Auswirkungen. Dem wollen wir uns in der Folge widmen. Dabei gilt es zu unterscheiden, von welchen Folgen die Rede ist. Geht es um das Rechtsempfinden der Betroffenen, bleiben einige solcher Urteile durchaus ohne spürbare Auswirkungen, andere führen dazu, dass sich die Betroffenen zu tiefst verunsichert fühlen und am Rechtsstaat zweifeln. Das tun sie auch, wenn sie zu Recht verlieren - das sei eingeräumt. Aber zu Recht tun sie es, wenn sie zu Unrecht verlieren. Gravierender sind solche Urteile in Fällen, da es mit dem Urteil kein abschliessendes Bewenden hat. Der verurteilte Arzt, der wegen seines Strafregistereintrages zu Kongressen in die USA nicht mehr einreisen darf; der verurteilte Lehrer, der keine Stelle mehr findet, der verurteilte Haftpflichtige, der in finanzielle Not gerät. Beispiele gäbe es, aber vielleicht ein anderes Mal.

Was mich heute noch mehr interessiert, ist die Frage, welche Ansprüche richterliche Fehlurteile generieren bzw. wie richterliche Fehlurteile im dogmatischen Korsett der Fahrlässigkeitsbeurteilung Platz haben. Vorauszuschicken ist, dass richterliche Fehlurteile regelmässig dem Fahrlässigkeitsbereich zuzuordnen sind, sofern „pflichtwidrig unvorsichtig“ geurteilt wurde. Nehmen wir dies zu Ihren Gunsten sogar für als willkürlich bezeichnete Urteile an. Nun stellen wir anhand der ständigen bundesgerichtlichen Rechtssprechung fest, dass gewissermassen ein Frei-

brief für richterliches Fehlverhalten besteht: „*Soweit Rechtsakte in Frage stehen, setzt die Widerrechtlichkeit des Verhaltens eines Richters oder Beamten in Ausübung seiner amtlichen Befugnis **einen besonderen Fehler voraus**, der nicht schon vorliegt, wenn sich eine Entscheidung später als unrichtig, gesetzeswidrig oder sogar willkürlich erweist*“ (BGE 118 Ib 163, 164). Diese „Lizenz zur Fahrlässigkeit“ bzw. sogar zur Willkür hat das Bundesgericht in BGE 123 II 577, 582 bestätigt, als es erkannte, dass Voraussetzung für eine Staatshaftung für unrichtige Rechtsakte eine „**wesentliche Amtspflichtverletzung**“ sei. Diese Auffassung, so das Bundesgericht, sei damit zu begründen, dass gemäss dem Rechtskraftprinzip vermieden werden soll, dass die Frage der Richtigkeit eines formell rechtskräftigen Entscheids nachträglich auf dem Weg des Staatshaftungsprozesses neu aufgerollt werden könne.

Aufgrund dieser Rechtsprechung erstaunt es nicht, dass man als Anwalt seiner Klientschaft nicht mit gutem Gewissen einen Staatshaftungsprozess wegen eines Fehlurteils empfehlen kann. Immerhin: In BGE 120 Ib 248 ff. hat das Bundesgericht ausnahmsweise auf eine Haftung des Staates erkannt, wobei die richterliche Fehlleistung hier derart eklatant war, dass jedes andere Urteil nicht akzeptabel gewesen wäre. Es ging dabei um folgenden Sachverhalt: Der Präsident des Kantonsgerichts Zug lud für den 3. April 1990 zu einer Gerichtsverhandlung, in welcher über die M-AG der Konkurs verhängt werden sollte. Dies geschah denn auch gleichentags, allerdings erst nach der Verhandlung, weshalb das Konkurserkennnis der Schuldnerin schriftlich mitgeteilt werden sollte (pro memoriam: das Konkurserkennnis gilt bereits im Moment der effektiven Eröffnung und nicht ab Erhalt der schriftlichen Mitteilung). Die schriftliche Mitteilung erging schliesslich auch, allerdings geschlagene drei Wochen später, am 24. April 1990. Aus dieser Verspätung erwuchs dem VR-

Präsidenten der Schuldnerin ein Schaden. *„Der Konkursrichter wartete mit der Mitteilung seines Entscheides drei Wochen zu, welches Verhalten nicht nur gesetzeswidrig ist, sondern angesichts der weitreichenden Bedeutung, die einem Konkurserkennntnis zukommt, eine wesentliche Verletzung seiner Amtspflichten darstellt“*, urteilte das höchste Gericht. Dem gibt es nichts mehr beizufügen.

### III. Fahrlässige Anwälte

Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts haften also Gerichte bzw. der Staat bloss für „wesentliche Amtspflichtverletzungen“, was offenbar sogar noch mehr sein soll als „blosse“ Willkür. Ich erinnere an die eingangs erwähnte Formel.

Die äusserst milde Beurteilung der Haftung der Gerichte steht in krassem Gegensatz zur Beurteilung der Haftung der sog. „freien Berufe“, also den Ärzten, Architekten, Ingenieuren und natürlich von uns Anwälten. *„Der Anwalt haftet grundsätzlich für jedes, auch für leichtes Verschulden“* (BGE 117 II 563). Treffender lässt sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht auf den Punkt bringen: Der Anwalt hat für alles und jedes einzustehen, sei seine Sorgfaltswidrigkeit auch noch so klein. Ganz in diesem Sinne folgert BGE 127 III 357, 359: *„Als Beauftragter schuldet der Anwalt Sorgfalt und Treue und wird daher seinem Auftraggeber ersatzpflichtig, wenn er ihn durch unsorgfältige oder treuwidrige Besorgung des Auftrags schädigt. Er hat jedoch nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit Gewähr zu leisten, sondern für das **kunstgerechte** Tätigwerden.“* Bei allem Verdruss über den strengen bundsgerichtlichen Massstab, wird hier wenigstens ein für alle Mal von höchster Stelle anerkannt, dass es sich bei der Anwaltstätigkeit um Kunst handelt.....

Der genannte Entscheid führt in der Folge aus: *„Dabei trägt der Anwalt nicht die Verantwortung für die spezifischen Risiken, die mit der Bildung und Durchsetzung einer Rechtsauffassung an sich verbunden sind. Er führt insofern **eine risikogeneigte Tätigkeit** aus, der auch haftpflichtrechtlich Rechnung zu tragen ist. Namentlich gilt es zu berücksichtigen, dass er nicht für jede Massnahme oder Unterlassung einzustehen hat, welche aus nachträglicher Betrachtung den Schaden bewirkt oder vermieden hätte. Nach wie vor haben die Parteien das Prozessrisiko zu tragen, das sie nicht in die Verantwortlichkeit des Anwalts verlagern können.“* Wie tröstlich für unseren Berufsstand: Für die Prozessrisiken haben wir dann doch nicht einzustehen, abgesehen davon aber für nahezu alles.

Im Unterschied zu den Gerichten – die ja sogar für Willkür nicht per se haften – haben die Anwälte auch „klares“ Recht zu kennen, selbst wenn dieses von den Gerichten in langjähriger Übung anders praktiziert worden ist. Nochmals das Bundesgericht im zitierten Entscheid: *„Es handelt sich hierbei um von Lehre und Praxis einheitlich vertretenes, klares und damit **nicht interpretationsbedürftiges Recht**, dessen Kenntnis zu den Sorgfaltspflichten der Anwälte gehört. (...) Von diesem Vorwurf kann er sich nicht dadurch befreien, dass zu jener Zeit **selbst Richterinnen und Richter sowie zahlreiche Anwälte des Kantons Bern aufgrund einer langjährigen Übung** auf die Rechtsverbindlichkeit einer entsprechenden, vor Erlass des Scheidungsurteils erteilten Verzichtserklärung vertrauten.“*

## IV. Konsequenzen und Fragen

Nun wollen wir natürlich nicht in einem Lamento über unser Berufsrisiko verharren. Dafür werden wir ja fürstlich entschädigt, nun auch in uP-Fällen. Was sich indessen aufdrängt, sind Fragen zum Verhältnis richterlicher und anwaltlicher Sorgfalt, denen ich in der Folge nachgehen möchte. Fragen zu stellen heisst in der Regel auch, sie zu beantworten. Nach dieser Regel erlaube ich mir, vorwiegend Fragen zu stellen.

### 1. zum Uebernahmeverschulden

Mir liegt ein Fall eines Berufskollegen vor, dem mit Berufung auf die einschlägige Praxis als allgemein praktizierendem Anwalt unter Androhung eines Haftpflichtprozesses vorgehalten wird, er habe seine Fachkenntnisse in einer Spezialmaterie überschätzt und pflichtwidrig unvorsichtig unterlassen, in gebotener Selbstbescheidung einen Spezialisten beizuziehen.

Art. 264 ZPO lautet:

Zit.

Art. 128 StrV lautet:

Zit.

Für mich sind diese Bestimmungen nichts anderes als eine gesetzliche Legitimation des Uebernahmeverschuldens von Richtern, die Fälle zu beurteilen haben, in denen ihnen das nötige Fachwissen abgeht. In diesen Gesetzesbestimmungen wird der Richter aufgefordert, sich Spezialwissen von Sachverständigen beschaffen zu lassen. Dagegen ist nichts einzuwenden, im Gegenteil. Ginge es um blosse Tatfragen, wie das Gesetz sagt und wohl auch meint, ist der Vorgang wohl unumgänglich,

wenn auch nicht unproblematisch, wie nachstehend zu zeigen sein wird. In der Praxis geht es aber nicht nur um Tatfragen, das wissen Sie so gut wie ich. Gerade in Haftpflichtfällen bzw. Fahrlässigkeitsbeurteilungen ist mit der Tatfrage häufig auch die sich stellende Rechtsfrage beantwortet. Verneint ein Experte die Frage, ob ein Arzt lege artis operiert habe, impliziert dies den Sorgfaltsverstoss. Bejaht ein Experte somatische nachweisbare Unfallfolgen, impliziert dies die Bejahung der Adäquanz im sozialversicherungsrechtlichen Sinne, verneint er sie, impliziert dies heute in aller Regel die Verneinung der Adäquanz nach der einschlägigen Praxis zum Schleudertraume und ähnlichen Verletzungen. Dies gilt umso mehr, als dem Richter höchstrichterlich geboten ist, nicht ohne Not von einem Gutachten abzuweichen.

Nun, meine Damen und Herren. Wer trifft denn nun die Auswahl des Gutachters? Wer entscheidet darüber, ob die Schlüssigkeitskriterien, die die höchsten Gerichte erarbeitet haben, erfüllt sind oder nicht? Wer entscheidet letztlich bei widersprechenden Gutachten, welchem nun zu folgen sei? Natürlich: Die Richterin. Recht so! Aber: Kann sie es? Sie, die von Gesetzes wegen mangels eigenen Spezialwissens verpflichtet ist, Sachverständige beizuziehen?

Mit anderen Worten: Zu Recht fordert das Gesetz die Richterin auf, sich Spezialwissen fremd zu beschaffen. Die Entscheidung darüber, ob dieses Spezialwissen richtig sei oder nicht und damit die Entscheidung über die eng damit in Zusammenhang stehende Rechtsfrage obliegt aber nach wie vor der Richterin. Haben Sie da wirklich ein gutes Gewissen? Sind Sie in der Lage zu erkennen, ob die gutachtliche Auffassung, der Arzt habe sich bei seinem Vorgehen noch im üblichen Risikobereich bewegt, zutrifft? Können Sie beurteilen, ob die Verletzte sich bei der Auf-

fahrkollision eine milde traumatische Hirnverletzung, die bildgebend nicht zu erkennen ist, zugezogen hat, wie der eine Gutachter bejaht, der andere verneint? Halten Sie es wirklich für vertretbar, in heiklen Straffällen bei der Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen beispielsweise von Aerzten oder Ingenieuren es mit einem einzigen Gutachten – bei Aerzten häufig eines IRM – bewenden zu lassen? Mit welchem Recht erlaubt der Gesetzgeber nach Art. 135 StrV ein neues Gutachten nur bei Ungenügen des Erstgutachtens, wobei dieses Ungenügen durch den Richter zu entscheiden ist, der von Gesetzes wegen als nicht sachverständig gilt? Mit welchem Recht werden Parteigutachten, häufig in der Not eingereicht mangels Bereitschaft der Gerichte, das gerichtlich eingeholte Erstgutachten obergutachtlich zur Diskussion zu stellen, als Gefälligkeitsgutachten bewertet, wenn sich die Auseinandersetzung zwischen den Gutachtern auf jener Ebene des Wissens abspielt, die dem Richter verschlossen ist? Handelt nicht jene Richterin mindestens unbewusst fahrlässig, die nicht erkennt, dass sie überfordert ist, die gutachtlich beantworteten kritischen Fragen eigens auf die Schlüssigkeit hin zu überprüfen?

Und, ganz zum Schluss: Halten Sie es wirklich für eine gute Idee, sich einer Spezialisierung im Recht Sprechen zu verschliessen, indem Sie vielleicht alle zwei Jahre einmal einen komplexen Personenschadenfall aus dem Bereiche des Haftpflichtrechtes zu beurteilen haben? Dem Anwalt würde diesfalls ein Uebernahmeverschulden vorgeworfen.

## **2. Adäquanz**

Ich habe einen Fall eines Berufskollegen zu prüfen, dem vorgeworfen wird, durch eine fehlerhafte Beratung im Zusammenhang mit der Wahl des einzuschlagenden Prozessweges für die Beseitigung nachbarlicher Störungen – es handelte sich um Emissionen einer Schweinemästerei –

unnütze Kosten verursacht zu haben, zumal dieser Weg ohnehin letztlich nicht zum für den Klienten befriedigenden Ziel geführt habe. In vereinfachter Darstellung geht es um folgendes: Der Anwalt versuchte, mittels einstweiliger Verfügung ein Betriebsverbot zu erwirken. Er hat in erster Instanz obsiegt, später wurde das Urteil vom Bundesgericht wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgehoben. Er hat zum zweiten Mal obsiegt, und wieder hat das Bundesgericht den Entscheid zufolge Verletzung des rechtlichen Gehörs kassiert. Der neue erstinstanzliche Richter hat das Gesuch schliesslich mehr oder weniger abgewiesen. Ausser hohen Kosten nichts gewesen.

Wenn richtig ist, dass das Prozessrisiko dem Rechtssuchenden obliegt, nicht dem Anwalt, wie wir der vorhin erörterten bundesgerichtlichen Praxis entnehmen können, könnte kurzschlüssig vertreten werden, der Anwalt hafte nicht. Wenn sich nun tatsächlich – wie immer ex post – herausstellt, dass ein anderer Weg vielleicht zum Ziel geführt hätte, zB auf dem Wege des öffentlichen Rechtes, wird es heikler. Der Fahrlässigkeitsvorwurf liegt darin, dem Klienten einen Prozessweg empfohlen zu haben, der im Ergebnis in die Irre führte, was verglichen mit einem Vorgehen lege artis erkennbar und damit auch vermeidbar gewesen wäre.

Nehmen wir an, der Vorwurf treffe dem Grundsatz nach zu. Es stellen sich folgende Fragen:

- wie hoch ist der Schaden?
- Wie ist die Spekulation mit einem richterlichen Fehlurteil haftpflichtrechtlich einzuordnen?

Der zweiten Frage gehe ich anschliessend nach.

Zur ersten Frage: Trifft der Vorwurf zu, dass der Anwalt pflichtwidrig unvorsichtig einen Prozessweg eingeschlagen hat, der voraussehbar mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zum Misserfolg führen könnte, fragt sich, welcher Schaden solchem Verhalten adäquat kausal zuzurechnen ist. Insbesondere wird zu beurteilen sein, welche Kosten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung diesem Fehlentscheid zugerechnet werden müssen.

Folgt man der bekannten Doktrin, gründend in der schon beschriebenen konturlosen Adäquanzpraxis, ist all das zuzurechnen, was nicht zufolge erheblichen Selbstverschuldens, erheblichen Drittverschuldens oder höherer Gewalt als inadäquat gilt. Mit anderen Worten „unterbrechen“ solche Zusatzursachen den Kausalzusammenhang.

Nachdem ernsthaft nicht bejaht werden könnte, dass Richtern als Hilfspersonen der Klienten gelten, womit richterliche Fehlleistung als Selbstverschulden entfällt, ist zu prüfen, ob ein Drittverschulden vorliegt. Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts vermag solches Verhalten den adäquaten Kausalzusammenhang im Normalfall nicht zu unterbrechen, solange es nicht als Zusatzursache derart ausserhalb des normalen Geschehens liegt, derart unsinnig ist, dass damit nicht zu rechnen war (116 II 524 mwH).

*„Willkürlich ist ein Entscheid nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst dann, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft“: BGE 127 I 54, 56).*

Ich frage Sie: Vermag eine richterliche Fehlleistung durch zweimaliges Verletzen des rechtlichen Gehörs den Begriff des Drittverschuldens zu erfüllen? Folgt man der zurückhaltenden Praxis des Bundesgerichts zur Staatshaftung bei Fehlurteilen, wäre man geneigt, dies gar zu verneinen, mit der Konsequenz, dass dem Anwalt die Kosten der unnötigen Zusatzverfahren als noch gerade adäquat kausal zuzurechnen wären. Hätten Sie da wirklich ein gutes Gewissen?

Vielleicht werde ich behaupten müssen, ein richterliches Fehlurteil von der Gestalt des hier erwähnten sei höhere Gewalt.

### **3. Risiko vs Voraussehbarkeit**

Die eben gestellte zweite Frage nach der rechtlichen Einordnung der Spekulation auf ein richterliches Fehlurteil ist noch zu beantworten. Ich habe noch einen weiteren Fall auf dem Tisch. Da wird dem Anwalt vorgeworfen, er hätte entgegen dem Abklärungsergebnis der Sozialversicherer SUVA und IV seinem Klienten empfehlen müssen, gegen die entsprechenden Verfügungen das Gericht anzurufen. Aus damaliger Sicht drängte sich solches tatsächlich nicht auf. Nur: Vier Jahre später eingeholte neue Gutachten über den Gesundheitszustand des Versicherten liessen erkennen, dass damals Beeinträchtigungen übersehen wurden, die nun zur Wiedererwägung bzw. „Revision“ im sozialversicherungsrechtlichen Sinne führten. Resultat: Haftpflichtansprüche aus dem Ereignis sind damals definitiv erledigt worden. Frage: zu tief?

Ist der Anwalt haftbar dafür, dass er seinem Klienten nicht empfiehlt, einen wenn auch mit schlechten Aussichten bewehrten Prozess einzulei-

ten, gleichsam in der Hoffnung auf ein richterliches Fehlurteil? Sie schütteln den Kopf; nie käme es Ihnen in den Sinn, solches zu bejahen.

Nuance: Sie führen eine Verhandlung und machen den Parteien einen Vergleich beliebt, der ausgearbeitet und abgeschlossen wird. Der Klient wirft seinem Anwalt später vor, er hätte ihm nie empfehlen dürfen, diesen Vergleich anzunehmen. Vielleicht nicht gerade Sie, aber ihre Kollegin im Nebenzimmer hat zu beurteilen, ob sie dem Klienten im Haftpflichtprozess gegen den Anwalt recht geben wird, und sie kommt zur Auffassung, dieser Klient hätte den Fall tatsächlich gewonnen; die provisorische Einschätzung des Richters, die zum Vergleich geführt hat, sei unzutreffend gewesen, und sie hält solches auch aus damaliger Sicht für erkennbar.

Folgt man den schon erwähnten Adäquanzkriterien, stellt sich erneut die Frage der Zurechenbarkeit. Kann sich der Anwalt darauf berufen, angesichts der im Vergleichsstadium geäußerten Meinung des Richters hätte er mit einem Fehlurteil rechnen müssen, so dass ungeachtet der Erkennbarkeit der Unzulänglichkeit des Vergleichs dessen Abschluss immer noch besser gewesen sei als das Risiko des Fehlurteils? Wenn ja, steht der Klient im Regen, wenn nein, ist es der Anwalt. „Am Schärme“ sitzt der Richter bzw. der Staat.

## **V. Fazit**

Wenn zwei Juristen dasselbe fahrlässig tun oder fahrlässig unterlassen, ist es nicht dasselbe. Der eine richtet, der andere haftet.

Ich wünsche Ihnen einen guten Appetit und einen schönen Abend.

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit und Nachsicht.

Franz Müller