

AnwaltsPraxis

Diercks-Harms/Brodhun

Basiswissen und Strategien für junge Anwälte

Der perfekte Schachzug im Zivilprozess

2. Auflage



Deutscher AnwaltVerlag

Diercks-Harms/Brodhun

Basiswissen und Strategien für junge Anwälte

AnwaltsPraxis

Basiswissen und Strategien für junge Anwälte

Der perfekte Schachzug im Zivilprozess

2. Auflage 2021

Von
Rechtsanwältin
Dr. Kerstin Diercks-Harms, Celle
und
Richter am Landgericht
Dr. Rüdiger Brodhun, Lüneburg



Deutscher**Anwalt**Verlag

Zitiervorschlag:

Diercks-Harms/Brodhun, Basiswissen und Strategien für junge Anwälte, § 1 Rn 1

Hinweis

Die Ausführungen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Eigenverantwortung für die Formulierung von Verträgen, Verfügungen und Schriftsätzen trägt der Benutzer. Herausgeber, Autoren und Verlag übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Buch enthaltenen Ausführungen.

Anregungen und Kritik zu diesem Werk senden Sie bitte an
kontakt@anwaltverlag.de

Autoren und Verlag freuen sich auf Ihre Rückmeldung.

Copyright 2021 by Deutscher Anwaltverlag, Bonn

Satz: Griebisch + Rochol Druck GmbH, Hamm

Druck: Hans Soldan Druck GmbH, Essen

Umschlaggestaltung: gentura, Holger Neumann, Bochum

ISBN 978-3-8240-1646-4

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Vorwort

Warum dieses Buch? Warum noch ein Buch im Anwaltsrecht? Welche „Basics“ benötigen anwaltliche Berufseinsteiger?

Nicht nur Berufsanfängerinnen und -anfängern, sondern auch gestandenen Anwältinnen und Anwälten drängen sich nach der Abgabe eines Schriftsatzes oder nach einer mündlichen Verhandlung bisweilen Zweifel auf, alles richtig gemacht zu haben. Dabei kann es sich auch um ganz grundsätzliche Probleme aus dem Verfahrensrecht handeln, von denen man meint, dass man es doch hätte wissen können, vielleicht sogar wissen müssen. Oder es geht um nicht ganz von der Hand zu weisende Bedenken, ob durch eine bestimmte zulässige strategische Maßnahme, mithin anwaltliches Taktieren, die Rechte des Mandanten/der Mandantin klüger hätten wahrgenommen werden können.

An diesem Punkt setzt die Idee für das vorliegende Buch an. Wir möchten im Rahmen einer nicht zu umfangreichen, vielmehr lesbaren Darstellung – also nicht im Sinne eines Nachschlagewerkes – Standardfragen sowie spezielles anwaltliches prozesstaktisches Vorgehen aufzeigen, zum einen um ein entsprechendes Hintergrundwissen – ggf. zur Auffrischung – anzubieten, zum anderen, um an der einen oder anderen Stelle zur Vertiefung des Verfahrensrechts aus anwaltlicher Sicht zu ermuntern. Dabei soll der Leser auch vom Blickwinkel eines Zivilrichters profitieren.

Es lohnt sich, mit verfahrensrechtlichem Wissen gewappnet in die mündliche Verhandlung zu gehen. Allein, um sich von den anderen Verfahrensbeteiligten nicht zu Unrecht in die Enge treiben zu lassen, ist Konterpotenzial gefordert. Variierende Prozesssituationen verlangen überdies immer wieder andere Reaktionen.

Die hier gegebene Sammlung verfahrensrechtlicher Fragen nebst Vorschlägen zum zweckmäßigen – und gerichtlich akzeptierten – Vorgehen im Zivilprozess orientiert sich an praxisnahen Fallgestaltungen. Diese wurden bei Weitem nicht umfassend abgehandelt, um eine Ausuferung zu vermeiden.

Wir meinen, dass unsere Darstellung durchaus auch für Rechtsreferendarinnen und -referendare geeignet ist, um sich auf die Zweite Juristische Staatsprüfung im Bereich des Anwaltsrechts vorzubereiten.

Wir möchten abschließend noch darauf hinweisen, dass im Sinne unserer Darstellung stets auch die Rechtsanwältin gemeint ist. Lediglich um die Lesbarkeit zu erleichtern, wurde ausschließlich auf maskuline Formen abgestellt.

Die zweite Auflage haben wir zum Anlass genommen, die Darstellung zu aktualisieren und neue Rechtsprechung einzuarbeiten.

Wir freuen uns, dass unser Konzept aufgegangen ist und sind dankbar für die überaus positive Aufnahme unseres Buchs über das Know-how für Berufsanfänger, ferner auch und vor allem in der Referendarausbildung und zur Examensvorbereitung.

Celle, im September 2020

Dr. Kerstin Diercks-Harms
Dr. Rüdiger Brodhun

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
§ 1 Die bestmögliche Vertretung des Mandanten	19
A. Eigener Anspruch an die anwaltliche Tätigkeit	19
B. Materiell-rechtliche Aspekte eines Falles – Rechtsgestaltung	20
C. Tragweite anwaltlicher Strategien im Prozess	22
§ 2 Die finanziellen Aspekte eines zivilprozessualen Mandats	23
A. Einleitung	23
B. Rechtsschutzversicherter Mandant	23
I. Formen des Rechtsschutzes	23
II. Risikoausschlüsse der AGB der Versicherungen	24
III. Hinweispflicht des Rechtsanwalts	25
C. Zahlungskräftiger (nicht rechtsschutzversicherter) Mandant	26
D. Kostenhilfebedürftiger Mandant	27
E. (Drohend) insolventer Mandant	28
I. Mandatierung und Mandatsbeendigung	28
II. Gebührenrechtliche Fragen	29
§ 3 Die Mandatsannahme	33
A. Mandatsanbahnung	33
I. Kein Interessenkonflikt	33
II. Private Anfragen	34
III. Mandate per Fernabsatz	34
IV. Telefonische Auskünfte	35
V. Ablehnung eines Mandatsangebots	36
VI. Bereits vertretener Mandant	36
B. Der Rechtsanwaltsvertrag	37
C. Besprechungstermin	38
I. Fristenberechnung	38
II. Unterlagen und Datensammlung	41
III. Klärung des Sachverhaltes	43
D. Belehrung über Gebühren/§ 49b Abs. 5 BRAO	45
E. Kündigung eines anderweitigen Mandats	46
F. Vollmachten	48
I. Vorteile einer Vollmachtserteilung	48
II. Gebührenrechtliche Aspekte	49

III. Prozessvollmacht	52
IV. Fehlende Prozessvollmacht	52
G. Sinn und Zweck eines Aktenvermerks	53
H. Aktenführung	54
I. Briefe an den Mandanten	55
J. Exkurs: Der schwierige Mandant	57
§ 4 Die außerprozessualen Strategien	61
A. Einleitung	61
B. § 43d BRAO – Inkassodienstleistungen	61
C. Sachlichkeit und Stilfragen	62
D. Brief an den Anspruchsgegner	64
I. Fristwahrende Erklärungen	64
II. Inverzugsetzungen	64
III. Begründung von Schadensersatz-, Rücktritts- und Minderungs- ansprüchen	66
IV. Begründung von erhöhter Haftung	66
V. Vorsicht bei rechtsgestaltenden Willenserklärungen	66
VI. Zugang	67
VII. Anwaltlich vertretene Gegenpartei	68
VIII. Obliegenheiten des Schuldnervertreters	68
E. Korrespondenz mit der Rechtsschutzversicherung	69
I. Deckungsschutzanfrage als eigene Angelegenheit	69
II. Gebührenerstattung für Deckungsschutzanfrage durch den Gegner ..	70
III. Deckungsschutzanfrage als Verzugsschaden	71
IV. Keine anwaltliche Berufspflicht gegenüber der Rechtsschutzver- sicherung	71
F. Telefonieren	72
I. Mit dem Mandanten	72
II. Mit der Rechtsschutzversicherung	73
III. Mit dem gegnerischen Rechtsanwalt/der Gegenpartei	73
IV. Mit dem Gericht	74
G. Anwaltliche Ermittlungen zum Sachverhalt	74
I. Aufklärungspflicht des Rechtsanwalts	74
II. Akteneinsicht	76
III. Einholen von Melderegisterauskünften	76
IV. Einholung weiterer Auskünfte	77
V. Eigene Beweiserhebungen des Rechtsanwalts	78
VI. Erstattungsfähigkeit von Detektivkosten	80
H. Außergerichtlicher Vergleich	80
I. Verjährungshemmung	83
II. „Erlassfalle“	84

I. Schuldanerkenntnis	84
I. Interessenlage des Gläubigers	84
II. Interessenlage des Schuldners	85
J. Kostenreduzierung im Sinne des Mandanten	85
I. Beratungshilfe	86
II. Erstberatung	88
III. Einfaches anwaltliches Schreiben	89
IV. Kostentragungspflicht des Anspruchsgegners	90
1. Rechtsverfolgungskosten als Verzugsschaden	90
2. Anwaltsgebühren als vergebliche Aufwendungen	90
3. Zahlungsansprüche wegen einer Straftat	91
4. Ersatz von Anwaltsgebühren für Forderungsabwehr	92
V. Prüfung der Wirtschaftlichkeit eines Prozesses	93
VI. Konsensuale Streitschlichtung	94
VII. Forderung gegen Gesamtschuldner	94
VIII. Deckungsschutz von der Rechtsschutzversicherung	95
IX. Prozesskostenhilfe/Verfahrenskostenhilfe	96
1. Umfang des Kostenschutzes	96
2. Berechnung der wirtschaftlichen Voraussetzungen	97
3. Erfolgsaussichten	99
4. Nutzen	100
5. Vergünstigung	101
6. Vertretung des Antragsgegners im Prüfungsverfahren	101
7. Prozessfinanzierungen	102
§ 5 Die Vertretung des Klägers im Prozess	105
A. Einleitung	105
B. Verjährungs- und Fristenfallen	105
I. Überprüfung der materiell-rechtlichen Fristen	105
1. Beginn der Verjährungsfrist	106
2. Hemmung	107
3. Neubeginn der Verjährung	109
II. Klagefristen	109
III. Demnächst-Zustellung	110
IV. Fristenkontrolle – Anwaltliche Sorgfaltspflichten	113
C. Zulässigkeitsfragen	115
I. Schlichtungsgesetze	115
1. Reichweite der Schlichtungsgesetze	116
2. Gütestellenverfahren	116
a) Qualifikation der Gütestelle	117
b) Verfahren vor der Gütestelle	117
c) Vollstreckbarkeit	118

II. Schiedsvereinbarung	118
1. Anforderungen	118
2. Schiedsvereinbarung	118
3. Form	118
III. Verbraucherstreitbeilegungsgesetz	119
D. Gestaltung der Rechtslage/Verbesserung der Prozesschancen	119
E. Mahnverfahren	121
I. Zulässigkeit	121
1. Voraussetzungen	121
2. Besondere Zuständigkeiten	121
3. Grenzüberschreitender Rechtsverkehr	122
4. Europäisches Verfahren für geringfügige Forderungen	123
II. Vorgehensweise	123
1. Zuständigkeit	123
2. Vordrucke/Online-Verfahren	124
III. Korrekte Angaben	124
IV. Vorteile und Nachteile	125
V. Widerspruch	127
VI. Verfahren nach Widerspruch	128
VII. Verfahren nach Einspruch	129
1. Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung	129
2. Maßnahmen des Antragstellers	130
3. Wiedereinsetzungsantrag des Antragsgegners	130
F. Klageverfahren	131
I. Zuständiges Gericht	132
1. Rechtsweg	132
2. Zuständiges Gericht	133
a) Sachliche Zuständigkeit	133
b) Örtliche Zuständigkeit	134
c) Spruchkörper	135
II. Bezeichnung der Parteien	136
1. Natürliche Personen	136
2. Parteien kraft Amtes	136
3. Firmen	136
a) Genaue Firmenbezeichnung	136
b) Blick auf spätere Zwangsvollstreckung	137
4. Ladungsfähige Anschrift	138
5. Weitere Angaben	138
6. Parteirollen	139
7. Taktische Erwägungen	139
8. Kostenaspekte	140
III. Streitgegenstand und Streitwert	140

IV. Anträge	142
1. Zahlungsanträge	142
2. Nebenforderungen zur Klage	143
a) Zinsen	143
aa) Zinssätze	143
bb) Zeitpunkt des Verzuges	144
cc) Rechtshängigkeitszinsen	148
b) Rechtsverfolgungskosten	148
3. Schmerzensgeld und andere unbezifferte Klageanträge	150
4. Stufenklage	150
5. Anträge Zug-um-Zug	151
6. Feststellungsantrag	152
7. Antrag auf Feststellung eines Anspruchs aus unerlaubter Handlung	154
8. Antrag auf Herausgabe	154
9. Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils	155
10. Antrag auf Zustellung ohne Gerichtskostenvorschuss	155
V. Sachvortrag	156
1. Schlüssigkeit und Substanz	156
a) Anforderungen	157
b) Anlagen	158
c) Schreibstil	159
d) Fristen	160
e) „Flucht in die Säumnis“	161
2. Wahrheitsgemäßer Sachvortrag	162
a) Keine Lügen	162
b) Vollständiger Vortrag	162
c) Keine Behauptungen „ins Blaue hinein“	162
d) Hilfsweises Vorbringen	163
e) Grenzen der Wahrheitspflicht	163
VI. Beweisangebote	163
1. Sachverständigengutachten	164
a) Einholung von Amts wegen	164
b) Auswahl des Gutachters	164
2. Augenschein	165
a) Beweisantritt	165
b) Zugriff auf den Gegenstand des Beweises	166
3. Parteivernehmung	166
a) Antrag auf Vernehmung	167
b) Sinn und Zweck	167
4. Urkunden	168
a) Förmlicher Beweisantritt	168
b) Zeitpunkt	168

c) Vorlage des Originals	169
d) Beweiskraft elektronischer Dokumente	169
e) Keine Erforschung durch das Gericht	169
f) Zugriff auf die Urkunde	169
g) Beweisvereitelung	170
5. Zeugen	170
a) Zeugenfähigkeit	171
b) Taktische Fragen	171
c) Zeugenbenennung	171
d) Schriftliche Zeugenaussage	172
e) Abtretung einer Forderung zur Verbesserung der Beweislage ..	172
f) Verbürgen für die Kosten	173
6. Amtliche Auskunft	173
7. Beweislast	174
a) Umkehr der Beweislast	174
b) Beweispflicht des Mandanten	174
c) Beweispflicht der anderen Partei	175
8. Beweiserleichterungen	175
a) Vertragliche Vereinbarung	175
b) Beweis des ersten Anscheins	175
c) Indizienbeweis	176
d) Rechtsvermutungen	176
e) Schadensermittlung	177
f) Schadensschätzung	177
9. Auswahl der Beweismittel und Beweisprognose	179
10. Vereitelung von Beweisen	179
VII. Rechtsausführungen	181
VIII. Prozessökonomie einer Teilklage	183
1. Besonderheiten	183
2. Gewinn und Nutzen	184
IX. Unterschrift und Ausfertigungen	184
X. Absendung	186
XI. Gerichtskostenvorschuss	188
1. Streitwert der Klage	189
2. Anzahl der zu entrichtenden Gerichtsgebühren	191
XII. Gebühren	192
1. Gegenstandswert	193
2. Anzahl der zu entrichtenden Anwaltsgebühren	193
3. Prozesskostenrisiko	194
G. Einstweiliger Rechtsschutz	195
I. Effektiver Rechtsschutz	196
II. Arrest	196

III. Einstweilige Verfügung	197
1. Sicherungsverfügung	197
2. Regelungsverfügung	197
3. Leistungsverfügung	198
IV. Prozessuales Vorgehen	198
1. Auswahl des zuständigen Gerichts	199
2. Antragstellung	199
3. Glaubhaftmachung	199
4. Zustellung und Vollziehung	200
a) Zustellung im Parteibetrieb	200
b) Amtszustellung	201
c) Vollzug	201
5. Schadensersatzansprüche	201
6. Schutzschrift, Widerspruch und Berufung	201
H. Urkundenprozess	202
I. Vorteile	202
II. Besonderheiten der Klageschrift	203
III. Vorgehen des Beklagten	203
IV. Vorgehen des Klägers nach Vorbehaltsurteil	205
I. Selbstständiges Beweisverfahren	206
I. Zweck und Vorteil des selbstständigen Beweisverfahrens	206
II. Antragsvoraussetzungen	206
III. Antragsinhalt	207
1. Tatsachenvortrag	207
2. Bezeichnung der Beweismittel	208
3. Kostenersatz	208
§ 6 Die Maßnahmen des Beklagten	211
A. Einleitung	211
B. Möglichkeiten der Verteidigung	211
C. Prüfung der Verfahrensaussichten	211
D. Anwaltliche Beratung	212
I. Kostenaspekte	212
II. Anerkenntnis	212
III. Absehen von einer Verteidigung/kostengünstiges Vorgehen	214
E. Einspruch gegen ein Versäumnisurteil	215
F. Verfahrensrügen	217
G. Bestreiten und Geständnis	218
I. Bestreiten von Tatsachen	218
1. Bestreiten mit Nichtwissen	219
2. Einfaches Bestreiten	220
3. Substantiiertes Bestreiten	220

II. Eingestehen von Tatsachen	221
H. Einreden und Einwendungen	221
I. Aufrechnung und Hilfsaufrechnung	222
J. Widerklage	224
I. Allgemeines	224
II. Hilfswiderklage	226
III. Isolierte Drittwiderklage	226
IV. Negative Feststellungswiderklage	226
§ 7 Die Taktiken während des Rechtsstreits	229
A. Einleitung	229
B. Verweisungsantrag	229
C. Klageerhöhung	229
D. Antrag auf Erlass eines Teilurteils	230
E. Antrag auf Erlass eines Grundurteils	230
F. Klageänderung	232
G. Erledigung	234
I. Erfüllung vor Anhängigkeit	234
II. Erfüllung vor Rechtshängigkeit	235
III. Erledigung nach Rechtshängigkeit	236
IV. Teilweise Erledigung	238
V. Prozessuale Möglichkeiten des Beklagten	238
H. Klagerücknahme	239
I. Verzicht	240
J. Strategien bei verspätetem Vorbringen	240
K. Vergleichsweise Lösungen	243
L. Streitverkündung	246
M. Verfahrensrügen	248
N. Terminänderung	249
O. Ruhen des Verfahrens	251
P. Befangenheitsantrag	251
I. Befangenheitsantrag gegen einen Richter	252
II. Befangenheitsantrag gegen einen Sachverständigen	255
§ 8 Die Verhandlungsstrategien	257
A. Einleitung	257
B. Vorbereitende Maßnahmen	257
C. Terminswahrnehmung	258
I. Anordnung des persönlichen Erscheinens des Mandanten	258
II. Keine Anordnung des persönlichen Erscheinens	258
III. Termin in Untervollmacht	259

D. Terminsverlauf	260
I. Einseitiger Termin	260
II. Güteverhandlung	261
III. Streitige Verhandlung	263
1. Antragstellung	263
2. Verfahrensrügen	265
3. Bitte um richterlichen Hinweis	266
4. Die Flucht in die Säumnis	267
5. Vortragen im Termin	268
6. Anträge auf Protokollaufnahme	269
7. Beweiserhebung	270
a) Fragerecht	270
aa) Befragung des Sachverständigen	270
bb) Befragung einer Partei	270
cc) Zeugenbefragung	271
b) Verhandeln über Beweisergebnis	272
aa) Urkundenbeweis	273
bb) Beweis durch Sachverständige	273
cc) Parteivernehmung	273
dd) Zeugenaussagen	274
E. Schluss der mündlichen Verhandlung	276
§ 9 Die Taktik nach mündlicher Verhandlung	277
A. Einleitung	277
B. Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung	277
C. Anhörungsrüge	278
D. Gegenvorstellung	279
E. Dienstaufsichtsbeschwerde	279
§ 10 Klagevorbehalte, speziell: Verfahrensdauer von Prozessen ..	281
§ 11 Mediation und außergerichtliche Konfliktbeilegung	285
A. Einleitung	285
B. Mini-Trial	285
C. Adjudication	285
D. Mediation	286
E. Außergerichtlich erarbeitete Vereinbarungen	286
F. Schiedsverfahren	287
I. Vor- und Nachteile einer Schiedsvereinbarung	287
1. Vorteile	287
2. Nachteile	287

II. Urteilswirkung	288
III. Vollstreckung des Urteils	288
§ 12 Nach der ersten Instanz	289
A. Fristennotierung	289
B. Tatbestandsberichtigungsantrag	289
C. Antrag auf Ergänzung des Tatbestands	290
D. Teilweise oder vollständig verlorener Prozess	291
I. Gehörsrüge und Gegenvorstellung	291
II. Beschwerde	293
III. Berufung	293
1. Gründe für eine Berufung	293
2. Angreifbare Urteile	294
3. Beschwer	294
4. Die Berufungsfrist	296
5. Die Berufungsbegründungsfrist	297
6. Berufungsantrag	298
7. Berufungsbegründung	299
8. Neuer Tatsachenvortrag	302
9. Parteiwechsel und Nebenintervention in der Berufung	304
10. Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe	304
11. Keine Wiedereinsetzung bei fehlender Deckungszusage	305
12. Kostenreduzierung bei Rücknahme der Berufung	306
13. Klageänderung, Aufrechnung und Widerklage in der Berufung ..	306
14. Berufungserwiderung und Anschlussberufung	307
15. Die Vorbereitung einer Revision oder Nichtzulassungsbe- schwerde	310
§ 13 Revision, Sprungrevision und Nichtzulassungsbeschwerde .	313
A. Einleitung	313
B. Revision	313
C. Nichtzulassungsbeschwerde	314
I. Rechtsschutzversicherter Mandant	315
II. Prozesskostenhilfeantrag zum BGH	315
III. Erfolgsaussichten für eine Nichtzulassungsbeschwerde	315
D. Sprungrevision	316
§ 14 Die Rechtsbeschwerde	317
A. Einleitung	317
B. Gesetzlich vorgesehene Rechtsbeschwerde	317

C. Zulassung durch das Gericht	318
D. Anschlussrechtsbeschwerde	319
§ 15 Die Verfassungsbeschwerde	321
A. Einleitung	321
B. Erschöpfung des Rechtsweges	321
C. Fristen und Form	322
D. Verfahren vor dem BVerfG	322
E. Erfolgshoffnungen	323
F. Etwaige Übernahme des Verfahrens	323
Stichwortverzeichnis	325

§ 1 Die bestmögliche Vertretung des Mandanten

A. Eigener Anspruch an die anwaltliche Tätigkeit

Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege,¹ § 1 BRAO. Nach § 3 Abs. 1 BRAO ist der Rechtsanwalt „*der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten*“. Er übt einen freien Beruf aus und darf keine Bindungen eingehen, die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden, § 43a Abs. 1 BRAO. Die Souveränität ist essentielle Voraussetzung für das besondere Vertrauensverhältnis, das zwischen ihm und seinem Mandanten bestehen muss. Auch wenn der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege gegenüber dem Allgemeinwohl verpflichtet ist, dient seine Tätigkeit aufgrund seiner vertraglichen Verpflichtung primär den Interessen seines Mandanten. Den Klienten optimal zu vertreten, ist also das vorrangige Ziel der anwaltlichen Fallbearbeitung.

Mit seiner besonderen Fachkompetenz in bestimmten Rechtsgebieten, einer – selbstverständlichen – Zuverlässigkeit und einem zügigen Bearbeitungstempo der Aufträge kann der Rechtsanwalt seinen eigenen Qualitätsansprüchen genügen und sich einen dauerhaften Mandantenstamm erarbeiten.² Ein Rechtsanwalt ist dann ein „guter“ Rechtsanwalt, wenn er die Fähigkeiten und Kenntnisse mitbringt und anwendet, die er braucht, um die Rechtsangelegenheit, die er zu regeln helfen soll, sachgerecht zu bearbeiten. Und ein solcher Rechtsanwalt lehnt die Bearbeitung eines Mandats ab, für das er nicht die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt oder welches ihn überfordert.³ Die Bundesrechtsanwaltskammer definiert als Kernqualitäten der Rechtsanwaltschaft: „*Unabhängig, verschwiegen, kompetent und loyal*“. Das wichtigste Qualitätskriterium ist die Kompetenz eines Rechtsanwalts, wobei die Begriffe „guter Rechtsanwalt“ und „kompetenter Rechtsanwalt“ fast identisch sind. Ein Anwalt ist dann kompetent, wenn er genau die Kenntnisse

- 1 Kaum ein Begriff der Bundesrechtsanwaltsordnung ist schillernder und wird von jedermann für jede Zweckbestimmung herangezogen. Dieser Ehrentitel der Anwaltschaft in der Rechtsprechung wird dann bemüht, wenn es gilt, Verpflichtungen des Anwalts zu normieren, für die eine andere Rechtsgrundlage nicht recht gefunden werden kann. Instruktiv zur Bedeutung des Begriffs des Organs der Rechtspflege im Anwaltsrecht: *Kilian* (Der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege – eine Spurensuche. Wie die „Organformel“ in den § 1 BRAO gelangte – und wie sie missbräuchlich genutzt werden kann, juris = AnwBl 2019, 662–667), der als Resümee zieht, dass die Organformel zweifellos gut gemeint, aber schlecht gemacht ist und jedenfalls eine normativ verankerte Erinnerung daran ist, dass Rechtsanwälte in einem Rechtsstaat eine tragende, eine unverzichtbare Säule sind, aus der zugleich folgt, dass sie stets mit anderen „Organen“ auf Augenhöhe agieren.
- 2 Als nahezu unverzichtbarer Coach für den Berufseinsteiger ist das Standardwerk „Erfolgreich starten als Rechtsanwalt“, hrsg. von *Trimborn v. Landenberg* (6. Aufl. 2018), zu empfehlen.
- 3 S. dazu den lesenswerten Beitrag „Guter Rechtsanwalt – Schlechter Rechtsanwalt. Und wie man sie beide voneinander unterscheidet. Zur Qualität anwaltlicher Arbeit“, unter: <https://justiz-und-recht.de/guter-rechtsanwalt-schlechter-rechtsanwalt>. Dort auch: „*Ein guter Rechtsanwalt ist der, der gut für seinen Mandanten ist.*“

und Fähigkeiten hat, um die Angelegenheit, die ihm aufgetragen wurde, einer sachgerechten Lösung zuführen zu können.⁴ Dazu gehört auch die Beherrschung anwaltlicher Strategien.

- 2 Im Vordergrund der anwaltlichen Tätigkeit dürften oftmals die Beratung der Mandanten und, wenn möglich, eine außergerichtliche Konfliktbeilegung stehen. Ist ein Prozess unausweichlich, gewinnen die legitimen Mittel, welche im Zivilverfahren und bei seiner Vorbereitung, vor allem durch die Zivilprozessordnung,⁵ vorgegeben sind und eingeräumt werden, an Bedeutung. Die genaue Kenntnis des Prozessrechts verschafft nicht nur einen maßgebenden taktischen Vorteil, sondern kann auch entscheidend für das Gewinnen des Rechtsstreits sein.
- 3 Dringend abgeraten wird, mit fragwürdigen Mitteln zu arbeiten, um nicht in den Ruf eines „Winkeladvokaten“ zu geraten und das Vertrauen des eigenen Mandanten, der Kollegen und der Gerichte zu gefährden.
- 4 In dieser Abhandlung sollen Strategien der außergerichtlichen Tätigkeit und für das zivilprozessuale Erkenntnisverfahren vermittelt werden.

B. Materiell-rechtliche Aspekte eines Falles – Rechtsgestaltung

- 5 Bei seiner Beauftragung wird der Rechtsanwalt – vor allem wenn sich die Angelegenheit noch in einem vorgerichtlichen Stadium befindet – nicht stets vor vollendete Tatsachen gestellt, sondern er kann durchaus noch „etwas bewegen“. Hier gilt der lateinische Rechtsgrundsatz *„Ius vigilantibus scriptum“*: *„Das Recht ist für den Wachsamsten geschrieben.“* Gerade bei der außerforensischen Anwaltstätigkeit ist demgemäß vom Rechtsanwalt die Aufmerksamkeit gefordert, dafür zu sorgen, dass die Rechte des Mandanten gewahrt und zu dessen Gunsten ausgeschöpft werden. Anlässlich seiner Involvierung kann der Rechtsanwalt die Sach- und Rechtslage durchaus noch gestaltend⁶ beeinflussen, etwa durch:
 - die Abgabe eines Angebots, § 145 BGB, ggf. auch unter Bedingungen, § 158 BGB, oder eine Zeitbestimmung, § 163 BGB,
 - eine Ablehnung, speziell bei einer verspäteten oder geänderten Annahme, § 150 BGB,

4 Näher dazu: <https://justiz-und-recht.de/guter-rechtsanwalt-schlechter-rechtsanwalt>.

5 Auf die Verfahrensordnungen und spezial-gesetzlichen Regelungen, u.a. nach dem FamFG, ArbGG, SGG, VwGO, InsO usw. kann im Einzelnen nicht eingegangen werden.

6 Die Rechtsgestaltung ist auf die Schaffung oder Veränderung bestehender Rechtsverhältnisse gerichtet; BGH, Urt. v. 26.7.2001 – III ZR 172/00, juris Rn 23 = BGHZ 148, 313–321.

- eine Anfechtungs- oder Rücktrittserklärung oder eine Kündigung, u.a. nach §§ 121, 123, 323 ff., 346 ff., 434, 440, 527, 622, 626 BGB,⁷
- eine Aufrechnungserklärung, § 388 BGB,
- eine Fristsetzung, u.a. gemäß §§ 281, 326, 634 BGB,
- das Geltendmachen von Reisemängeln, § 651g BGB,
- eine In-Verzug-Setzung, §§ 287 f., 818 ff., 1613 BGB,
- eine Mahnung, § 286 Abs. 1 BGB,
- ein Minderungsverlangen, u.a. nach §§ 438, 536, 638 BGB,
- ein Schuldanerkenntnis, §§ 780, 781 BGB,
- einen Widerspruch bei einer sozial ungerechtfertigten Mietvertragskündigung, § 574 BGB.

Hier zeigt sich, dass auch materiell-rechtliche Normen entscheidenden Einfluss auf die weitere Entwicklung der Auseinandersetzung der Parteien haben können. Selbiges gilt, wenn bei dem Mandat die Wahrung der wirtschaftlichen Interessen⁸ der Kontrahenten im Vordergrund steht. Scheitert die derzeitige Erfüllung berechtigter Ansprüche des Mandanten beispielsweise lediglich an einer vorübergehenden fehlenden Liquidität des Anspruchsgegners (ohne dass die Voraussetzungen für eine spätere insolvenzrechtliche Anfechtung nach §§ 129 InsO greifbar sind), kommt in Betracht, dem Mandanten zu empfehlen, vom Anspruchsgegner Sicherheiten zu verlangen. Insofern sind folgende Rechtsinstitutionen von Bedeutung:

- Vorausleistungen, die für künftige Einzelfälle vereinbart werden,
- die Abtretung einer Forderung, sog. Sicherungszession,
- die Sicherungsübereignung von beweglichen Gegenständen, z.B. eines Kfz oder von Warenvorräten,
- ein Schuldbeitritt, z.B. durch den Geschäftsführer persönlich,
- eine Bürgschaft, ebenfalls durch den Geschäftsführer persönlich oder durch private Dritte,
- eine Bankbürgschaft oder
- eine Belastung im Grundbuch, soweit Grundvermögen vorhanden ist.

In derartigen Fällen wird der Rechtsanwalt entsprechende rechtsgestaltende Entwürfe fertigen und seinen Mandanten im Einzelnen beraten.

7 Soll der Rechtsanwalt einen von seinem Mandanten geschlossenen Vertrag beenden, so verletzt er die anwaltliche Sorgfaltspflicht, wenn er durch Verwendung eines unzutreffenden Fachausdrucks (konkret: „Rücktritt“ statt „Kündigung“) das Risiko eines Missverständnisses hervorruft; BGH, Urt. v. 4.6.1996 – IX ZR 51/95, juris, Leitsatz = NJW 1996, 2648–2652.

8 Die Wahrung der wirtschaftlichen Interessen des Mandanten besteht bis zum Abschluss der Zwangsvollstreckung. Bestehen Anhaltspunkte z.B. dafür, dass eine Verzögerung der Zwangsvollstreckung zum Ausfall des Mandanten führen würde, muss der beauftragte Rechtsanwalt die Zwangsvollstreckung mit besonderer Beschleunigung betreiben. Er muss dann unter den verfügbaren Vollstreckungsmöglichkeiten diejenige auswählen, die am schnellsten zu einem Ergebnis führt; BGH, Urt. v. 19.9.2019 – IX ZR 22/17; Bestätigung von BGH, Urt. v. 7.9.2017 – IX ZR 71/16 = WM 2017, 1938 Rn 11.

- 7 Der Rechtsanwalt hat den Mandanten in seiner Rechtsache grundsätzlich umfassend und möglichst erschöpfend rechtlich zu beraten. Insbesondere sind Zweifel und Bedenken, zu denen die Sach- oder Rechtslage Anlass gibt, sowie mögliche mit der Einleitung eines Rechtsstreits verbundene Risiken darzulegen. Erscheint eine beabsichtigte Klage wenig aussichtsreich, so muss der rechtliche Berater hierauf sowie auf die damit verbundenen Gefahren hinweisen.⁹

C. Tragweite anwaltlicher Strategien im Prozess

- 8 Eine Mandatierung wird regelmäßig dann erfolgen, wenn sich der Rechtssuchende außerstande sieht, seine Ansprüche selbst geltend zu machen oder sich gegen eine Inanspruchnahme wirkungsvoll zu verteidigen. Er erwartet eine zweckorientierte Rechtsverfolgung und auch prozessuale und taktische¹⁰ Fähigkeiten.
- 9 In einem noch vorprozessualen Stadium einer Auseinandersetzung kommen neben dem bereits aufgezeigten gestaltenden Vorgehen und der wirtschaftlichen Absicherung des Mandanten häufig Vergleichsstrategien, ein (notarielles) Schuldanerkenntnis oder eine Ratenzahlungsvereinbarung in Betracht. Weil noch keine – zumeist gefürchteten – Verfahrenskosten ausgelöst sind, lässt sich auch hinsichtlich der Kostenreduzierung geschickt im Mandanteninteresse handeln.
- 10 Ist ein Prozess (alternativ ein Mahnverfahren) unausweichlich, spielt bereits die Antragstellung im Hinblick auf die spätere Zwangsvollstreckung eine Rolle. Neben dem Sachvortrag sind zahlreiche Fragen des Beweisantritts virulent, sowie die Thematiken eines Urkundenprozesses, einer verfahrensökonomischen Teilklage, des einstweiligen Rechtsschutzes und des selbstständigen Beweisverfahrens. Für den Schuldner kann u.a. mit dem – richtigen – Bestreiten, mit Einreden und Einwendungen, mit einem (sofortigen) Anerkenntnis, einer (Hilfs-)Aufrechnung oder einer (Hilfs-)Widerklage taktiert werden.
- 11 Diese und viele weitere taktische Fragen von praktischer Bedeutung während des Rechtsstreits (beispielsweise eines Befangenheitsantrages oder einer Streitverkündung) und in einer etwaigen Rechtsmittelinstanz (oder auch einer Gehörsrüge) sollen im Einzelnen behandelt werden.

9 BGH, Urt. v. 29.4.2003 – IX ZR 54/02, juris Rn 11 = AnwBl 2003, 657 ff.; BGH, Urt. v. 20.10.1994 – IX ZR 116/93, juris = WM 1995, 398, 399 f.; BGH, Urt. v. 13.3.1997 – IX ZR 81/96, juris Rn 11 = WM 1997, 1392, 1393; BGH, Urt. v. 27.11.1997 – IX ZR 141/96, juris Rn 21 = NJW 1998, 900, 901.

10 Für den BGH ist prozesstaktisches Handeln teilweise negativ belegt, so BGH, Beschl. v. 25.1.2012 – IV ZR 230/11, juris Rn 11 (für den Fall einer unberechtigt zu späten Zeugenbenennung); BGH, Urt. v. 21.2.2013 – IX ZR 52/10, juris = DZWIR 2013, 464 (472), anders: BGH, Beschl. v. 19.9.2013 – IX ZB 16/11, juris Rn 8.

§ 2 Die finanziellen Aspekte eines zivilprozessualen Mandats

A. Einleitung

Mandant und Rechtsanwalt haben auf die Wirtschaftlichkeit der Interessenwahrnehmung zu achten. Der rechtsschutzversicherte Mandant wird sich eher auf einen Rechtsstreit einlassen als ein Rechtssuchender, welcher neben dem Risiko, im Prozess zu unterliegen, auch noch Kosten und Gebühren fürchten muss. Besteht die Möglichkeit, Verfahrenskosten- oder Prozesskostenhilfe in Anspruch zu nehmen, bietet dies ebenfalls Anlass zu verfahrensrechtlichen Überlegungen. Besonderheiten sind in Bezug auf den (drohend) insolventen Mandanten zu beachten.

1

B. Rechtsschutzversicherter Mandant

Der rechtsschutzversicherte Mandant ist vielleicht der streitlustigste unter den Mandanten. Fast die Hälfte aller Haushalte soll angeblich eine Rechtsschutzversicherung abgeschlossen haben.

2

Der Anspruch aus der Rechtsschutzversicherung ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung auf die Befreiung von den bei der Wahrung der rechtlichen Interessen entstehenden Kosten gerichtet.¹ Der Versicherer verspricht, den Versicherungsnehmer vor konkreten Vermögensnachteilen zu schützen, so dass dieser im Rechtschutzfall nicht mit Kosten belastet wird. Diese Kosten bilden den Schaden, dessen Deckung der Rechtsschutzversicherer vertraglich übernommen hat² und von denen der Versicherer den Versicherungsnehmer nach den Regelungen der ARB (Allgemeine Rechtsschutz-Versicherungsbedingungen) freizustellen hat.³

3

I. Formen des Rechtsschutzes

Rechtsschutzversicherungen bieten u.a. folgende Formen des Rechtsschutzes an:

4

- Arbeitgeber-Rechtsschutz/Berufs-Rechtsschutz für Selbstständige,
- Berufs-Rechtsschutz für Arbeitnehmer,
- Privat-Rechtsschutz für Nichtselbstständige und Selbstständige,
- Gewerberäume-Rechtsschutz und Vermieter-Rechtsschutz,
- Wohnungs- und Haus-Rechtsschutz,
- Verkehrs-Rechtsschutz.

1 BGH, Urt. v. 16.7.2014 – IV ZR 88/13, juris = BGHZ 202, 122 Rn 28 m.w.N. und BGH, Urt. v. 14.4.1999 – IV ZR 197/98, juris = VersR 1999, 706 unter 2b.

2 BGH, Urt. v. 14.4.1999 – IV ZR 197/98, juris = VersR 1999, 706 unter 2c; BGH, Urt. v. 24.4.1967 – II ZR 229/64, juris = VersR 1967, 774 unter II 2.

3 BGH, Urt. v. 21.10.2015 – IV ZR 266/14, juris Rn 30 = NJW 2016, 61 ff.

- 5 Abgedeckt werden jeweils bestimmte „Bausteine“. Diese Rechtsschutzelemente beinhalten vor allem Ansprüche aus dem Vertrags- und Sachenrecht und dem Wohnungs- und Grundstücksrecht, die Geltendmachung von Schadensersatzforderungen, das arbeitsrechtliche und das steuerrechtliche Verfahren, das Sozial- und Verwaltungsgerichtsverfahren, das Ordnungswidrigkeitenrecht sowie die Beratung im Familien- und Erbrecht.
- 6 Aus dem – vollständigen – Versicherungsschein nebst der ARB ergibt sich, welches Risiko konkret versichert ist. Ist nur gerichtlicher Rechtsschutz versichert, ist der Mandant hierauf umgehend hinzuweisen. Zu beachten ist, dass die Bedingungen der Versicherer uneinheitlich sind. Für die unterschiedlichen Produkte gilt meist Folgendes:
- Der Rechtsschutz für Selbstständige deckt Prozessrisiken für den versicherten gewerblichen, freiberuflichen oder sonstigen selbstständigen Beruf des Versicherungsnehmers ab. Mitversichert sind die von ihm beschäftigten Personen in Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit.
 - Der Berufs-Rechtsschutz für Arbeitnehmer schließt die Absicherung für den beruflichen Bereich (Arbeits-, Disziplinar- und Standesangelegenheiten) des Versicherungsnehmers und dessen mitversicherten Lebenspartners in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer sowie als Arbeitgeber für geringfügige hauswirtschaftliche Beschäftigungs- und Pflegeverhältnisse ein.
 - Der Privat-Rechtsschutz für Nichtselbstständige und Selbstständige versichert den privaten Bereich des Versicherungsnehmers und dessen mitversicherten Lebenspartners. Der Versicherungsschutz schließt Schadensersatz-, Vertrags- und sachenrechtliche Angelegenheiten ein, ferner Steuer-, Sozialgerichts- und Verwaltungssachen sowie Strafsachen und Ordnungswidrigkeiten. Weil es sich ausschließlich um den privaten Bereich handelt, sind Interessenvertretungen aus beruflichen Tätigkeiten ausgenommen.

II. Risikoausschlüsse der AGB der Versicherungen

- 7 Rechtsschutzversicherte Mandanten gehen oftmals davon aus, quasi über eine „Rundumversicherung“ zu verfügen, welche sie von jeder Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Rechtsanwalt entbinde, und dass dieser seine Vergütung nur noch der Höhe nach mit der Rechtsschutzversicherung regeln müsse. Einem derartigen Irrtum sollte umgehend entgegen und der Mandant darauf hingewiesen werden, dass er der Vertragspartner des Anwalts ist.
- 8 Rechtsschutzversicherungen schließen in ihren ARB bestimmte Risiken aus, so dass festzustellen ist, ob die Angelegenheit überhaupt versichert sein kann. Rechtsschutz besteht beispielsweise nicht für:
- die Abwehr von Schadensersatzansprüchen, es sei denn, es handelt sich um eine Vertragsverletzung,
 - Auseinandersetzungen aus dem kollektiven Arbeits- oder Dienstrecht,