

# Die Haftung des Rechtsanwalts

Haftungsrecht · Haftungsbeschränkungen · Haftpflichtversicherung

Ein Praxishandbuch

Begründet von

**Dr. Franz Josef Rinsche †**

Rechtsanwalt und Notar in Hamm  
(1.–6. Auflage)

Unter Mitwirkung von

**Prof. Dr. Michael Terbille †**

Rechtsanwalt und Notar in Hamm  
(7. Auflage)

10., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage

Bearbeitet von

**Dr. Klaus Fahrendorf**

Vorsitzender Richter am OLG Hamm a.D.

**Dr. Siegfried Mennemeyer**

Rechtsanwalt bei dem Bundesgerichtshof in Karlsruhe

Leseprobe

Carl Heymanns Verlag 2021

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Im Einzelnen haben bearbeitet . . . . .	VII
Inhaltsübersicht . . . . .	IX
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXVII
Literaturverzeichnis . . . . .	XXV
<b>Kapitel 1 Rechtsgrundlagen der anwaltlichen Haftung . . . . .</b>	<b>1</b>
A. Die Haftung gegenüber dem Mandanten . . . . .	2
I. Der Anwaltsvertrag . . . . .	2
II. Partner des Anwaltsvertrages (Aktiv- und Passivlegitimation) . . . . .	28
III. Haftungsgrundlagen . . . . .	64
IV. Mandatsende . . . . .	66
V. Vor- und nachvertragliche Pflichten . . . . .	72
VI. Außervertragliche Haftungsgrundlagen . . . . .	80
VII. Schmerzensgeld nach § 253 BGB . . . . .	93
B. Die Haftung gegenüber Dritten . . . . .	95
I. Verträge zugunsten Dritter . . . . .	95
II. Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter . . . . .	97
III. Treuhandverhältnisse . . . . .	105
IV. Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen . . . . .	109
V. Haftung für Auskünfte . . . . .	111
VI. Prospekthaftung . . . . .	112
<b>Kapitel 2 Die Verletzung anwaltlicher Pflichten als Voraussetzung der Haftung . . . . .</b>	<b>115</b>
A. Hauptleistungspflichten aus dem Anwaltsvertrag (§ 241 Abs. 1 BGB) . . . . .	116
I. Pflicht zur umfassenden Beratung und Interessenwahrnehmung in Rechtsangelegenheiten . . . . .	116
II. Informationspflicht . . . . .	138
III. Rechtliche Bearbeitung . . . . .	150
IV. Rechtsbelehrung, Risikobelehrung und Beratung . . . . .	168
V. Wahl des sichersten Weges . . . . .	179
VI. Befolgung der Weisungen des Mandanten . . . . .	193
VII. Schadensverhütungspflicht . . . . .	199
B. Sonstige Pflichten (§§ 241 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) . . . . .	203
I. Warn- und Hinweispflichten . . . . .	203
II. Auskunftspflicht . . . . .	213
III. Rechenschaftspflicht . . . . .	213
IV. Herausgabepflicht . . . . .	214
V. Verschwiegenheitspflicht . . . . .	220
VI. Pflicht zur Vermeidung von Interessenkollisionen . . . . .	222
VII. Pflicht zur unverzüglichen Mitteilung der Ablehnung eines Auftrags . . . . .	226
VIII. Pflicht zum Hinweis auf Mandatsbeziehungen zum Gegner der Partei . . . . .	227
IX. Pflicht zum Hinweis auch von konkurrierenden Interessen Dritter . . . . .	228
X. Pflichten bei gemeinsamer Beratung scheidungswilliger Eheleute . . . . .	228
C. Die Feststellung der Verletzung von Pflichten . . . . .	228
I. Beurteilungsmaßstab . . . . .	228
II. Möglichkeit pflichtgemäßen Verhaltens . . . . .	229
D. Beweisfragen zur Pflichtverletzung . . . . .	229
I. Umfang des Mandats . . . . .	229
II. Anwaltliche Pflichtverletzung . . . . .	230

E.	Sonderfälle: Rechtsberatung oder Rechtsbesorgung (Rechtsdienstleistungen) durch Rechtsbeistände/registrierte Personen nach dem RDG oder durch Gewerkschaften oder sonstige Vereinigungen . . . . .	238
I.	Rechtsbeistände . . . . .	238
II.	Gewerkschaften, sonstige berufsständische oder berufsstandsähnliche Vereinigungen. . . . .	239
<b>Kapitel 3 Rechtswidrigkeit und Verschulden . . . . .</b>		<b>240</b>
A.	Rechtswidrigkeit . . . . .	240
I.	Indizwirkung der Pflichtwidrigkeit . . . . .	240
II.	Behandlung einer Weisung oder Einwilligung . . . . .	241
III.	Beweislast . . . . .	241
B.	Verschulden . . . . .	242
I.	Erscheinungsformen und Maßstab . . . . .	242
II.	Keine Entschuldigung durch Entscheidung eines Kollegialgerichts . . . . .	242
III.	Entschuldigung durch Fehler anderer? . . . . .	243
IV.	Hinderungsgründe für die Erbringung der geschuldeten Anwaltsleistung . . . . .	245
V.	Zurechnung des Verschuldens von Hilfspersonen . . . . .	249
VI.	Beweislast . . . . .	253
<b>Kapitel 4 Ursachen- und Zurechnungszusammenhang, Schaden . . . . .</b>		<b>255</b>
A.	Kausalität . . . . .	255
I.	Haftungsbegründende Kausalität. . . . .	255
II.	Haftungsausfüllende Kausalität . . . . .	258
III.	Gesamt- und Doppelkausalität . . . . .	277
IV.	Rechtmäßiges Alternativverhalten? . . . . .	278
B.	Zurechnung . . . . .	279
I.	Adäquate Schadenszurechnung . . . . .	279
II.	Schutzbereich der verletzten Vertragspflicht. . . . .	281
III.	Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs . . . . .	287
IV.	Die Wirkung von Reserveursachen (»hypothetische Kausalität« oder »überholende Kausalität«) . . . . .	302
V.	Das sog. rechtmäßige Alternativverhalten . . . . .	304
C.	Schaden und Zurechenbarkeit. . . . .	307
I.	Differenzhypothese . . . . .	307
II.	Normativer Schaden . . . . .	311
III.	Ausgang eines (hypothetischen) Vorprozesses oder behördlichen Verfahrens . . . . .	322
IV.	Inhalt des Schadensersatzanspruchs . . . . .	335
<b>Kapitel 5 Mitverschulden . . . . .</b>		<b>350</b>
A.	Gesetzliche Ausgangsregelung . . . . .	350
I.	Allgemeines . . . . .	350
II.	Kausalität, Schutzzweck und Schuldfähigkeit. . . . .	351
B.	Eigenes Mitverschulden des Mandanten . . . . .	351
I.	Grundlagen . . . . .	351
II.	Einzelfälle . . . . .	354
C.	Mitverschulden Dritter . . . . .	356
I.	In Betracht kommender Personenkreis. . . . .	356
II.	Zurechnungskriterien . . . . .	360
D.	Abwägung, Beweislast und Verfahren . . . . .	360
<b>Kapitel 6 Honoraranspruch im Haftungsfall . . . . .</b>		<b>362</b>
A.	Auswirkungen von Gewährleistung, Kündigung und Verwirkung auf den Honoraranspruch des Anwalts. . . . .	362
I.	Honoraranspruch und Gewährleistung . . . . .	362

II. Honoraranspruch und Kündigung .....	363
III. Honoraranspruch und Verwirkung .....	371
IV. Gerichtsstand für Honorarforderungen .....	372
B. Zurückbehaltungsrecht .....	373
C. Aufrechnung mit Gebührenansprüchen .....	376
I. Voraussetzungen der Aufrechnung .....	376
II. Kein Aufrechnungsverbot oder -hindernis .....	378
III. Aufrechnung in der Insolvenz .....	380
D. Abtretung von Honorarforderungen an Berufskollegen .....	381
<b>Kapitel 7 Verjährung der Haftpflichtansprüche .....</b>	<b>383</b>
A. Einleitung .....	384
B. Übergangsrecht .....	385
I. Grundregelung .....	385
II. Vor dem 15.12.2004 in Gang gesetzte Verjährungsfrist .....	385
III. Haftungstatbestände ab dem 15.12.2004 .....	385
IV. Spezielle Probleme bei der Sekundärhaftung .....	386
C. Rechtslage vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts .....	386
D. Aktuelle Rechtslage nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts .....	388
I. Die regelmäßige dreijährige Verjährung .....	388
II. Die Höchstfristen .....	413
III. Verjährung beim Anwaltswerkvertrag .....	414
IV. Verjährung bei Gesamtschuld .....	414
V. Schadensersatzansprüche Dritter .....	417
VI. Drittschadensliquidation .....	418
VII. Andere vertragliche Ansprüche als Schadensersatzansprüche .....	418
VIII. Darlegungs- und Beweislast .....	418
IX. Verkürzung oder Verlängerung der Verjährungsfrist durch Vereinbarung .....	418
X. Hemmung, Ablaufhemmung, Neubeginn der Verjährung .....	419
XI. Verjährungskonkurrenz .....	446
<b>Kapitel 8 Regressgefahren in speziellen Sachbereichen (nach alphabetisch geordneten Stichworten) .....</b>	<b>447</b>
Einleitung .....	447
Aktiv- und Passivlegitimation .....	448
I. Aktivlegitimation .....	448
II. Passivlegitimation .....	451
Arrest .....	454
Auslandsbezogene Mandate .....	455
Beiordnung .....	459
Beratungshilfe .....	459
Berufungsmandat .....	460
Besonderes elektronisches Anwaltspostfach (beA) .....	476
Büroorganisation .....	476
I. Fristenwesen .....	487
II. Organisation .....	491
III. Ausgangskontrolle .....	493
IV. Postverkehr .....	493
V. Telefax und Telekopie .....	494
VI. Krankheitsfälle .....	497
VII. Einzelanweisung .....	499
VIII. Sonstiges .....	500

# Inhaltsverzeichnis

---

Einstweilige Verfügung	500
Elektronische Signatur	507
Fremdgelder	507
Fristenkalender	507
Fristenkontrolle	507
Fristen, materiellrechtliche	507
Fristen, prozessuale	507
Kostenberatung, Kostenbeschränkung	508
Mediation	526
I. Die Haftung eines Mediators	526
II. Die Haftung eines anwaltlichen Vertreters oder Beraters einer am Mediationsverfahren beteiligten Partei	533
Mündliche Verhandlung	537
Prozessberatung und Prozessvertretung	543
Prozesskostenfinanzierung	562
Prozesskostenhilfe	565
Rechtsschutzversicherung	582
Schmerzensgeld	582
Schriftsätze	585
Selbständiges Beweisverfahren	595
Sicherheitsleistung	600
Streitverkündung	602
Treuhandtätigkeiten	607
Unterschrift	624
Verbraucherstreitbeilegungsverfahren nach dem VBSG	633
Vergleich	633
Verjährungsfragen	642
Versäumnisurteil	655
Verteidigung	656
Vertragsgestaltung	656
Vollstreckung	662
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand	674
I. Wiedereinsetzungsgründe	675
II. Wiedereinsetzungsverfahren	681
III. Haftungsfolgen	686
Zinsansprüche	686
Zugang von Schriftstücken und Erklärungen in Textform	690
Zwangsvollstreckung	692
<b>Kapitel 9 Regressgefahren im Bereich verschiedener Fachanwaltschaften</b>	<b>693</b>
Einleitung	693
Agrarrecht	693
Arbeitsrecht	694
Bank- und Kapitalmarktrecht	710
Bau- und Architektenrecht	713
I. Privates Baurecht	713
II. Architektenrecht	724
III. Bauvergabe	726
Erbrecht	728
I. Europäische Erbrechtsverordnung (EuErbVO)	728
II. Probleme des Pflichtteilsrechts	729
III. Gemeinschaftliches Testament	739
IV. Haftung für Nachlassverbindlichkeiten	740

V. Einrede der beschränkten Erbenhaftung .....	740
VI. Vermächtnis. ....	742
VII. Erbteilungsklagen .....	742
VIII. Verfahrensrecht .....	742
Familienrecht .....	743
I. Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen. ....	744
II. Güterrechtliche Verfahren und Regelungen .....	745
III. Unterhaltsrechtliche Verfahren oder Regelungen .....	748
IV. Sonstige familienrechtliche Verfahren .....	754
Gewerblicher Rechtsschutz. ....	756
Handels- und Gesellschaftsrecht. ....	758
Insolvenzrecht .....	759
Medizinrecht .....	761
Miet- und Wohnungseigentumsrecht .....	768
Patentrecht .....	769
Steuerrecht .....	770
Strafrecht .....	771
Transport- und Speditionsrecht .....	787
Verkehrsrecht .....	788
Versicherungsrecht .....	789
Verwaltungsrecht .....	794
<b>Kapitel 10 Haftungsbeschränkungen .....</b>	<b>799</b>
Einleitung .....	799
A. Gesetzliche Haftungsbeschränkungen .....	799
B. Vertragliche Haftungsbeschränkungen .....	800
I. Summenmäßige Haftungsbeschränkungen .....	801
II. Haftungsbeschränkung gemäß § 52 Abs. 2 BRAO auf einzelne Mitglieder der Sozietät. . .	809
<b>Kapitel 11 Berufshaftpflichtversicherung für Anwälte und (Anwalts-)Notare .....</b>	<b>812</b>
A. Einleitung .....	813
B. Adressaten der Versicherungspflicht .....	814
C. Zeitpunkt des Vertragsabschlusses .....	815
D. Abschluss des Versicherungsvertrages .....	816
I. Angebot und Annahme .....	816
II. Einbeziehung der Versicherungsbedingungen .....	817
III. Spätere Einbeziehung geänderter Bedingungen .....	818
IV. Bedingungsanpassungsklauseln .....	818
E. Beginn und Ende der Versicherung .....	820
I. Die drei Begriffsebenen .....	820
II. Rückwärtsversicherung .....	820
III. Beginn des Versicherungsschutzes .....	821
IV. Ende der Versicherung .....	822
V. Nachhaftung .....	823
F. Umfang des Versicherungsschutzes .....	824
I. Doppelfunktion der Haftpflichtversicherung .....	824
II. Gegenstand des Versicherungsschutzes .....	827
III. Risikoausschlüsse der Bedingungswerke .....	838
IV. Haftpflichtansprüche wegen Schadensverursachung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingung des Auftraggebers oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung .....	842
V. Ausschlüsse der Bedingungswerke für Notare .....	846
VI. Rechtscharakter der Ausschlüsse .....	847
VII. Sachschäden .....	848

VIII.	Deckung für Auszahlungsfehler bei Anderkonten . . . . .	849
IX.	Zusatzvereinbarungen . . . . .	849
G.	Versicherung für fremde Rechnung . . . . .	852
H.	Abtretungsverbot . . . . .	854
I.	Meldepflichten des Versicherers . . . . .	855
J.	Versicherungssumme . . . . .	855
	I. Jahreshöchstleistung . . . . .	857
	II. Serienschadenklausel . . . . .	857
	III. Kosten und Zinsen . . . . .	859
	IV. Selbstbeteiligung . . . . .	859
	V. Exzedenten-Versicherung . . . . .	860
	VI. Mindestversicherungssumme für Partnerschafts- und Rechtsanwalts-gesellschaften . . . . .	861
K.	Durchschnittsversicherungsleistung bei unterschiedlichen Versicherungssummen von Sozien . . . . .	862
	I. Ermittlung der Durchschnittsversicherungsleistung . . . . .	862
	II. Mitarbeiter . . . . .	863
	III. Syndikusanwalt . . . . .	863
	IV. Vertreter . . . . .	864
	V. Sozietät mit Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Anwaltsnotaren . . . . .	864
L.	Versicherungsfall . . . . .	864
M.	Obliegenheiten und Rechtsfolgen ihrer Verletzung . . . . .	865
	I. Vorvertragliche Anzeigepflichten . . . . .	866
	II. Vertragliche Obliegenheiten . . . . .	869
N.	Schutz des Geschädigten durch § 117 VVG im kranken Versicherungsverhältnis . . . . .	879
	I. Anwendungsbereich der Norm . . . . .	879
	II. Leistungspflicht gegenüber dem Geschädigten trotz Leistungsfreiheit . . . . .	879
	III. Nachhaftung des Versicherers . . . . .	879
	IV. Eingrenzung der Haftung aus § 117 Abs. 1 und 2 VVG gemäß Abs. 3 . . . . .	880
	V. Verhältnis von Subsidiarität und Amtshaftung gemäß § 117 Abs. 4 VVG . . . . .	880
	VI. Verjährung des für den Dritten fingierten Anspruches . . . . .	881
O.	Prozessuale Besonderheiten des Haftpflicht- und des Deckungsprozesses . . . . .	881
	I. Die Prozessmumschaft des Versicherers im Haftpflichtprozess . . . . .	881
	II. Trennungsprinzip und Bindungswirkung . . . . .	883
	III. Der vorweggenommene Deckungsprozess . . . . .	885
	IV. Prozessuale Besonderheiten des Deckungsprozesses . . . . .	886
	V. mehrerer Ansprüche bei Erschöpfung der Deckungssumme . . . . .	887
	VI. Obliegenheiten des Dritten . . . . .	887
	VII. Aufrechnung . . . . .	887
	VIII. Rückgriff bei mehreren Versicherten . . . . .	888
P.	Fälligkeit der Leistungspflicht des Versicherers . . . . .	888
	I. Rechtsschutzanspruch . . . . .	888
	II. Befreiungsanspruch . . . . .	888
Q.	Verjährung, Hemmung und Frist zur gerichtlichen Geltendmachung . . . . .	889
	I. Verjährung gemäß § 195 BGB . . . . .	889
	II. Neubeginn der Verjährung . . . . .	890
	III. Hemmung der Verjährung . . . . .	890
	IV. Keine Verkürzung der Frist zur gerichtlichen Geltendmachung . . . . .	891
R.	Vertrauensschadenversicherung und Notarversicherungs-fonds für Notare . . . . .	891
S.	Rückgriff des Versicherers . . . . .	892
	<b>Stichwortverzeichnis . . . . .</b>	<b>893</b>

## Kapitel 9 Regressgefahren im Bereich verschiedener Fachanwaltschaften

Übersicht	Rdn.	Übersicht	Rdn.
Einleitung .....	1	I. Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen .....	152
Agrarrecht .....	3	II. Güterrechtliche Verfahren und Regelungen .....	153
Arbeitsrecht .....	5	III. Unterhaltsrechtliche Verfahren oder Regelungen .....	166
Bank- und Kapitalmarktrecht .....	55	IV. Sonstige familienrechtliche Verfahren ..	184
Bau- und Architektenrecht .....	67	Gewerblicher Rechtsschutz .....	194
I. Privates Baurecht .....	68	Handels- und Gesellschaftsrecht .....	202
II. Architektenrecht .....	103	Insolvenzrecht .....	207
III. Bauvergabe .....	113	Medizinrecht .....	215
Erbrecht .....	117	Miet- und Wohnungseigentumsrecht .....	238
I. Europäische Erbrechtsverordnung (EuErbVO) .....	118	Patentrecht .....	244
II. Probleme des Pflichtteilsrechts .....	120	Steuerrecht .....	252a
III. Gemeinschaftliches Testament .....	139	Strafrecht .....	261
IV. Haftung für Nachlassverbindlichkeiten ..	143	Transport- und Speditionsrecht .....	298
V. Einrede der beschränkten Erbenhaftung ..	144	Verkehrsrecht .....	301
VI. Vermächtnis .....	146	Versicherungsrecht .....	311
VII. Erbteilungsklagen .....	147	Verwaltungsrecht .....	327
VIII. Verfahrensrecht .....	149		
Familienrecht .....	151		

### Einleitung

In der Praxis gibt es eine Vielzahl typischer Haftpflichtfälle. Meistens hängen diese Fälle, in denen sich der Anwalt schadensersatzpflichtig gemacht hat, mit der Unterlassung der im konkreten Fall gebotenen materiell-rechtlichen, prozessualen oder auch rein taktischen Maßnahmen zusammen. 1

Vor allem der junge Anwalt ist manchmal überfordert. Aber auch für den erfahrenen und spezialisiert tätigen **Fachanwalt** drohen Regressgefahren. Insoweit wendet sich dieses Kapitel gezielt an Rechtsanwälte, für die **besondere Vertragspflichten** und daraus ableitbare **gesteigerte Sorgfaltspflichten** gelten, weil sie mit einem Fachanwaltstitel oder mit Tätigkeits- oder Interessenschwerpunkten werben<sup>1</sup>. Nach § 43c Abs. 1 BRAO sowie § 2 Abs. 1 FAO kann dem Rechtsanwalt, der besondere Kenntnisse und Erfahrungen in einem Rechtsgebiet erworben hat, die Befugnis verliehen werden, eine Fachanwaltsbezeichnung zu führen. Ein Großteil der nachfolgenden Stichworte befasst sich mit den **Haftungsrisiken**, die sich **im Bereich verschiedener Fachanwaltstätigkeiten** ergeben können. 2

### Agrarrecht

Für das Fachgebiet **Agrarrecht** sind nach § 14m FAO besondere Kenntnisse nachzuweisen in den Bereichen agrarspezifisches Zivilrecht, agrarspezifisches Verwaltungsrecht, agrarspezifisches Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht, agrarspezifisches EU-Recht einschließlich seiner Umsetzung in nationales Recht und agrarspezifisches Verfahrensrecht<sup>2</sup>. 3

Einen Schwerpunkt des im Agrarrecht tätigen Anwalts bildet das **Landpachtrecht**. Sind in der Sphäre des Anwalts bei vorzeitiger Beendigung des Pachtvertrages fällig werdende **Ansprüche des Pächters verjährt**, hat er dem Mandanten Schadensersatz u.a. in Höhe des Werts der bei Beendigung nach 4

1 Vgl. LG Duisburg, Urt. v. 22.12.2015 – 6 O 121/14 – Beck RS 2016, 18701 sowie ausführlich Kap. 2 Rdn. 155 ff.

2 Das anwaltliche Mandat im Agrarrecht wird ausführlich behandelt von *Dombert*, in: *Dombert/Witt*, Münchener Anwaltshandbuch Agrarrecht.

den Regeln einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung **noch nicht getrennten Früchte (Halmtaxe)** zu leisten. Der Wert ist anhand einer Schätzung nach dem Bestand bei Beendigung des Pachtverhältnisses unter Berücksichtigung des Ernterisikos zu ermitteln. Auf den tatsächlich erzielten Ertrag nach Trennung der Früchte kommt es nicht an<sup>3</sup>.

### Arbeitsrecht

- 5 Das Arbeitsrecht ist eine Spezialmaterie, die man als Anwalt nicht »nebenher erledigen« kann. Wer also die Bearbeitung arbeitsrechtlicher Fälle übernimmt, muss sich, wenn er nicht erhebliche Haftungsrisiken eingehen will, mit den hier gegebenen Besonderheiten vertraut machen<sup>4</sup>. Gesteigerte Kenntnisse im Individualarbeitsrecht (z.B. Kündigungsschutz sowie der besondere Schutz von Schwangeren, Schwerbehinderten etc.), Kollektivarbeitsrecht (z.B. Tarifverträge, Betriebsverfassungsrecht etc.) sowie im Arbeitsgerichtsprozessrecht hat derjenige nachzuweisen, der die Bezeichnung »**Fachanwalt für Arbeitsrecht**« führen will. Dementsprechend kann der Mandant vom Fachanwalt für Arbeitsrecht auch einen besonderen Wissensstand und besondere praktische Erfahrung auf diesem Gebiet bei der Bearbeitung des Falles erwarten<sup>5</sup>, was aber nun nicht bedeutet, dass der Allgemeinanwalt bei der Beurteilung pflichtgemäßen Anwaltsverhaltens etwa grundsätzlich an einem niedrigeren Sorgfaltsmaßstab gemessen würde<sup>6</sup>.
- 6 Unumgänglich ist die **Kenntnis der zahlreichen maßgeblichen Gesetze**<sup>7</sup> des materiellen Individualarbeitsrechts und des Kollektivarbeitsrechts in ihrer für die Bearbeitung des betreffenden Falles maßgeblichen **aktuellen Ausgestaltung**.
- 7 Vom Anwalt, welcher arbeitsrechtliche Fälle bearbeitet, wird vor allem aber auch die **Kenntnis der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung** verlangt, so wie sie insbesondere in der **Entscheidungssammlung des BAG**<sup>8</sup>, aber auch in den **einschlägigen Fachzeitschriften** veröffentlicht ist<sup>9</sup>. Ist ein (Teil-)Rechtsgebiet ersichtlich in einer Entwicklung begriffen und (weitere) höchstrichterliche Rechtsprechung zu erwarten, ist ein Anwalt, der eine Angelegenheit aus diesem Bereich zu bearbeiten hat, verpflichtet, auch Spezialzeitschriften in angemessener Zeit durchzusehen<sup>10</sup>.

Im Rahmen der **Prozessführung** kann sich dabei die Verpflichtung ergeben, Arbeitsgerichte und auch Landesarbeitsgerichte unter Hinweis auf die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Rechtsgrundsätze von seiner Rechtsauffassung zu überzeugen und in diesem Zusammenhang auf einschlägige Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts hinzuweisen<sup>11</sup>. Der **Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts** kommt ebenfalls vielfach eine spezielle Bedeutung zu, so

3 OLG Celle, Beschl. v. 29.6.2010 – 3 W 54/10 – juris, Rn. 11 und 13.

4 Vgl. *Weinbeer*, Die größten Haftungsrisiken, § 2 C, S. 51 ff.; zur aktuellen Entwicklung im Arbeitsrecht siehe auch die regelmäßigen Übersichten von *Eckert*, DSr 2020, 508 ff.; DSr 2019, 2488 ff., 1695 ff., 1213 ff., 517 ff.; DSr 2018, 2482 ff., 1923 ff., 1076 ff., 360 ff.; DSr 2017, 2751 ff., 2057 ff., 1830 ff., 1214 ff., 331 ff.; DSr 2016, 2712 ff.; 2163 ff., 1269 ff., 417 ff.; DSr 2015, 2080 ff.; 1005 ff., 301 ff.; DSr 2014, 2243 ff., 1724 ff.; DSr 2013, 2774 ff., 921 ff., 200 ff. sowie DSr 2012, 2235 ff., 1612 ff., 911 ff. und 244 ff. sowie von *Zundel*, NJW 2020, 284 ff., 131 ff.; NJW 2019, 269 ff.; NJW 2018, 270 ff., 126 ff.; NJW 2017, 302 ff., 132 ff.; NJW 2016, 132 ff., 292 ff.; NJW 2015, 134 ff., 916 ff.; NJW 2014, 195 ff., 591 ff. und NJW 2013, 352 ff., 579 ff. und *Fuhrrott*, AE 2019, 16 ff.

5 Vgl. dazu im Einzelnen – auch zur hier vertretenen differenzierten Beurteilung des Pflichtenmaßstabes je nach Auftragsinhalt und -umfang – Kap. 2 Rdn. 155 ff. m.w.N.

6 Dazu schon Kap. 2 Rdn. 157 f.

7 Vgl. Kap. 2 Rdn. 112 ff.

8 Vgl. BGH, Urt. v. 29.3.1983 – VI ZR 172/81 – juris, Rn. 16 sowie Urt. v. 6.11.2008 – IX ZR 140/07 – juris, Rn. 9; zur Haftung des Steuerberaters; BeckOGK *Teichmann*, BGB, § 675, Rn. 1109 bis 1179; siehe dazu auch den regelmäßigen BGH-Rspr.-Report von *Gehrlein*, DSr 2020, 305 ff.; DSr 2018, 487 ff.; DSr 2016, 339 ff., 434 ff.; DSr 2014, 226 ff., 281 ff.; DSr 2010, 350 ff., 401 ff.

9 Vgl. BGH, Urt. v. 21.9.2000 – IX ZR 127/99 – juris, Rn. 49; vgl. auch Kap. 2 Rdn. 132.

10 Vgl. BGH, Urt. v. 21.9.2000 – IX ZR 127/99 – juris, Rn. 49; Kap. 2 Rdn. 140.

11 BGH, Urt. v. 19.6.2008 – IX ZR 111/05 – juris, Rn. 2.

z.B. zur Frage eines Schutzes der Arbeitnehmer vor Kündigungen in einem Kleinbetrieb, für den das Kündigungsschutzgesetz nicht eingreift,<sup>12</sup> oder zur aktuellen Frage des Tragens eines Kopftuchs in Betrieben<sup>13</sup>. Schließlich sind die **Urteile des EuGH** zu beachten, z.B. auf Vorabentscheidungsersuchen eines Arbeitsgerichts<sup>14</sup>.

Große Bedeutung für die richtige Bearbeitung arbeitsrechtlicher Mandate haben sehr häufig Bestimmungen einschlägiger **Tarifverträge bzw. Manteltarifverträge**<sup>15</sup>. Diese können mit normativer Wirkung unmittelbar und zwingend zwischen beiderseits Tarifgebundenen gelten (§§ 4, 3 TVG) oder aufgrund staatlicher Allgemeinverbindlichkeitserklärung nach § 5 TVG gemäß § 5 Abs. 4 TVG auch die bisher nicht gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfassen. Eine Geltung kann aber auch kraft arbeitsvertraglicher Inbezugnahme herbeigeführt werden. Insoweit wird dem **Anwalt** eine gesteigerte Informationsbeschaffungspflicht auferlegt<sup>16</sup>. Es **genügt** daher **nicht**, wenn der Rechtsanwalt, der den Arbeitnehmer vertritt, **allein diesen** nach der Geltung eines (Mantel-) Tarifvertrages **gezielt befragt**. Zur Sicherung der Rechte des Mandanten **ist vielmehr etwa beim Betriebsrat oder erforderlichenfalls sogar bei dem (früheren) Arbeitgeber** des Mandanten Rückfrage zu halten<sup>17</sup>. Das »Tückische« an (Mantel- oder Rahmen-)Tarifverträgen mit dort beispielsweise regelmäßig enthaltenen Ausschluss- und Verfallfristen ist nämlich, dass diese bei fehlender Tarifbindung von **Betriebsvereinbarungen** oder sogar nur durch **betriebliche Übung** in Bezug genommen sein können und auf diese Weise individualvertragliche Geltung erlangt haben<sup>18</sup>. Zudem können tarifvertragliche Bestimmungen fehlerhaft gedeutet werden, so etwa, wenn ein Anwalt nicht erkennt, dass eine gegenüber seinem Mandanten als angestelltem Opernsänger ausgesprochene »Nichtverlängerungsmittelung« in dem einschlägigen Tarifvertrag keine Grundlage hatte, da der Mandant nicht befristet angestellt war<sup>19</sup>.

Sehr häufig entsteht ein Regress aus der Bearbeitung eines arbeitsrechtlichen Falles, weil der Anwalt **maßgebliche Fristen** nicht beachtet hat<sup>20</sup>, z.B.:

- die schon angesprochenen meist sehr kurz bemessenen **Ausschlussfristen eines geltenden Tarifvertrages bzw. Manteltarifvertrages**, die gelegentlich einstufig ausgestaltet nur eine zumeist schriftliche Geltendmachung innerhalb bestimmter Frist, meistens jedoch in zweiter Stufe nach erfolgloser schriftlicher Geltendmachung innerhalb einer weiteren Frist zusätzlich die Klageerhebung verlangen, soll der Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis nicht verfallen. Dabei kann ggfs. in der Erhebung einer Kündigungsschutzklage die fristwahrende schriftliche Geltendmachung von Annahmeverzugslohnansprüchen zu sehen sein, da das Ziel der Kündigungsschutzklage nicht auf den Erhalt des Arbeitsplatzes beschränkt ist, sondern zugleich auch auf

12 BVerfG, Beschl. v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 – juris, Rn. 3 und dazu dann BAG, Urt. v. 15.3.2001 – 2 AZR 151/00 – juris, Rn. 12 ff.

13 BVerfG, Beschl. v. 30.7.2003 – 1 BvR 792/03 – juris, Rn. 12 ff. zu BAG, Urt. v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01 – juris, Rn. 31 ff. (Verkäuferin mit Kopftuch).

14 Vgl. EuGH, Urt. v. 27.1.2005 – C-188/03 – juris, Rn. 39 zur Kündigungserklärung des Arbeitgebers als maßgeblichen Zeitpunkt der Entlassung bei Massenkündigungen; anders noch: BAG, Urt. v. 18.9.2003 – 2 AZR 79/02 – juris, Rn. 48 ff.; EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 – juris, Rn. 57 ff. zur Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der sachgrundlosen Befristung des Arbeitsvertrages mit einem Arbeitnehmer ab 52 Jahren. Siehe auch die regelmäßigen Rechtsprechungsübersichten von *Franzen*, EuZA 2019, 143 ff.; EuZA 2018, 187 ff.; EuZA 2015, 445 ff.; EuZA 2014, 285 ff.; EuZA 2012, 295 ff., EuZA 2010, 306 ff. und EuZA 2008, 1 ff.

15 Dazu *Mengel*, in: Hümmerich/Reufels, Gestaltung von Arbeitsverträgen, § 1 Arbeitsverträge, Rn. 1168 ff.

16 Vgl. schon Kap. 2 Rdn. 87 und 150.

17 BGH, Urt. v. 29.3.1983 – VI ZR 172/81 – juris, Rn. 17; ablehnend *Hartstang*, Anwaltsrecht, S. 461; *Borgmann/Jungk/Schwaiger*, Anwaltshaftung, § 18, Rn. 31; zustimmend Vollkommer/*Greger/Heinemann*, § 10, Rn. 31.

18 Vgl. BGH, Urt. v. 29.3.1983 – VI ZR 172/81 – juris, Rn. 17; vgl. auch Schaub/*Linck*, ArbR-Hdb., § 111, Rn. 19.

19 BGH, Urt. v. 6.12.2001 – IX ZR 124/00 – juris, Rn. 8 ff.

20 Dazu vgl. schon *Jungk*, AnwBl 1997, 36 f.

die Sicherung von Ansprüchen gerichtet ist, die nach dem Verlust der Arbeitsstelle möglicherweise verloren gehen<sup>21</sup>. Die Kündigungsschutzklage ist jedoch nicht geeignet, die zweite Stufe einer Ausschlussfrist zu wahren, mit der etwa die gerichtliche Geltendmachung von Lohnansprüchen verlangt wird. Die gerichtliche Verfolgung von Vergütungsansprüchen setzt nämlich die Einreichung einer Klage mit einem entsprechenden Streitgegenstand voraus. Gegenstand einer Kündigungsschutzklage ist die Wirksamkeit der angegriffenen Kündigung, nicht aber das Bestehen von Ansprüchen, die vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses abhängen<sup>22</sup>. Der Anwalt ist zur Wahrung der finanziellen Belange seines Mandanten (insbesondere von Lohnansprüchen, aber auch von Urlaubsgeld-, Urlaubsgeld- oder Urlaubsabgeltungsansprüchen)<sup>23</sup> verpflichtet, Ausschlussfristen abzuklären (nötigenfalls durch zusätzliche Ermittlungen) und seinem Mandanten die richtigen Schritte anzuraten und diese auch – soweit notwendig – einzuleiten<sup>24</sup>. Hierbei ist ein einmaliger Hinweis auf eine Verfallfrist (hier: tarifliche Ausschlussfrist für Schadensersatzansprüche) jedenfalls dann nicht ausreichend, wenn das Mandat hinsichtlich der geltend zu machenden Ansprüche in der Schwebe hängt, jedoch in einer anderen, im Zusammenhang stehenden Angelegenheit (hier: Kündigungsschutzverfahren) fortgeführt wird. Eine wiederholte Belehrungspflicht besteht zudem insbesondere dann, wenn die Ablehnung der Mandatsübernahme unmittelbar vor Ablauf der Frist erfolgt<sup>25</sup>. Der Anwalt sollte bei der Geltendmachung von Ansprüchen zur Wahrung einer tariflichen Ausschlussfrist eine schriftliche Originalvollmacht des Mandanten vorlegen. Auch soweit das BAG (mit durchaus zweifelhafter Argumentation) entschieden hat, dass § 174 BGB auf einseitige rechtsgeschäftsähnliche Handlungen, die keine Willenserklärungen sind, nicht analog anwendbar ist<sup>26</sup>, sollte einer denkbaren Zurückweisung des Gegners aus § 174 BGB von vornherein vorgebeugt und unnützen und unter Umständen auch schädlichen Diskussionen hierüber schon im Ansatz begegnet werden, zumal durch die Vorlegung einer Originalvollmacht der sonst erforderliche Beweis (vgl. § 180 BGB<sup>27</sup>) und ein hierin steckendes Risiko auf die sicherste Art und Weise vermieden werden.

- 11 – **Einzelvertragliche Ausschlussfristen unterliegen der AGB-Kontrolle** nach §§ 305 ff. BGB. Dies gilt nach Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB auch für sog. Altverträge, die vor dem 1.1.2002 abgeschlossen worden sind. Sowohl die Frist für die schriftliche außergerichtliche Geltendmachung als auch die Frist für die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen im Sinne einer zweistufigen Ausschlussfrist muss mindestens drei Monate betragen<sup>28</sup>. Eine kollektivrechtliche Regelung in einer Betriebsvereinbarung, die von den Arbeitnehmern bereits während eines laufenden Kündigungsschutzprozesses die gerichtliche Geltendmachung von Annahmeverzugsansprüchen

21 BAG, Urt. v. 26.4.2006 – 5 AZR 403/05 – juris, Rn. 15 ff.; bereits kritisch dazu, dass bei einer zweistufigen Ausschlussfrist eine Bestandsklage die Frist zur schriftlichen Geltendmachung der Zahlungsansprüche nicht wahren können (BAG, Urt. v. 24.8.1999 – 9 AZR 804/98 – juris, Rn. 26 ff.); LAG Hamm, Urt. v. 7.11.2002 – 8 (13) Sa 837/02 – juris, Rn. 52 ff.

22 BAG, Urt. v. 26.4.2006 – 5 AZR 403/05 – juris, Rn. 15 ff.

23 Vgl. z.B. *Jungk*, AnwBl 1997, 36, 38, sowie BGH, Urt. v. 21.6.2018 – IX ZR 80/17 – juris, Rn. 8 ff. zu der (Neben-) Pflicht des mit der Durchsetzung einer Erwerbsunfähigkeitsrente mandatierten Anwalts, auf die Ausschlussfrist des § 33 Abs. 3 TVöD hinzuweisen; dazu *Markworth*, NJW 2018, 2479; *Weitze-Scholl*, DStR 2018, 2720 ff.

24 Vgl. zu den im Arbeitsgerichtsprozess drohenden Ausschlussfristen auch *Weisemann*, AnwBl 1990, 534 ff.

25 Vgl. OLG Köln, Urt. v. 11.11.2009 – I-13 U 190/08 – juris, Rn. 17 f. Siehe auch BGH, Beschl. v. 10.5.2012 – IX ZR 221/09 – juris, Rn. 5 und allg. zu anwaltlichen Warnpflichten *Chab*, AnwBl 2011, 392 ff.

26 BAG, Urt. v. 14.8.2002 – 5 AZR 341/01 – juris, Rn. 18.

27 Vgl. BAG, Urt. v. 14.8.2002 – 5 AZR 341/01 – juris, Rn. 19.

28 BAG, Urt. v. 28.9.2005 – 5 AZR 52/05 – juris, Rn. 19 ff. für die einstufige einzelvertragliche Ausschlussfrist sowie Urt. v. 25.5.2005 – 5 AZR 572/04 – juris, Rn. 13 ff. für die zweistufige einzelvertragliche Ausschlussfrist. Eine Klausel, die für den Beginn der Ausschlussfrist nicht die Fälligkeit der Ansprüche berücksichtigt, sondern allein auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses abstellt, benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen und ist deshalb gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam vgl. BAG, Urt. v. 25.5.2005 – 5 AZR 572/04 – juris, Rn. 13 ff.

verlangt, die vom Ausgang des Kündigungsschutzprozesses abhängen, belastet die Arbeitnehmer unverhältnismäßig und ist unwirksam<sup>29</sup>. Bei der Vertretung des Arbeitgebers ist indes zu beachten, dass dieser sich als Verwender von Ausschlussfristen in seinen formularmäßigen Arbeitsverträgen nicht auf die Unwirksamkeit der formularmäßig vereinbarten Ausschlussfrist berufen kann.

- Nach § 324 Abs. 3 S. 1 SGB III besteht für die Geltendmachung von **Insolvenzgeld** eine Zwei-Monats-Frist<sup>30</sup>. 12
- Für die Erhebung der **Kündigungsschutzklage** gilt die **Klagefrist nach § 4 S. 1 KSchG von drei Wochen** nach Zugang der Kündigung<sup>31</sup> **auch** in Ansehung einer **außerordentlichen Kündigung** (vgl. § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG)<sup>32</sup> **oder** einer **Änderungskündigung**<sup>33</sup>. Der Ermittlung des genauen Zugangszeitpunktes der – nach § 623 BGB<sup>34</sup> in Schriftform vorzunehmenden – Kündigung ist große Sorgfalt zuzuwenden. Der Anwalt hat zur rechtzeitigen Erhebung der Kündigungsschutzklage die für die Fristberechnung maßgebenden Umstände durch Befragen seines Mandanten aufzuklären<sup>35</sup>. Bei der Berechnung der nach § 4 KSchG einzuhaltenden Frist darf sich der Anwalt auf eine Angabe des Mandanten verlassen, die Kündigung habe in einem freigestempelten Umschlag im Briefkasten gelegen, und hieraus den Schluss ziehen, dass die Kündigung mit der Post geschickt worden ist<sup>36</sup>. Wenn allerdings ein Kündigungsschreiben mit einem Datum und mit der **Aufschrift »per Boten«** versehen ist, darf der Rechtsanwalt die Mitteilung des Mandanten, das Kündigungsschreiben sei am Folgetag, also am Tag nach dem Datum des Schreibens, zugestellt worden, nicht ohne weiteres seinem Vorgehen zugrunde legen. Denn es kommt in Betracht, dass das Schreiben bereits am Tag des Datums des Schreibens durch einen Boten zu einer Tageszeit in den Briefkasten des Mandanten eingeworfen wurde, als mit einer Entnahme noch am selben Tag gerechnet werden konnte<sup>37</sup>. Der Rechtsanwalt handelt pflichtwidrig, wenn er sich in einem solchen Fall nicht durch Nachfragen beim Mandanten selbst Klarheit verschafft, ob das Kündigungsschreiben nicht bereits am Tag seines Datums zugegangen sein konnte, sondern die Angaben des Mandanten der Berechnung der Frist für die Kündigungsschutzklage ungeprüft zugrunde legt. Ergänzend gilt: Bestehen Zweifel hinsichtlich des Zeitpunktes des Zugangs einer Kündigung, hat der Rechtsanwalt den für seinen Mandanten sichersten Weg zu wählen, um das Risiko einer verspäteten Klageerhebung auszuschließen. Er 13

29 BAG, Urt. v. 12.12.2006 – 1 AZR 96/06 – juris, Rn. 27.

30 Nach EuGH, Urt. v. 18.9.2003 – C-125/01 – juris, Rn. 46 ist eine Ausschlussfrist grundsätzlich mit der Richtlinie 80/987/EWG vereinbar. Die Frage, ob die deutsche Zwei-Monats-Frist zu kurz ist, ist nun vom deutschen Gericht zu entscheiden. Dabei hat der EuGH klargestellt, dass angesichts der beträchtlich längeren Frist, binnen der die Garantieeinrichtung ihre Ansprüche beim Insolvenzgericht geltend zu machen hat, die Zwei-Monats-Frist nicht zu rechtfertigen sei. Die sozialgerichtliche Rechtsprechung hält bislang indes an der zweimonatigen Ausschlussfrist fest, vgl. etwa BSG, Beschl. v. 17.10.2007 – B 11a AL 75/07 B – juris, Rn. 8.

31 Die Frist beginnt nach der Neufassung des § 4 S. 1 KSchG mit Zugang der Kündigung in schriftlicher Form. Die Frist gilt – nunmehr – auch für Kündigungen außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG, vgl. hierzu näher Kap. 9 Rdn. 17.

32 Dabei muss auch eine etwaige Versäumung der zweiwöchigen Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB durch fristgerechte Feststellungsklage geltend gemacht werden, BAG, Urt. v. 6.7.1972 – 2 AZR 386/71 – juris, LS 1b.

33 Vgl. zur Änderungskündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen: BGH, Urt. v. 27.1.2000 – IX ZR 45/98 – juris, Rn. 35 f.

34 In Kraft seit dem 1.5.2000.

35 OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.2.2006 – I-24 U 22/05, 24 U 22/05 – juris, Rn. 14 ff.

36 OLG Karlsruhe, Urt. v. 2.2.2007 – 14 U 158/05 – juris, Rn. 5 ff., die hiergegen anhängig gemachte Nichtzulassungsbeschwerde blieb erfolglos, vgl. BGH Beschl. v. 21.2.2008 – IX ZR 32/07 – juris. Im Unterschied zum Senatsbeschluss vom 17.7.2002 – IX ZR 418/98 – juris, Rn. 4, bestand für den Anwalt kein Anlass, den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung zu hinterfragen.

37 BGH, Urt. v. 14.2.2019 – IX ZR 181/17 – juris, Rn. 12; siehe dazu *Hülbach*, ArbR 2019, 109 f.

muss deshalb die näheren Zugangsdetails sowie die sich daraus für die Fristberechnung ergebenden Folgen eigenständig prüfen<sup>38</sup>. Dabei muss beachtet werden, dass bei der Feststellung des Kündigungszugangs die Gefahr einer Vermengung von Tatsachen mit einer bereits vorgenommenen eigenen unzulässigen, unrichtigen Wertung der Partei besteht<sup>39</sup>. Selbständige Recherchen aufgrund des Datums des Kündigungsschreibens, wie etwa durch Überprüfung der Umstände der Postzustellung, braucht der Anwalt aber grundsätzlich nicht durchzuführen<sup>40</sup>. Wird dem Anwalt durch seine Partei zum Erhalt der mit einfachem Brief erklärten Kündigung definitiv ein bestimmtes Datum genannt, braucht er grundsätzlich nicht nachzuforschen, ob schon zu einem früheren Zeitpunkt eine Übergabe der Kündigungserklärung versucht worden war<sup>41</sup>, dies auch dann nicht, wenn zwischen dem Datum des Kündigungsschreibens und dem ihm mitgeteilten Zugangsdatum einige Tage liegen und sich auf dem Schreiben ein Hinweis befindet: »Einschreiben gegen Rückschein«<sup>42</sup>. Fahrlässig pflichtwidrig handelt ein Anwalt jedoch, wenn er eine Kündigungsschutzklage nur gegen eine zweite Kündigung erhebt, obwohl er Anhaltspunkte dafür hat, dass dem Mandanten möglicherweise zuvor schon einmal gekündigt worden ist<sup>43</sup>. Der Anwalt darf nicht darauf vertrauen, dass nur eine – lediglich doppelt verlautbarte – Kündigungserklärung vorliegt<sup>44</sup>.

- 14 – Ist die dreiwöchige Klagefrist bereits verstrichen, hat der Anwalt ggfs. einen (fristgerechten) Antrag auf **nachträgliche Zulassung der Klage** gemäß § 5 KSchG zu stellen und schriftsätzlich darzulegen, warum die Kündigung erst nachträglich angegriffen werden kann. Hierbei hat er seinen Mandanten ggfs. auch auf die Möglichkeit eines sog. **Prozessarbeitsverhältnisses** hinzuweisen, also auf den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags, der bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorgreiflichen Bestandstreites über das ordentliche Arbeitsverhältnis befristet ist<sup>45</sup>. Für eine wirksame Befristung bedürfte eine derartige Vereinbarung allerdings nach § 14 Abs. 4 TzBfG der Schriftform; andernfalls würde unabhängig vom Prozessausgang ein neues unbefristetes Arbeitsverhältnis entstehen<sup>46</sup>.
- 15 – Davon zu unterscheiden ist das Angebot einer sog. **Prozessbeschäftigung**. Hierunter versteht man ein Angebot des Arbeitgebers zur Abwehr der Zwangsvollstreckung, wobei durch ein derartiges Angebot kein neues Arbeitsverhältnis begründet wird.<sup>47</sup>
- 16 – Der **Antrag auf Wiederaufnahme** des ruhenden Verfahrens und Terminsbestimmung kann nach § 54 Abs. 5 S. 3 und 4 ArbGG nur innerhalb von **sechs Monaten** nach der Güteverhandlung gestellt werden, ansonsten gilt die Klage als zurückgenommen, mit der Folge, dass eine fristwährend erhobene Kündigungsschutzklage ihre Wirkung verlieren würde.
- 16a – Eine **Klage auf Entschädigung nach § 15 AGG** gem. § 61b Abs. 1 ArbGG muss innerhalb von **drei Monaten**, nachdem der Anspruch schriftlich geltend gemacht worden ist, erhoben werden.

38 BGH, Beschl. v. 17.7.2002 – IX ZR 418/98 – juris, Rn. 4; OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.5.2010 – I-24 U 84/09 – juris, Rn. 33.

39 Sog. Rechtsstatsachen; zur Zustellung eines Urteils vgl. BGH, Urt. v. 21.4.1994 – IX ZR 150/93 – juris, Rn. 8; vgl. im Einzelnen weiter Kap. 2 Rdn. 92 mit einem weiteren instruktiven Beispiel aus dem arbeitsrechtlichen Bereich zu § 23 KSchG.

40 OLG Dresden, Urt. v. 3.7.2002 – 8 U 628/02 – juris, Rn. 9 ff.; Vollkommer/*Greger/Heinemann*, Anwaltschaftsrecht, § 28, Rn. 72.

41 Zur Zugangsfiktion in diesen Fällen: BAG, Urt. v. 26.3.2015 – 2 AZR 483/14 – juris, Rn. 20 f.

42 OLG Hamm, Urt. v. 17.3.1992 – 28 U 150/91 –, rechtskräftig durch Nichtannahmebeschluss des BGH v. 21.1.1993 – IX ZR 105/92 –.

43 BGH, Urt. v. 11.2.1999 – IX ZR 14/98 – juris, Rn. 13 ff. (noch zur Rechtslage der Wirksamkeit auch von mündlichen Kündigungen); vgl. dazu auch die Kritik von *Borgmann*, AnwBl 1999, 283 f.; zu Recht zurückweisend *Ganter*, WM 2001, Sonderbeilage 6, 13.

44 BGH, Urt. v. 11.2.1999 – IX ZR 14/98 – juris, Rn. 13 ff.

45 Siehe dazu LG Düsseldorf, Urt. v. 5.9.2013 – 11 O 389/12 – juris, Rn. 42, 48, 53.

46 ArbG Münster, Urt. v. 29.7.2019 – 3 Ca 1571/18 – juris, Rn. 20.

47 ArbG Münster, Urt. v. 29.7.2019 – 3 Ca 1571/18 – juris, Rn. 21 f.

Hängt die Wirksamkeit der Kündigung von der **Zustimmung einer Behörde**, etwa nach dem MuSchG 17 oder dem BzRG ab, **beginnt die dreiwöchige Klagefrist** nach § 4 S. 4 KSchG **erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung** der Behörde an den Arbeitnehmer zu laufen<sup>48</sup>.

Für die Rechtspraxis ist die zum 1.1.2004 in Kraft getretene **Änderung des § 4 i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 2 18 bis 4 KSchG** von Bedeutung. Danach ist die **dreiwöchige Klagefrist** nicht mehr nur im Hinblick auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung zu beachten. Sie gilt auch **für die Geltendmachung aller Unwirksamkeitsgründe**, beispielsweise aus § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG, § 613a Abs. 4 S. 1 BGB, § 17 MuSchG, § 18 BEEG, § 168 SGB IX, § 138 BGB, § 242 BGB<sup>49</sup>. Die Regelung findet auch auf Kündigungen außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG Anwendung und zwar unabhängig davon, ob die Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG erfüllt ist<sup>50</sup>. Wird die unberechtigte Kündigung eines Trainers einer Fußballprofimannschaft wirksam, weil der vom Trainer mandatierte Anwalt eine rechtzeitige Kündigungsschutzklage gegen den Fußballverein versäumt, haftet der Anwalt deshalb auf Schadensersatz<sup>51</sup>.

Die zunächst in der landesarbeitsgerichtlichen Rechtsprechung umstrittene Frage, ob sich der Arbeitnehmer **bei der Versäumung der gesetzlichen Klagefrist des § 4 KSchG** ein Verschulden seines Prozessbevollmächtigten nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen muss, ist nunmehr durch das BAG geklärt. Das **Verschulden des Rechtsanwalts** an der Versäumung der Klagefrist ist dem klagenden Arbeitnehmer nach § 85 Abs. 2 ZPO **zuzurechnen**, da die Anwendung des § 85 Abs. 2 ZPO nicht auf bestimmte Typen prozessualer Pflichten (z.B. Rechtsmittel-, Rechtsbehelfsfristen) beschränkt ist. Die Regelung erfasst auch Fristen, die erstmalig den Zugang zum Gericht eröffnen<sup>52</sup>. Dieserhalb gilt auch nichts anderes, wenn eine Fachgewerkschaft den Klageauftrag eines Mitglieds empfängt und die Prozessführung später an die DGB Rechtsschutz GmbH abgibt. Auch dann muss sich der Arbeitnehmer ein Verschulden seiner Prozessbevollmächtigten an der Versäumung der Klagefrist nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen.<sup>53</sup> 19

Versäumt ein Rechtsanwalt die rechtzeitige Stellung eines Antrages auf **nachträgliche Zulassung 20 der Kündigungsschutzklage gemäß § 5 Abs. 3 KSchG**, ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses (§ 7 KSchG) nicht auf dieses Versäumnis zurückzuführen, wenn sein Mandant die verspätete Klageerhebung durch unzureichende Information seines Prozessbevollmächtigten verschuldet hat<sup>54</sup>. Ein derartiges Verschulden ist auch bei einem ausländischen Arbeitnehmer ohne Rechtskenntnisse zu bejahen, wenn er seinem Prozessbevollmächtigten verschweigt, dass das schließlich durch die Post übermittelte Kündigungsschreiben ihm schon zuvor persönlich hatte übergeben werden sollen und er die Entgegennahme abgelehnt hatte<sup>55</sup>.

Aufgrund des punktuellen Streitgegenstandsbegriffes des BAG und des Prinzips des sichersten Weges<sup>56</sup> ist die **Klagefrist des § 4 KSchG** für jede Kündigungserklärung zu wahren, wenn nicht der Weg über eine – rechtzeitig erhobene – **ergänzende allgemeine Feststellungsklage**<sup>57</sup> – unter Inkaufnahme der damit verbundenen Streitwert- und Kostenerhöhung im Einzelfall gegangen werden kann, was nicht immer (problemlos) möglich ist<sup>58</sup>. Dass mehrfach gekündigt wird, ist nicht selten, 21

48 BAG, Urt. v. 27.3.2003 – 2 AZR 272/02 – juris, Rn. 15 zu § 9 Abs. 3 MuschG a.F. jetzt § 17 Abs. 2 MuSchG n.F.

49 Weitere Beispiele bei *Willemsen/Annufß*, NJW 2004, 177, 184.

50 BAG, Urt. v. 28.6.2007 – 6 AZR 873/06 – juris, Rn. 11.

51 Siehe zur Berechnung des Ersatzanspruchs in diesem Fall: OLG Hamm, Urt. v. 23.10.2014 – 28 U 98/13 – juris, Rn. 77 ff.

52 BAG, Urt. v. 11.12.2008 – 2 AZR 472/08 – juris, Rn. 20 ff.

53 BAG, Urt. v. 28.5.2009 – 2 AZR 548/08 – juris, Rn. 11 f.; siehe auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 3.11.2015 – 12 U 102/15 – juris, Rn. 3 f.

54 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.4.2011 – I-24 U 147/10 – juris, Rn. 13 ff.

55 BGH, Urt. v. 11.2.1999 – IX ZR 14/98 – juris, Rn. 13 ff.; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.4.2011 – I-24 U 147/10 – juris, Rn. 14.

56 Vgl. dazu Kap. 2 Rdn. 219.

57 Vgl. dazu BAG, Urt. v. 12.5.2005 – 2 AZR 426/04 – juris, Rn. 24.

58 Vgl. nur: Schaub/Linck, ArbR-Hdb., § 138, Rn. 11 f. m.w.N.

insbesondere dann, wenn (zunächst) eine fristlose Kündigung erklärt worden ist und eine ordentliche Kündigung »nachgeschoben« wird<sup>59</sup> oder wenn die erste Kündigung etwa wegen eines unterlassenen Änderungsangebots verfrüht war<sup>60</sup>.

- 22 Die **Frist** für den **Einspruch** gegen ein **Versäumnisurteil** beträgt gemäß § 59 S. 1 ArbGG anders als nach § 339 Abs. 1 ZPO nicht zwei Wochen, sondern nur **eine Woche**.
- 23 Die **Frist** für den **Widerspruch** gegen einen **Mahnbescheid** ist nach § 46a Abs. 3 ArbGG ebenfalls auf nur **eine Woche** verkürzt.
- 24 Die **Klageschrift** muss **mindestens eine Woche vor dem Verhandlungstermin** **zugestellt** sein, wobei eine Aufforderung an den Beklagten, sich auf die Klage schriftlich zu äußern, entbehrlich ist (§§ 47, 80 ArbGG; §§ 217, 274 ZPO).
- 25 Bei Nichtzulassung der Revision durch das Landesarbeitsgericht sind für die **Nichtzulassungsbeschwerde** die **Monatsfrist** des § 72a Abs. 2 ArbGG für die **Einlegung** und die **Zwei-Monats-Frist** für die **Begründung** nach § 72a Abs. 3 ArbGG jeweils ab Zustellung des vollständigen Urteils zu beachten<sup>61</sup>, die **nicht verlängerbar** sind. Eine Nichtzulassungsbeschwerde ist zwar auch an sich statthaft, wenn das LAG die Berufung durch Urteil als unzulässig verwirft. Lässt das LAG allerdings in einem Beschluss, der die Berufung als unzulässig verwirft, die Revisionsbeschwerde nicht zu, ist hiergegen eine Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 77 S. 1 ArbGG nicht statthaft. Dieser Ausschluss verstößt nicht gegen verfassungsrechtliche Vorgaben. Der Justizgewährungsanspruch verlangt keine Eröffnung eines Rechtswegs über mehrere Instanzen hinweg. Bei einem Verstoß gegen das Willkürverbot kann deshalb nur Verfassungsbeschwerde erhoben werden. Verletzungen des rechtlichen Gehörs können im Übrigen nach § 78a ArbGG korrigiert werden<sup>62</sup>.
- 26 Eine **fristlose Kündigung** aus wichtigem Grund kann nach § 626 Abs. 2 BGB nur innerhalb von **zwei Wochen nach Kenntniserlangung** von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erklärt werden<sup>63</sup>. Soll einem schwerbehinderten Arbeitnehmer gekündigt werden, genügt es, wenn der Arbeitgeber die Zustimmung innerhalb der Kündigungserklärungsfrist beantragt hat (§ 174 Abs. 2 S. 1 SGB IX) und die außerordentliche Kündigung nach Erteilung der Zustimmung unverzüglich erklärt (§ 174 Abs. 5 SGB IX)<sup>64</sup>. Wird die vom Arbeitgeber beantragte Zustimmung (erstmalig) durch den Widerspruchsausschuss erteilt, so ist die Kündigung ebenfalls nach mündlicher Bekanntgabe möglich; das Abwarten bis zum schriftlich übersandten Bescheid bleibt unschädlich<sup>65</sup>.
- 27 Ist **an Stelle einer Beendigungskündigung** eine Weiterbeschäftigung möglich, muss dem Arbeitnehmer nach dem ultima-ratio-Prinzip ein bestimmtes Änderungsangebot unterbreitet und dabei unmissverständlich klargestellt werden, dass bei Ablehnung des Änderungsangebotes eine Kündigung beabsichtigt ist und **zur Annahme des Änderungsangebots eine Frist von einer Woche** eingeräumt wird<sup>66</sup>.

59 So z.B. in OLG Hamm, Urtr. v. 17.3.1992 – 28 U 150/91 n.v., rechtskräftig durch Nichtannahmebeschluss des BGH v. 21.1.1993 – IX ZR 105/92 – n.v.

60 Vgl. BeckOK Arbeitsrecht/Rolfs, § 1 KSchG, Rn. 390 ff.

61 Zu einem wegen Versäumung der Frist des § 72a Abs. 3 ArbGG erhobenen Regressanspruch und den dazu erforderlichen Kausalitätserwägungen vgl. BGH, Urtr. v. 9.12.1999 – IX ZR 129/99 – juris, Rn. 9 ff.; siehe insoweit auch noch BGH, Beschl. v. 14.10.2010 – IX ZR 4/10 – juris, Rn. 9 f.

62 BAG, Beschl. v. 6.1.2015 – 6 AZB 105/14 – juris, Rn. 4 ff.

63 Zu den Besonderheiten der Fristwahrung bei einer Verdachtskündigung vgl. BAG, Urtr. v. 17.3.2005 – 2 AZR 245/04 – juris, Rn. 31 ff. und v. 5.12.2002 – 2 AZR 478/01 – juris, Rn. 36 f.; zum Erfordernis der Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer Verdachtskündigung *Mennemeyer/Dreymüller*, NZA 2005, 382 ff.

64 BAG, Urtr. v. 19.4.2012 – 2 AZR 118/11 – juris, Rn. 14.

65 BAG, Urtr. v. 21.4.2005 – 2 AZR 255/04 – juris, 18 ff.

66 Vgl. BAG Urtr. v. 27.9.1984 – 2 AZR 62/83 – juris, Rn. 47; siehe aber auch BAG, Urtr. v. 21.4.2005 – 2 AZR 132/04 – juris, Rn. 40, wonach eine Überlegungsfrist von einer Woche u.U. zu kurz sein dürfte; KR/*Griebeling/Rachor*, § 1 KSchG, Rn. 226 f.; ablehnend: *Schaub/Linck*, ArbR-Hdb., § 137, Rn. 3; vgl.

Im Fall einer **Änderungskündigung** kann der **Arbeitnehmer** das mit der Änderungskündigung verbundene Angebot der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen unter dem Vorbehalt annehmen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerichtet ist (§ 1 Abs. 2 S. 1 bis 3, Abs. 3 S. 1 und 2 KSchG). Diesen **Vorbehalt muss der Arbeitnehmer** dem Arbeitgeber innerhalb der Kündigungsfrist, **spätestens jedoch innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erklären**. 28

Einem **schwerbehinderten Arbeitnehmer**, der im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits einen Bescheid über seine Schwerbehinderteneigenschaft erhalten hat, steht der **Sonderkündigungsschutz nach §§ 85 ff. SGB IX 2001 bzw. §§ 168 ff. SGB IX** auch dann zu, wenn der Arbeitgeber von der Schwerbehinderteneigenschaft oder der Antragstellung nichts wusste<sup>67</sup>. Allerdings unterliegt das Recht des Arbeitnehmers, sich nachträglich auf eine Schwerbehinderung zu berufen und die Zustimmungsbefähigung der Kündigung geltend zu machen, der Verwirkung (§ 242 BGB). Er muss sich also – will er den gesetzlichen Sonderkündigungsschutz nicht verwirken – auf den Sonderkündigungsschutz berufen, wobei es in der Regel reicht, wenn die **Unwirksamkeit der Kündigung innerhalb der Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG gerichtlich geltend gemacht wird**<sup>68</sup>. 29

**Unterliegt ein Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess, obwohl die notwendige Zustimmung des Integrationsamts noch nicht bestandskräftig verweigert war**, so hat der Rechtsanwalt dem Mandanten zur fristgerechten Erhebung der **Restitutionsklage** zum Zweck erneuter Verhandlung der Kündigungsschutzklage zu raten, nachdem das VG den ablehnenden Bescheid des Integrationsamts rechtskräftig aufgehoben hatte<sup>69</sup>. 30

Des Weiteren kann sich eine Haftung aus der Nichtbeachtung anderer Bestimmungen ergeben, wobei nicht nur bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern auch bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses arbeitsrechtliche Besonderheiten zu beachten sind. Dies gilt etwa für das **Schriftformerfordernis nach § 14 Abs. 4 TzBfG bei befristeten Arbeitsverträgen**<sup>70</sup>. 31

Eine Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung (sog. **verhaltensbedingte Kündigung**) setzt regelmäßig eine **Abmahnung** voraus<sup>71</sup>. Wird eine Kündigung etwa auf eine zweimalige vorzeitige Beendigung der zu leistenden Nachtschicht gestützt, kann sie mangels vorhergehender Abmahnung nicht gemäß § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt sein. Geht ein Anwalt gegen eine derartige Kündigung – wegen zu Unrecht verneinter Aussichten – nicht ordnungsgemäß vor, macht er sich schadensersatzpflichtig<sup>72</sup>. 32

Auf der anderen Seite **haftet der Rechtsanwalt** für eine im Kündigungsschutzprozess versäumte Prozesshandlung **nicht**, wenn er im Regressprozess – wie der Arbeitgeber – die Kündigungsgründe beweist<sup>73</sup>. Im Regressverfahren ist dann zwar selbständig darüber zu entscheiden, wie der Vorprozess richtig zu entscheiden gewesen wäre<sup>74</sup>. Bei der Beantwortung von Fragen, die – wie hier – der

zu einem daraus resultierenden Anwaltsregress: OLG Hamm, Urt. v. 21.1.2003 – 28 U 89/02 – unveröffentlicht; zum Vorrang der betriebsbedingten Änderungskündigung vgl. BAG, Urt. v. 23.6.2005 – 2 AZR 642/04 – juris, Rn. 14 ff.

67 *Klinkhammer*, Kündigungen gegenüber schwerbehinderten Arbeitnehmern bei Unkenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderteneigenschaft, ArbRAktuell 2017, 559 ff.

68 BAG, Urt. v. 23.2.2010 – 2 AZR 659/08 – juris, Rn. 16 sowie LAG Köln, Urt. v. 11.2.2011 – 10 Sa 1207/10 – juris, Rn. 34.

69 OLG Düsseldorf, Urt. v. 3.11.2009 – I-24 U 207/08 – juris, Rn. 31 ff.

70 Vgl. hierzu BAG, Urt. v. 16.4.2008 – 7 AZR 1048/06 – juris, Rn. 12 ff.; zu den Anforderungen an eine nachträgliche Befristung des Arbeitsverhältnisses vgl. BAG, Urt. v. 13.6.2007 – 7 AZR 700/06 – juris, Rn. 18.

71 BAG, Urt. v. 13.12.2007 – 2 AZR 818/06 – juris, Rn. 38.

72 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.9.2008 – I-24 U 64/08 – juris, Rn. 7 ff.

73 OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.6.2012 – I-24 U 215/11 – juris, Rn. 37 ff.; v. 17.1.2012 – 24 U 69/09 – juris, Rn. 61 ff.; v. 19.3.2002 – 24 U 64/01 – juris, Rn. 33 ff. sowie v. 19.3.2002 – 24 U 172/01 – juris, Rn. 6 ff.

74 BGH, Urt. v. 15.11.2007 – IX ZR 44/04 – juris, Rn. 9.

Kontrolle einer anderen (nämlich hier der Arbeits-) Gerichtsbarkeit als der Ziviljustiz unterstehen, hat sich das zuständige Regressgericht aber an der dort geltenden höchstrichterlichen Rechtsprechung (hier des BAG) auszurichten<sup>75</sup>. Der Anwalt haftet ebenfalls nicht, wenn im Regressprozess nicht feststellbar ist, dass der erfolglos kündigende Arbeitgeber bei pflichtgemäßer Beratung eine frühere Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Mitarbeiter hätte erreichen können und der von ihm geltend gemachte Schaden deswegen nicht eingetreten wäre. Denn dann ist ein durch eine anwaltliche Pflichtverletzung herbeigeführter Schaden gleichfalls nicht gegeben<sup>76</sup>.

- 33 **Regressprobleme können auch bei Fragen der Passivlegitimation auftreten.** So hat der Rechtsanwalt in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren den genauen Firmennamen einer Arbeitgeberin zu ermitteln, da dessen falsche Angabe zu Rechtsverlusten führen kann.

► **Beispiel<sup>77</sup>:**

Der Anwalt klagte im Auftrag des Arbeitnehmers Lohnrückstände gegen eine KG als Arbeitgeberin ein, ohne dabei widersprüchlichen Firmenbezeichnungen genauer nachzugehen und die richtige Firmenidentität zu klären. Ebenso verhielt es sich bei der Klageerweiterung im Umfang einer Kündigungsschutzklage gegen eine im weiteren Verlaufe des Rechtsstreits ausgesprochene arbeitgeberseitige Kündigung. Der Anwalt führte im Prozess schriftsätzlich aus, dass der Komplementär der KG für die Zahlungsansprüche auch persönlich hafte. Die Klage wurde jedoch nicht ausdrücklich auf den Komplementär erstreckt. Er fand sich lediglich im Passivrubrum als gesetzlicher Vertreter der verklagten KG wieder.

Der Anwalt ist verpflichtet, den genauen Firmennamen des Arbeitgebers zu ermitteln, da die falsche Angabe zu Rechtsverlusten führen kann. Insoweit darf sich der Anwalt, soweit Widersprüche festzustellen sind, nicht auf die Angaben seiner Partei verlassen<sup>78</sup>. Darüber hinaus ist der Mandant darüber aufzuklären, dass ein Komplementär, der zwar persönlich haftet, jedoch nicht Partei des Rechtsstreits ist, aus einem Vergleich mit der KG nicht persönlich in Anspruch genommen werden kann<sup>79</sup>. Stellt sich im Prozess heraus, dass die Klage gegen den falschen Beklagten erhoben worden ist oder Fehler bei der Parteibezeichnung unterlaufen sind, kann bei offenkundig unrichtiger Bezeichnung ggfs. eine **Berichtigung des Rubrums** in Betracht kommen, wenn sich aus den gesamten erkennbaren Umständen, etwa aus dem der Klageschrift beigefügten Kündigungsschreiben ergibt, wer als beklagte Partei gemeint ist<sup>80</sup>. Dies ist beispielsweise anzunehmen, wenn nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Klage gegen die Schuldnerin anstatt – richtigerweise – gegen den Insolvenzverwalter gerichtet wird und sich aus der Klageschrift oder den beigefügten Unterlagen entnehmen lässt, dass das Insolvenzverfahren gegen die Schuldnerin eröffnet worden ist<sup>81</sup>. Ist eine Kündigungsschutzklage wegen einer vom Prozessbevollmächtigten zu verantwortenden **fehlerhaften Bezeichnung** der beiden **Arbeitgeber** (hier: statt der V. Versicherung AG und der V. Lebensversicherung AG wird die »V. Versicherungen AG« beklagt) als unzulässig abgewiesen worden, hat das im Haftpflichtprozess gegen den Anwalt keine Bindungswirkung<sup>82</sup>.

- 34 **Arbeitsrechtliche Besonderheiten bestehen auch im Zusammenhang mit Kostenfragen.**

75 BGH, Beschl. v. 27.9.2012 – IX ZR 171/10 – juris, Rn. 2 und v. 5.3.2009 – IX ZR 90/06 – juris, Rn. 3.

76 OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.4.2010 – I-24 U 98/09 – juris, Rn. 7 ff.

77 Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 4.3.2008 – 28 U 94/07 – juris, Rn. 22 f.; vgl. zur gegen eine Partnerschaftsgesellschaft gerichteten Klage: BAG, Urt. v. 1.3.2007 – 2 AZR 525/05 – juris, Rn. 13 f.; BGH, Beschl. v. 15.5.2006 – II ZB 5/05 – juris, Rn. 6 ff.; dazu auch *Clasen*, NJW 2007, 2887 ff.; dazu vgl. auch Kap. 8 Rdn. 10 zum Stichwort »Aktiv-/Passivlegitimation«.

78 OLG Hamm, Urt. v. 4.3.2008 – 28 U 94/07 – juris, Rn. 24.

79 OLG Hamm, Urt. v. 4.3.2008 – 28 U 94/07 – juris, Rn. 30.

80 BAG, Urt. v. 20.2.2014 – 2 AZR 248/13 – juris, Rn. 13 ff. und v. 1.3.2007 – 2 AZR 525/05 – juris, Rn. 16; BGH, Beschl. v. 15.5.2006 – II ZB 5/05 – juris, Rn. 14.

81 BAG, Urt. v. 20.2.2014 – 2 AZR 248/13 – juris, Rn. 13 ff. sowie v. 21.9.2006 – 2 AZR 573/05 – juris, Rn. 25.

82 OLG Koblenz, Beschl. v. 10.11.2010 – 5 U 932/10 – juris, Rn. 8 f.

## ► Beispiel:

Der Arbeitnehmer beauftragt den Anwalt mit der Führung eines Arbeitsgerichtsprozesses, den der Anwalt als »unproblematisch« bezeichnet. Tatsächlich erwirkt der Rechtsanwalt auch ein obsiegendes Urteil gegen den Arbeitgeber. Als er dem Mandanten (Arbeitnehmer) seine Gebührenrechnung ausstellt, wendet dieser überrascht ein, dass doch der »Verlierer«, also der Prozessgegner, für die Kosten aufkommen müsse.

Nach § 12a Abs. 1 S. 1 ArbGG besteht keine Kostenerstattungspflicht der Gegenseite bezüglich der Anwaltskosten erster Instanz<sup>83</sup>. Der Rechtsanwalt hat hier seine in § 12a Abs. 1 S. 2 ArbGG ausdrücklich normierte Pflicht verletzt, vor Abschluss der Vereinbarung über die (Prozess-)Vertretung seinen Mandanten auf diesen **Ausschluss der Kostenerstattung** aufmerksam zu machen. Kann festgestellt werden, dass der Mandant bei rechtzeitiger, richtiger Belehrung auf die anwaltliche Vertretung vor dem Arbeitsgericht verzichtet hätte<sup>84</sup>, steht dem Gebührenanspruch des Anwalts ein entsprechender Schadensersatzanspruch des Mandanten aus Verschulden bei Vertragsschluss entgegen, mit dem aufgerechnet werden kann<sup>85</sup>, oder sogar unmittelbar der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB)<sup>86</sup>, der von vornherein dem Gebührenanspruch entgegensteht.

Außerdem muss der Anwalt bei der Vertretung der Partei auch noch weitere arbeitsrechtliche Besonderheiten beachten, etwa die erforderliche **Anhörung** (vgl. § 102 BetrVG) **oder Zustimmung** (vgl. §§ 103 BetrVG, 15 KSchG) **des Betriebsrates** zur Kündigung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer. In einem Kündigungsschutzprozess ist die Frage der Wirksamkeit einer Kündigung und dabei insbesondere die ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats ein Standardproblem, das mit dem Mandanten zu erörtern ist<sup>87</sup>. Vergleichbare Beteiligungserfordernisse bestehen nach den LPersVG für den Personalrat oder in Tendenzbetrieben für die Mitarbeitervertretung (vgl. §§ 30 ff. MAVO, §§ 42, 46 MVG).

Zu bedenken ist ferner, dass dem Erfolg einer Kündigungsschutzklage nicht entgegen steht, wenn der Arbeitnehmer innerhalb der Drei-Wochenfrist des § 4 S. 1 KSchG nach Zugang einer Kündigung **formulärmäßig ohne jede arbeitgeberseitige Kompensation** – etwa in Bezug auf den Beendigungszeitpunkt, die Beendigungsart, die Zahlung einer Entlassungsschädigung oder den Verzicht auf eigene Ersatzansprüche – auf die Erhebung der **Klage verzichtet** hatte. Denn ein solcher formulärmäßige Verzicht stellt eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB dar und ist deswegen unwirksam. Wurde der Verzicht im unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit einer Kündigung erklärt, kann darin ein dem Schriftformerfordernis des § 623 BGB unterliegender Auflösungsvertrag zu sehen sein, sofern Kündigung und Klageverzicht

83 Aufgrund des Fortfalls von § 118 Abs. 2 BRAGO und der Regelung der Vorbemerkung 3 Abs. 4 des VV zum RVG ist ein Streit über die Erstattungsfähigkeit vorprozessualer Anwaltskosten im Arbeitsrecht entstanden, vgl. dazu m.w.N.: *Ostermeier*, NJW 2008, 551 ff.

84 Und zwar – entgegen OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.11.1999 – 24 U 213/98 – juris, Rn. 8 – nach dem Beweismaß des § 287 ZPO (nicht also nach § 286 ZPO), da es um die haftungsausfüllende Kausalität geht, vgl. Kap. 4 Rdn. 11 f. und z.B. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.1.2015 – I-24 U 81/14 – juris, Rn. 26 und OLG Hamm, Urt. v. 30.6.2015 – 28 U 124/14 – juris, Rn. 126.

85 Vgl. *ErfK/Koch*, § 12a ArbGG, Rn. 5.

86 Vgl. BGH, Urt. v. 11.12.2003 – IX ZR 109/00 – juris, Rn. 25 ff., näher dargestellt unten in Kap. 8 Rdn. 190 und 198 zum Stichwort »Kostenberatung, Kostenbeschränkung«; bestätigt von BGH, Urt. v. 3.5.2005 – IX ZR 401/00 – juris, Rn. 11 ff. vgl. auch schon: BGH, Urt. v. 24.3.1988 – IX ZR 114/87 – juris, Rn. 42 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.9.2000 – 24 W 53/00 – juris, Rn. 2 ff.; OLG Stuttgart, Urt. v. 6.8.2002 – 12 U 76/02 – juris, Rn. 4 ff. (bei ausnahmsweise geschuldeter, jedoch unterlassener Aufklärung über die Gebührenhöhe bei späterer dem Mandanten abverlangter Honorarvereinbarung); vgl. allgemein zur Unzulässigkeit der Geltendmachung einer Forderung, wenn das Geleistete z.B. als Schadensersatz zurückerstattet werden muss, *Staudinger/J. Schmidt*, BGB, § 242, Rn. 226; *Palandt/Heinrichs*, BGB, § 242, Rn. 52 und BGH, Urt. v. 3.12.1991 – VI ZR 378/90 – juris, Rn. 9 ff.; a.A. (Aufrechnung erforderlich): *Vollkommer/Greger/Heinemann*, Anwaltschaftsrecht, § 12, Rn. 28 und 32 f.

87 Brandenburgisches OLG, Urt. v. 13.12.2007 – 12 U 88/07 – juris, Rn. 3.

gemeinsam nur ein anderes Mittel sind, um das Arbeitsverhältnis in Wirklichkeit im gegenseitigen Einvernehmen zu lösen<sup>88</sup>. Nach § 307 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessen und damit unwirksam ist ebenfalls ein formularmäßiger Klageverzicht in einem Aufhebungsvertrag, welcher zur Vermeidung einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers geschlossen wird, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine solche Kündigung nicht ernsthaft in Erwägung ziehen durfte und die Drohung mit der außerordentlichen Kündigung deshalb widerrechtlich ist<sup>89</sup>.

- 37 Besteht die Möglichkeit, einen Kündigungsschutzprozess zu gewinnen, weil der **Kleinbetriebseinwand** (§ 23 KSchG) eingreifen könnte<sup>90</sup>, so muss dieser Einwand – nach der erforderlichen Aufklärung und Erläuterung – in den Kündigungsschutzprozess eingeführt werden, um den Mandanten vor einem voraussehbaren und vermeidbaren Prozessverlust zu bewahren<sup>91</sup>. Dabei können sich die mehrfachen Änderungen des § 23 Abs. 1 KSchG als regressträchtig erweisen. Es ist also sehr genau zu ermitteln, welche Fassung gilt und ob eine Übergangsregelung zu beachten ist<sup>92</sup>. Werden einem Anwalt Fehler bei der Kündigung eines Arbeitnehmers angelastet, muss der Arbeitgeber ungeachtet der Darlegungs- und Beweislast im vorangegangenen Kündigungsschutzprozess das Vorliegen der Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG dartun und beweisen. Dem Rechtsanwalt fehlt nämlich insoweit eine verlässliche Erkenntnisquelle, die maßgeblichen Umstände liegen vielmehr in der Sphäre des Arbeitgebers<sup>93</sup>.
- 38 Ist in einem Arbeitsvertrag entgegen § 622 Abs. 6 BGB für die **Kündigung durch den Arbeitnehmer eine längere Frist als für die Kündigung durch den Arbeitgeber** vereinbart worden, muss der Anwalt beachten, dass an die Stelle der gem. § 622 Abs. 6 BGB unwirksamen Regelung nicht die gesetzliche Kündigungsfrist tritt. Nach § 622 Abs. 6 BGB i.V.m. § 89 Abs. 2 HGB analog gilt – auch – für den Arbeitgeber die vereinbarte verlängerte Kündigungsfrist<sup>94</sup>. Wenn in einem Arbeitsvertrag durch Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Kündigungsfrist von drei Monaten und daneben eine **Probezeit** von sechs Monaten vereinbart wurde, gilt während der Probezeit gemäß § 622 Abs. 3 BGB eine Kündigungsfrist von zwei Wochen. Denn die verkürzte Kündigungsfrist ergibt sich bereits aus der Probezeitbreite<sup>95</sup>.
- 39 Gemäß der Anwaltspflicht zur Schadensverhütung ist ferner darauf zu achten, ob nicht **weitere Maßnahmen** zu ergreifen sind, um das von der Mandantschaft verfolgte Ziel im Ergebnis auch zu erreichen:
- 40 So ist unter Umständen der Rat erforderlich, eine **weitere Kündigung** (unverzüglich) auszusprechen und es ist geboten, auch diese in den Prozess einzuführen, wenn eine gegenüber einem Arbeitnehmer ausgesprochene Kündigung unwirksam ist<sup>96</sup> oder sein könnte. Werden nach Ausspruch der möglicherweise unwirksamen Kündigung Tatsachen bekannt, von denen der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der ersten Kündigung keine Kenntnis hatte, ist neben dem Ausspruch der weiteren Kündigung ein Nachschieben des nunmehr bekannt gewordenen Sachverhalts zur Rechtfertigung der früheren Kündigung in Erwägung zu ziehen. Besteht ein Betriebsrat oder ein vergleichbares Personalvertretungsorgan, ist dieses vor dem Nachschieben der Kündigungsgründe anzuhören. Eine eigene Kündigung des Arbeitgebers kann anzuraten sein, wenn zum einen zweifelhaft ist, ob aus

88 BAG, Urt. v. 25.9.2014 – 2 AZR 788/13 – juris, Rn. 11 ff.

89 BAG, Urt. v. 12.3.2015 – 6 AZR 82/14 – juris, Rn. 27.

90 Zur generellen Mitberücksichtigung des gekündigten Arbeitnehmers bei der Berechnung des Schwellenwertes vgl. BAG, Urt. v. 22.1.2004 – 2 AZR 237/03 – juris, Rn. 12 ff.

91 BGH, Urt. v. 18.11.1999 – IX ZR 420/97 – juris, Rn. 15 ff.; vgl. schon Kap. 2 Rdn. 213.

92 Zum neuen § 23 Abs. 1 KSchG vgl. *Chab*, AnwBl 2009, 139 ff.; BAG, Urt. v. 21.9.2006 – 2 AZR 840/05 – juris, Rn. 15 ff.; siehe auch BAG, Urt. v. 27.11.2008 – 2 AZR 790/07 – juris, Rn. 13 ff.

93 OLG Koblenz, Urt. v. 12.6.2013 – 5 U 147/13 – juris, Rn. 20 ff.

94 Vgl. hierzu BAG, Urt. v. 2.6.2005 – 2 AZR 296/04 – juris, Rn. 12 ff.

95 Siehe OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.1.2015 – I-24 U 81/14 – juris, Rn. 30; Hessisches LAG, Urt. v. 14.5.2012 – 17 Sa 15/12 – juris, Rn. 33.

96 Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 18.11.1997 – 28 U 15/97 – juris (LS) = NZA-RR 1998, 485 ff.; OLG Stuttgart, Urt. v. 24.3.1982 – 4 U 148/81 – juris, Rn. 13 ff.

dem Verhalten oder den Worten eines sich von der Arbeit entfernenden Arbeitnehmers nach Ablehnung eines kurzfristigen Tagesurlaubs eine Kündigung durch diesen zu entnehmen ist, und wenn zum anderen der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch nicht weiterbeschäftigen will<sup>97</sup>.

Die besonders praxisrelevante **Schriftsatzkündigung** zur Beendigung eines Arbeitsverhältnisses gehört für Rechtsanwälte jedoch wegen § 623 Hs. 2 BGB (spätestens) ab dem 1.1.2022 der Vergangenheit an<sup>98</sup>.

Ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes für eine außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB fraglich, ist der Rat zu erteilen, zugleich hilfsweise eine ordentliche Kündigung gemäß § 622 BGB zu erklären<sup>99</sup>. Versäumt es der Anwalt, den Arbeitgeber als seinem Mandanten über die erheblichen Risiken einer **fristlosen Kündigung** zu belehren und verhindert er dadurch, dass der Arbeitnehmer vollwertig weiterbeschäftigt wird, so hat er den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen<sup>100</sup>. Ist eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund bereits erklärt worden, deren Wirksamkeit sich vor Gericht möglicherweise nicht halten lässt, ist der Rat sinnvoll, **vorsorglich** so schnell wie möglich die **ordentliche Kündigung** zu erklären. Hierzu muss gegebenenfalls unter Mitteilung des beabsichtigten Beendigungszeitpunktes, der Sozialdaten und der nicht nur pauschal, schlagwortartig oder stichwortmäßig bezeichneten Kündigungsgründe, auf welche die ordentliche Kündigung gestützt werden soll (Grundsatz der subjektiven Determinierung<sup>101</sup>), die **erneute Stellungnahme des Betriebsrats** eingeholt werden (§ 102 BetrVG)<sup>102</sup>. Soweit beispielsweise eine ordentliche Kündigung aus betriebsbedingten Gründen erfolgen soll, muss seitens des Anwalts dafür Sorge getragen werden, dass im Einzelnen schon gegenüber dem Betriebsrat dargelegt wird, dass der konkrete Arbeitsplatz überflüssig geworden ist, und zwar dergestalt, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in der Lage ist, die Stichhaltigkeit zu prüfen und sich über seine Stellungnahme schlüssig zu werden<sup>103</sup>. Unter Beweis gestellt zu werden brauchen die Kündigungsgründe gegenüber dem Betriebsrat hingegen nicht<sup>104</sup>.

Wenn Streit über die Wirksamkeit einer Kündigung besteht, so hat der Anwalt, wenn nicht andere Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen, darauf hinzuwirken, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer unter Vorbehalt **weiterbeschäftigt**, da sonst bei Obsiegen des Arbeitnehmers im Arbeitsgerichtsprozess die vollen Bruttobezüge ohne Gegenleistung zu zahlen sind (Verzugslohn nach § 615 BGB)<sup>105</sup>. In diesem Falle kann auch der Rat zweckmäßig sein, dass der Arbeitgeber den gekündigten Arbeitnehmer anweist, vorsorglich den noch offenstehenden Urlaub zu nehmen<sup>106</sup>. Durch die Freistellungserklärung in einem Kündigungsschreiben wird Urlaub allerdings nur dann wirksam gewährt, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Urlaubsgütung vor Antritt des Urlaubs zahlt oder vorbehaltlos zusagt<sup>107</sup>.

97 Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 24.2.2000 – 28 U 41/99 – nicht veröffentlicht.

98 Probleme des elektronischen Rechtsverkehrs und von digitalen Dokumenten im Arbeitsrecht behandeln Poguntke/von Villiez, NZA 2019, 1097 ff.

99 Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 24.2.2000 – 28 U 41/99.

100 BGH, Beschl. v. 18.12.2002 – IX ZR 365/99 – juris, Rn. 2 ff.

101 Vgl. z.B. ErfK/Hanau/Kania, § 102 BetrVG, Rn. 6; Preis, in: Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 336 ff.

102 Vgl. Schaub/Linck, ArbR-Hdb., § 123, Rn. 92; vgl. auch OLG Hamm, Urt. v. 18.11.1997 – 28 U 15/97 – juris (LS) = NZA-RR 1998, 485 ff. (dort entbehrlich, weil ein Betriebsrat nicht mehr bestand).

103 Vgl. allgemein ErfK/Hanau/Kania, § 102 BetrVG, Rn. 6; Preis, in: Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 336 ff. m.w.N.

104 Vgl. BAG, Urt. v. 26.1.1995 – 2 AZR 386/94 – juris, Rn. 35; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 17.1.2013 – 10 Sa 381/12 – juris, Rn. 30; Preis, in: Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 343 m.w.N.

105 Vgl. auch dazu OLG Hamm, Urt. v. 18.11.1997 – 28 U 15/97 – juris (LS) = NZA-RR 1998, 485 ff.; vgl. auch Vollkommer/Greger/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, § 28, Rn. 69.

106 Vgl. auch Rinsche, Prozesstaktik, Rn. 519; Vollkommer/Greger/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, § 28, Rn. 69.

107 BAG, Urt. v. 10.2.2015 – 9 AZR 455/13 – juris, Rn. 19 ff.

Umgekehrt darf die Annahme eines Weiterbeschäftigungsangebots des Arbeitgebers auf eine sog. Prozessbeschäftigung für den Arbeitnehmer nicht von einem Verzicht des Arbeitgebers auf die Wirkungen der Kündigung abhängig gemacht werden, weil damit eine fehlende Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers zum Ausdruck gebracht wird und dadurch der Annahmeverzug des Arbeitgebers entfällt<sup>108</sup>.

Kontrovers diskutiert wird, ob der den gekündigten Arbeitnehmer vertretende Anwalt einen **Weiterbeschäftigungsantrag** schon vor der **Güteverhandlung** stellen soll oder ob dies sinnlos und deshalb als Verletzung anwaltlicher Sorgfaltspflichten anzusehen ist. Soweit der Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung bereits mit der Kündigungsschutzklage erhoben wird, sollte dieser Antrag als *unechter Hilfsantrag* nur für den Fall des Obsiegens mit dem Bestandsschutzantrag gestellt werden<sup>109</sup>. Will der Anwalt anders verfahren, muss er den Mandanten über die durch einen unbedingten Antrag ausgelösten Mehrkosten informieren<sup>110</sup>.

- 43 Regressträchtig kann auch die Durchsetzung von Rückkehr- oder Wiedereinstellungsansprüchen sein. Dort sollte der Rechtsanwalt für seinen Mandanten ein konkretes Vertragsangebot abgeben und auf Annahme dieses Angebots gegen den Arbeitgeber klagen. Ansonsten können sich Probleme bei der Durchsetzung von Ansprüchen auf **Verzugslohn** ergeben<sup>111</sup>.
- 44 Im Prozess führt eine unterbliebene Benennung einer Anspruchsgrundlage (hier: **Wiedereinstellungsanspruch** aus § 826 BGB im arbeitsgerichtlichen Verfahren nach Arbeitsvertragskündigung) nicht ohne weiteres zu einer anwaltlichen Pflichtverletzung, wenn aus anwaltlicher Sicht kein Anlass besteht, eine mögliche Anspruchsgrundlage zusätzlich aufzuführen, um die von der vertretenen Partei gewünschte Rechtsfolge zu begründen<sup>112</sup>.
- 45 Besondere Vorsicht ist für den Anwalt geboten, wenn er einen **arbeitsrechtlichen Aufhebungsvergleich** schließt. Eine Haftung kann sich für ihn z.B. dadurch ergeben, dass er die Bestimmung des § 143a Abs. 3 SGB III a.F. (jetzt § 158 Abs. 1 S. 1 SGB III<sup>113</sup>) nicht beachtet<sup>114</sup>. Wegen dieser und der sozialversicherungsrechtlichen Fragen allgemein wie auch wegen der steuerrechtlichen Fragen<sup>115</sup> im Zusammenhang mit arbeitsrechtlichen Abfindungsvergleichen wird auf die Spezialliteratur<sup>116</sup> verwiesen, verbunden mit dem Hinweis, sehr genau die jeweils aktuelle Gesetzeslage zu beachten.
- 46 Aufhebungsverträge, sog. **Abwicklungsverträge**, d.h. innerhalb der Frist für die Erhebung der Kündigungsschutzklage geschlossene Verträge über die Hinnahme einer Kündigung des Arbeitgebers, aber auch arbeitsgerichtliche (**Abfindungs-**) **Vergleiche**<sup>117</sup> sind unter dem Gesichtspunkt der Sperrzeit nach § 144 SGB III a.F. (jetzt § 159 SGB III<sup>118</sup>) grundsätzlich problematisch und damit regressträchtig. Ein Arbeitnehmer kann sich auf einen – die Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe ausschließenden – wichtigen Grund für die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses durch

108 Vgl. BAG, Urt. v. 13.7.2005 – 5 AZR 578/04 – juris, Rn. 33 ff.

109 Eine Berücksichtigung dieses Hilfsantrags bei der Streitwertfestsetzung kommt dann nämlich nicht in Betracht; vgl. BAG, Urt. v. 13.8.2014 – 2 AZR 871/12 – juris, Rn. 3.

110 Ansonsten droht ein Kostenregress: LG Arnsberg, Urt. v. 28.1.2014 – I-3 S 91/13 – juris, Rn. 19 ff.

111 Instruktiv BAG, Urt. v. 27.1.2016 – 5 AZR 9/15 – juris, Rn. 15 ff. und 23 ff.

112 OLG Hamm, Urt. v. 13.12.2016 – 28 U 202/15 – juris, Rn. 75 ff.

113 Vgl. BSG, Urt. v. 21.6.2018 – B 11 AL 13/17 R – juris, Rn. 13 ff. sowie *Holthausen*, Abfindungsvereinbarungen: Gestaltungsmöglichkeiten und Haftungsfallen, ZAP 2019, 317 ff.

114 § 117 AFG wurde zunächst ab 1.4.1997 geändert und mit Wirkung vom 1.1.1998 durch § 140 SGB III ersetzt und § 140 SGB III ab 1.4.1999 wiederum von § 143a SGB III abgelöst. Vgl. dazu *Schaub/Koch*, ArbR-Hdb., § 23, Rn. 67 ff.

115 Vgl. auch Rdn. 47.

116 Vgl. die Nachweise bei *Schaub/Linck*, ArbR-Hdb., § 122, Rn. 43 sowie *Schaub/Koch*, ArbR-Hdb., § 23, Rn. 67 ff.; vgl. auch *ErfK/Kiel*, § 10 KSchG, Rn. 8 und *ErfK/Rolfs* § 158 SGB III, Rn. 3 ff.

117 Vgl. dazu *Riemer*, Abfindungsvergleiche im Arbeitsrecht als Haftungsrisiko für Anwälte, ArbR 2019, 61 ff.; *ders.*, Abfindungsvergleiche im Arbeitsrecht nicht ohne Steuerberater abschließen, DB 2018, 2939.

118 Vgl. *Plagemann*, jurisPR-SozR 12/2019 Anm. 1 sowie *Düwell*, jurisPR-ArbR 15/2017 Anm. 1.

Aufhebungsvertrag mit Abfindungsregelung berufen, wenn ihm ansonsten eine rechtmäßige Arbeitgeberkündigung aus nicht verhaltensbedingten Gründen zum gleichen Zeitpunkt droht<sup>119</sup>. Für Streitfälle ab dem 1.1.2004 hat das BSG unter Heranziehung der Grundsätze des § 1a KSchG erwogen, auf eine ausnahmslose Prüfung der Rechtmäßigkeit der Arbeitgeberkündigung zu verzichten, wenn die Abfindungshöhe bei der betriebsbedingten Kündigung die in § 1a Abs. 2 KSchG vorgesehene nicht überschreitet<sup>120</sup>. Das BSG hat klargestellt, dass sich der Arbeitnehmer auch dann aus dem Beschäftigungsverhältnis durch die Vereinbarung über die Hinnahme einer Kündigung löst, wenn dies im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Vergleichs geschieht<sup>121</sup>. Das BSG beschränkt die Sperrzeitunschädlichkeit in neuer Rechtsprechung nicht auf die Fälle der ausgesprochenen oder drohenden objektiv rechtmäßigen betriebsbedingten Kündigungen. Der Frage nach der objektiven Rechtmäßigkeit der Kündigung soll nach der Rechtsprechung des BSG dann nicht weiter nachzugehen sein, sodass ein wichtiger Grund vorliegen kann, wenn die Beteiligten im Rahmen eines eingeleiteten gerichtlichen Verfahrens die Beendigung des Arbeitsverhältnisses einvernehmlich außer Streit stellen und keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass mit dem abgeschlossenen Vergleich zu Lasten der Versichertengemeinschaft manipuliert werden soll<sup>122</sup>. Letzten Endes wird der Anwalt den von ihm vertretenen Arbeitnehmer immer auf ein zumindest verbleibendes Risiko der Verhängung einer Sperrzeit hinweisen müssen, das auch bei Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs besteht.

Wirft der Mandant dem Anwalt im Zusammenhang mit einer zustande gekommenen Aufhebungsvereinbarung vor, er sei nicht auf Probleme wegen der Bewilligung von **Arbeitslosengeld** hingewiesen worden, rechtfertigt dies keinen Regressanspruch, wenn der Mandant das Risiko, im Fall einer Auflösung des bestehenden Arbeitsverhältnisses keinen gleichwertigen Arbeitsplatz zu finden, im Hinblick auf die in Aussicht gestellte Abstandszahlung von knapp 30.000,00 EUR bewusst eingegangen ist<sup>123</sup>.

In einem Abfindungsvergleich mit **Ratenzahlungs- und Gesamtfälligkeitenregelung** ist neben der Anzahl der Raten und der Angabe des jeweiligen Ratenzahlungsbetrages anzugeben, ob die Ratenzahlungsvereinbarung zwingend oder fakultativ ist und ob es sich bei dem Ratenzahlungsbetrag um eine Brutto- oder Nettozahlung handelt<sup>124</sup>.

In steuerrechtlicher Hinsicht (vgl. § 3 Nr. 9 EStG a.F.) gibt es in der Praxis häufig Zweifel, ob eine **Abfindung brutto oder netto** zu zahlen ist. Früher waren Abfindungen gem. § 3 Nr. 9 EStG a.F. bis zu bestimmten Höchstbeträgen (Freibeträgen) steuerfrei. Durch das Gesetz zum Einstieg in ein steuerliches Sofortprogramm vom 22.12.2005 wurde die Steuerfreiheit von Abfindungszahlungen jedoch zum 31.12.2005 abgeschafft<sup>125</sup>. Der Anwalt muss bei einem Abfindungsvergleich<sup>126</sup> grundsätzlich für einen dem Willen der Vergleichsparteien und ihrer endgültigen Einigung entsprechenden, juristisch möglichst klaren und eindeutigen Wortlaut sorgen<sup>127</sup>, aus dem zu entnehmen ist, wer die aus der Abfindung erwachsenden Steuern zu tragen hat, um auch hier unliebsame Überraschungen (welche Regressforderungen des Mandanten bedingen können) zu vermeiden<sup>128</sup>. Soll der

119 BSG, Urt. v. 17.11.2005 – B 11a/11 AL 69/04 R – juris, Rn. 12 ff.; v. 12.7.2006 – B 11a AL 47/05 R – juris, Rn. 12 ff. sowie Urt. v. 2.5.2012 – B 11 AL 6/11 R – juris, Rn. 17 ff.

120 BSG, Urt. v. 17.11.2005 – B 11a/11 AL 69/04 R – juris, Rn. 16 f.

121 BSG, Urt. v. 17.10.2007 – B 11a AL 51/06 R – juris, Rn. 35 ff.

122 BSG, Urt. v. 17.10.2007 – B 11a AL 51/06 R – juris, Rn. 35 ff.

123 KG Berlin, Urt. v. 14.12.2006 – 1 U 55/06 – juris, Rn. 9.

124 LAG Köln, Beschl. v. 5.9.2018 – 2 Ta 165/18 – juris, Rn. 23 ff.; dazu *Tiedemann*, jurisPR-ArbR 24/2019 Anm. 1.

125 *Seidel*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt/Selder, Kündigungsrecht*, 3. Teil, C. III., Rn. 59, 76.

126 Zu den allgemeinen Sorgfaltsanforderungen bei einem Vergleichsabschluss und hier insbesondere beim Abschluss eines Abfindungsvergleichs, vgl. Kap. 8 Rdn. 570 und 598 ff. sowie OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.7.2010 – I-24 U 228/09 – juris, Rn. 5 ff.

127 BGH, Urt. v. 4.6.1996 – IX ZR 51/95 – juris, Rn. 24; vgl. auch BGH, Urt. v. 17.1.2002 – IX ZR 182/00 – juris, Rn. 9 und dazu BVerfG, Beschl. v. 12.8.2002 – 1 BvR 399/02 – juris.

128 Vgl. auch schon *Schlee*, AnwBl 1984, 604 f.; *Rinsche*, Prozesstaktik, Rn. 523.

Arbeitgeber die Lohnsteuerschuld übernehmen bzw. das Risiko der Besteuerung tragen, handelt es sich um eine Nettoabfindung, wohingegen bei einer Bruttoabfindung das Besteuerungsrisiko beim Arbeitnehmer liegt<sup>129</sup>. Bei einer Klausel brutto = netto muss der Inhalt erst durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB ermittelt werden, die streitig ist<sup>130</sup>. Fehlt ein Zusatz, handelt es sich um eine Bruttoabfindung, auf die der Arbeitnehmer die Steuer schuldet<sup>131</sup>.

- 48 Die Behauptung des Arbeitnehmers, der Kündigungsschutzprozess wäre zu seinen Gunsten entschieden worden, wenn der Prozessbevollmächtigte nicht zu dem tatsächlich abgeschlossenen Vergleich geraten hätte, ist im Regressprozess gegen den Anwalt unerheblich, wenn sich Inhalt und finanzielle Folgen eines Urteils über die Kündigungsschutzklage nicht feststellen lassen. Beweisbelastet ist der Arbeitnehmer<sup>132</sup>.
- 49 In Kündigungsschutzsachen treffen den Anwalt im Einzelfall auch weitere Pflichten zur Interessenwahrnehmung.

► **Beispiel**<sup>133</sup>:

Der Anwalt vertritt den Arbeitnehmer nach einer Kündigung des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess. Während des Prozesses informiert der Mandant den Anwalt, er habe kein Interesse mehr an der Fortführung des Arbeitsverhältnisses, die auch unzumutbar erscheine, zumal er eine andere Stelle zugesagt erhalten habe. Da der Anwalt hierauf nichts unternimmt, wird im Urteil nach dem Klageantrag erkannt und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht.

Im Beispielsfall ist der Anwalt wegen eines dem Arbeitnehmer **entgangenen Urteils** u.a. **auf Abfindung** zum Regress verurteilt worden, weil er zur Wahrnehmung der Interessen des Mandanten nach § 9 KSchG den sinnvollen (unechten) Hilfsantrag auf Feststellung hätte stellen müssen, dass das Arbeitsverhältnis aufgelöst und der Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung (§ 10 KSchG) verurteilt werde, was auch Erfolg gehabt hätte. Allerdings ist davor zu warnen, nun etwa unbesehen die Kündigungsschutzklage mit diesem Auflösungs- und Abfindungsantrag zu ergänzen. Hierzu bedarf es vielmehr der umfassenden Prüfung der Erfolgsaussichten unter Beachtung der zusätzlichen Kostenrisiken<sup>134</sup>.

- 50 Kommt es infolge eines Auflösungsverschuldens des Arbeitgebers zu einer vorzeitigen Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch fristlose Kündigung des Arbeitnehmers aus wichtigem Grund, ist zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des BAG **Verdienstausschlag** als Schadensersatz aus § 628 Abs. 2 BGB zwar nur bis zum Ablauf der Frist einer ordentlichen fristgemäßen Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber<sup>135</sup> beansprucht werden kann (sog. Verfrühungsschaden). Um aber den Wertungen des KSchG Rechnung zu tragen, umfasst der Schadensersatzanspruch aus § 628 Abs. 2 BGB neben der entgangenen Vergütung **auch eine angemessene Abfindung** entspr. §§ 9, 10 KSchG<sup>136</sup>. Diese Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist auf den

129 Vgl. z.B. ErfK/Kiel, § 10 KSchG, Rn. 3.

130 Vgl. Vossen, in: Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 2160 m.w.N.

131 Vgl. LAG München, Urt. v. 26.8.2008 – 6 Sa 277/08 – juris, Rn. 24; zur gesamten Problematik vgl. Vossen, in: Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Rn. 2158 ff., 2160 m.w.N.; ErfK/Kiel, § 10 KSchG, Rn. 3.

132 Vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 29.4.2014 – 5 U 316/14 – juris, Rn. 20.

133 OLG Bamberg, Urt. v. 18.7.1988 – 4 U 60/88 – juris (LS) = NJW-RR 1989, 223 ff.; zu den Problemen der Vertretung von Kündigungsschutzsachen vgl. auch Beck Rechtsanwaltslexikon/Michels, S. 1293 ff.

134 Vgl. auch dazu OLG Bamberg, Urt. v. 18.7.1988 – 4 U 60/88 – juris (LS) = NJW-RR 1989, 223 ff.

135 Vgl. dazu, dass hier auf den Kündigungsschutzgegner abzustellen ist, zutreffend auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.9.2003 – 1 U 9/03 – juris, Rn. 20 ff. (zu § 89a Abs. 2 HGB).

136 BAG, Urt. v. 26.7.2001 – 8 AZR 739/00 – juris, Rn. 17 ff.; bestätigt und fortgeführt von BAG, Urt. v. 8.8.2002 – 8 AZR 574/01 – juris, Rn. 29 ff.; ebenso z.B. ErfK/Müller-Glöge, § 628 BGB, Rn. 22 ff.; Rofls, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, § 628 BGB, Rn. 59 ff.; zum Regressanspruch gegen einen Rechtsanwalt, der diese Rechtsfolgen bei Abschluss eines Abfindungsvergleichs

Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers gegen seinen Rechtsvertreter, durch dessen Verschulden ein Kündigungsschutzprozess verloren geht, indes nicht übertragbar<sup>137</sup>.

Umgekehrt kann sich ein Rechtsanwalt regresspflichtig machen, wenn er als Prozessbevollmächtigter eines Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess **unsachliche**, gegen die Vorgesetzten gerichtete **Formulierungen** seines Mandanten in internen Informationsschreiben in seinen Schriftsätzen einfach ungeprüft übernimmt, anstatt sämtliche Polemik und alle »Spitzen« aus den Schriftsätzen herauszulassen und nur auf sachlicher Ebene zu argumentieren. Denn er muss in Rechnung stellen, dass der Arbeitgeber deshalb nunmehr endgültig von der Zerrüttung des Arbeitsverhältnisses ausgehen darf, einen Auflösungsantrag gem. §§ 9, 10 KSchG stellt und das erkennende Gericht diesem entgegen dem Interesse und zum Nachteil des Arbeitnehmers stattgibt<sup>138</sup>.

Den Anwalt treffen **im Vorfeld der Erhebung einer Kündigungsschutzklage gesonderte Beratungspflichten**, wenn es dem Arbeitnehmer nicht vornehmlich um die Erhaltung seines Arbeitsplatzes, sondern um die **Erhöhung einer Sozialplanabfindung** geht. Bei der Kündigung im Rahmen eines Sozialplans muss der Anwalt nicht zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage mit dem Ziel einer »Verbesserung« der Sozialplanabfindung raten, wenn weder konkrete Anhaltspunkte für eine Angreifbarkeit der betriebsbedingten Kündigung noch für eine Vergleichsbereitschaft des Arbeitgebers bestehen. Er muss den Mandanten lediglich aufgrund einer umfassenden Belehrung über Aussichten und Chancen seines Begehrens in die Lage versetzen, eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen<sup>139</sup>.

Im Falle einer »normalen« etwa **krankheitsbedingten Kündigung** hat der Rechtsanwalt den Mandanten nachhaltig über die Aussichten einer **Kündigungsschutzklage** aufzuklären<sup>140</sup>. Eine Kündigungsschutzklage ist nämlich **in aller Regel nicht aussichtslos**. Nach den Erfahrungen in Arbeitsgerichtsprozessen kommt es vielmehr nach Klageerhebung in mehr als 90 % der Fälle zum Abschluss eines Abfindungsvergleichs. Der Anwalt ist deshalb regelmäßig verpflichtet, die Erhebung einer Kündigungsschutzklage anzuraten.

Hat ein **Betriebsrat** einen Rechtsanwalt mit **Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen** beauftragt, kann ein **Arbeitnehmer** des Betriebes hieraus allerdings **keinen Schadensersatzanspruch** nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung (jetzt § 280 BGB) gegen den Rechtsanwalt herleiten<sup>141</sup>. Der Betriebsrat handelt bei der Beauftragung des Rechtsanwalts im eigenen kollektivrechtlichen Wirkungskreis und nicht als Vertreter der Arbeitnehmer. Die Arbeitnehmer werden in einem solchen Fall nicht Vertragspartner des Rechtsanwalts<sup>142</sup>. Der zwischen Betriebsrat und Rechtsanwalt geschlossene Anwaltsvertrag ist als Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB **auch kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Arbeitnehmer**<sup>143</sup>.

vor dem Arbeitsgericht nicht hinreichend beachtet hat, vgl. OLG Hamm, Urt. v. 18.12.2003 – 28 U 26/03 – nicht veröffentlicht.

137 BGH, Urt. v. 24.5.2007 – III ZR 176/06 – juris, Rn. 18.

138 So in OLG Hamm – 28 U 19/01 – (erledigt durch Prozessvergleich) u.a. unter Hinweis auf BAG, Urt. v. 14.5.1987 – 2 AZR 294/86 – juris, Rn. 17 ff. wegen der Zurechnung des Verhaltens Dritter zu Lasten des Arbeitnehmers; zur Pflicht zur moderaten Prozessführung vgl. auch OLG Köln, Urt. v. 22.11.1994 – 22 U 138/94 – juris, Rn. 13 ff., wo allerdings bereits zweifelhaft war, ob nicht das Vertrauensverhältnis schon vorher zerrüttet war. Entgegen OLG Köln, Urt. v. 22.11.1994 – 22 U 138/94 – juris, Rn. 13 ff., kann es den Anwalt allerdings nicht entlasten, dass sein Mandant mit Stil und Diktion der Schriftsätze einverstanden war. Darauf kann nur abgestellt werden, wenn zuvor der Anwalt auf die möglichen nachteiligen Folgen eines solchen Vorgehens klar und deutlich hingewiesen hat.

139 OLG Hamm, Urt. v. 30.1.1996 – 28 U 165/95 – juris (LS) = NZA-RR 1996, 303 ff.

140 OLG Hamm, Urt. v. 30.5.1995 – 28 U 178/94 – juris, Rn. 6.

141 BAG, Urt. v. 24.8.2006 – 8 AZR 414/05 – juris, Rn 17.

142 BAG, Urt. v. 24.8.2006 – 8 AZR 414/05 – juris, Rn 18.

143 BAG, Urt. v. 24.8.2006 – 8 AZR 414/05 – juris, Rn 19.