

# Einführungs – AG nach § 14 HmbJAG

## Anwaltsstage

03. Februar 2006

### **Thema:**

## **Mandatsannahme - „Stolpersteine im Mandat“**

### **Referent:**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Matthias W. Kroll, LL.M.  
Lehrbeauftragter an der Hochschule für Angewandte Wissenschaften Hamburg

Dr. Nietsch & Kroll Rechtsanwälte \* Spaldingstr. 110 B \* 20097 Hamburg  
Tel.: 040/2385690 Fax: 040/23856910  
Mail: [kroll@nkr-hamburg.de](mailto:kroll@nkr-hamburg.de) Internet: [www.nkr-hamburg.de](http://www.nkr-hamburg.de)

# Themen

- Grundpflichten bei der Mandatsannahme
- Kollisionskontrolle
- Anspruchssicherung – Fristenkontrolle
- Grundzüge der Anwaltshaftung
- Berufshaftpflichtversicherung

# Grundpflichten des Anwalts

- Klärung des Ziels
- Aufklärung des Sachverhalts
- Prüfung der rechtlichen Erheblichkeit des Sachverhaltes
- Belehrung des Mandanten über Prüfung des Sach- und Rechtslage
- Schadensvermeidungspflicht

# Klärung des Ziels

- **Beachte:**
- Mißverständnisse bzgl. des Ziels vermeiden !
- Mandant hat häufig keine klaren Vorstellungen von seinen rechtlichen Möglichkeiten.

# Klärung des Ziels

- **Beispiel:**
- Der Mandant teilt mit, dass ihm sein Arbeitsverhältnis gekündigt wurde.
- Was könnten seine Ziele sein ?

# Klärung des Ziels

Mögliche Ziele  
des Mandanten

```
graph TD; A[Mögliche Ziele des Mandanten] --> B[1. Möglichkeit: Abfindung]; A --> C[2. Möglichkeit: Erhalt des Arbeitsplatzes];
```

1. Möglichkeit:  
Abfindung

2. Möglichkeit:  
Erhalt des  
Arbeitsplatzes

# Klärung des Sachverhaltes

- RA muss den Sachverhalt einschließlich der notwendigen Beweismittel sammeln, ordnen und feststellen
- **Beachte:**
- Mandant hat Mitwirkungspflicht (§ 254 BGB)

# Klärung des Sachverhaltes

- grds. keine eigenen Nachforschungen durch RA
- **ausn.:**
  - Mitteilung von Rechtstatsachen
  - Verwendung von Rechtsbegriffen
    - Abnahme eines Bauwerks, Übereignung, Rechtsnachfolge etc.
  - Rechtliche Wertungen
    - Betriebsübergang

# Klärung des Sachverhaltes

- Gezieltes Befragen des Mandanten
- Einschlägige Unterlagen erbitten
  - Verträge
  - Versicherungsbedingungen etc.
- ggf. Einsichtnahme in
  - Gerichtsakten,
  - Grundbuch,
  - öffentliches Register etc.

# Rechtsprüfung

- „iura novit curia“
- oder gilt dieser Grundsatz nicht ?

# Rechtsprüfung

- RA darf sich keineswegs auf den Grundsatz des „iura novit curia“ verlassen
- RA ist derjenige, der zuerst das „Rechtswort“ lichtet
- Rechtsprechung stellt hohe Anforderungen an seine Tätigkeit

# Rechtsprüfung

- Gesetzeskenntnis
- Kenntnis der Rechtsprechung
- Kenntnis des Schrifttums
- Eigene Rechtsmeinung

# Rechtsprüfung

- Gesetzeskenntnis
  - mandatsbezogen
  - Ggf. auch bzgl. Spezialgebiet
  - Sonderfall: Mandat mit Auslandsbezug
    - RA muss sich Kenntnisse des ausländischen Rechts verschaffen
    - **beachte:** Klärung der Versicherungsfrage !

# Rechtsprüfung

- Rechtsprechung
  - Kenntnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung
    - BVerfG, Oberste Gerichtshöfe des Bundes, Art. 95 GG, EuGH

# Rechtsprüfung

- **Beispielfall Teil 1:**
- Um das Annahmeverzugslohnrisiko in einem Kündigungsschutzstreit zu vermeiden, rät der Anwalt dem Mandanten, der Gegenseite ein Prozessarbeitsverhältnis anzubieten. Der Anwalt schreibt auf Veranlassung seines Mandanten im April 2005 den Gegner an, bietet ihm ein befristetes Prozessarbeitsverhältnis an und fordert den Gegner auf, zur Arbeit zu erscheinen.

# Rechtsprüfung

- **Beispielfall Teil 2:**
- Der Gegner erscheint zur Arbeit und der Anwalt des Gegners beruft sich auf eine im März 2005 ergangene Entscheidung des BAG, wonach dieses Vorgehen ein Verstoss gegen § 14 TzBfG darstellt und ein unbefristetes, neues Arbeitsverhältnis begründet. Mit Recht ?

# Rechtsprüfung

- Rechtsprechung
  - grds. Toleranzzeitraum, um von neuer Rechtsprechung Kenntnis zu erlangen
  - ggf. ist bei besonderer Eilbedürftigkeit eine frühere Kenntnis erforderlich

# Rechtsprüfung

- Kenntnisse des Schrifttums
  - Kommentare
  - Fachbücher, die Gesetze unter Angabe der Meinungen in der Rechtsprechung und Rechtslehre erläutern

# Rechtsprüfung

- Eigene Rechtsmeinung
  - grds. braucht der Anwalt die herrschende Meinungen nicht kritiklos zu übernehmen
  - **beachte:**
    - Kostenrisiko dem Mandanten deutlich erläutern
    - Einordnung der eigenen Rechtsmeinung in den Kontext deutlich erläutern

# Rechtsberatung

- Unterrichtung des Mandanten vom Ergebnis der Prüfung der Sach- und Rechtslage
- **Ziel der Beratung:**
  - Eigenverantwortliche und sachgerechte Entscheidung des Mandanten

# Rechtsberatung

- **Beispielfall:**
- Anwalt und Mandant verhandeln bei Gericht mit der Gegenseite. Der Richter unterbreitet einen Vergleichsvorschlag. Die Sitzung wird unterbrochen. Anwalt und Mandant beratschlagen auf dem Flur den Vergleichsvorschlag.
- Was muss der Anwalt in dieser Situation unbedingt beachten ?

# Rechtsberatung

- **Hinweis:**
- Der Anwalt darf dem Mandanten die Entscheidung nicht abnehmen !

# Rechtsberatung

- **Beispielfall Teil 1:**
- Der Anwalt rät dem Mandanten, eine „sog. verunglückte Selbstanzeige“ bei der Steuerfahndung abzugeben. Dabei geht der Anwalt davon aus, dass dem Mandanten die Konsequenzen eines solchen Vorgehens im Gegensatz zu einer ordnungsgemäßen Selbstanzeige bekannt sind, da der Anwalt weiß, dass sein Mandant das 1. Juristische Staatsexamen erfolgreich abgelegt hat, bevor er Unternehmer geworden ist.

# Rechtsberatung

- **Beispielfall Teil 2:**
- Später erklärt der Mandant, ihm sei der Unterschied trotz seiner rechtlichen Vorbildung nicht bekannt gewesen und verlangt von dem Anwalt Schadensersatz. Mit Recht ?

# Rechtsberatung

- grds. ist von der Belehrungsbedürftigkeit des Mandanten auszugehen.
- Dies gilt auch für den juristisch vorgebildeten Mandanten.
- Im Streitfall muss der *Anwalt* die *Ausnahme* von der Regel beweisen, d.h. dass der Mandant die Rechtslage gekannt hat.

# Rechtsberatung

- Beispielfall Teil 1:
- Der Mandant bittet seinen Anwalt, für ihn einen Anspruch durchzusetzen, dessen zugrunde liegenden Sachverhalt der Mandant nur durch eine Parteianhörung untermauern kann. Auf der Gegenseite stehen Zeugen zur Verfügung.
- Der Anwalt hat zwar Zweifel, führt das Verfahren für den Mandanten aber durch und unterliegt.

# Rechtsberatung

- Beispielfall Teil 2:
- In der mündlichen Verhandlung macht der Richter deutlich, dass er die Sache wegen der schlechten Beweissituation als von Anfang an aussichtslos ansieht.
- Daraufhin verlangt der Mandant von seinem Anwalt, die Kosten des Verfahrens zu bezahlen. Mit Recht ?

# Rechtsberatung

- Ist ein Prozess mit hoher Wahrscheinlichkeit aussichtslos, muss der Anwalt hierüber ausdrücklich belehren.
- Ansonsten haftet er für die Kosten.

# Rechtsberatung

- Belehrung über ungewöhnliche Maßnahmen, die das Misserfolgsrisiko des Auftraggebers erhöhen, wie z.B.:
- Im Prozess wird Sachvortrag zurückgehalten
- Teilklage wird erhoben
- „Musterklage“ wird erhoben

# Rechtsberatung

- **Gebot des sichersten Weges:**
- Der Anwalt hat zur Sicherung des Mandatsziels grds. diejenige – rechtlich einwandfreie – Maßnahme zu wählen, die mehr Erfolg verspricht und daher sicherer ist (BGH VersR 1983, S. 562 f.)

# Rechtsberatung

- Beispiel:
- Der Mandant wünscht die Kündigung eines Gewerbemietvertrages, der sich im Falle dessen, dass die Kündigungsfrist verstreicht, um ein weiteres Jahr erhöht.
- Was hat der Anwalt zu beachten ?

# Rechtsberatung

- Der Anwalt sollte der Kündigung eine Vollmacht – im Original – beifügen, da sonst die Zurückweisung der Kündigung in Ermangelung einer ordnungsgemäßen Bevollmächtigung drohen kann, vgl. § 174 S. 1,2 BGB.
- Der Anwalt muss ferner den Zugang der Kündigung sicherstellen

# Exkurs: Zustellung

- **Möglichkeiten der Zustellung:**
- Einfacher Brief
- Einschreiben/Rückschein
- Einwurf-Einschreiben
- Bote
- Gerichtsvollzieher

# Exkurs: Zustellung

- Einschreiben/Rückschein ist **problematisch**, wenn der Zusteller den Empfänger nicht antrifft
  - Abholschein wird dann nur in den Briefkasten geworfen
  - Zugang kann in der Regel nicht bewiesen werden, wenn keine Abholung erfolgt
  - Sendung geht sodann an Absender zurück

# Exkurs: Zustellung

- Einwurf-Einschreiben ist zwar sicherer
- Im Streitfall kann dies u.U. auch nicht reichen, da der Zusteller den Inhalt des Schreibens nicht kennt und sich ggf. auch nicht an das Einwerfen erinnern kann

# Exkurs: Zustellung

- M.E. ist die Zustellung per Boten die sicherste Variante (sofern man keinen GVZ beauftragen will)
- **Beachte:**
- Bote sollte den Inhalt des Schreibens kennen
- Bote sollte zuverlässig sein, z.B. eigener Mitarbeiter, Freund etc.

# Rechtsberatung

- Weitere Beispiele I:
- Gebrauch einschlägiger Fachausdrücke bei rechtlichen Erklärungen
- Ausschluss des Versorgungsausgleich durch notariellen Vertrag mit Jahressperrfrist anstelle gerichtlicher Genehmigung

# Rechtsberatung

- Weitere Beispiele II:
- Bezahlung von angeforderten GK trotz Verkennung der Beweislast durch das Gericht
- Notarielle Beurkundung eines Mietvertrages bei Abgabe einer hiermit zusammenhängenden Kaufoption

# Kollisionskontrolle

- § 43 a BRAO
  - Wichtige Berufspflicht
  - Verbot, widerstreitende Interessen zu vertreten
  - Wichtiges Marketinginstrument
    - gilt nicht bei Steuerberatern
    - gilt nicht bei Unternehmensberatern/Banken
    - Hier kann sich der Anwalt deutlich abgrenzen

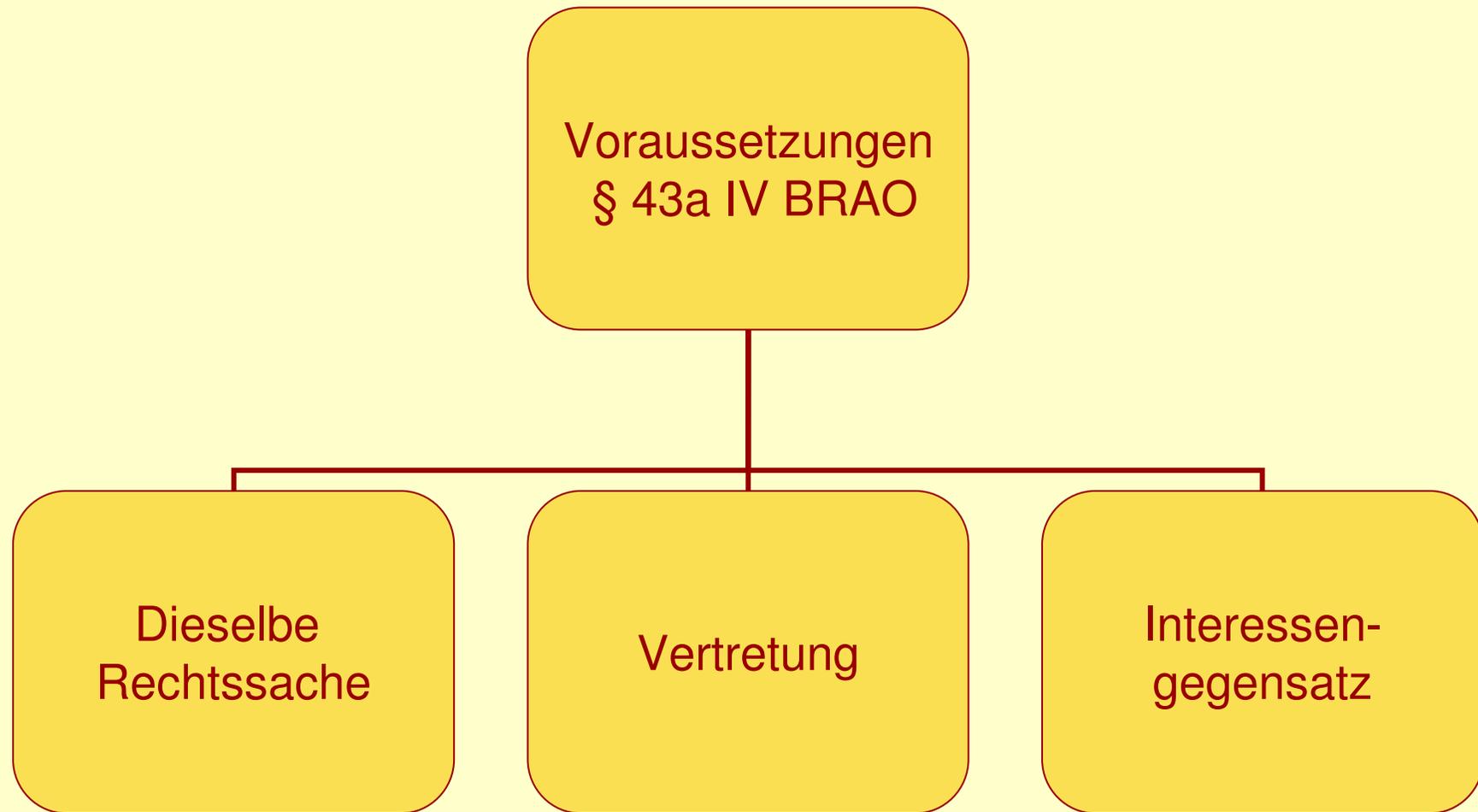
# Kollisionskontrolle

- Konsequenzen eines Verstoßes:
- Berufsrechtliche Sanktionen gem. § 114 BRAO
- ggf. strafrechtliche Sanktionen gem. § 356 StGB (Parteiverrat)

# Kollisionskontrolle

- § 43 a BRAO schützt:
- unmittelbar den Auftraggeber und
- mittelbar vor allem das Vertrauen der Allgemeinheit in die Zuverlässigkeit und Integrität der Anwaltschaft

# Kollisionskontrolle



# Dieselbe Rechtssache

- Extensive Auslegung
- Minimaler Sachzusammenhang reicht
- hier: „in dubio contra reo“
- Es geht um das inhaltlich zusammengehörige, einheitliche Lebensverhältnis, nicht um den Anspruch

# Vertretung

- Berufliche, forensische, außergerichtliche Vertretung
- str., ob Tätigkeit als RA erforderlich

# Interessengegensatz

- RA leistet einer Partei Rat und Beistand, nachdem er eine andere Partei in derselben Sache im entgegengesetzten Sinne bereits Rat und Beistand gewährt hat

# Interessengegensatz

- **Beispiel:**
- RA vertritt zunächst beim Aushandeln eines Ehevertrages einen Ehepartner und geht später gegen den ehemaligen Mandanten für den anderen Ehepartner aus diesem Vertrag vor.

# Interessen Gegensatz

- **Beispiel:**
- Ein Rechtsanwalt vertritt den Betriebsrat nach § 103 BVerfG und übernimmt gleichzeitig das Mandat für eine BR-Mitglied, um dessen Kündigung es geht.

# Interessengegensatz

- **Beispiel:**
- RA vertritt in einem Verkehrsunfall gleichzeitig und nacheinander den unfallverursachenden Fahrer/Halter in einem OWi-Verfahren und den weiteren Fahrzeuginsassen als Geschädigten in einem Verfahren gegen den Haftpflichtversicherer des Schädigers vertritt.

# Interessengegensatz

- **Beachte:**
- Das Verbot, widerstreitende Interessen zu vertreten, erfasst bisher nur den einzelnen RA
- Fortführung des Mandats durch Abgabe an einen Sozius
- **aber:** Neufassung des § 3 BORA durch Satzungsversammlung beschlossen -> Erstreckung auch auf Sozietät

# Kollisionskontrolle

- Kanzleiinterne Organisationsmaßnahmen
  - Konzentration der Kollisionsprüfung bei einem RA oder alle RA werden informiert
  - Besondere Listen führen, aus denen sich Kollisionskontrolle ergibt
  - Beachte: verbundene Unternehmen im Sinne von § 15 AktG
  - Beachtung der Interessen auch ehemaliger Mandanten notwendig

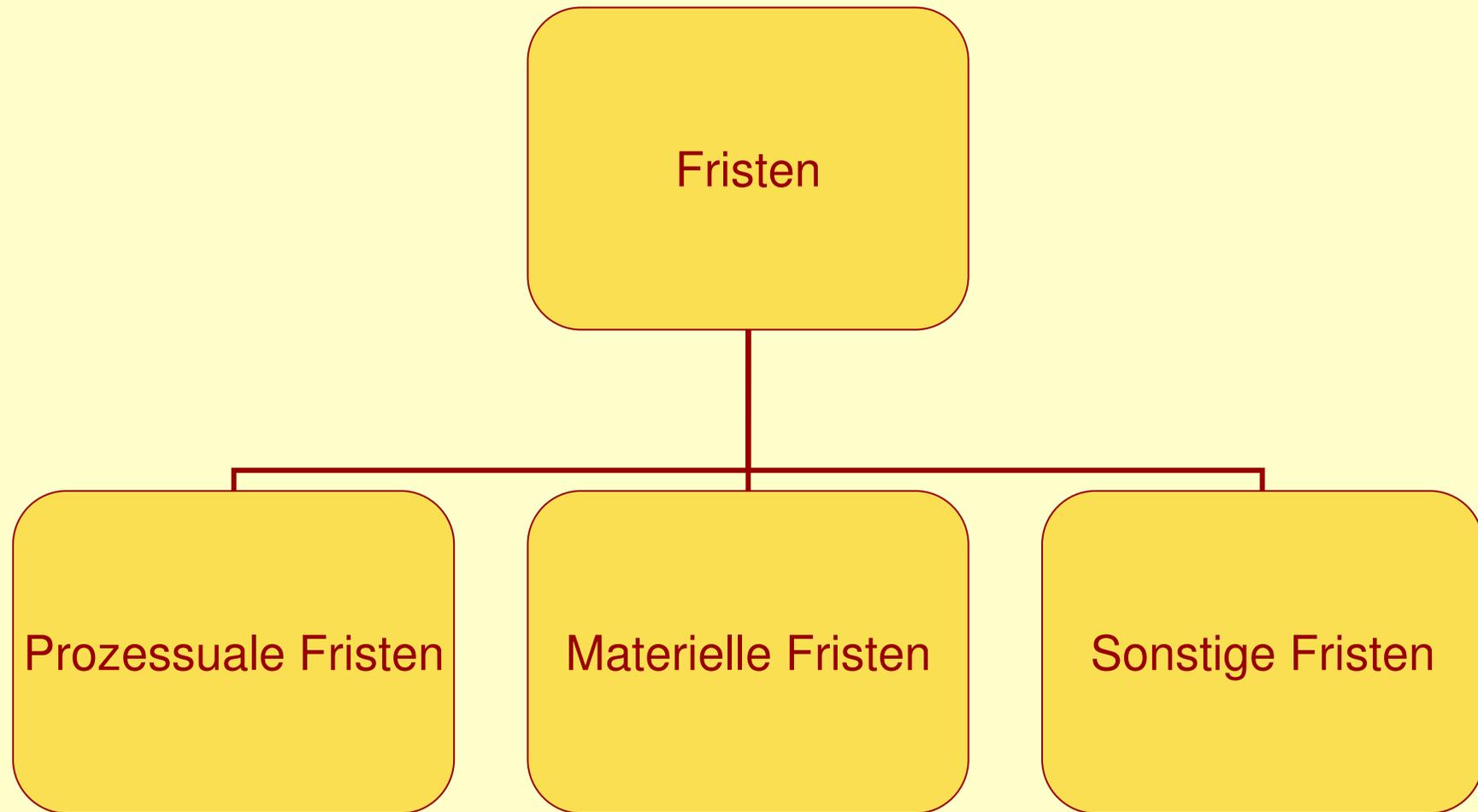
# Kollisionskontrolle

- **Konsequenzen:**
- Bei Kenntnis von einer Interessenkollision unverzügliche Unterrichtung des Mandanten
- Zuletzt angenommenes Mandat niederlegen
- Ggf. ist Niederlegung beider Mandate erforderlich

# Fristenkontrolle

- 40 % der gemeldeten Haftpflichtfälle sind Fristversäumnisse
- Fristenfrage immer zuerst bei Annahme des Mandates klären
- ggf. Sofortmaßnahmen ergreifen, um Fristablauf zu verhindern

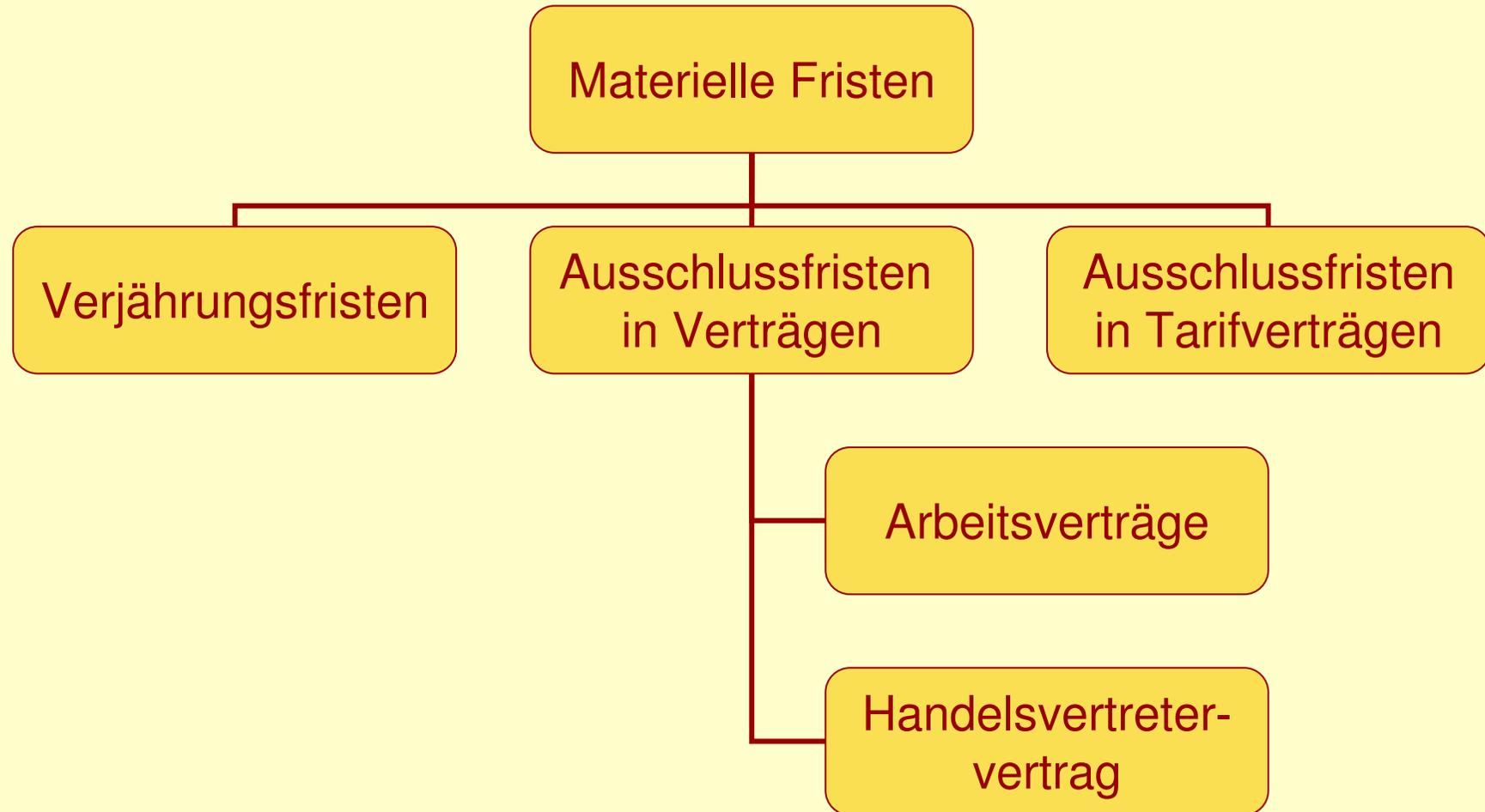
# Fristenkontrolle



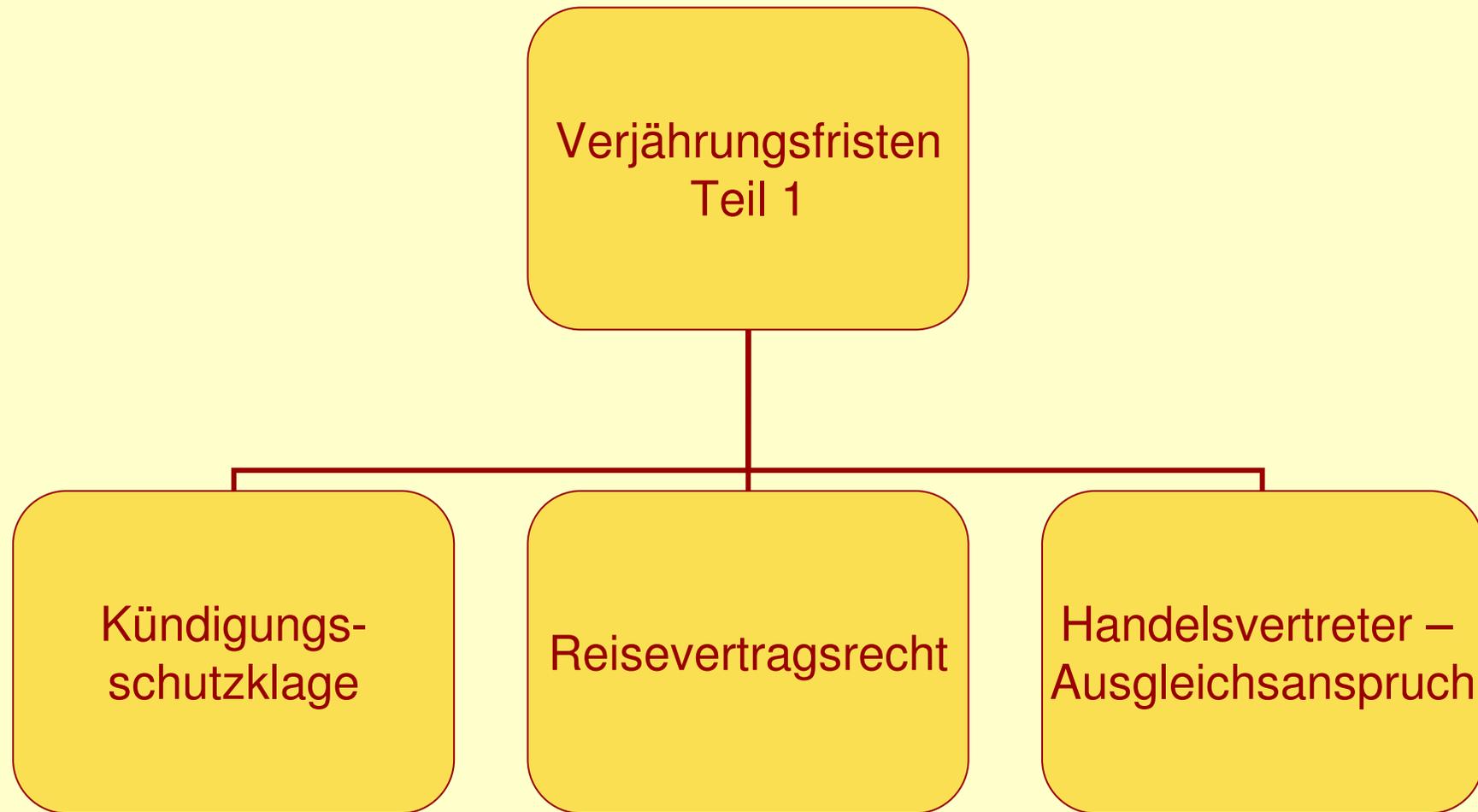
# Fristenkontrolle



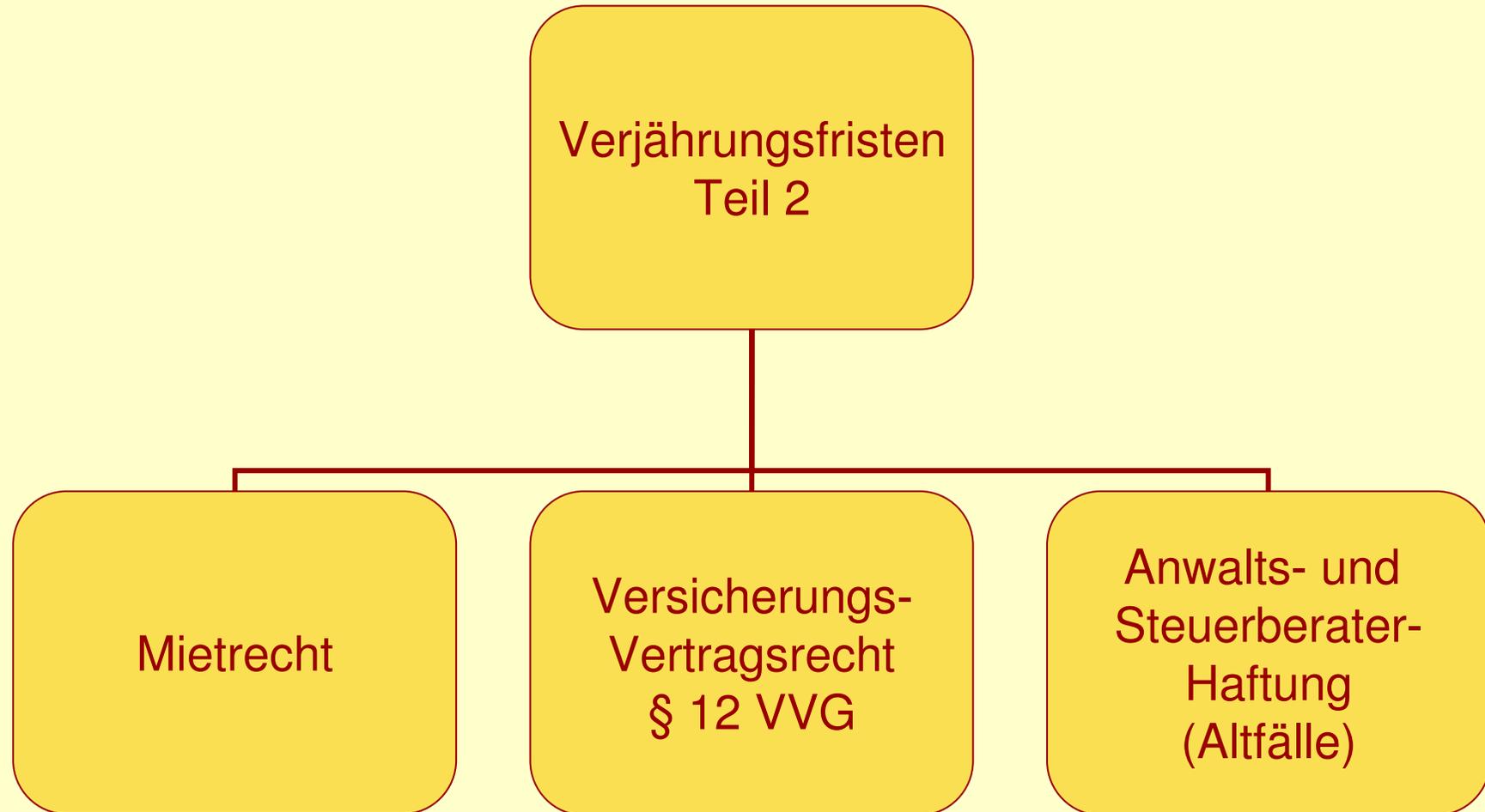
# Fristenkontrolle



# Fristenkontrolle



# Fristenkontrolle



# Fristenkontrolle

- Maßstab: erfolgreicher Wiedereinsetzungsantrag
- **Beachte:**
- Bei Verzicht auf Fristenkontrollbuch und Postausgangsbuchs gefährdet der RA seinen Versicherungsschutz

# Fristenkontrolle

- ***Leitsätze:***
  - Fristenkontrollbuch führen
  - Jeden Fristablauf vermerken
  - Überwachung durch tägliche Einsichtnahme
  - Löschung der Frist erst bei Postfertigkeit
  - Wirksame Ausgangskontrolle  
(Postausgangsbuch)

# Berechnen/Notieren der Fristen

- Durch ausgebildetes und eingewiesenes Personal
- Ungewöhnliche Fristen durch Anwalt selbst
- Genaues Ende der Frist notieren

# Fristwahrung

- Unterschrift des Anwalts durch Personal kontrollieren lassen
- Postulationsfähigkeit des Anwalts prüfen
- Bei Büroschluss -> Überprüfung unerledigter Fristen

# Fristwahrung

- Sonderfall: Fristwahrung durch Telefax
- Grds. anerkannt
- Schreiben muss ordnungsgemäss unterzeichnet sein
- Sendebericht muss überprüft werden
- Überetragung muss rechtzeitig erfolgen

# Fristwahrung

- **Beachte:**
- Einwurf in den fristwahrenden Briefkasten ist grds. sicherster Weg bei drohendem Fristablauf
- Aber: nicht alle fristwahrenden Briefkästen sind auch für alle Gerichte tatsächlich fristwährend

# Wiedereinsetzung

- Grundsatz: Für Notfristen kann Wiedereinsetzung gewährt werden
- Keine Wiedereinsetzung bei Säumnis materiell-rechtlicher Fristen
- § 234 ZPO: Frist für Antrag auf Wiedereinsetzung -> 2 Wochen ab Wegfall des Hindernisses

# Anwaltshaftung

- Allgemeines:
- Besorgniserregendes Ausmaß der Haftungsgefahren
- Reißerische Darstellungen in der Wirtschaftspresse
- Postulat: „juristischer Supermann“ als Maßstab

# Anwaltshaftung

- Allgemeines:
- Zu jedem fünften Versicherungsvertrag wird einmal jährlich ein Haftpflichtfall gemeldet
- Alle 2,2 Jahre durchschnittlich eine Inanspruchnahme
- 90 % aller Schäden sind Spätschäden
- 40 % aller Haftpflichtfälle -> Fristtäumnisse

# Anwaltshaftung

- **Gründe:**
- Zunehmende Komplexität
- Gesetzesflut
- Schuldrechtsmodernisierung

# Anwaltshaftung

- **Risiken:**
- Existenzrisiko
- Bezahlbarkeit der Versicherungsprämie
- Erhaltung der Versicherbarkeit des Risikos
- Vermeidung des Widerrufs der Zulassung
- Vermeidung eines Imageverlustes
- Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile

# Anwaltshaftung

- Haftung aus § 280 BGB ggü. Mandant
- ausn. Haftung ggü. Dritten, wenn
  - Leistungsnähe des Dritten
  - Rat ist Grundlage einer wirtschaftlichen Entscheidung
  - RA kann Drittbezogenheit erkennen
  - Schutzbedürftigkeit des Dritten

# Anwaltshafung

- Pflichtverletzung
  - Vgl. Darstellung im ersten Teil
- Verschulden
  - Beachte: hypothetische Reserveursache
- Schaden
  - Beachte: Vorteilsausgleich
- Mitverschulden, § 254 BGB
  - Anspruchskürzung

# Anwaltshaftung

- Beispiel für Mitverschulden:
- Unzutreffende, fehlerhafte Darstellung des Sachverhalts
- Gerichtskostenvorschuss wird nicht eingezahlt

# Anwaltshaftung

- Haftungsbegrenzung - § 51a I BRAO
- Zwei Alternativen:
  - § 51a I Nr. 1 BRAO: 250 TEURO für alle Fälle der FL
  - § 51 a I Nr.2 BRAO: 1 Mio EUR für Vorsatz und grobe FL

# Anwaltshaftung

- Haftung durch Fehlverhalten Dritter
- **Beachte:** Haftung des freien Mitarbeiters
- Grds. keine eigene Haftung
- Aber: Eigenhaftung des freien Mitarbeiters, wenn Auftritt des freien Mitarbeiters nach **außen** hin erfolgt

# Anwaltshaftung

- Haftung durch Fehlverhalten Dritter
- **Beachte:**
- Wenn durch Briefbögen und/oder Kanzleischild dem durchschnittlichen Mandanten suggeriert wird, der Mitarbeiter sei Mitinhaber der Kanzlei -> Eigenhaftung

# Anwaltshaftung

- Haftung durch Fehlverhalten Dritter
- **Problem:**
- ausdrücklicher Hinweis auf die Stellung als freier Mitarbeiter oder Angestellter
- bisher nicht entschieden
- mE auch hier Eigenhaftung

# Anwaltshaftung

- Haftung durch Fehlverhalten Dritter
- sog. „Scheinsozietät“ führt zur gesamtschuldnerischen Haftung

# Anwaltshaftung

- Haftungskonzentration
- § 51a II BRAO biete die Möglichkeit der Konzentration der Haftung auf den Bearbeiter des jeweiligen Mandats

# Anwaltshaftung

- Verjährungsfristen für vertragliche Ansprüche
- Ab 15.12.2004: Regelverjährung
- Für Altfälle (bis 14.12.2004): § 51 b BRAO

# Anwaltshaftung

- Neue Rechtslage:
- Beginn der Verjährungsfrist am Schluss des Jahres,
  - In welchem der Anspruch entstanden ist und
  - der Mandant Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen bekommen hat oder grob fahrlässig keine Kenntnis hatte

# Anwaltshaftung

- Konsequenz der neuen Rechtslage:
- Gleichsam „zeitlich unbegrenzte“ Inanspruchnahme möglich
- -> längere Frist zur Aufhebung der Dokumentation (§ 50 II Nr.1 BRAO: 5 Jahre)
- -> dreißig Jahre Aufbewahrung sinnvoll

# Anwaltshaftung

- Alte Rechtslage:
- Sog. Primärverjährung: Beginn ab Pflichtverletzung, spätestens ab Ende des Mandats ->drei Jahre
- sodann: sog. Sekundärverjährung

# Berufshaftpflichtversicherung

- § 51 BRAO:
- Verpflichtung zum Abschluss und zur Aufrechterhaltung einer Berufshaftpflichtversicherung

# Berufshaftpflichtversicherung

- Berufshaftpflichtversicherung ist keine Pflichtversicherung im Sinne des Pflichtversicherungsgesetzes
- Kein direkter Anspruch des Geschädigten gegen den Haftpflichtversicherer
- Mindestrahmen: 250 TEURO

# Berufshaftpflichtversicherung

- Beachte:
- Verstoß gegen die Pflicht zur Unterhaltung der Versicherung stellt schwerwiegende Berufspflichtverletzung dar -> führt zwingend zum Widerruf der Zulassung

# Berufshaftpflichtversicherung

- RA ist verpflichtet, der RA-Kammer
- Beendigung des VersVertrages
- Wechsel des Versicherers
- Änderung der Form der beruflichen Tätigkeit
- Widerruf der vorläufigen Deckung etc. anzuzeigen

# Berufshaftpflichtversicherung

- § 1 I Ziffer 1 AVB:
- „Der Versicherer gewährt dem Versicherungsnehmer Versicherungsschutz (Deckung) für den Fall, dass er wegen eines bei der Ausübung beruflicher Tätigkeit – von ihm selbst oder einer Person, für die er einzutreten hat – begangenen Verstosses von einem anderen aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird.“

# Berufshaftpflichtversicherung

- Verstoßprinzip
- Nicht „claims made“ – Prinzip, d.h. Erhebung des Anspruchs
- Selbstbeteiligung (max. 2.500, 00 EUR)
- Gebühreneinwurf (verhandeln !)

# Berufshaftpflichtversicherung

- Umfang der Versicherung:
- Befriedigung begründeter bzw.
- Abwehr unbegründeter Ersatzansprüche
- Versicherung hat Freistellungsfunktion und Funktion einer Rechtsschutzversicherung
- Beachte: Vorsatz als wesentliche Pflichtverletzung führt gem. § 152 VVG zum Ausschluss der Eintrittspflicht

# Berufshaftpflichtversicherung

- Beachte:
- Sozierenklausel nach § 12 AVB

**Vielen Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit !**