

---

|                                                                                    |    |
|------------------------------------------------------------------------------------|----|
| A. Mandatsannahme .....                                                            | 2  |
| I. Entscheidung über die Annahme des Mandats.....                                  | 2  |
| 1. Ablehnungsgründe .....                                                          | 3  |
| 2. Pflicht zur Annahme des Mandats.....                                            | 3  |
| II. Sachverhaltsaufklärung.....                                                    | 3  |
| 1. Beteiligte Personen .....                                                       | 3  |
| 1.1 Auftrag durch Rechtsanwalt .....                                               | 3  |
| 1.2 Auftrag durch Rechtsschutzversicherung.....                                    | 3  |
| 1.3 Auftrag durch Vermittlung .....                                                | 4  |
| 1.4 Mehrere Auftraggeber .....                                                     | 4  |
| 1.5 Mehrere Gegner.....                                                            | 4  |
| 1.6 Erweiterung des Schutzbereiches des Vertrages .....                            | 4  |
| 2. Mandat .....                                                                    | 4  |
| 2.1 Ziele des Mandanten, in der Regel im Gespräch mit Mandanten zu ermitteln ..... | 4  |
| 2.2 Mandat an sich.....                                                            | 4  |
| III. Hinweispflichten .....                                                        | 5  |
| 1. Erfolgsaussichten.....                                                          | 5  |
| 2. Hilfeangebote .....                                                             | 5  |
| 3. Fristen .....                                                                   | 5  |
| 4. Rechtliche Bewertung .....                                                      | 5  |
| 5. Kostenrisiko .....                                                              | 5  |
| IV. Annahme des Mandats.....                                                       | 6  |
| 1. Handlungen gegenüber dem Mandanten.....                                         | 6  |
| 2. Handlungen gegenüber dem Gegner oder Dritten .....                              | 6  |
| B. Anwaltsvertrag .....                                                            | 6  |
| I. allgemeine Pflichten aus dem Anwaltsvertrag.....                                | 7  |
| II. Zustandekommen/ Wirksamkeit .....                                              | 7  |
| III. Unwirksamkeit.....                                                            | 7  |
| IV. Pflichten aus dem Anwaltsvertrag.....                                          | 8  |
| 1. Tatsachenaufklärung.....                                                        | 8  |
| 2. rechtliche Prüfung des Sachverhaltes/ Rechtsberatung .....                      | 8  |
| 3. Belehrung über Erfolgsaussichten und Kosten .....                               | 8  |
| 4. Wahl des sichersten Weges.....                                                  | 8  |
| 5. Verschwiegenheitspflicht.....                                                   | 8  |
| 6. sorgfältige Bearbeitung des Mandats.....                                        | 9  |
| 6.1 Handaktenpflicht .....                                                         | 9  |
| 6.2 Fristenkontrolle .....                                                         | 9  |
| V. Beendigung des Anwaltsvertrages .....                                           | 9  |
| C. Prozeßkosten- und Beratungshilfe .....                                          | 9  |
| I. PKH.....                                                                        | 9  |
| 1. Voraussetzungen, §§ 114 ff ZPO .....                                            | 9  |
| 2. Bewilligungsantrag .....                                                        | 9  |
| 3. Verfahren .....                                                                 | 10 |
| 3.1 Eingangsinstanz.....                                                           | 10 |
| 3.2 Berufungsinstanz .....                                                         | 10 |
| Sonderproblem: Fristversäumnis bei Anwaltszwang.....                               | 10 |
| 4. Folgen der Bewilligung der PKH, § 122 ZPO .....                                 | 10 |
| 4.1 Folgen für die Partei.....                                                     | 10 |
| 4.2 (Kosten-)Folgen für den Rechtsanwalt.....                                      | 10 |
| 5. Abrechnung des PKH-Verfahrens, Anmerkung zu Nr. 3335 VV RVG .....               | 11 |
| 6. Belehrungspflichten im Rahmen des PKH-Mandates, .....                           | 11 |
| 7. Reformbedarf .....                                                              | 12 |
| II. Beratungshilfe, BerHG .....                                                    | 12 |
| 1. Voraussetzungen .....                                                           | 12 |
| 2. Bewilligungsantrag .....                                                        | 12 |
| 3. Bewilligung, § 6 Abs. 1 BerHG .....                                             | 12 |
| 4. Vergütungshöhe.....                                                             | 13 |
| D. Rechtsschutzversicherung .....                                                  | 13 |
| I. Inhalt und Umfang des Rechtsschutzes.....                                       | 13 |
| II. Eintrittspflicht der Versicherung .....                                        | 14 |
| 1. Der Rechtsschutzfall .....                                                      | 14 |
| 1.1 Obliegenheiten im Zusammenhang mit dem Versicherungsfall .....                 | 14 |
| 1.1.1 Gesetzlich geregelte Obliegenheiten (VVG) .....                              | 14 |
| 1.1.2 in ARB geregelte Obliegenheiten .....                                        | 15 |
| 2. Leistungspflicht der Versicherung, § 5 ARB 2000.....                            | 15 |
| 3. In der Praxis.....                                                              | 15 |
| 4. Rechtsstreit um Deckung .....                                                   | 16 |
| 4.1 Deckungsstreit vor Gericht, § 19 ARB 2000.....                                 | 16 |
| 4.2 Schiedsverfahren, § 18 ARB 2000 .....                                          | 16 |

|                                                                           |    |
|---------------------------------------------------------------------------|----|
| E. Vollmacht.....                                                         | 16 |
| I. außergerichtliche Vollmacht.....                                       | 16 |
| II. Prozeßvollmacht, §§ 78 ff ZPO.....                                    | 16 |
| 1. Prozeßvollmacht und Bevollmächtigung.....                              | 16 |
| 2. Umfang, §§ 81 f. ZPO.....                                              | 17 |
| F. Klagevorbereitung.....                                                 | 17 |
| I. Schlichtung.....                                                       | 17 |
| II. Prüfung der prozessualen und sonstigen Voraussetzungen zur Klage..... | 18 |
| 1. Allgemeine Vorfragen.....                                              | 18 |
| 2. Wahl der Klageart.....                                                 | 18 |
| III. Klageschrift.....                                                    | 18 |
| 1. Aufbau.....                                                            | 18 |
| 2. Beweismittel.....                                                      | 18 |
| G. Zivilprozeß 1. Instanz.....                                            | 19 |
| I. Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht, § 138 Abs. 1 ZPO.....          | 19 |
| II. Klägerseite.....                                                      | 19 |
| 1. Klageanträge.....                                                      | 19 |
| 1.1 Haupt- und Nebenforderungen.....                                      | 19 |
| 1.2 Antragshäufung.....                                                   | 19 |
| 1.2.1 kumulative Klagehäufung.....                                        | 19 |
| 1.2.2 alternative Klagehäufung.....                                       | 19 |
| 1.2.3 eventuelle Klagehäufung.....                                        | 19 |
| 2. Klagebegründung.....                                                   | 20 |
| III. Beklagtenseite.....                                                  | 20 |
| 1. Prozeßaufrechnung.....                                                 | 20 |
| 1.1 Hauptaufrechnung.....                                                 | 20 |
| 1.2 Hilfsaufrechnung.....                                                 | 20 |
| 1.3 Entscheidung.....                                                     | 20 |
| 2. Widerklage, § 33 ZPO.....                                              | 20 |
| 2.1 Voraussetzungen.....                                                  | 20 |
| 2.3 Kläger und Beklagter.....                                             | 20 |
| 2.4 Vorbereitung und Vortrag.....                                         | 21 |
| 3. Bestreiten.....                                                        | 21 |
| III. Erledigterklärung.....                                               | 21 |
| 2. übereinstimmende Erledigungserklärung, § 91 a ZPO.....                 | 21 |
| 2.1 Voraussetzungen.....                                                  | 21 |
| 2.2 Verfahren.....                                                        | 21 |
| 3. einseitige Erledigterklärung.....                                      | 22 |
| IV. Versäumnisurteil (VU).....                                            | 22 |
| 1. erstes Versäumnisurteil.....                                           | 22 |
| 1.1 Voraussetzungen.....                                                  | 22 |
| 1.2 echtes Versäumnisurteil.....                                          | 22 |
| 1.3 unechtes Versäumnisurteil.....                                        | 22 |
| 1.4 Entscheidung nach Lage der Akten.....                                 | 22 |
| 2. Einspruch, § 338 ZPO.....                                              | 22 |
| 3. Zweites Versäumnisurteil.....                                          | 23 |

## A. Mandatsannahme

- Rechtsanwalt ist Organ der Rechtspflege
  - o Pflicht zu sachlichem Verhalten, s. hierzu Regelungen zur Werbung
  - o Wahrung der Unabhängigkeit, s. Regelungen zur Interessenkollision
  - o Aus dieser Stellung resultieren auch die bei bereits bei Mandatsannahme zu beachtenden Aufklärungs- und Beratungspflichten

## I. Entscheidung über die Annahme des Mandats

### § 44 BRAO

*Der Rechtsanwalt, der in seinem Beruf in Anspruch genommen wird und den Auftrag nicht annehmen will, muß die Ablehnung unverzüglich erklären. Er hat den Schaden zu ersetzen, der aus einer schuldhaften Verzögerung dieser Erklärung entsteht.*

- Grds. ist kein Rechtsanwalt zur Annahme eines Mandates verpflichtet, Ausnahmen s. unten
- Rechtsanwalt darf die Annahme des Mandates innerhalb angemessener Frist prüfen
- Ablehnung ist unverzüglich zu erklären; andere Mandate müssen wegen der Prüfung nicht zurückgestellt werden, allerdings ist auch auf die Interessen und ggf. bei diesem laufende Fristen Rücksicht zu nehmen

## 1. Ablehnungsgründe

- Interessenkollision, § 43 a Abs. 4 BRAO: Beachte BVerfG 23. 3. 2001 - 1 BvR 238/01
- Strafrechtliche Risiken für den Rechtsanwalt
- Nicht vorhandene Spezialkenntnisse
- Fehlendes Vertrauensverhältnis
- Mediatorentätigkeit für beide Parteien

## 2. Pflicht zur Annahme des Mandats

- Beiordnung, § 48 BRAO
- Pflichtverteidigung, § 49 BRAO
- Beratungshilfe, § 49 a BRAO

Ablehnung aus wichtigem Grund

- Interessenkollision
- §§ 45-47 BRAO

## II. Sachverhaltsaufklärung

BGH NJW 2000, 730 ff. (so schon zuvor: BGH NJW 1996, 2929 ff. )

*Dafür muss der Anwalt den Sachverhalt klären, den er seiner fachlichen Tätigkeit zugrunde zu legen hat, und prüfen, ob dieser geeignet ist, den vom Mandanten erstrebten Erfolg herbeizuführen. In der Regel darf der Rechtsanwalt auf die Richtigkeit tatsächlicher Angaben seines Auftraggebers ohne eigene Nachforschungen vertrauen, solange er die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit weder kennt noch kennen muss. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht für die Mitteilung von Rechtstatsachen und rechtlichen Wertungen, da solche Angaben eines rechtsunkundigen Mandanten unzuverlässig sind. Insoweit muss der Rechtsanwalt die zugrunde liegenden, für die rechtliche Prüfung bedeutsamen Umstände und Vorgänge klären; dafür genügt es regelmäßig, dass er seinen Mandanten befragt und von diesem einschlägige Unterlagen erbittet. ...*

BGH NJW 1996, 2929 ff.

*Dafür, daß der Mandant eine Bitte seines Rechtsanwalts um Informationen und Unterlagen erfüllt hätte, spricht grundsätzlich der Beweis des ersten Anscheins. ... Der Bekl. hat unter Beweisantritt behauptet, der Kl. habe ihm die Unterlagen bewußt vorenthalten; dieser habe Bedeutung und Wirkung der Baugenehmigungen gekannt, weil sie ihm vom zuständigen Beamten mehrfach erläutert worden seien; der Kl. habe versucht, die Einschränkungen der Baugenehmigungen im Pachtvertrag zu umgehen. Kann der Bekl. dieses Vorbringen, das entgegen der Ansicht des BerGer. hinreichend substantiiert ist, beweisen, so entfällt für den Kl. die Beweiserleichterung des ersten Anscheins.*

...

*Die wahrheitsgemäße und vollständige Unterrichtung seines Anwalts ist eine Vertragspflicht des Mandanten....*

## 1. Beteiligte Personen

- wer ist Mandant, ggf. abweichender Honorarschuldner
- wer ist Gegner

### 1.1 Auftrag durch Rechtsanwalt

- Mandatsübertragung bei Abgabe des Mandates, Beauftragung eines BGH-Anwaltes
- Wahrnehmung eines Gerichtstermins in Untervollmacht oder durch Direktauftrag des Mandanten
- Beachte: ggf. keine Erstattung der Mehrkosten bei Kostenentscheidung

### 1.2 Auftrag durch Rechtsschutzversicherung

- BGH NJW 1978, 1003 ff.  
*Die Neufassung der ARB stellt jedoch eindeutig klar, daß die Mandatserteilung namens und im Auftrag des Versicherungsnehmers erfolgt.*
- Hier ist der Versicherungsnehmer der Mandant, abgerechnet wird aber unmittelbar gegenüber dem Rechtsschutzversicherungsunternehmen.

### 1.3 Auftrag durch Vermittlung

- Auftrag durch Vermittlung ist nicht unüblich
- Kein Vertrag mit Vermittler, Einbeziehung des Vermittlers ist zu klären
- Beachte Provisionsverbot, § 49 Abs. 3 BRAO

### 1.4 Mehrere Auftraggeber

- Prüfe: Interessenkollision?
- Interessenkollision im Zuge der Mandatsbearbeitung sichtbar werden, stets erneut sorgfältig prüfen
- Ggf. Niederlegen des Mandats im Ganzen

### 1.5 Mehrere Gegner

- Prüfung insbesondere durch den Rechtsanwalt
- Beachte: Streitverkündung!

### 1.6 Erweiterung des Schutzbereiches des Vertrages

BGH NJW 1995, 51 ff.

*Das BGH hat zu Recht angenommen, daß die Kl. in den Schutzbereich des Anwaltsvertrages zwischen dem Erblasser und den Bekl. einbezogen waren. Ist den ausdrücklichen Erklärungen oder dem schlüssigen Verhalten der Vertragsparteien ein entsprechender Wille zu entnehmen, können grundsätzlich innerhalb jedes Vertrages Schutzrechte Dritter entstehen, sofern die zu schützende Personengruppe objektiv abgrenzbar ist. Das gilt auch für Anwaltsverträge.*

BGH NJW 1988, 200 ff.

*Das BGH nimmt ferner übereinstimmend mit dem LG an, der Bekl. zu 3 habe mit der unklaren Formulierung der Vereinbarung über das Ruhegeld nicht nur Vertragspflichten gegenüber dem Kl. zu 1, sondern auch gegenüber der Kl. zu 2 verletzt. Die Kl. zu 2 sei zwar nicht Vertragspartnerin der Bekl. gewesen; der vom Kl. zu 1 abgeschlossene Anwaltsvertrag stelle jedoch einen Vertrag mit Schutzwirkung auch zu ihren Gunsten dar. Durch die vom Kl. zu 1 angestrebte Vereinbarung über das Ruhegeld sei nämlich auch die Anwartschaft auf die nach den Richtlinien der Arbeitgeberin ihr zustehende Witwenrente unmittelbar betroffen worden. Für die Bekl. sei deshalb erkennbar gewesen, daß sie insoweit aufgrund des vom Kl. zu 1 erteilten Mandats auch die Interessen der Kl. zu 2 wahrzunehmen hätten. Das läßt Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision auch nicht angegriffen.*

## 2. Mandat

- Inhalt und Gegenstand des Mandats richten sich nach dem Ziel des Mandanten, ggf. durch den Rechtsanwalt erst zu ermitteln.
- Der Umfang des Mandates ist – schon aus Haftungsgründen – genau zu bestimmen

### 2.1 Ziele des Mandanten, in der Regel im Gespräch mit Mandanten zu ermitteln

- Vertretung auch nach außen?
- Fortlaufende Beratung?
- gerichtliche oder außergerichtliche Auseinandersetzung?
- Schadensersatz oder Unterlassung, ggf. weitere Ansprüche?  
Welche Ansprüche der Mandant geltend machen kann, muß der Rechtsanwalt sagen; der Rechtsanwalt muß auch mitteilen, welche weiteren Ziele möglich sind (z. B. Auskunfts- und Vernichtungsansprüche, strafrechtliche Möglichkeiten etc.)
- Problem: mehrere Auftraggeber, unterschiedliche Ziele, Interessenkollision  
Absicherung: ein alleiniger Ansprechpartner, Festlegung der Ziele im ersten gemeinsamen Gespräch

### 2.2 Mandat an sich

- Eilbedürftigkeit durch die Sache an sich ?  
z. B.: Gewerblicher Rechtsschutz – einstweilige Verfügung, Arrest, Verjährung, gesetzte Fristen etc.
- Dauer und Aufwand, insbesondere im Falle von Honorarvereinbarungen
- Prüfung Streitwert und Versicherungssumme

### III. Hinweispflichten

#### 1. Erfolgsaussichten

BGH NJW- RR 2000, 791ff.

*Die auf Grund eines solchen Vertrages durch den anwaltlichen Vertreter geschuldete Beratung soll die eigenverantwortliche sachgerechte Entscheidung des Mandanten über Art, Inhalt und Umfang der Verfolgung seiner Rechte und Interessen in der Angelegenheit ermöglichen, in der er den anwaltlichen Vertreter mit der Wahrnehmung seiner Belange betraut hat. Der Mandant - und nicht sein anwaltlicher Vertreter - soll auf Grund der Beratung entscheiden und entscheiden können, ob er ein Recht geltend machen, ob und mit welchem Inhalt er rechtsgeschäftliche Erklärungen abgeben oder Verträge eingehen will. ...*

*Angesichts dieser Zielsetzung seiner Tätigkeit ist der um Rat gebetene anwaltliche Vertreter seinem Auftraggeber zur umfassenden und erschöpfenden Belehrung verpflichtet, sofern dieser nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf. Der Anwalt muss den ihm vorgetragenen Sachverhalt daraufhin prüfen, ob er geeignet ist, den vom Auftraggeber erstrebten Erfolg herbeizuführen. Er hat dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziel führen können, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den sichersten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant eine sachgerechte Entscheidung treffen kann; Zweifel und Bedenken, zu denen die Sachlage Anlass gibt, muss der Anwalt darlegen und mit seinem Mandanten erörtern. Er muss seinen Auftraggeber nicht nur über das Vorhandensein, sondern auch über das ungefähre, in etwa abschätzbare Ausmaß des Risikos unterrichten, weil der Mandant in der Regel nur aufgrund einer Einschätzung auch des Risikoumfangs über sein weiteres Vorgehen entscheiden kann. Ist die Sach- oder Rechtslage unklar, muss der Rechtsanwalt dies gegenüber dem Mandanten offenlegen und diesen sorgfältig darüber unterrichten, welche Gesichtspunkte für die eine und welche für die andere Interpretation sprechen und welche Rechtsfolgen sich daraus jeweils ergeben. Der Rechtsanwalt muss den Mandanten insoweit umfassend informieren. Eine einseitige Unterrichtung kann zu einer Fehleinschätzung der Lage durch den Mandanten führen und birgt insoweit die Gefahr, dass dieser eine der objektiven Lage nicht entsprechende Entscheidung trifft. Der Sinn der Mandatierung eines rechtskundigen und erfahrenen Rechtsanwalts besteht gerade darin, Fehleinschätzungen und -entscheidungen des Mandanten zu vermeiden. ...Eine solche umfassende Belehrung kann allenfalls dann entbehrlich sein, wenn der Rechtsanwalt erkennt, dass der Mandant die Risiken des Geschäfts oder der beabsichtigten rechtlichen Gestaltung kennt und er diese auch bei einer Belehrung auf sich nehmen würde.*

#### 2. Hilfeangebote

- Hinweis auf mgl. PKH und Beratungshilfe (Prüfe in diesen Fällen Insolvenz!)

#### 3. Fristen

- Hinweis auf Verjährungsfristen, mgl. Verwirkungseinwand, auch während des Mandats
- Insb. bei Übernahme in der Berufungsinstanz .Hinweis auf Präklusion

#### 4. Rechtliche Bewertung

- Aufzeigen der rechtlichen Möglichkeiten und Wege
- Vorschlagen des sichersten Weges, also des risikoärmsten Wegs
- Achtung: Der sicherste Weg ist –gerade bei komplexen Wirtschaftssachverhalten - nicht immer der, der den Zielen des Mandanten entspricht – Dokumentation!
- Beweislastprüfung, ggf. Abtretung von Ansprüchen (Beachte Persönlichkeitsrechte)

#### 5. Kostenrisiko

BGH NJW 1980, 2128 ff.

*Gerade ein außergewöhnlich hoher Gegenstandswert und sich daraus ergebende hohe Gebühren begründen eine besondere Verpflichtung des Rechtsanwalts, auf Befragen dem Auftraggeber seine Vorstellungen von der Höhe des Gegenstandswerts und damit auch der Gebühren mindestens der Größenordnung nach mitzuteilen. Daher kann grundsätzlich eine Auskunft nicht genügen, die zwar die insgesamt in Betracht kommenden Gebühren im Ergebnis nicht zu niedrig angibt, aber so ungenau ist, daß der Auftraggeber die Höhe der zu erwartenden Gebühren nicht annähernd sicher überblicken kann.*

- Mandant hat Anspruch auf Gebühreninformation
- Belehrung über Kostentragungspflicht im Falle gewonnener (subsidiäre Kostenschuld) oder verlorener Prozesse

#### IV. Annahme des Mandats

##### 1. Handlungen gegenüber dem Mandanten

- schriftlicher Anwaltsvertrag
- schriftliche Honorarvereinbarung
- Verbot eines Erfolgshonorars, s. hierzu

BGH 29. April 2003 - IX ZR 138/02

*Das nunmehr im Gesetz ausgesprochene Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars knüpft an die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts (§ 1 BRAO) an. Es soll verhindert werden, daß der Rechtsanwalt den Ausgang eines Mandats zu seiner eigenen "wirtschaftlichen" Angelegenheit macht (vgl. BT-Drucks. 12/4993 S. 31). Nach gefestigter, schon vor Inkrafttreten der gesetzlichen Regelung eingeleiteter Rechtsprechung stellt deshalb jede Vereinbarung, durch welche die Höhe des Vergütungsanspruchs des Rechtsanwalts vom Ausgang der von ihm vertretenen Sache oder sonst vom Erfolg seiner anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird, eine unwirksame Erfolgshonorarvereinbarung dar*

BGH 18. März 2004 - IX ZR 177/03

*Knüpft eine Abrede lediglich die vorzeitige Fälligkeit eines vereinbarten Honorars an die Zahlung des Prozeßgegners im laufenden Rechtsstreit, so liegt darin kein unzulässiges Erfolgshonorar.*

- schriftliche Haftungsbeschränkung für einfache Fahrlässigkeit (AGB) und für jedes einzelne Mandat
- Vollmachten, s. unten
- Vorschuß, § 9 RVG

##### 2. Handlungen gegenüber dem Gegner oder Dritten

- im Falle bestehender Rechtsschutzversicherung – Deckungsanfrage
- bei bedürftigen Mandanten: Beantragung der PKH oder Beratungshilfe
- Vertretungsanzeige gegenüber Gegner
- Bestellung und/oder Verteidigungsanzeige gegenüber Gericht.
- Bei verlängerbaren Fristen – Fristverlängerungsgesuch
- Bei mehrfacher Vertretung des Mandanten – Abklärung einer einheitlichen Prozeßtaktik oder Mandatsbeendigung

#### B. Anwaltsvertrag

LITERATUR: MÜNCHENER KOMMENTAR, § 611 BGB, RN. 118 ff.; BÜCHTING/ HAMM, BECK'SCHES RECHTSANWALTSHANDBUCH, A2

*Der Vertrag mit einem Rechtsanwalt ist **Dienstvertrag**, soweit er Rechtsberatung, Besorgung einer Rechtsangelegenheit und die Prozessführung zum Gegenstand hat. Gehört der Rechtsanwalt einer Anwaltssozietät an, kommt im Zweifel der Anwaltsvertrag mit allen Gesellschaftern zustande. (MüKo-Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 119)*

- Werkvertrag bei Gutachten, Vertragserstellung
- Sowohl Dienst- als auch Werkvertrag haben eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand
- Beachte: Rechtsanwälte können auch Verträge über anwaltsfremde Leistungen schließen (keine Anwendung des RVG, kein Versicherungsschutz)

Hierzu BGH NJW 98, 3486 ff

*Ob im Einzelfall ein Anwaltsvertrag vorliegt mit der Verpflichtung, dem Auftraggeber rechtlichen Beistand zu leisten, hängt vom Inhalt der Aufgabe ab, die dem Rechtsanwalt übertragen und von diesem durchgeführt wurde. Die Rechtsberatung und -vertretung muß*

*nicht der Schwerpunkt der anwaltlichen Tätigkeit sein. Ein Anwaltsvertrag im vorstehenden Sinne kann auch anwaltsfremde Maßnahmen umfassen, falls diese in einem engen inneren Zusammenhang mit der rechtlichen Beistandspflicht stehen und auch Rechtsfragen aufwerfen können. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Rechtsberatung und -vertretung völlig in den Hintergrund tritt und deswegen als unwesentlich erscheint. Läßt die Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls nicht die Feststellung zu, ob ein Anwaltsvertrag vorliegt oder nicht, so ist im Zweifel anzunehmen, daß derjenige, der die Dienste eines Rechtsanwalts in Anspruch nimmt, ihn auch in dieser Eigenschaft beauftragen will, weil er erwartet, daß der Rechtsanwalt bei seiner Tätigkeit auch die rechtlichen Interessen des Auftraggebers wahrnehmen werde.*

### **I. allgemeine Pflichten aus dem Anwaltsvertrag**

- die allgemeinen Pflichten aus dem Anwaltsvertrag: §§ 43 ff. BRAO

### **II. Zustandekommen/ Wirksamkeit**

- §§ 145 ff BGB
- Anwaltsvertrag bei Sozietät BGH NJW 1994, 257 ff

*Zutreffend geht das BerGer. davon aus, daß ein Rechtsanwalt das ihm angetragene Mandat zur Prozeßführung bei bestehender Anwaltssozietät in der Regel in deren Namen annimmt, d. h. nicht nur sich persönlich, sondern auch die mit ihm zur gemeinsamen Berufsausübung verbundenen Kollegen verpflichtet. Sowohl der Auftraggeber als auch der Rechtsanwalt haben nämlich grundsätzlich den Willen, das Mandatsverhältnis mit allen Mitgliedern der Sozietät zu begründen. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH. Nur bei Vorliegen besonderer Umstände kann ausnahmsweise von der Begründung eines Einzelmandats ausgegangen werden. Hierfür reicht die Tatsache, daß das Auftrags schreiben - wie hier - nur an einen Sozius gerichtet ist, allein nicht aus. Die Adressierung an ein einzelnes Mitglied der Sozietät kann auf verschiedenen Gründen beruhen und läßt keinen Rückschluß darauf zu, daß ein Einzelmandat erteilt werden sollte.*

...

*Die Einbeziehung eines neu eintretenden Sozius in das bestehende Mandatsverhältnis kann von vornherein oder nachträglich - ausdrücklich oder stillschweigend - erfolgen. ... Der Anwaltsvertrag mit einer Sozietät ist nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsauffassung und die Interessenlage der Parteien in der Regel dahin zu verstehen, daß bei einer personellen Erweiterung der Sozietät auch deren neue Mitglieder vom Zeitpunkt ihres Eintritts an mitbeauftragt sein sollen. Der Rechtsuchende, der eine Sozietät beauftragt, will in der Regel damit besser stehen, als er bei Erteilung eines Einzelmandats stünde. Auch wenn er weiß oder vielleicht sogar Wert darauf legt, daß nur einer der Anwälte seine Sache bearbeitet, will er im allgemeinen doch die Gewißheit haben, daß hinter „seinem“ Anwalt jeweils die gesamte Sozietät mit ihren Vorteilen in bezug auf Organisation und Arbeitsteilung steht. Wird aber dieser Vorteile wegen nicht ein einzelner Rechtsanwalt, sondern die Sozietät beauftragt, haben im Zweifel sowohl der Mandant als auch die Sozietät den Willen, im Falle einer Sozietätsenerweiterung das hinzutretende Mitglied von diesem Zeitpunkt an - sein zu vermutendes Einverständnis vorausgesetzt - in das Auftragsverhältnis einzubeziehen. Denn die von dem Mandanten erstrebten Vorteile können hierdurch nur gemehrt werden. Umgekehrt besteht für die Sozietät erkennbar ein praktisches Bedürfnis, auch einen neuen Sozius in die laufenden Vertragsbeziehungen mit Mandanten einzubinden und die in Erfüllung des Auftrags geschuldeten Leistungen mit dem jeweiligen Personalbestand erbringen zu dürfen.*

- Anwaltsvertrag immer schriftlich schließen oder bestätigen, im Bestreitensfalle Beweislast beim Anwalt
- Soweit keine der eingangs genannten Pflichten zur Mandatsübernahme besteht – kein Kontrahierungszwang

### **III. Unwirksamkeit**

- Anwaltsvertrag ist nichtig
  - o bei Interessenkollision, § 43 a Abs. 4 BRAO
  - o gleichzeitiger notarieller Tätigkeit, § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO
  - o gleichzeitige Tätigkeit als Syndikus, § 46 Abs. 2 Nr. 4 BRAO
- Folge: kein Vergütungsanspruch

Beachte hierzu: BGH NJW 2000, 1560 ff., LS II

*2. Ist der Geschäftsbesorgungsvertrag eines Steuerberaters wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB unwirksam, so kann diesem eine Vergütung aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) zustehen, wenn ihm nicht bewusst war, dass er gegen ein gesetzliches Verbot verstieß.*

- Beachte die Abstraktheit der Vollmacht gegenüber dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft, OLG Hamm, NJW 1992, 1174

#### IV. Pflichten aus dem Anwaltsvertrag

##### 1. Tatsachenaufklärung

- grds. Kann den Informationen des Mandanten vertraut werden
- Dokumente des Mandanten zur Akte nehmen und – in Hinblick auf etwaige gerichtliche Auseinandersetzungen **frühzeitig** fordern
- soweit Informationen fehlen, kann Rechtsanwalt diese selbst beschaffen
- Informationen, die im Rahmen der weiteren Tatsachenermittlung unklar werden oder von denen des Mandanten abweichen, müssen geklärt werden
- Überprüfungspflicht, soweit sich aus den Angaben des Mandanten Zweifel ergeben oder diese angebracht sind.
- Informationen des Mandanten können unrichtig sein, weil ungenau formuliert: (Ich habe ein Patent..., Ich habe eine Marke,... statt ich will ein Patent anmelden... oder : ich habe eine Marke angemeldet...) – hier immer überprüfen
- Umfang der Tatsachenaufklärung und der aufzunehmenden Tatsachen richtet sich nach rechtlicher Bewertung und den Zielen des Mandanten

##### 2. rechtliche Prüfung des Sachverhaltes/ Rechtsberatung

- umfassende rechtliche Prüfung des Sachverhaltes und Bewertung der Tatsachen
- das schließt Beweislastprüfung ein
- Kenntnisse in Gesetz und Judikatur sind gefordert
- Es gibt keinen Rechtsirrtum
- Dem Mandanten günstige Rechtsprechung ist auch dann zu vertreten, wenn diese sich mglw. wegen der Argumente der Literatur ändern wird.

##### 3. Belehrung über Erfolgsaussichten und Kosten

- S. oben
- Die Belehrungspflichten bestehen während des gesamten Mandates, insb. bei neuen Rechtsmitteln und nicht allein bei Mandatsannahme

##### 4. Wahl des sichersten Weges

- von mehreren Möglichkeiten, die zum Ziel führen können, ist der sicherste Weg zu wählen: Vermeiden von voraussehbaren und vermeidbaren Risiken
- gleichzeitige Vermeidung von Kostennachteilen

##### 5. Verschwiegenheitspflicht

- § 2 BORA Verschwiegenheit
  - (1) Der Rechtsanwalt ist zur Verschwiegenheit berechtigt und verpflichtet.
  - (2) Das Recht und die Pflicht zur Verschwiegenheit beziehen sich auf alles, was ihm in Ausübung seines Berufes bekanntgeworden ist, und bestehen nach Beendigung des Mandats fort.
  - (3) Die Pflicht zur Verschwiegenheit gilt nicht, soweit diese Berufsordnung oder andere Rechtsvorschriften Ausnahmen zulassen oder die Durchsetzung oder Abwehr von Ansprüchen aus dem Mandatsverhältnis oder die Verteidigung des Rechtsanwalts in eigener Sache die Offenbarung erfordern.
  - (4) Der Rechtsanwalt hat seine Mitarbeiter und alle sonstigen Personen, die bei seiner beruflichen Tätigkeit mitwirken, zur Verschwiegenheit (§ 43a Abs. 2 Bundesrechtsanwaltsordnung) ausdrücklich zu verpflichten und anzuhalten.
- s. auch 203 StGB

## 6. sorgfältige Bearbeitung des Mandats

### 6.1 Handaktenpflicht

- Dokumentation der Mandatstätigkeit gegenüber Mandanten/ intern
- Handakte zur Sicherung der Dokumentation und Tätigkeitsnachweis
- Wesentliche Informationen über den aktuellen Verfahrensstand
- Herstellen von Vertretungsfähigkeit

### 6.2 Fristenkontrolle

- unterscheide gerichtliche Fristen und nicht gerichtliche Fristen
- bei den gerichtlichen Fristen ist den (nicht verlängerbaren) Notfristen besondere Aufmerksamkeit zu widmen
- jede Frist ist sofort in einem Terminkalender zu notieren
  - o üblicherweise notiert die ReFa die Frist auf Anweisung des Rechtsanwalts
  - o Rechtsanwalt muß Frist kontrollieren
  - o Heute sind elektronische Fristenkalender üblich, die Bestätigung durch eine zweite Person erfordern.
  - o Rechtzeitig vor jeder Frist: Wiedervorlage zur Bearbeitung!
- bei Versäumen einer Notfrist oder Begründungsfrist
  - o sofortiges Notieren der Wiedereinsetzungsfristen (s oben)
  - o Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand **und** Vornahme der versäumten Handlung in 2 Wochen resp. 1 Monat, § 233 ZPO
  - o Verhinderung ohne Verschulden (auch kein Organisationsverschulden)

## V. Beendigung des Anwaltsvertrages

- Regelfall: Erreichen des Vertragszwecks
- Sonderfall: Kündigung
  - o Jederzeit, ohne wichtigen Grund
  - o Kündigung des Rechtsanwalts zur Unzeit begründet Schadensersatzpflicht
  - o Kündigung bei Beiordnung (PKH) nur aus wichtigem Grund
  - o

## C. Prozeßkosten- und Beratungshilfe

LIT.: LUTHJE, BECKOK, SOMMERFELDT/ JAHN §§ 44 FF. RVG; BÜCHTING BECK'SCHES RECHTSANWALTSHANDBUCH, L I

## I. PKH

### 1. Voraussetzungen, §§ 114 ff ZPO

- Mandant ist natürliche Person
- Mandant ist nicht in der Lage die Prozeßkosten oder zum Teil zu tragen oder kann Prozeßkosten nur in Raten tragen  
(keine eigenen Mittel, keinen Anspruch gegen Dritten, der diese Kosten zu tragen hat)  
im Falle gesetzlicher Vertretung ist nach nicht unumstrittener Auffassung auf die Vermögensverhältnisse des Vertreters abzustellen  
Testamentsvollstrecker, Insolvenzverwalter, juristische Personen s. § 116 ZPO
- Prozeß hat für den Mandanten Aussicht auf Erfolg
- Rechtsverfolgung ist nicht mutwillig  
(würde nicht bedürftige Person unter vernünftigen Gesichtspunkten in gleicher Weise handeln?)

### 2. Bewilligungsantrag

- vor Einleitung eines **jeden** Rechtszugs, auch einstweilige Verfügung rechtlich möglich (erfaßt nicht die Hauptsache), gilt auch für die Beiordnung
- vor Klageerweiterung, Widerklage, Klageänderung, Zwangsvollstreckung
- Antrag beim zuständigen Prozeßgericht, Original-PKH\_Formular, Klageschrift **nur im Entwurf** (anderenfalls ist die Klage auch Entscheidung über die PKH eingereicht)

### 3. Verfahren

#### 3.1 Eingangsinstanz

- Entscheidung durch das Gericht, i.d.R. ohne mündliche Verhandlung
- keine Gerichtskosten, keine Kostenerstattung
- bei Ablehnung der PKH – sofortige Beschwerde **nur** des Antragstellers
- bei Bewilligung der PKH – sofortige Beschwerde der Staatskasse, wenn der Antragsteller an den Kosten nicht beteiligt wird.
- Bei Einstellung der Raten, § 120 Abs. 3 ZPO, Ablehnung der Aufhebung der Beiordnung oder Einschränkung der Beiordnung – sofortige Beschwerde des beigeordneten Rechtsanwalts
- Auch bei Beschwerde: keine Kostenerstattung, aber bei Zurückweisung eine Gerichtsgebühr

#### 3.2 Berufungsinstanz

- Rechtsmittel**gegner** hat Anspruch auf PKH, unabhängig von Mutwilligkeit und Erfolgsaussichten, aber erst, wenn sicher ist, daß Rechtsmittelverfahren auch geführt wird

#### Sonderproblem: Fristversäumnis bei Anwaltszwang

- das Problem:  
PKH-Antragsteller kann Anwaltskosten nicht zahlen, Rechtsanwalt wird nicht tätig, wenn nicht positiv über PKH entschieden ist. Entscheidung kann länger dauern, als die Notfristen währen.  
Folge: Fristversäumnis.  
Lösung: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, § 233 ZPO  
Voraussetzungen bei PKH:
  - o Antrag auf PKH innerhalb der Rechtsmittelfrist einschließlich aller erforderlichen Anlagen und Nachweise
  - o Antragsteller konnte davon ausgehen, daß er bedürftig im Sinne der §§ 144 ff ZPO ist.
- Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Rechtsmittelinstanz:
  - o Bewilligungsbeschluß in Rechtsmittelinstanz nach Einlegungsfrist, aber vor Begründungsfrist zugestellt – Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur für die Einlegungsfrist, Einlegung des Rechtsmittels **innerhalb von 2 Wochen**, Begründung innerhalb der – noch verbleibenden – Begründungsfrist.
  - o Bewilligungsbeschluß geht in Rechtsmittelinstanz nach Ablauf der Begründungsfrist zu – Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für die Einlegungs- und Begründungsfrist. **Beachte: § 234 Abs. 1 ZPO:** umstrittene Regelung: Einlegung des Rechtsmittels 2 Wochen, Begründung 1 Monat nach Zustellung.

### 4. Folgen der Bewilligung der PKH, § 122 ZPO

#### 4.1 Folgen für die Partei

- Beachte: geschlossene Vergütungsvereinbarung begründet keinen Anspruch, eine dennoch hierauf geleistete Zahlung kann nicht zurückgefordert werden
- PKH erstattet im Falle des Unterliegens nicht die Kosten des Gegners, § 123 ZPO
- Ist der beklagte PKH-Empfänger unterlegen, erhält der Kläger die Gerichtskosten erstattet, § 31 Abs. 3 GKG

#### 4.2 (Kosten-)Folgen für den Rechtsanwalt

- Kostenerstattung für den Rechtsanwalt aus Staatskasse nur, wenn PKH bewilligt und er durch Beschluß beigeordnet ist, § 121 ZPO
- Beachte: Beauftragung eines Verkehrsanwalts kann sinnvoll sein, ist aber nur erstattungsfähig, wenn kostengünstig und erforderlich, am besten vorher durch zuständiges Gericht bestätigen lassen.
- Höhe der Kostenerstattung: § 49 RVG  
beachte § 47 RVG und im Falle der PKH mit Ratenzahlung: § 50 RVG
- Kostenerstattung nach Antrag an das Prozeßgericht, das Beiordnung beschlossen und PKH bewilligt hat.
- Beachte § 59 RVG

*§ 59 Abs. 1 und 2 Übergang von Ansprüchen auf die Staatskasse*

*(1) Soweit dem im Wege der Prozesskostenhilfe oder nach § 625 der Zivilprozeßordnung beigeordneten oder nach § 67a Abs. 1 Satz 2 der Verwaltungsgerichtsordnung bestellten Rechtsanwalt wegen seiner Vergütung ein Anspruch gegen die Partei oder einen ersatzpflichtigen Gegner zusteht, geht der Anspruch mit der Befriedigung des Rechtsanwalts durch die Staatskasse auf diese über. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Rechtsanwalts geltend gemacht werden.*

*(2) Für die Geltendmachung des Anspruchs gelten die Vorschriften über die Einziehung der Kosten des gerichtlichen Verfahrens entsprechend. Ansprüche der Staatskasse werden bei dem Gericht des ersten Rechtszugs angesetzt. Ist das Gericht des ersten Rechtszugs ein Gericht des Landes und ist der Anspruch auf die Bundeskasse übergegangen, wird er insoweit bei dem jeweiligen obersten Gerichtshof des Bundes angesetzt. Für die Entscheidung über eine gegen den Ansatz gerichtete Erinnerung und über die Beschwerde gilt § 66 des Gerichtskostengesetzes entsprechend.*

- den Kostenerstattungsanspruch gegen die gegnerische unterlegene Partei kann der beigeordnete Rechtsanwalt in eigenem Namen geltend machen.
- Im Falle der PKH mit Ratenzahlung kann der Rechtsanwalt ggf. mehr als nur die Gebühren nach § 49 RVG erhalten:

#### *§ 50 Weitere Vergütung bei Prozesskostenhilfe*

*(1) Nach Deckung der in § 122 Abs. 1 Nr. 1 der Zivilprozessordnung bezeichneten Kosten und Ansprüche hat die Staatskasse über die Gebühren des § 49 hinaus weitere Beträge bis zur Höhe der Gebühren nach § 13 einzuziehen, wenn dies nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung und nach den Bestimmungen, die das Gericht getroffen hat, zulässig ist. Die weitere Vergütung ist festzusetzen, wenn das Verfahren durch rechtskräftige Entscheidung oder in sonstiger Weise beendet ist und die von der Partei zu zahlenden Beträge beglichen sind oder wegen dieser Beträge eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen der Partei erfolglos geblieben ist oder aussichtslos erscheint.*

*(2) Der beigeordnete Rechtsanwalt soll eine Berechnung seiner Regelvergütung unverzüglich zu den Prozessakten mitteilen.*

*(3) Waren mehrere Rechtsanwälte beigeordnet, bemessen sich die auf die einzelnen Rechtsanwälte entfallenden Beträge nach dem Verhältnis der jeweiligen Unterschiedsbeträge zwischen den Gebühren nach § 49 und den Regelgebühren; dabei sind Zahlungen, die nach § 58 auf den Unterschiedsbetrag anzurechnen sind, von diesem abzuziehen.*

Die PKH –Partei hat aber nicht mehr als 48 Monatsraten zu zahlen, § 115 Abs. 2 ZPO

- Vorschüsse und Vorauszahlungen sind auf entstandene Ansprüche anzurechnen, stammt der Vorschuß aus der Staatskasse – Anrechnung auf Zahlungen aus der Staatskasse.
- Wird die PKH aufgehoben, § 124 ZPO kann der Rechtsanwalt die vollen Gebühren, § 13 RVG, verlangen

### **5. Abrechnung des PKH-Verfahrens, Anmerkung zu Nr. 3335 VV RVG**

- ist von der Hauptsache mit abgegolten. Hauptsache und PKH-Verfahren sind eine Angelegenheit
- wenn nur Auftrag für PKH-Verfahren besteht: 1 Verfahrensgebühr

### **6. Belehrungspflichten im Rahmen des PKH-Mandates,**

QUELLE: BÜCHTING/ENDERS, L I, RN. 90

*Im Rahmen eines Prozesskostenhilfe-Mandates ergeben sich für den Rechtsanwalt meines Erachtens verschiedene Aufklärungs- und Belehrungspflichten. Diese sollen in einer Übersicht nachstehend in einer Checkliste zusammengefasst werden, wobei sich im Einzelfall auch weitere Belehrungspflichten ergeben können. Der Rechtsanwalt wird die Partei darüber belehren müssen,*

- dass die Möglichkeit besteht, Prozesskostenhilfe zu beantragen, wenn er Anhaltspunkte dafür hat, dass die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Mandanten die Gewährung von Prozesskostenhilfe rechtfertigen;
- dass die Möglichkeit besteht, die beabsichtigte Klage sofort oder nur für den Fall zu erheben, dass die beantragte Prozesskostenhilfe bewilligt wird; der Rechtsanwalt wird hier

- auch über mögliche Nachteile einer nicht sofort anhängig gemachten Klage belehren müssen;
- dass bereits für die Stellung eines Antrages auf Gewährung von Prozesskostenhilfe eine Vergütung an ihn zu zahlen ist und diese Vergütung in jedem Fall von der Partei zu tragen ist, wenn dem Antrag nicht oder nicht in vollem Umfange stattgegeben wird;
  - dass im Prozesskostenhilfe-Bewilligungsverfahren keine Kostenerstattung stattfindet mit der Folge, dass der Mandant, der über seinen Rechtsanwalt zu einem Prozesskostenhilfeantrag der Gegenseite eine Stellungnahme abgeben lässt, diese Kosten in der Regel nicht von der Gegenseite erstattet verlangen kann;
  - dass der Mandant in dem PKH Antrag wahrheitsgemäße Angaben zur Sache und zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen zu machen hat, da andernfalls die Gefahr besteht, dass eine zunächst bewilligte Prozesskostenhilfe später widerrufen wird;
  - dass trotz Bewilligung von Prozesskostenhilfe der Mandant im Falle seines Unterliegens die der Gegenseite entstandenen Kosten an diese zu erstatten hat und zwar nicht nur die geringeren Prozesskostenhilfegebühren, sondern die vollen Wahlanwaltsgebühren (§ 123 ZPO);
  - dass das Gericht Ratenzahlungen anordnen kann und der Mandant dann quasi die von der Staatskasse zunächst gezahlte PKH Vergütung, die Gerichtskosten und Zeugen- und Sachverständigenentschädigungen an die Staatskasse zurückzahlt;
  - dass das Gericht bis zu 4 Jahren nach rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Mandanten überprüfen und sofern eine Besserung eingetreten ist, noch nachträglich Ratenzahlungen oder auch Einmalzahlungen aus dem Vermögen anordnen kann (§ 120 IV 3 ZPO);
  - dass der Mandant Aufforderungen des Gerichts, sich zu seinen aktuellen Einkommens- und Vermögensverhältnissen zu erklären, auch nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens nachkommen muss, da ansonsten die Gefahr droht, dass die Prozesskostenhilfe aufgehoben wird mit der Folge, dass der Mandant die aus der Staatskasse gezahlte Anwaltsvergütung, die Gerichtskosten und die Zeugen- und Sachverständigenentschädigungen an die Staatskasse zurückzahlt (§ 124 I Nr. 2 ZPO);
  - dass vom Gericht angeordnete Ratenzahlungen pünktlich zu leisten sind und die Aufhebung der Prozesskostenhilfebewilligung droht, wenn der Mandant mit der Zahlung einer Monatsrate länger als drei Monate in Rückstand kommt;
  - dass bei Verschlechterung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Mandant Aufhebung oder Ermäßigung einer angeordneten Ratenzahlung beantragen kann (§ 120 IV ZPO);

## 7. Reformbedarf

- s. anstehendes Prozesskostenhilfebegrenzungs-gesetz (BT-Drucks. 16/1994 vom 28. 6. 2006)

## II. Beratungshilfe, BerHG

- nur für außergerichtliche Beratung und Vertretung

### 1. Voraussetzungen

- s. § 1 BerHG, Bedürftigkeit, keine Mutwilligkeit, keine anderen Möglichkeiten der Hilfe
- direktes Aufsuchen des Rechtsanwalts:

Beachte:

§ 7 BerHG

*Der Rechtsuchende, der unmittelbar einen Rechtsanwalt aufsucht, hat seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse glaubhaft zu machen und zu versichern, daß ihm in derselben Angelegenheit Beratungshilfe bisher weder gewährt noch durch das Amtsgericht versagt worden ist.*

### 2. Bewilligungsantrag

- Antrag beim AG, das allg. Gerichtsstand des Rechtsuchenden ist, § 4 Abs. 1 BerHG
- Antrag kann auch noch nachträglich gestellt werden, dann aber Gefahr das Hilfe abgelehnt wird und Anwaltsvergütung nicht gezahlt wird.
- Schriftlicher Antrag – Verwendung der gerichtlichen Formulare, beifügen von Einkommensnachweisen

### 3. Bewilligung, § 6 Abs. 1 BerHG

- Ausstellen eines Beratungsscheins

- freie Anwaltswahl
- Vergütung des Anwalts aus der Staatskasse
- Ablehnung der Beratungshilfe nur aus wichtigem Grund, § 49a BRAO.

#### 4. Vergütungshöhe

- Beratungshilfegebühr durch Mandanten: 10 EURO, keine Erstattung aus der Staatskasse, § 44 Satz 2 RVG
- Nr. 2500 ff. VV-RVG
- Kein Vorschuß, § 47 Abs. 2 RVG

#### D. Rechtsschutzversicherung

LITERATUR: HARBAUER, RECHTSCHUTZVERSICHERUNG. KOMMENTAR ZU DEN ARB, DERS. NVersZ 1999, 193 FF

##### § 1 ARB 2000

Der Versicherer sorgt dafür, daß der Versicherungsnehmer seine rechtlichen Interessen wahrnehmen kann, und trägt die für die Interessenwahrnehmung erforderlichen Kosten (Rechtsschutz).

Zu den allgemeinen Pflichten aus dem Versicherungsvertrag, s. §§ 1 ff. VVG

#### I. Inhalt und Umfang des Rechtsschutzes

- Gegenstand, s. § 1 ARB 2000
- Umfang richtet sich nach den versicherten Risiken: keine Mandatsbearbeitung ohne vorherige Ansicht der Police!
- Rechtsschutzversicherung deckt – unabhängig von den versicherten Risiken – nur spezielle Tatbestände ab
  - o Besonderheit ARB 75: außergerichtlicher Rechtsschutz
  - o Keine Versicherung für Immaterialgüterrecht, UWG
- Leistungsarten der Rechtsschutzversicherung, § 2 ARB:  
Bildliche Darstellung der Leistungen: Büchting, Rechtsanwaltshandbuch, A5, Rn 34 ff.
  - o Schadenersatz-Rechtsschutz
  - o Arbeits-Rechtsschutz
  - o Wohnungs- und Grundstücks-Rechtsschutz
  - o Rechtsschutz im Vertrags- und Sachenrecht
  - o Steuer-Rechtsschutz vor Gerichten
  - o Sozialgerichts -Rechtsschutz
  - o Disziplinar- und Standes-Rechtsschutz
  - o Straf-Rechtsschutz
  - o Ordnungswidrigkeiten-Rechtsschutz
  - o Beratungs-Rechtsschutz im Familien- und Erbrecht
- Formen des Rechtsschutzes:
  - o Verkehrs-Rechtsschutz
  - o Fahrzeug-Rechtsschutz
  - o Fahrer-Rechtsschutz
  - o Privat-Rechtsschutz für Selbstständige
  - o Berufs-Rechtsschutz für Selbstständige
  - o Rechtsschutz für Firmen und Vereine
  - o Privat- und Berufsrechtsschutz für Arbeitnehmer
  - o Privat-, Berufs- und Verkehrs-Rechtsschutz für Arbeitnehmer
  - o Landwirtschafts- und Verkehrs-Rechtsschutz
  - o Privat-, Berufs- und Verkehrs-Rechtsschutz für Selbstständige
  - o Rechtsschutz für Eigentümer und Mieter von Wohnungen und Grundstücken
- Mitversicherung: Dritter hat die gleichen rechte und Pflichten aus Versicherungsvertrag, wie Versicherungsnehmer, ohne Versicherungsnehmer zu sein.
- Kein Rechtsschutz für Streitigkeiten des Mitversicherten gegen Versicherungsnehmer und der Mitversicherten untereinander, §§ 3 Abs. 4a, b ARB 2000, § 11 ARB 1975
- Beachte: Wartezeit, § 4 Abs. 1 ARB 2000 bei bestimmten Rechtsschutzleistungen

- Generelle Risikoausschlüsse, § 3 Abs. 1 ARB 2000
- Risikoausschluss nach Leistungsausschluss, § 3 Abs. 2, 3 ARB 2000

## II. Eintrittspflicht der Versicherung

### 1. Der Rechtsschutzfall

Harbauer, ARB 1994, 2000, § 4 Rn. 1

§ 4 definiert als „**Rechtsschutzfall**“ den Versicherungsfall im Sinn des § 1 Abs. 1 Satz 1 VVG, der die Leistungspflicht des Versicherers zur Folge hat (zu Wesen und Funktion des Versicherungsfalles vgl. § 14 ARB 75 Rdnrn. 1, 2). Der durch den Rechtsschutzfall ausgelöste Rechtsschutzanspruch des VN umfasst die Sorge für dessen Interessenwahrnehmung und die Übernahme der hierdurch entstehenden Kosten.

Harbauer, ARB 1975, § 14 Rn. 1

Aus der Natur jedes Versicherungsverhältnisses ergibt sich, dass der Versicherungsfall ein tatsächlicher Lebensvorgang in Gestalt eines objektiv sinnfälligen Ereignisses sein muss, durch den sich die vom Versicherer mit dem Vertragsschluss übernommene spezifische Gefahr, d. h. der mögliche, aber noch ungewisse Eintritt eines versicherten Risikos in dem gedeckten Lebensbereich, im Einzelfall konkret verwirklicht oder zu verwirklichen beginnt und damit die Leistungspflicht des Versicherers auslöst

- erst der Rechtsschutzfall löst den Versicherungsschutz aus, Vermeidungshandlungen vor Versicherungsfall sind nicht gedeckt
- kein Versicherungsschutz, wenn vermeintlicher Versicherungsfall vor Vertragsbeginn oder in die Wartezeit fällt.
- Dauerereignis: Rechtsschutzfall tritt ein mit Beginn des Ereignisses ein.
- Bei mehreren selbständigen Rechtsverstößen beginnt der Rechtsschutz mit dem ersten adäquat kausalen Verstoß, wenn dieser nicht länger als ein Jahr zurückliegt

### 1.1 Obliegenheiten im Zusammenhang mit dem Versicherungsfall

- Verletzung von Obliegenheiten führt zum Verlust des Leistungsanspruchs, §§ 28, 58, 82 Abs. 3, 86 Abs. 2 VVG, §§ 17 Abs. 6 ARB 2000
- Übersicht über die Folgen der Obliegenheitsverletzung nach Maßgabe der ARB

QUELLE: BÜCHTING, RECHTSANWALTSHANDBUCH, A 5 RN. 110

| Schuldform                                | Rechtsfolge                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|-------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Fahrlässige Obliegenheitsverletzung       | Keine Leistungsfreiheit                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| Grob fahrlässiger Obliegenheitsverletzung | Leistungsfreiheit nur, wenn Kausalitätsgegenbeweis des Versicherungsnehmers nicht gelingt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| Vorsätzliche Obliegenheitsverletzung      | Leistungsfreiheit nach § 17 VI ARB, wenn die Obliegenheitsverletzung Einfluss auf die Feststellung des Rechtsschutzfalles und auf die Bemessung der Leistungspflicht gehabt hat und geeignet war, die Interessen der Rechtsschutzversicherung ernsthaft zu beeinträchtigen, oder wenn den Versicherungsnehmer ein erhebliches Verschulden trifft. Nach ARB 94 Leistungsfreiheit nur, wenn Kausalitätsgegenbeweis des Versicherungsnehmers misslingt. Nach ARB 75 Leistungsfreiheit nur, wenn der Versicherungsnehmer vorher auf die Rechtsfolge hingewiesen wurde. |

- Beachte: Rechtsanwalt, der den Versicherungsnehmer vertritt und Obliegenheiten verletzt, begründet Leistungsausschluss zulasten des Versicherungsnehmers und Schadensersatzanspruch gegen sich selbst

#### 1.1.1 Gesetzlich geregelte Obliegenheiten (VVG)

- Anzeigepflicht über Gefahrenumstände vor Vertragsabschluss, § 19 VVG
- Keine gefahrerhöhenden Handlungen nach Vertragsschluss, § 23 VVG
- Unverzügliche Anzeige des Versicherungsfalles, § 30 VVG
- Auskunftspflicht bei Versicherungsfall, § 31 VVG
- Anzeige von Gefahränderungen, § 57 VVG
- Anzeigepflicht bei mehrfacher Versicherung, § 77 VVG

- Schadensminderungspflicht, § 82 VVG
- Anspruchswahrung, § 86 VVG

### 1.1.2 in ARB geregelte Obliegenheiten

- vor Eintritt des Rechtsschutzfalles,  
§ 21 Abs. 3 ff. ARB: Verlust des Leistungsanspruch nur bei verschuldeter Obliegenheitsverletzung
- nach Eintritt des Rechtsschutzfalles
- § 17 Abs. 3 ff. ARB
  - o Unterrichtungspflicht
  - o Auskunftspflicht
  - o Wahrheitspflicht
  - o Pflicht zur Einholung der Zustimmung des Versicherers vor Rechtsmittelergreifung
  - o Pflicht zur Vermeidung erhöhter Kosten, beachte Vergleichsabschlüsse sind keine kostenerhöhenden Maßnahmen (keine Zustimmungspflicht), wenn die Relation der Kostenverteilung dem von Gewinnen und Obliegen entspricht.
  - o Pflicht zur Erwartung der Rechtskraft einer für den Rechtsstreit bedeutenden Entscheidung

## 2. Leistungspflicht der Versicherung, § 5 ARB 2000

- in der Regel: Erstattung der Anwaltskosten und Gerichtsgebühren, wenn Leistung durch Versicherungsnehmer erfolgt ist
- noch keine Leistung durch Versicherungsnehmer: Befreiungsanspruch
- Kostenübernahme für Sachverständigen nur, wenn dieser öffentlich bestellt und vereidigt ist; für KFZ-Kauf- und –Reparatur-Streitigkeiten, im übrigen nur Übernahme der Kosten des durch Gericht bestellten Sachverständigen
- Kostenübernahme für die ersten drei ZV-Maßnahmen
- Keine Deckung für Kosten, die Dritte zu erstatten haben
- Keine über die Deckungssumme hinausgehende Kostenerstattung
- Keine Deckung für Widerklage, die nicht vom Leistungsumfang erfaßt ist.
- Bei Selbstbeteiligung: Minderung der Versicherungsleistung um den Selbstbehalt
- Teildeckung BGH NJW 2005, 2228 ff.  
*Hat ein Rechtsstreit versicherte und nicht versicherte rechtliche Interessen zum Gegenstand, sind die auf den durch Rechtsschutz abgedeckten Teil entfallenden, objektiv notwendigen Kosten daher aus dem Gesamtstreitwert zu errechnen. Der Versicherer hat die Quote der Prozesskosten zu erstatten, die dem Anteil am Gesamtstreitwert entspricht, für den er eintrittspflichtig ist; maßgeblich ist also das Verhältnis des durch die Versicherung gedeckten Teils des Streitgegenstands zum gesamten Gegenstandswert. Dem wird die Berechnungsweise der Bekl. gerecht. Angesichts eines Gesamtstreitwerts von 53858,49 Euro, der versicherte Interessen in Höhe von 15060 Euro einschließt, machen die von ihr zu übernehmenden Kosten 27,96% - von der Bekl. aufgerundet auf 28% - der Gesamtkosten aus.*

## 3. In der Praxis

- in aller Regel wird wegen des Befreiungsanspruchs direkt mit der Versicherung abgerechnet. Der Mandant erhält nur eine Abschrift der Korrespondenz.
- Wenn Kooperationsvereinbarungen bestehen, enthalten diese auch Vergütungsregelungen. Diese sind vorrangig
- Vor jedem Fall: Deckungsprüfung, soweit Versicherung besteht.
- **Rechtzeitige** Deckungsanfrage, ggf. Hinweis auf Dringlichkeit, **Beachte**

BGH r+s 2000, 244 ff., LS

*Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Rechtsschutzversicherer, der den Deckungsschutz zu Unrecht abgelehnt hat, auch den Schaden zu ersetzen hat, den der VersNehmer dadurch erleidet, dass er den beabsichtigten Rechtsstreit wegen Leistungen aus einer Berufsunfähigkeitszusatzvers. nicht führt und seine Ansprüche deshalb allein wegen Versäumung der Klagefrist des § 12 Abs. 3 VVG verliert. Unter Umständen führt aber der Mitverschuldenseinwand nach § 254 BGB zu einem Wegfall der Ersatzpflicht der Bekl., weil*

*der Kl. erst einen Monat vor Ablauf der Klagefrist Deckungsschutz beantragt und die Bekl. nicht ausdrücklich auf den drohenden Ablauf der Klagefrist hingewiesen und ihr nicht mitgeteilt hat, dass er ohne Deckungsschutz keine Klage erheben werde.*

und BGH r+s 2006, 239 ff., LS

*Der Rechtsschutzversicherer kann aus positiver Vertragsverletzung grundsätzlich auch für den Schaden haften, den der VersNeher dadurch erleidet, dass er infolge einer vertragswidrigen Verweigerung der Deckungszusage einen beabsichtigten Rechtsstreit nicht führen kann (Fortführung von BGH, Beschl. v. 26. 01. 2000 - IV ZR 281/98 - r+s 2000, 244).*

#### **4. Rechtsstreit um Deckung**

##### **4.1 Deckungsstreit vor Gericht, § 19 ARB 2000**

- Im Streit um Deckung muß der Versicherungsnehmer das Bestehen des Versicherungsschutzes beweisen, der Versicherer das Bestehen der Risikoausschlüsse.
- **Ausschlussfrist** von 6 Monaten setzen für Klageerhebung (beginnt mit schriftlicher Ablehnung der Deckung oder Mitteilung des Schiedsgutachtens); § 19 ARB 2000
- Deckungsschutzklage setzt voraus:
  - o Geltendmachen des Anspruches auf Leistung
  - o Schriftliche Ablehnung durch die Versicherung
  - o Fristsetzung und Hinweis auf Rechtsfolgen
- Verjährungsbeginn für Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag: Ende des Jahres, in dem die Leistung verlangt werden kann (Fälligkeit, § 11 VVG!), BGH VersR 1999, 706

##### **4.2 Schiedsverfahren, § 18 ARB 2000**

- bei behaupteter Mutwilligkeit oder Erfolglosigkeit des Verfahrens
- Belehrungspflicht des Versicherers, § 18 Abs. 2 ARB 2000
- Frist zum Verlangen des Schiedsgutachten und zur Einreichung der Unterlagen durch Versicherungsnehmer: 1 Monat ab richtiger Belehrung
- Frist zum Einleiten des Verfahrens durch Versicherer: 1 Monat nach Verlangen des Versicherungsnehmers
- Gutachter: objektiv durch die RAK bestimmt
- Kosten, § 18 Abs. 5 ARB 2000:  
*Die Kosten des Schiedsgutachterverfahrens trägt der Versicherer, wenn der Schiedsgutachter feststellt, dass die Leistungsverweigerung des Versicherers ganz oder teilweise unberechtigt war. War die Leistungsverweigerung nach dem Schiedsspruch berechtigt, trägt der Versicherungsnehmer seine Kosten und die des Schiedsgutachters. Die dem Versicherer durch das Schiedsgutachterverfahren entstehenden Kosten trägt dieser in jedem Falle selbst.*

#### **E. Vollmacht**

- zu unterscheiden ist gerichtliche und außergerichtliche Vollmacht
- nur die gerichtliche Vollmacht befugt auch zur Führung von Prozessen vor Gericht
- oft wird eine Vollmacht gebraucht, die sowohl außergerichtliches als auch gerichtliches Handeln gestattet

##### **I. außergerichtliche Vollmacht**

- Zur Vollmachtserteilung, s. BGB §§ 164 ff.
- die Vollmacht ist schriftlich nachzuweisen
  - o wird Vollmacht nicht vorgelegt kann durch die Gegenseite widersprochen und mangelnde Vollmacht gerügt werden.
  - o Bei einseitigen Rechtsgeschäften, s. § 174 BGB
  - o Anwaltliche Versicherung der Vollmacht gegenüber dem nicht vertretenen Gegner ist unzureichend
  - o Anwaltliche Versicherung der Vollmacht ist kein Vollmachtsersatz

##### **II. Prozeßvollmacht, §§ 78 ff ZPO**

LITERATUR: MUSIELAK, § 78 ff ZPO

##### **1. Prozeßvollmacht und Bevollmächtigung**

- die §§ 78 ff ZPO sind Sonderregelungen zum BGB

- Anwendung der Regelungen des BGB nur, soweit ZPO darauf verweist oder allgemeine Rechtsgedanken in den Regelungen enthalten sind.
- Prozeßvollmacht ist Prozeßhandlung (umstr. aA: Rechtsgeschäft - Folge: auch beschränkt Geschäftsfähige können Vollmacht erteilen)
  - o Keine Anwendung der §§ 119 ff, 138, 172 ff BGB
  - o Keine Bedingung
- Postulationsfähigkeit des Bevollmächtigten ist keine Voraussetzung für wirksame Vollmacht, betrifft nur Grundgeschäft
- Prozeßvollmacht ist einseitig empfangsbedürftig: gegenüber Gericht, Gegner oder Bevollmächtigten
- Inhalt: Bezeichnung des Rechtsstreits, Vollmachtgeber, Bevollmächtigter, Bevollmächtigung
- Beachte: Bevollmächtigung kann Teil einer umfassenderen materiell-rechtlichen Vollmacht sein
- Unwirksame Prozeßvollmacht erfaßt alle Handlungen des Bevollmächtigten, Unwirksamkeit der Prozeßvollmacht bei Rechtmittelergreifung (Klageerhebung, Berufung etc.) kann Ordnungsgemäßheit hindern (Fristen!!)
- Prozeßbevollmächtigung setzt Bestellung voraus.
  - o Vollmacht ist schriftlich (§ 126 BGB) nachzuweisen
  - o Datum der Vollmacht ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung, kann aber im Falle des Streites über Bestehen einer Vollmacht wichtig sein
  - o Beachte: Bezugnahme auf Vollmacht in einem anderen Verfahren genügt nur in Ausnahmefällen.
  - o Kein gesonderter Nachweis bei ZV, wenn Bevollmächtigter im Rubrum enthalten.

## 2. Umfang, §§ 81 f. ZPO

- Beachte Beschreibung des Vollmachtsgegenstandes
- Beachte Unterscheidung zwischen Innen- und Außenverhältnis, Beschränkungen der Prozeßvollmacht nach außen, § 83 ZPO

*(1) Eine Beschränkung des gesetzlichen Umfanges der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber nur insoweit rechtliche Wirkung, als diese Beschränkung die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs betrifft.*

*(2) Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, kann eine Vollmacht für einzelne Prozesshandlungen erteilt werden.*

- grundsätzlich der gesamte Rechtsstreit, einschließlich aller Rechtszüge, Widerklagen, Beweissicherung, einstweilige Verfügung
- erfaßt nicht Klageerweiterung auf andere Personen als in der Vollmacht benannt, erneute Klage nach Rücknahme, Schadensersatzansprüche, §§ 302, 945 BGB, Klagen aus §§ 323, 324 ZPO
- im Rahmen des Streitgegenstandes auch materiellrechtliche Handlungen: Aufrechnung, Verzicht, Vergleich
- Empfangsvollmacht für Kosten aus Erstattung. Kosten aus Hauptsache sind Gegenstand einer Extra-Vollmacht

## F. Klagevorbereitung

LITERATUR BÜCHTING, RECHTSANWALTSHANDBUCH, D 1, CHECKLISTEN ZUR KLAGEVORBEREITUNG, RN. 5,11,12

### I. Schlichtung

- Beachte: vorgeschaltete Schlichtung, soweit durch Landesgesetz vorgeschrieben, zurzeit: Bislang sind folgende Landesgesetze verkündet:
  - o *Baden-Württemberg: Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung (Schlichtungsgesetz – SchlG)*
  - o *Bayern: Bayerisches Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung in Zivilsachen und zur Änderung gerichtsverfassungsrechtlicher Vorschriften (Bayerisches Schlichtungsgesetz – BaySchlG)*
  - o *Brandenburg: Gesetz zur Einführung einer obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung im Land Brandenburg (Brandenburgisches Schlichtungsgesetz – BbgSchlG)*

- o *Hessen: Gesetz zur Regelung der außergerichtlichen Streitschlichtung*
  - o *Nordrhein-Westfalen: Gesetz über die Anerkennung von Gütestellen im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 1 der Zivilprozessordnung und die obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung in Nordrhein-Westfalen (Gütestellen- und Schlichtungsgesetz – GüSchlG NRW)*
  - o *Rheinland-Pfalz: Landesgesetz zur Ausführung des § 15a des Gesetzes betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung (Landesschlichtungsgesetz – LSchlG –)*
  - o *Saarland: Gesetz zur Ausführung des § 15a des Gesetzes betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung und zur Änderung von Rechtsvorschriften (Landesschlichtungsgesetz – LSchlG)*
  - o *Sachsen-Anhalt: Schiedsstellen- und Schlichtungsgesetz (SchStG)*
  - o ***Schleswig-Holstein: Gesetz zur Ausführung von § 15a des Gesetzes betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung (Landesschlichtungsgesetz – LSchlG)***
- Schlichtung darf nicht umgangen werden, betrifft Streitigkeiten unterhalb € 750 und Ehrverletzungen, außer durch Medien

## II. Prüfung der prozessualen und sonstigen Voraussetzungen zur Klage

### 1. Allgemeine Vorfagen

- Vollmacht ?
- Zuständiges Gericht?
- Klageverfahren? – Es muß – auch aus Kostengründen – nicht immer sinnvoll sein, selbst zu klagen
- Parteibezeichnungen?, Wohnort?
- Beweismittel?
- schlüssige Anspruchsbegründung? – Besondere Aufklärungspflicht, wenn Klage ohne Beweisaufnahme abgewiesen werden könnte!
- Einreden durch den Gegner bekannt?

### 2. Wahl der Klageart

- es besteht ein fälliger Anspruch, der nicht erfüllt wird – Leistungsklage
  - o es ist mit gerichtlichem Nachdruck voraussichtlich getan - Mahnverfahren
- es besteht ein Anspruch, der nicht beziffert werden kann, es soll der Bestand eines Rechtsverhältnisses oder die Echtheit einer Urkunde geklärt werden. – Feststellungsklage, § 256 ZPO
- soweit sinnvoll: negative Feststellungsklage
- es besteht ein Anspruch, dem eine befristete Einrede entgegensteht, der noch nicht fällig ist, der nicht von einer Gegenleistung (mehr) abhängig ist – Klage auf zukünftige Leistung, § 257 ZPO
- es besteht im Zusammenhang mit dem Rechtsstreit ein eigener fälliger Anspruch – Widerklage

## III. Klageschrift

- Antrag und Sachverhaltsvortrag bestimmen den Streitgegenstand (zweigliedriger Streitgegenstand)

### 1. Aufbau

- Adressiertes Gericht (soll die Kammer für Handelssachen angerufen werden, ist das zu adressieren!!)
- Rubrum
- Bestellung
- Anträge
- Sachverhaltsdarstellung
- Rechtliche Würdigung (muß nicht sein)

### 2. Beweismittel

- Urkunden, §§ 415 ff ZPO“, (im Original, auch Urkunden des Gegners, soweit Vorlagepflicht besteht oder dieser selbst darauf Bezug nimmt)
- Zeugen §§ 373 ff. ZPO (Name und **ladungsfähige** Anschrift, ist der Zeuge im Hause des Klägers oder Beklagten ansässig, kann über die jeweilige Partei geladen werden)

- Sachverständige, §§ 403 ff ZPO, bestimmt das Gericht (Angabe im Schriftsatz: „Sachverständigengutachten“)
- Augenschein, §§ 371 ff. ZPO
- Parteivernehmung, §§ 445 ff ZPO
  - o Partei kann die andere Seite immer zum Beweis anbieten, Vernehmung, wenn kein anderes Beweismittel angeboten oder möglich
  - o Partei kann sich selbst zum Beweis anbieten, Vernehmung mit Zustimmung des Gegners oder Tatsache ist wahrscheinlich aber noch nicht erwiesen
- Freibeweis, ausschließlich möglich mit Einverständnis beider Parteien, Ausnahme.

## **G. Zivilprozeß 1. Instanz**

### **I. Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht, § 138 Abs. 1 ZPO**

- Lügen ist verboten
- Tatsachen, die der eigenen Partei zweifelhaft erscheinen, dürfen vorgetragen und bestritten werden
- Tatsachenvorbringen und Bestreiten wider besseres Wissen ist nicht gestattet.
- Der Tatsachenvortrag muß alle voraussichtlich wesentlichen Punkte enthalten.
- Rechtsvernichtende Einwendungen, die dem Kläger bekannt sind, muß dieser vortragen (umstritten)
- Rechtshemmende Einwendungen, die der Beklagte außergerichtlich geltend gemacht hat, muß der Kläger vortragen (umstritten)

## **II. Klägerseite**

### **1. Klageanträge**

Jeder Antrag muß so gestaltet sein, daß er als Urteilstenor aus sich heraus, ohne weitere Erläuterungen vollstreckbar ist. Er muß insbesondere hinreichend bestimmt sein.

Zur Gestaltung der Anträge ist auf die LV zu verweisen.

### **1.1 Haupt- und Nebenforderungen**

- Nebenforderungen hängen vom Hauptanspruch ab, werden aber bei der Berechnung des Streitwertes nicht berücksichtigt (Zinsen, Früchte, Kosten – nicht Prozeßkosten)
- Beachte: werden Nebenforderungen nicht mit dem Hauptanspruch geltend gemacht, kann über diese auch nicht geurteilt werden, § 308 Abs. 1 ZPO.
- Nur über die Prozeßkosten urteilt das Gericht von Amts wegen, §§ 308 Abs. 2, 91 ZPO. (Kein Antrag!)
- Kosten der Zwangsvollstreckung, s. §§ 788, 91 ZPO (kein Antrag!)
- Verzugsschaden ist keine Nebenforderung
  - o Beachte in diesem Zusammenhang: Inkassokosten und die Schadensminderungspflicht.
  - o Inkassokosten sind nur in solcher Höhe zu ersetzen, die auch ein Anwalt nach RVG hätte verlangen können (AG Altötting JurBüro 2007, 262 ff., AG Bremen, BeckRS 2008 04982, a.A. AG Bochum, JurBüro 2007, 91)
  - o Beachte: erste Mahnung ist nicht vom Verzugsschaden erfaßt.

### **1.2 Antragshäufung**

#### **1.2.1 kumulative Klagehäufung**

- betroffen sind hier prozessuale Ansprüche, keine materiellrechtlichen Anspruchsgrundlagen, Beispiel: Stufenklage

#### **1.2.2 alternative Klagehäufung**

- idR unzulässig

#### **1.2.3 eventuelle Klagehäufung**

- echte Eventualität: Antrag hilfsweise für den Fall, daß der Hauptantrag scheitert
  - o Bsp.: Hauptantrag: Übergabe und Übereignung der Hauptsache  
Hilfsantrag: Rückzahlung schon geleisteter Kaufpreiszahlung
- unechte Eventualität: Antrag hilfsweise, daß der Hauptantrag nicht scheitert (eher nicht so häufig)

- o Bsp: Hauptantrag: Kündigungsschutzklage  
Hilfsantrag: Gehaltszahlung

oder BGH NJW 2001, 1285 ff, LS 1

*Mit dem Antrag auf Abschluss eines Kaufvertrags (hier: auf Annahme eines vom Verkäufer noch abzugebenden Angebots) kann für den Fall, dass der Antrag Erfolg hat, der Antrag auf Zahlung des Kaufpreises unter der Bedingung, dass der Kaufvertrag abgeschlossen wird, verbunden werden (im Anschluss an Senat, LM Vorb. z. § 145 BGB Nrn. 20/21).*

- Aus den Anträgen muß die Reihenfolge klar ersichtlich sein

## 2. Klagebegründung

- Vortrag der anspruchsbegründenden Tatsachen und erforderliche Beweisangebote
- Rechtliche Ausführungen sind nicht erforderlich, aber üblich und meist auch sinnvoll (§ 139 ZPO)

## III. Beklagtenseite

CHECKLISTE FÜR EIN HANDELN NACH KLAGEZUSTELLUNG: BÜCHTING, RECHTSANWALTSHANDBUCH, D1 Rn. 24

### 1. Prozeßaufrechnung

- Doppelnatur: privatrechtliches Gestaltungsrecht und Prozeßhandlung
- bei Prozeßaufrechnung fällt beides zusammen
  - o materiellrechtliche und prozessuale Voraussetzungen müssen erfüllt sein
- Verteidigungsmittel, beachte §§ 296, 282 ZPO
- Die Forderung mit der aufgerechnet wird, wird nicht rechtshängig
- Verjährungshemmung, § 204 Abs. 1 BGB

#### 1.1 Hauptaufrechnung

- Beklagter verteidigt sich gegen den Anspruch allein mit der Aufrechnung im Prozeß
- Klageanspruch wird damit unstreitig gestellt

#### 1.2 Hilfsaufrechnung

- Beklagter verteidigt sich u.a. – hilfsweise – mit der Aufrechnung gegen den Anspruch
- kommt das Gericht aufgrund des anderen materiellrechtlichen Vorbringens bereits zum Ergebnis, daß der Klageanspruch nicht besteht, wird die Aufrechnung nicht mehr geprüft

#### 1.3 Entscheidung

- Klagabweisung, wenn Klage ohne Aufrechnung stattgegeben worden wäre: Aufrechnungsforderung verbraucht
- Klagestattgabe, weil Aufrechnungsforderung unbegründet: Aufrechnungsforderung aberkannt
- Bei bestehendem Aufrechnungsverbot oder „derzeit unbegründeter“ Aufrechnungsforderung: Aufrechnungsforderung ist nicht von Rechtskraft erfaßt

## 2. Widerklage, § 33 ZPO

### 2.1 Voraussetzungen

- Rechtlicher Zusammenhang, gleicher Lebenssachverhalt als Ursprung
- allgemeine Klagevoraussetzungen
- rechtshängige Hauptklage, entfällt die Rechtshängigkeit der Hauptklage nach Erhebung der Widerklage, ist das ohne Einfluss
- nur in den Tatsacheninstanzen und nicht mehr nach Schluß der mündlichen Verhandlung, beachte § 533 ZPO (Berufungsinstanz), § 559 ZPO (Revision)
- Beachte: die Widerklage ist Angriff, nicht Angriffsmittel, §§ 282, 296 ZPO greifen nicht
- nur innerhalb des Prozessverhältnisses, s. Haupt- und Hilfsanträge, keine Eventualdrittwiderklage, i.Ü. ist Eventualwiderklage möglich

### 2.3 Kläger und Beklagter

- Widerkläger können nur sein: Beklagter, Widerbeklagter, Hauptintervenient
- Dritte oder Streithelfer können nicht Widerkläger sein

- Widerbeklagter können nur sei: der Kläger, Dritte, wenn gleichzeitig auch der Kläger Widerbeklagter ist (§ 263 ZPO)

## 2.4 Vorbereitung und Vortrag

- die Widerklage ist wie eine Klage vorzubereiten
- die Widerklage muß in gleicher Weise begründet werden, wie eine normale Klage
- Regelungen über Beweislast gelten in gleicher Weise

## 3. Bestreiten

- einfaches Bestreiten
  - o genügt in der Regel nicht. Ausnahme: der Kläger hat nicht substantiiert vorgetragen und andere Möglichkeiten der Stellungnahme auf den gegnerischen Sachvortrag ist nicht möglich
- substantiiertes Bestreiten
  - o Gegendarstellung auf das sustantierte Klägervorbringen
  - o Änderung der Beweislastverteilung: s. MüKo-Wagner, § 138 ZPO Rn. 21  
*Eine bedeutsame Ausnahme bilden die Grundsätze der **sekundären Darlegungslast**. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird die Darlegungslast des Pflichtigen, wenn es um Geschehnisse aus dem Bereich der anderen Partei geht, durch eine sich aus Abs. 1 und 2 ergebende Mitwirkungspflicht des Gegners gemindert. Darüber hinaus erlegt die Rechtsprechung dem Gegner der primär behauptungs- und beweisbelasteten Partei dann eine gewisse (sekundäre) Behauptungslast auf, wenn eine darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufes steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt und sich auch nicht verschaffen kann, während der Prozessgegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind Die Rechtsprechung leitet diese Ausnahme von der allgemeinen Pflicht zu redlicher Prozessführung (Treu und Glauben) ab. Sanktion ist wiederum § 138 Abs. 3. (Hervorhebung im Original)*
- Unzureichendes, nicht ausdrückliches oder konkludentes Bestreiten, unerlaubtes pauschales Bestreiten führt zur Geständnisfiktion (muß von der anderen Seite nicht mehr bewiesen werden)
  - o Im Rahmen der Regelungen 296, 282 ZPO kann Bestreiten nachgeholt werden.
- Bestreiten mit Nichtwissen
  - o Keine eigenen Handlungen oder Tatsachen aus eigener Wahrnehmung oder solche Handlungen und Wahrnehmungen des gesetzlichen Vertreters
  - o Ist Bestreiten mit Nichtwissen unzulässig – Geständnisfiktion

## III. Erledigterklärung

- Unterscheide:
  - o erledigendes Ereignis: betrifft materielle Rechtslage, z.B. Erfüllung des Anspruchs, Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung
  - o Erledigungserklärung

## 2. übereinstimmende Erledigungserklärung, § 91 a ZPO

### 2.1 Voraussetzungen

- Wirksamkeitsvoraussetzungen für Prozeßhandlungen
- Abgabe einer Erledigterklärung durch den Kläger
- Zustimmung durch den Beklagten

### 2.2 Verfahren

- Kläger kann zu jedem Zeitpunkt des Prozesses (nach Rechtshängigkeit) die Sache in der Hauptsache für erledigt erklären.
- bis zur Zustimmung des Beklagten ist Rücknahme oder Anfechtung dieser Erklärung möglich
- Erklärung wird erst nach Rechtshängigkeit wirksam, auch wenn sie vor Rechtshängigkeit abgegeben wurde.
- Nach übereinstimmender Erledigterklärung entscheidet das Gericht ausschließlich über die Kosten, nicht mehr in der Hauptsache
- Keine Prüfung, ob ein erledigendes Ereignis eingetreten ist.

### 3. einseitige Erledigterklärung

- die einseitige Erledigterklärung des Klägers ändert den Streitgegenstand: Leistungsklage wird zu Feststellungsklage (zulässige Klageänderung).
- das Gericht entscheidet wegen der Feststellung auch über das erledigende Ereignis
- Widerruf der Erklärung ist bis zur Entscheidung durch das Gericht möglich.
- Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses
  - o Keine Erledigungswirkung: erledigendes Ereignis vor Anhängigkeit
  - o Meinungsstreit: erledigendes Ereignis zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit
    - BGH: keine Erledigung mangels Prozeßrechtsverhältnis, Vermeidung der Kosten durch Umstellung des Klageantrags
    - Schrifttum/ teilweise Instanzengerichte: Entscheidend ist Zulässigkeit und Begründetheit der Klage bei Einreichung, Erledigung möglich.
- Kostenentscheidung mit dem Urteil in der Hauptsache
- Um Kostennachteile zu vermeiden, ist bei einer einseitigen Erledigungserklärung und zweifelhaftem erledigenden Ereignis ein hilfsweises Festhalten am Ursprungsantrag sinnvoll

## IV. Versäumnisurteil (VU)

MUSIELAK, ZPO, §§ 331 FF; BÜCHTING, RECHTSANWALTSHANDBUCH, D1 RN. 47 FF.

Bedeutung hat eigentlich nur das VU gegen den Beklagten.

### 1. erstes Versäumnisurteil

#### 1.1 Voraussetzungen

- Versäumen einer Anzeigefrist oder Nichtverhandeln (durch Nichterscheinen oder Nichtstellen der Anträge) durch eine Partei
  - o Nur bei einem säumnisfähigen Termin (keine reine Güteverhandlung, wenn sich nicht mdl. Verhandlung anschließt)
  - o Sind beide Parteien säumig: kein Versäumnisurteil
- ordnungsgemäße Ladung und ordnungsgemäß anberaumter Termin
  - o mangelhafte Ladung wird durch Erscheinen nicht verhandelnder Partei geheilt
  - o erscheint die Partei im Anwaltsprozeß allein - Säumnis
- Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils
  - o Antrag auf Erlaß eines Sachurteils genügt nicht.
- Zulässige und schlüssige Klage: wegen Geständnisfiktion kann nur die schlüssige Klage zu einem VU führen

#### 1.2 echtes Versäumnisurteil

- VU gegen Kläger oder Beklagten aufgrund §§ 330, 331 o. 345 ZPO
- VU gegen Kläger: Klageabweisung ohne sachliche Prüfung
- VU gegen Beklagten: Klagestattgabe aufgrund Schlüssigkeitsprüfung und klägerischem Tatsachenvortrag

#### 1.3 unechtes Versäumnisurteil

- ein unechtes Versäumnisurteil ist ein normales Sachurteil, daß ohne Berücksichtigung oder trotz der Säumnis ergeht.
- unzulässige Klage des säumigen Klägers ist durch Sachurteil abzuweisen
- Urteil richtet sich wegen Unzulässigkeit oder Unschlüssigkeit gegen die nichtsäumige Partei

#### 1.4 Entscheidung nach Lage der Akten

- Antrag
- Säumnis einer Partei
- stattgefundene mdl. Verhandlung
- Sachverhalt hinreichend geklärt

## 2. Einspruch, § 338 ZPO

CHECKLISTE BÜCHTING, RECHTSANWALTSHANDBUCH, D 1, RN. 49

- Ziel: Beseitigung der Säumnis - kein Devolutiveffekt (keine höhere Instanz)

- Gegenstand: Vollstreckungsbescheid (§ 700 ZPO) oder erstes VU
- innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung des VU ist Einspruch einzulegen (Notfrist!)
  - o Beachte: beliebtes Klausurthema: versäumte Notfrist mit Wiedereinsetzung in den vorigen Stand
- schriftlich unter Angabe und Bezeichnung des Urteils, deutlicher Hinweis, daß Einspruch eingelegt werden soll
- Begründung nicht erforderlich, aber ratsam: § 340 Abs. 3 ZPO  
*<sup>1</sup>In der Einspruchsschrift hat die Partei ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel, soweit es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht, sowie Rügen, die die Zulässigkeit der Klage betreffen, vorzubringen. <sup>2</sup>Auf Antrag kann der Vorsitzende für die Begründung die Frist verlängern, wenn nach seiner freien Überzeugung der Rechtsstreit durch die Verlängerung nicht verzögert wird oder wenn die Partei erhebliche Gründe darlegt. <sup>3</sup> § 296 Abs. 1, 3, 4 ist entsprechend anzuwenden. <sup>4</sup>Auf die Folgen einer Fristversäumung ist bei der Zustellung des Versäumnisurteils hinzuweisen.*

Die Begründung kann auch der Einspruchsschrift folgen, dann aber innerhalb der vorgegebenen Frist.

- Folge: Versetzen des Prozesses in den Stand vor der Säumnis
- Urteil: stimmen Sachurteil und VU überein, verbleibt es beim VU, anderenfalls wird es aufgehoben

### 3. Zweites Versäumnisurteil

- erstes Versäumnisurteil
- zulässiger Einspruch
- Säumnistermin oder ein dem Einspruch folgender Termin
- Antrag der anwesenden Partei
- Folge: Einspruch wird verworfen
- Rechtsmittel: Berufung, § 514 Abs. 2 ZPO oder Revision, § 565 ZPO